

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

Investigación:

**LA FIANZA DE EMPRESA
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU
REGULACIÓN**

**Que para obtener el grado de especialista en Derecho Empresarial,
Presenta: Lic. René Javier Viruega Olea.**

Director de Investigación: Dr. Gustavo Rendón Huerta.

Ciudad Universitaria, Abril 2010.



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 Dios y a las personas que confiaron en mí,
por ayudarme a alcanzar una de mis metas.*

A mi querida esposa Lorena.

*A mis padres René Viruega y Evangelina Olea,
por su constante cariño y cuidado.*

ÍNDICE

Abreviaturas y siglas	6
Introducción	8
CAPÍTULO I	
GENERALIDADES DE LA FIANZA DE EMPRESA	
1.1 Antecedentes	9
1.2 Naturaleza y régimen legal	11
1.3 Concepto	17
1.4 Vínculo jurídico	19
1.4.1 De la obligación principal	20
1.4.2 De la obligación accesoria	20
1.5 Clasificación	20
1.6 Elemento bilateral-consensual (contrato-solicitud)	23
1.7 Elemento unilateral-formal (póliza de fianza)	24
1.8 Elementos esenciales o de existencia	26
1.8.1 El consentimiento	26
1.8.2 El objeto	27
1.8.3 La solemnidad	28
1.9 Elementos de validez	31
1.9.1 La capacidad	31
1.9.2 La ausencia de vicios	34
1.9.3 La licitud en el objeto, motivo, fin o condición del contrato	35
1.9.4 La forma	36
1.10 Elementos personales	38
1.10.1 La institución de fianzas	38
1.10.1.1 Constitución	38
1.10.1.2 Operaciones que pueden practicar	42
1.10.1.3 Prohibiciones	44
1.10.2 El fiado	46
1.10.3 El beneficiario	47
CAPÍTULO II	
DISTINCIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA DE OTRAS FORMAS DE GARANTÍA	
2.1 De la garantías en general	50
2.2 Clasificación	51
2.2.1 Garantías convencionales	51
2.2.2 Garantías legales	52
2.2.3 Garantías judiciales	52
2.2.4 Garantías gratuitas	53
2.2.5 Garantías onerosas	54
2.2.6 Garantías con y sin transmisión de posesión	54
2.2.7 Garantías a primer requerimiento	54
2.3 Tipos	55
2.3.1 Garantías personales	55
2.3.1.1 La fianza (de empresa) y la fianza civil	56
2.3.1.2 La fianza y el aval	58
2.3.1.3 La fianza y la obligación solidaria	59
2.3.1.4 La fianza y la obligación subsidiaria	60
2.3.1.5 La fianza y la obligación ilimitada	61
2.3.1.6 La fianza y la obligación mancomunada	62
2.3.2 Garantías reales	62
2.3.2.1 La fianza y la prenda	63
2.3.2.2 La fianza y la hipoteca	66
2.3.2.3 La fianza y la afectación en garantía	67
2.3.2 Otro tipo de garantías	69
2.3.3.1 La fianza y el fideicomiso de garantía	69
2.3.3.2 La fianza y el crédito documentario <i>stand by</i>	73
2.4 Figuras que sin ser garantía son utilizadas o confundidas como tales	75
2.4.1 El contrato de seguro	75
2.4.2 Los títulos de crédito	78

CAPÍTULO III
AUTORIDADES QUE REGULAN AL SECTOR AFIANZADOR

3.1	Panorama general	80
3.2	Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP)	82
3.2.1	Naturaleza y régimen legal	82
3.2.2	Organización	84
3.2.3	Facultades	85
3.3	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF)	90
3.3.1	Naturaleza y régimen legal	90
3.3.2	Organización	91
3.3.3	Facultades	92
3.4	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)	94
3.4.1	Naturaleza y régimen legal	94
3.4.2	Organización	95
3.4.3	Facultades	97

CAPÍTULO IV
LA ACTIVIDAD DE LOS AGENTES DE FIANZAS

4.1	Fundamentos legales de su actividad	100
4.2	Concepto	100
4.3	Clasificación de agentes	101
4.3.1	Agente de fianzas persona moral	101
4.3.2	Agente de fianzas persona física	101
4.3.2.1	Vinculados a las instituciones de fianzas por una relación de trabajo	101
4.3.2.2	A través de contratos de comisión mercantil	101
4.3.2.3	Con carácter de agentes mandatarios	101
4.4	Requisitos para ser agente de fianzas	102
4.4.1	Tratándose de personas física	102
4.4.2	Tratándose de personas morales	102
4.5	Impedimentos para ser agente de fianzas	104
4.6	Categorías de autorización	105
4.6.1	Autorización provisional	105
4.6.2	Autorización definitiva	106
4.6.3	Refrendo	107
4.7	Procedimiento para acreditar la capacidad técnica	108
4.8	Derechos de los agentes de fianzas	109
4.9	Obligaciones de los agentes de fianzas	109
4.10	Prohibiciones de los agentes de fianzas	110
4.11	Procesos sancionadores en contra de los agentes	111
4.11.1	Amonestación	113
4.11.2	Multa	113
4.11.3	Suspensión	114
4.11.4	Inhabilitación	115
4.11.5	Revocación	115
4.12	Cancelación de la cédula	116

CAPÍTULO V
PROCESO DE SUSCRIPCIÓN

5.1	¿En qué consiste el proceso de suscripción?	117
5.2	Políticas generales	117
5.3	Solicitud de la fianza	121
5.3.1	Solicitante-beneficiario	122
5.3.2	Solicitante-tercero	122
5.3.2.1	Solicitante-fiado	122
5.3.2.2	Solicitante que siendo un tercero, es distinto al fiado	123
5.4	Análisis del cliente	123
5.4.1	Tratándose de personas físicas	123
5.4.2	Tratándose de personas morales	124
5.4.3	Tratándose de extranjeros	125
5.4.4	Tratándose de organismos gubernamentales	125
5.4.5	Tratándose de grupos financieros	126
5.5	Documentación donde se hace constar la solicitud	127
5.6	Evaluación de las garantías de recuperación	128
5.6.1	Prenda	131

5.6.2	Hipoteca	131
5.6.3	Fideicomiso de garantía	132
5.6.4	Obligación solidaria	133
5.6.5	Contrafianza	134
5.6.6	Afectación en garantía	134
5.7	Determinación del monto de la prima	136
5.8	Diversificación de la obligación garantizada	137
5.8.1	Reafianzamiento	137
5.8.2	Coafianzamiento	138
5.9	Prohibiciones de las instituciones afianzadoras en cuanto a la expedición de pólizas	139
5.10	Expedición de la póliza de fianza	140
5.11	Constitución de reservas técnicas de fianzas en vigor y de contingencia	145

CAPÍTULO VI RAMOS Y SUBRAMOS

6.1	Panorama general	148
6.2	Fianzas de fidelidad	149
6.2.1	Concepto	149
6.2.2	Clasificación	149
6.2.2.1	Individuales	150
6.2.2.2	Colectivas	150
6.2.2.3	De sector público	150
6.2.2.4	De sector privado	151
6.2.3	Principales características	152
6.3	Fianzas judiciales	153
6.3.1	Concepto	153
6.3.2	Clasificación	153
6.3.2.1	Fianzas judiciales penales	153
6.3.2.2	Fianzas judiciales no penales	156
6.3.2.3	Fianzas judiciales que amparan a los conductores de vehículos automotores	159
6.3.3	Principales características	160
6.4	Fianzas administrativas	160
6.4.1	Concepto	160
6.4.2	Clasificación	161
6.4.2.1	De obra	161
6.4.2.2	De proveeduría	164
6.4.2.3	Fiscales	166
6.4.2.4	De arrendamiento	167
6.4.2.5	Otras fianzas administrativas	168
6.4.3	Principales características	168
6.5	Fianzas de crédito	169
6.5.1	Concepto	169
6.5.2	Clasificación	169
6.5.2.1	De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la <i>LFIF</i>	169
6.5.2.2	De conformidad con las <i>Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito</i>	169
6.5.3	Principales características	171
6.6	Fideicomiso de garantía	172
6.6.1	Concepto	172
6.6.2	Clasificación	172
6.6.2.1	Relacionados con pólizas de fianza	173
6.6.2.2	Sin relación con pólizas de fianza	173
6.6.3	Principales características	175

CAPÍTULO VII CAUSAS DE EXTINCIÓN

7.1	¿Qué son las causas de extinción de la fianza de empresa?	176
7.2	Generales	176
7.2.1	Cumplimiento de la obligación	176
7.2.2	Compensación	177
7.2.3	Remisión de deuda	177
7.2.4	Quita	178
7.2.5	Transacción	178
7.2.6	Novación	178

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

7.2.7	Cesión de deudas	178
7.2.8	Simulación	179
7.2.9	Confusión	180
7.3	Propias de la fianza de empresa	180
7.3.1	Caducidad	180
7.3.2	Prescripción	181
7.3.3	Prórroga o espera	181
7.3.4	Sustitución con efectos subrogatorios	182
7.3.5	Proporcionalidad	183
7.3.6	Devolución de la póliza	183
7.3.7	Inobservancia de reglas generales	184
7.3.8	Incumplimiento del pago de la prima	184

CAPÍTULO VIII

PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN, REQUERIMIENTO, DEMANDA, CONVENCIONALES Y ARBITRALES PARA EL COBRO DEL MONTO GARANTIZADO EN LA PÓLIZA

8.1	Antecedentes	186
8.2	Del procedimiento de reclamación ante la institución afianzadora	189
8.2.1	Periodo de exigibilidad de la fianza	190
8.2.2	Periodo de presentación del escrito de reclamación	190
8.2.3	Periodo de integración de la reclamación	191
8.2.4	Periodo de "efectividad de la póliza"	192
8.3	Procedimiento conciliatorio y arbitral ante la CONDUSEF, previsto en el artículo 93 de la <i>LFIF</i>	193
8.3.1	Procedimiento conciliatorio	194
8.3.2	Procedimiento arbitral	195
8.3.2.1	Arbitraje en amigable composición	196
8.3.2.2	Arbitraje en estricto derecho	196
8.4	Convencional y arbitral regulado en el artículo 103 Bis de la <i>LFIF</i>	196
8.5	En vía de demanda, ante autoridades judiciales previsto en el artículo 94 de la <i>LFIF</i> .	197
8.6	En vía incidental, tratándose de fianzas judiciales no penales, previsto en el artículo 94 Bis de la <i>LFIF</i>	200
8.7	De los procedimientos de requerimiento	201
8.7.1	Procedimiento general regulado en el artículo 95 de la <i>LFIF</i>	202
8.7.2	Tratándose de fianzas que se otorgan ante autoridades judiciales del orden penal	204
8.7.3	Tratándose de fianza que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros	206
8.7.4	Tratándose de fianzas que garantizan obligaciones derivadas de contratos de obra pública	209
8.8	Indemnización por mora	211
8.8.1	Derivado de obligaciones de carácter no fiscal	211
8.8.2	Derivado de obligaciones de carácter fiscal	212

CAPÍTULO IX

PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL PARA HACER EFECTIVAS LAS GARANTIAS DE RECUPERACIÓN A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

9.1	Reglas generales	215
9.2	Documentos base de la acción	217
9.3	Procedimiento jurisdiccional	218
9.3.1	Demanda y emplazamiento	219
9.3.2	Actitudes del demandado	220
9.3.2.1	Allanamiento y confesión	221
9.3.2.2	Oposición de excepciones	221
9.3.2.3	Reconvención	222
9.3.3	Pruebas	222
9.3.4	Alegatos	223
9.3.5	Sentencia	223
9.3.6	Medios de impugnación	224
9.3.6.1	Apelación	224
9.3.6.2	Queja	225
9.3.6.3	Revocación	225
9.3.7	Ejecución de sentencia	225

CAPÍTULO X
PROPUESTAS EN TORNO A LA FIANZA DE EMPRESA

10.1	Propuestas de reformas a la <i>LFIF</i>	226
10.1.1	En relación con los datos que deben contener las pólizas de fianza	226
10.1.2	En relación con los ramos y subramos de fianza	227
10.1.3	En relación con la figura de la sustitución prevista en el artículo 121 de la <i>LFIF</i>	230
10.1.4	En relación con los datos y documentos que deben presentarse en las reclamaciones o requerimientos de pago	232
10.1.5	En relación con las figuras de las caducidad y de la prescripción	233
10.1.6	En relación con las fianzas exigibles en vía incidental	239
10.2	Propuesta de regular la fianza a primer requerimiento	241
10.3	Propuestas de crear una ley que regule el contrato de fianza	242
10.4	Propuesta de creación de tribunales especializados	243
	Conclusiones	244
	Fuentes de consulta	247

Abreviaturas y siglas

Art., arts.	Artículo, artículos.
AFORES	Administradoras de fondos para el retiro
CCom	Código de Comercio.
CCF	Código Civil Federal.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CPPDF	Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
CFF	Código Fiscal de la Federación.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales.
CPF	Código Penal Federal.
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
Cfr.	Confróntese.
CONSAR	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
fr., frs.	Fracción, fracciones
Ibid.	"En el mismo lugar, allí mismo".
inc.	Inciso.
Ídem	"Lo mismo, el mismo".
INFONAVIT	Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social.
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
J.	Jurisprudencia.
LAASSP	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
LSTF	Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.
LOPSRM	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los mismos.
LPI	Ley de la Propiedad Industrial.
LPDUSF	Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.
LFD	Ley Federal de Derechos
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
LFT	Ley Federal del Trabajo.
LFPRH	Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
LFPCA	Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.
LGISMS	Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguro.
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles.
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LIC	Ley de Instituciones de Crédito.
LIE	Ley de Inversión Extranjera.
LIMSS	Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social.
LINFONAVIT	Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
LSAT	Ley del Servicio de Administración Tributaria.
LSAR	Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
LPRAF	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
LOTFJFA	Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
LOTSJDF	Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
LSCS	Ley Sobre el Contrato de Seguro.
MOGSHCP	Manual de Organización General de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
op. cit.	Opus citato: "obra citada".
p., pp.	Página, páginas.
pf., pfs.	Párrafo, párrafos.
RASF	Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas.
RIVCNS	Reglamento de Inspección y Vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
RLSTF	Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación.
RLOPSRM	Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los mismos.
RCFF	Reglamento del Código Fiscal de la Federación

<i>RICNSF</i>	Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
<i>RISHCP</i>	Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
<i>RISAT</i>	Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria.
<i>RPPC</i>	Registro Público de la Propiedad y del Comercio.
SAT	Servicios de Administración Tributaria.
SAR	Sistema de Ahorro para el Retiro
s.e.	Sin editor.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SJF	Semanario Judicial de la Federación.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
T.A.	Tesis aislada.
t.	Tomo.
T.C.C.	Tribunal Colegiado de Circuito.
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
Udis	Unidades de Inversión.
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN

A pesar de que la actividad de afianzamiento realizada por instituciones autorizadas para ello, ha sido reconocida por el derecho, tras la expedición de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y demás ordenamientos relacionados, el tema es actualmente desconocido por una gran parte de los profesionistas en Derecho, debido tal vez a que no se incluye dentro de los programas de estudio de la mayoría de las universidades, lo complejo y diseminando que resulta su regulación, o bien, la escasa literatura jurídica que existe sobre el tema.

Aunado a lo anterior, es de reconocer que a pesar de que el empleo de esta forma de garantía se ha extendido para cubrir obligaciones surgidas de los más variados actos jurídicos, las operaciones respaldadas por una empresa afianzadora frecuentemente se encuentran bajo la crítica de los usuarios de estos servicios financieros dada la dificultad para hacer efectivas sus pólizas.

En consideración de lo anterior, la presente investigación pretende, por un lado, servir como un texto de consulta para los profesionistas en la materia y, por el otro, previa la localización de sus deficiencias legislativas, exponer propuestas que sirvan de reflexión para mejorar el sistema afianzador mexicano y propulsar la utilización de tan noble figura jurídica.

La fianza, llamémosle “de empresa” por las personas morales que las emiten, consiste en una garantía de respaldo económico, utilizada como instrumento mediante el cual se asumen obligaciones para el caso de que éstas no sean SATisfechas por el deudor principal, ya sea porque no cuenta con la capacidad técnica o económica para hacerlo, porque nunca tuvo la intención de cumplir o simplemente porque el incumplimiento deriva de una fuerza mayor o caso fortuito; así la fianza tiene como función primordial brindar protección al acreedor en su patrimonio, con el propósito de que éste no sufra menoscabo alguno en caso de incumplimiento del deudor principal.

Ahora bien, con la intención de observar todos los aspectos relacionados con éste importante mecanismo de garantía, será analizada su naturaleza; sus elementos de existencia y de validez; los derechos y obligaciones de las partes, incluyendo la participación de las autoridades financieras y de los agentes de fianzas como intermediarios financieros; el proceso de su expedición y causas de extinción; sus elementos distintivos en comparación con otras formas de garantía; el análisis de los ramos y subramos de fianza; los mecanismos de efectividad con los que cuentan los beneficiarios para hacer exigibles los montos garantizados en su favor, y el procedimiento de recuperación a favor de las instituciones de fianzas.

Asimismo y con el fin de cubrir las expectativas de la investigación, en el último apartado serán expresadas las propuestas para mejorar el sistema afianzador mexicano.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA FIANZA DE EMPRESA

1.1 Antecedentes

La figura de la fianza fue utilizada muchos siglos antes de nuestra era, desde entonces tenía como fin garantizar cierto tipo de obligaciones. Existen referencias históricas de su uso, aproximadamente desde el 2568 a.C. en la antigua Mesopotamia, pasando por Israel, Atenas, Egipto, Roma, las culturas prehispánicas, la Nueva España y hasta su incorporación en nuestro sistema legal.

Manuel Molina¹ hace referencia a descubrimientos históricos que demuestran la utilización de esta figura en culturas como la sumeria, la babilónica, el antiguo Israel, Atenas y Egipto, por citar algunos ejemplos.

En la cultura sumeria, la utilización de la fianza fue localizada en la inscripción de la biblioteca de Sargón I de Akkad. Otro antecedente remoto de tal región es el *Código de Lipit-Ishtar* creado en 1934 a.C., considerado como el primer código legal de la historia, y en Babilonia, el *Código de Hammurabi*, promulgado en el año de 1730 a.C., en donde se regulaba a los esclavos como objetos que podían ser entregados en garantía de una deuda.

En el antiguo Israel, alrededor del año 950 a.C., la fianza fue sancionada por el rey Salomón, quien advirtió que el que sale de fiador de un amigo o de un extraño, está en una posición difícil de la que debe tratar de salir rápida y diligentemente (Proverbios 6:1- 5; 11:15)².

En Atenas, alrededor del año 620 a.C., el arconte Dracón dirigió la codificación de las leyes que hasta entonces eran transmitidas oralmente en su ciudad. Dicho código contemplaba penas muy severas, lo que provocó que la situación económica y jurídica de los deudores insolventes se gravara día con día hasta el punto de quedar sometidos a la esclavitud. Derivado de lo anterior, para el 594 a.C. fueron creadas nuevas leyes a cargo de Solón, donde se prohibía el otorgamiento de garantías.

Asimismo en Egipto, alrededor del 128 a.C., hubieron ciertas manifestaciones de fianzas, mediante acuerdos en los que se garantizaba la amistad entre los pueblos con base en los matrimonios celebrados entre la nobleza, los cuales pueden ser considerados como antecedentes de los actuales tratados internacionales.

Floris Margadant³ refiere que la fianza en Roma, desde su fundación en el año 754 a.C. hasta mediados del siglo VI d.C., se manifestó en diversas formas de acuerdo con las leyes que las regulaban, observancia que se desprende de la labor compiladora del emperador Justiniano en el *Corpus Iuris Civilis*. De manera general, la fianza se formaba mediante una *stipulatio*, contrato unilateral que se perfeccionaba con el uso de ciertos ritos verbales, el cual, según el

¹ Cfr. Molina Bello, Manuel, *La Fianza. Cómo garantizar sus operaciones con terceros*, Mc. Graw Hill, México, 1994, pp. 3 a 5.

² Cfr. *Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento*, Sociedades Bíblicas Unidas, Imp. Brazil, 2004, p. 518.

³ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 25ª ed., Esfinge, México, 2000, p. 387.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

verbo utilizado en la pregunta y en la contestación, podía ser una *sponsio* (celebrada sólo por personas que participaban de la religión romana), una *fideipromissio* (celebrado como un honor por parte de un romano en favor de sus amigos y que, por lo tanto, se gozaba de ciertos privilegios) o una *fideiussio* (en donde se limitaba la responsabilidad de cada fiador respecto de un mismo acreedor). Derivado de las modificaciones a las diversas leyes romanas, muchas reglas de la fianza romana se encuentran, en esencia, en las disposiciones modernas, como las relativas al beneficio de orden (*fideiussio indemnitis*), excusión (*beneficium excussionis*) y división (*fidei iubere*), penas convencionales (*stipulatio poenae*) o la acción del fiador en contra de su fiado (*actio negotiorum gestorum*).

Por lo que respecta a Mesoamérica,⁴ en la época pre-colonial, los aztecas utilizaban la fianza como una forma de garantizar el pago de una deuda personal, la cual era hereditaria, por lo que cuando un deudor caía en insolvencia, tenía que pagar en vida con sus servicios como esclavo a su acreedor, y si moría, la deuda la asumían los hijos.

En el Virreinato de la Nueva España, entre los años de 1520 a 1820, derivado de una mezcla entre las reglas adoptadas del Derecho Romano y de aquellas derivadas del derecho indígena, se emitieron un conjunto de normas que regulaban la vida económica, social y política de las tierras dominadas por la Corona Española, lo que se conoció como la *Recopilación de Leyes de las Indias* de 1680. Dentro de tal compilación, integrada por más de 6,380 leyes, agrupadas en 218 títulos, la figura de la fianza se regulaba en la *Ley 4 del Título XII*, relativo al capítulo de las apelaciones y suplicaciones, en donde se establecía que la persona que hubiere cometido un delito y el fallo del tribunal fuere condenatorio, podría apelar ante el Consejo de Indias y si resultaba ratificada la condena, podría solicitar una libertad condicionada a la entrega de una fianza.

En México independiente se iniciaron los primeros proyectos para expedir leyes acordes con el modo de vida de los ciudadanos, por lo que en 1870 se expidió el primer *Código Civil para el Distrito Federal y Territorio del la Baja California*, en el cual se regulaba a la fianza como un contrato que podía celebrarse a título oneroso y en donde las partes podían acordar los beneficios de orden, excusión y división, continuando el Código Civil de 1884 en donde se agregó que el fiador podía denunciar en juicio al deudor principal, a efecto de que si éste no comparecía le podía parar perjuicio la sentencia que se dictase, y posteriormente en el vigente CC de 1928 se introdujo la definición de fianza civil como se encuentra regulada hasta la actualidad.

En materia mercantil, el CCom de 1889 en vigor no contempla ninguna disposición especial acerca del contrato de fianza, a diferencia del código de 1854 en el cual se preveía que la duración de la fianza no podía ser indefinida y se permitía a los fiadores que dentro de cierto tiempo ó en ciertas circunstancias el acreedor los revele de su obligación salvo cuando se hubiese pactado retribución al garante (art. 314); en tanto que en el posterior código de comercio de 1884 se precisó que la fianza para ser mercantil necesitaba haber tenido por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato de comercio, aunque los fiadores no fueran comerciantes, y para su validez era indispensable que el contrato se celebrara por escrito (art. 670).

Tratándose propiamente de la fianza de empresa, sus antecedentes⁵ derivan de la influencia estadounidense relacionada con las actividades comerciales de aquella época, que provocaron que el día 3 de junio de 1895, el Presidente Porfirio Díaz emitiera un decreto por medio del cual se fijaron las bases para otorgar concesiones a

⁴ Cfr. Molina Bello, Manuel, *op. cit.*, p. 6.

⁵ Cfr. Sánchez Flores, Octavio, cita a Efrén Cervantes Altamirano, *El contrato de fianza*, México, Porrúa, 2001, p. 21 y sucesivas.

compañías de fianzas nacionales y extranjeras legalmente constituidas que se interesaran por practicar habitualmente operaciones de caución a favor de toda clase de personas que tuvieran responsabilidades pecuniarias en el manejo de intereses públicos y privados, con base en lo cual, el 24 de mayo de 1910 se expidió la primera regulación marco en materia de fianzas de empresa, denominada *Ley sobre Compañías de Fianzas*, con la característica de que únicamente se facultaba a las afianzadoras para otorgar caución a favor de la Hacienda Pública sobre las actividades de los empleados de gobierno.

Las empresas extranjeras establecieron sucursales en México, y hasta 1913 se constituyó la primera compañía nacional de fianzas denominada Compañía Mexicana de Garantías, S.A., debido a que un grupo de empresarios mexicanos compraron las acciones de la sucursal estadounidense American Surety Company of New York.

Posteriormente, en 1925 se expidió la *Ley sobre Compañías de Fianzas*, por medio de la cual quedó abrogada la de 1910, con la trascendencia de que en ésta nueva ley se facultó de manera expresa a las afianzadoras para expedir garantías a favor de particulares.

La *Ley sobre Compañías de Fianzas* de 1925 fue abrogada por la entrada en vigor de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*, expedida el 29 de noviembre de 1926, que quitaba precisión a la fianza expedida por instituciones especializadas en la materia, tal es así que en la *Ley General de Instituciones de Crédito* de 1932 se introdujo la posibilidad de que todas las instituciones de crédito pudieran otorgar fianzas, con la condición de que el fiado constituyera garantía bastante para soportar la obligación en caso de incumplimiento.

Sucesivamente y tras la necesidad de crear de nueva cuenta una ley especializada en la materia y que regulara personas morales dedicadas al fin preponderante de celebrar contratos de fianza a título oneroso y de manera habitual, se expidió en el año de 1942 la *Ley de Instituciones de Fianzas*, a la cual al haber sido fuertemente criticada por los empresarios especializados de la materia, delegaron una comisión especial para que mediante abrogación de la citada y con las modificaciones pertinentes se diera a conocer la actual *LFIF*, publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 1950, la cual entró en vigor quince días después de su publicación.

1.2 Naturaleza y régimen legal

La naturaleza jurídica de la fianza se puede concretizar en ser una garantía personal.

Una garantía es un instrumento de protección contra el riesgo de incumplimiento asumido por un deudor frente a su acreedor. Su fin preponderante consiste en brindar seguridad, es decir, la seguridad que el deudor o un tercero otorga a un acreedor para cubrirlo en el supuesto de que la obligación no sea satisfecha, ya sea total o parcialmente, y en los términos convenidos.

La fianza es una "garantía personal" en razón de que un tercero (sujeto distinto al deudor principal) se compromete a cumplir con la obligación del deudor, pagando el importe de la garantía emitida o haciendo lo que el deudor dejó de hacer; caso distinto ocurre con las "garantías reales" en las que la obligación se garantiza con los propios bienes muebles o inmuebles del deudor (art. 2694, *CCF*) o de un tercero (art. 2055, *CCF*).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

La fianza de empresa es de naturaleza mercantil para todas las partes que intervengan en los contratos u obligaciones relacionados con ellas (art. 2º, *LFIF*) y toda vez que corresponde al Congreso de la Unión legislar en toda la República en materia de comercio, la Ley que la regula es de aplicación federal (art. 73, fr. X, *CPEUM*).

El campo de obligaciones que se pueden garantizar a través de una fianza de empresa es bastante amplio, las cuales pueden consistir en obligaciones de dar (garantizar el pago de rentas o de la cosa vendida), hacer (una obra determinada) o incluso no hacer (para el caso de que se cometa robo en contra de un patrón, sea resarcido el daño); sobre obligaciones presentes, es decir, que exista en el momento de la celebración del contrato, o futuras, bastando la expectativa de que llegue a existir la obligación, en cuyo caso el beneficiario no podrá reclamar a la afianzadora hasta que la deuda sea líquida.

Respecto al régimen legal, derivado de una carente técnica legislativa, las disposiciones administrativas, sustantivas y procesales en torno a la fianza de empresa se encuentran reguladas en distintos ordenamientos jurídicos, como lo son la *LFIF*, disposiciones supletorias como resulta ser el *CCom* y el *CFF*, legislación paralela como la *LPDUSF*, reglamentos, reglas, circulares, acuerdos; y derivado de diversas lagunas, contradicciones e interpretaciones, la jurisprudencia.

❖ **La *LFIF***

La actual *LFIF* fue publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 1950 y entró en vigor quince días después de su publicación.

Este ordenamiento se encuentra constituido por ciento treinta artículos, y desde su entrada en vigor ha sufrido cerca de quinientas modificaciones, entre derogaciones, adiciones y reformas.

En cuanto a su constitución, es de destacar que en ella se regulan de manera diseminada normas administrativas, sustantivas y procesales relacionadas con el servicio de afianzamiento.

En la ley prevalecen las disposiciones administrativas referidas a la autorización, creación, operación y funcionamiento que las afianzadoras llevan a cabo bajo la supervisión de la CNSF y de la SHCP a través de sus facultades de inspección y vigilancia.

En cuanto a las normas sustantivas, se localizan disposiciones especiales que marcan diferencias con las fianzas de tipo civil, como lo relacionado a que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión (art. 118, *LFIF*), sus causales de extinción, como lo son la caducidad, la prescripción, la prórroga o la espera, entre otras, o bien, la posible intervención de agentes de fianzas para contratarlas (art. 87, *LFIF*).

Las normas de carácter procedimental se encuentran contenidas en diversos artículos dependiendo de quien sea el beneficiario de las mismas y la obligación garantizada. Para requerir fianzas que se otorguen a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, el beneficiario podrá optar entre los procedimientos arbitral, conciliatorio, judicial o administrativo de ejecución (arts. 93, 94 y 95, *LFIF*); con excepción de las fianzas otorgadas a fin de garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, y a favor de autoridades fiscales, las cuales se encuentran sujetas al procedimiento administrativo de ejecución contemplado en el *CFF* (art. 95, *LFIF*; 143, *CFF*);

en tanto que tratándose de beneficiarios que no sean alguno de los citados, podrán elegir entre los procedimientos arbitral, conciliatorio o judicial (arts. 93 y 94, *LFIF*).

❖ Disposiciones supletorias

Supletoriamente a lo dispuesto en la *LFIF* se debe observar lo dispuesto en el *CCom* y en el *CCF*, (art. 113, *LFIF*), salvo tratándose de fianzas en las que se garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, a las que les resulta aplicable lo dispuesto en el *CFF* y en la *LFPCA* (art. 95, *LFIF*), lo que ha provocado criterios encontrados con respecto a los límites de aplicación de las disposiciones ahí contenidas.

Tratándose de la ejecución de sentencias y embargos dictados por autoridad judicial en contra de las afianzadoras, resulta aplicable el *CCom* y el *CFPC* (art. 94, fr. VI, *LFIF*).

❖ La *LPDUSF*

La *LPDUSF*, entró en vigor el 19 de enero de 1999, mediante decreto publicado en el *DOF* el 18 de enero del mismo año, por medio de la cual se creó la CONDUSEF y con ello se aglutinaron ciertas funciones que tenía a cargo la CNSF, como lo relacionado con la conciliación entre las partes y la ejecución de sentencias y mandamientos de embargo en contra de las instituciones de fianzas dictadas por autoridad jurisdiccional (art. 3º transitorio, *LPDUSF*).

❖ Los reglamentos, reglas, circulares y acuerdos

También resultan aplicables los reglamentos, reglas, circulares y acuerdos que se han emitido en torno al tema, los cuales en consideración de amoldarse a las necesidades sociales sufren constantemente de modificaciones.

➤ Reglamentos

El reglamento, nos dice Gabino Fraga⁶, "...es una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal que expide el Poder Ejecutivo en uso de una facultad propia, cuya finalidad es facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo".

Entre los principales reglamentos que se localizan en torno del tema se encuentran:

- *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas* publicado en el *DOF* el 18 de mayo del 2001, en el cual se establecen los mecanismos para la prestación de sus servicios como intermediarios entre las instituciones de fianzas y los solicitantes de estos servicios financieros.
- *Reglamento del artículo 95 de la LFIF 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 a cargo de terceros*, publicado en el *DOF* el 15 de enero de 1991. En este reglamento se regula el

⁶ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1994, p. 104.

procedimiento de requerimiento que debe llevar a cabo las entidades de gobierno en su carácter de autoridad, para cobrar los montos garantizados en su favor para este tipo de fianzas.

➤ Reglas

Las reglas constituyen disposiciones dictadas por la autoridad federal competente para interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos lo preceptuado por la ley. La SHCP, previa opinión de la CNSF, es el órgano competente para emitir reglas generales relacionadas a la *LFIF* (art. 1º, *LFIF*) emitiendo disposiciones generales en torno a la actividad que llevan a cabo las compañías de fianzas. Son de carácter general porque no se individualiza su aplicación a una institución de fianzas en específico, sino a todas aquellas que se encuentren operando.

Entre las reglas que cobran especial relevancia, por citar algunos ejemplos, se encuentran:

- *Reglas para la constitución, incremento y valuación de las reservas técnicas de fianzas en vigor y de contingencia de las instituciones de fianzas*, de fecha 18 de diciembre del 2007 y publicadas en el *DOF* el 27 de diciembre del mismo año, las cuales abrogaron las publicadas el 19 de abril del 2002 y fueron modificadas mediante acuerdos el 2 de abril del 2003 y el 13 de julio del 2005. Estas reglas están basadas en lo dispuesto en el artículo 46 de la *LFIF* por cuanto las afianzadoras están obligadas a constituir reservas técnicas de fianzas en vigor y de contingencia en los montos, forma y términos ahí establecidos, con el fin de constituir recursos que hagan frente a los pagos derivados de las reclamaciones u requerimientos que les hagan.
- *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito*, emitidas el 15 de mayo del 2000 y publicadas en el *DOF* el 25 de mayo del mismo año, las cuales derogaron las publicadas el 24 de agosto de 1990 y sus modificaciones mediante acuerdo publicado el 23 de marzo de 1994. Tales reglas se expidieron a efecto de precisar las operaciones de crédito que pueden ser garantizadas por una compañía de fianzas, así como los elementos necesarios para su constitución.
- *Reglas generales para operaciones de fianzas y reafianzamientos en moneda extranjera celebradas por instituciones de fianzas*, emitidas el 30 de junio del 2000 y publicadas en el *DOF* el día 21 de agosto del mismo año, con las que se derogaron las reglas publicadas el 6 de diciembre de 1989, modificadas mediante acuerdo publicado el 21 de diciembre de 1992. En dichas reglas se busca adecuar los mecanismos para garantizar actividades de comercio internacional a favor de importadores o exportadores nacionales o extranjeros cuando las obligaciones que garanticen las afianzadoras se hayan convenido en moneda extranjera bajo los parámetros establecidos en dicho ordenamiento.

➤ Circulares

Las circulares surgen como un derivado de los reglamentos, contienen disposiciones administrativas acerca de la dependencia de que se trate y se dirigen por lo general a los funcionarios de la misma y en otras ocasiones a los particulares. Pueden ser expedidas por cualquier funcionario que ocupe un rango superior en la administración pública, como el Presidente de la CNSF, conforme con las facultades que le fueron otorgadas mediante *Acuerdo por el que la Junta de Gobierno de la CNSF delega en el presidente la facultad de emitir las disposiciones necesarias*

para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga a dicha Comisión, emitido el 2 de diciembre de 1998 y publicado en el *DOF* el 4 de enero de 1999.

Entre los temas que se han tocado en las circulares de la CNSF se encuentra lo relacionado con la administración del capital de las afianzadoras, las garantías de recuperación, las operaciones de reafianzamiento, las operaciones en moneda extranjera, las reservas técnicas, los sistemas de contabilidad y la actividad de los agentes de fianzas, dando como ejemplo de ello:

- *Circular F-10.1.4*, de fecha 12 de enero del 2007 y publicada en el *DOF* el 30 de enero del 2007, la cual derogó a la circular de fecha 9 de noviembre de 1996. Este documento fue emitido con el fin de cubrir la laguna, para determinar los datos que deben integrar las reclamaciones de los beneficiarios a efecto de que la compañía garante cuente con los parámetros necesarios para declarar la procedencia, parcial o total, o improcedencia de la misma.
- *Circular F-9.1 Libros, Registros y Auxiliares obligatorios para las instituciones de fianzas y requisitos mínimos que deben satisfacer*, de fecha 14 de marzo del 2007 y publicada en el *DOF* el 20 de abril del mismo año, la cual derogó la de 9 de diciembre de 1996. En esta circular se establecen los parámetros para que las compañías de fianzas lleven a cabo sus registros contables, así como de los libros societarios, de conformidad a lo que se dispone en el *CCom*, con el fin de llevar un adecuado control del estado de la compañía.

➤ **Acuerdos**

Los acuerdos son la manifestación de una convergencia de voluntades con la finalidad de producir efectos jurídicos, los cuales se puede dar entre dos o más personas como individuos, o bien, a través de órganos colegiados, como lo podría ser una junta, asamblea o tribunal. Como ejemplo de un acuerdo en relación con el tema se encuentra:

- *Acuerdo por el que la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas delega en el presidente la facultad de emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga a dicha Comisión y para el eficaz cumplimiento de la misma y de las reglas y reglamentos*, emitido el 2 de diciembre de 1998 y publicado en el *DOF* el 4 de enero de 1999. Como su nombre lo indica, en dicho acuerdo se faculta al Presidente de la CNSF a efecto de emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las actividades que por ley tiene dicha Comisión, lo que ha implicado que desde la entrada en vigor de dicho acuerdo, las circulares sean emitidas bajo la rúbrica del Presidente.

❖ **La jurisprudencia**

La reforma al artículo 107 constitucional de 1950, publicada en el *DOF* el 19 de febrero de 1951, fijó, por primera vez, el vocablo "jurisprudencia"⁷ y a partir de ese momento, se han establecido una serie de conceptos y principios relacionados y aplicables a todas las ramas del Derecho.

⁷ Cfr. Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de Infracción Intelectual*, Sista, México, 2007, p. 379.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

El fundamento constitucional por el que se reconoce la validez de la jurisprudencia se localiza en el artículo 94 de nuestra Carta Magna:

Art. 94, *CPEUM*. "...La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación..."

La jurisprudencia consiste en diversos criterios sustentados en ejecutoria por los diversos tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación, cuando se pronuncien cinco veces en forma consecutiva y sin ninguna en contrario, con el fin de interpretar la adecuada aplicación de las diversas disposiciones jurídicas del sistema nacional mexicano.

En la Ley de Amparo se localiza la manera en que se forma la jurisprudencia, los órganos que la pueden emitir, su obligatoriedad y la forma en que la misma puede ser interrumpida.

Art. 192, *LA*. "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

Art. 193, *LA*. "La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales..."

Art. 194, *LA*. "La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito..."

Es de destacar, que un gran número de modificaciones, que se han llevado a cabo en diversos artículos de la *LFIF*, han sido discutidas por los diversos tribunales de la nación, lo que ha provocado la emisión de innumerables criterios jurisprudenciales, de los cuales muchos de ellos han sido resueltos mediante contradicción de tesis.

Art. 197, LA. “Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de dichas Salas o los ministros que las integren, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en Pleno cuál es la tesis que debe observarse. El Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días...”

Entre algunas de las discusiones más destacadas y como será analizado a lo largo de la obra, se han sostenido las relacionadas con la naturaleza de la fianza de empresa, así como lo relacionado a los procedimientos y los plazos con los que cuentan los beneficiarios para presentar sus requerimientos o reclamaciones de pago.

1.3 Concepto

Etimológicamente, la palabra fianza es un derivado de la palabra “fiar”, vocablo que proviene del latín vulgar *fidare*, *fidere*, que evoca a la idea de “confiar”, la cual en la lengua castellana se escribía como “fidanza”, hasta modificarse a finales del siglo XI por la palabra “fianza”.⁸

En la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define al contrato de fianza como “aquel en donde se establece la obligación de pagar o de cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste” y a la fianza como la “obligación que alguien adquiere de hacer algo a lo que otra persona se ha obligado en caso de que ésta no lo haga.”⁹ Desde luego, tales definiciones no son jurídicas y en ellas sólo se considera de manera general el contenido del vocablo, sin distinguir los distintos tipos de fianzas, como son la fianza civil, mercantil y de empresa.

Por cuanto a la fianza civil, a ésta se le define como “un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace” (art. 2794, CCF). Tal definición resulta criticable, pues se deja de lado a las fianzas legales y judiciales reguladas dentro del mismo ordenamiento y que en cuanto a su procedimiento no nacen de un contrato (arts. 2850 a 2855, CCF). Estas fianzas se encuentran sujetas a lo dispuesto en el CCF y pueden ser otorgadas tanto por individuos como por compañías, siempre y cuando no las extiendan en forma de póliza, no las anuncien públicamente por prensa o por cualquier otro medio similar y no empleen agentes para ofrecerlas (art. 2811, CCF).

Por lo que respecta a la fianza mercantil, como ha sido mencionado, a pesar de que en el CCom no se le define ni regula, Sánchez Flores¹⁰ considera que es aquella que se da, ya sea con motivo de garantizar una operación de comercio (como por ejemplo, una fianza que garantice el pago de un contrato de arrendamiento financiero), de operaciones celebradas entre comerciantes (como en el supuesto anterior, sólo que tanto arrendador como arrendatario se detentan con el carácter de comerciantes), o bien, cuando fuera comerciante el fiador (como las

⁸ Cfr. Vodanovic H., Antonio, *La fianza*, Jurídica, Chile, 1999, p.7.

⁹ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. España, 2001, p. 72.

¹⁰ Cfr. Sánchez Flores, Octavio, *Op. cit.*, p. 395.

otorgadas por instituciones de fianzas, o bien, por ejemplo, las otorgadas por instituciones de crédito de conformidad con el artículo 46 Bis-4 de la *LIC*, en relación con la fr. XIV del artículo 75 *CCom*).

Respecto de la fianza de empresa, el término fue proporcionado por Ruiz Rueda,¹¹ influenciado por la entonces *Ley de Instituciones de Fianzas*, la cual, como la actual *LFIF*, en diversos artículos hacía referencia a la palabra “empresa” para designar a aquellas sociedades anónimas autorizadas por la SHCP para presentar el servicio de afianzamiento de manera habitual, oneroso, profesional, a través de agentes de fianzas y medios publicitarios, previa autorización del Gobierno Federal.

El concepto de “empresa” es un concepto de carácter económico que hace referencia a las actividades de producción, distribución y/o venta de bienes y/o servicios llevados a cabo por una persona física (empresario) o moral (sociedad civil o mercantil), y que en el caso concreto resulta aplicable por los servicios de seguridad otorgados por una institución de fianzas de manera habitual, onerosa y profesional.

Por otro lado, para Arturo Díaz Bravo, la expresión “fianza de empresa” resulta criticable, ya que con ella se induce a una confusión sobre las fianzas que son otorgadas por empresas que no son afianzadoras y, con ello, nos llevaría a la necesidad de rebautizar ciertos contratos y referirse, por ejemplo, al préstamo de empresa, crédito de empresa o arrendamiento de empresa¹², entre otros.

En resumen, el uso del término “fianza de empresa” es conveniente por su simplicidad, ya que de lo contrario tendríamos que referirnos a ella como “fianza regulada en la *LFIF*”, “fianza expedida por institución afianzadora” o cualquier otra parecida que suene redundante, poco práctica y no sea distintiva de la fianza civil, pero a la vez no resulta correcto tal término, pues la fianza no es una figura exclusiva para ser expedida por parte de las instituciones de fianzas.

En tal sentido, resulta comprensible que al utilizar el término de “fianza de empresa” se haga mención a aquellas fianzas que como servicio son otorgadas en forma de póliza por una compañía que, conjugando su patrimonio, el uso de tecnología, recursos humanos y los factores de producción, hacen de ello su ocupación habitual, con el fin de ofrecerlas a un público demandante, sin que la utilización de dicho término en el argot afianzador implique la necesidad de que sea introducido de manera expresa en la *LFIF*.

Es de destacar que en la *LFIF* no se define a la fianza (de empresa) ni al contrato de fianza (de empresa), por lo que, como fue citado, solamente se tiene referencia de lo indicado en el *CCF*. La fianza de empresa es una garantía personal que como actividad se encuentra regulada en su ley especial, la *LFIF*, en tanto que al hablar de contrato, se hace referencia al acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones entre el contratante de la fianza y la institución afianzadora.

Específicamente, el contrato de fianza de empresa es aquel en virtud del cual una institución de fianzas autorizada por la SHCP se compromete a título oneroso, mediante el pago de una prima y previa evaluación y aceptación de garantías de recuperación, a cubrir al beneficiario al incumplimiento del fiado, la obligación garantizada bajo las condiciones que en ella se indiquen.

¹¹ Cfr. Ruiz Rueda, Luis, *El contrato de fianza de empresa en el proyecto de Código de Comercio*, s.e., México, 1960, p.12.

¹² Cfr. Díaz Bravo, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 9ª, ed., Iure editores, México, 2008, pp. 316 y 317.

El concepto genérico ofrecido se encuentra sujeto a una serie de variantes que hacen al contrato de fianza complejo en cuanto a las personas que pueden intervenir en él, así como en relación con el procedimiento por el que se tiene por celebrado.

En las fianzas pueden intervenir varios sujetos y crear una diversidad de vínculos jurídicos entre ellos. Primero existe una relación entre la institución garante y el fiado o fiados; entre ésta y el beneficiario o beneficiarios; entre la afianzadora y un tercero ajeno al fiado u beneficiario de la fianza. Mayor complejidad encontramos al considerar que la institución garante puede expedir la póliza aun en contra de la voluntad del beneficiario o sin su consentimiento, lo que ha provocado la confusión de considerar a la fianza de empresa algunas veces como un acto unilateral, o bien, como un contrato bilateral o hasta trilateral.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, la confusión surge en razón de que en la *LFIF* se habla por un lado de un "contrato-solicitud"¹³ y, por el otro, de una "póliza de fianza"¹⁴, los cuales, dependiendo de criterios subjetivos, se considera a uno u otro como el documento en donde se consigna de manera eficiente la voluntad de la(s) parte(s).

En razón de lo anterior, se ofreció un concepto genérico que establece de manera general características que distinguen a la fianza de empresa, de la fianza civil, y como un subtipo de fianzas mercantiles, en virtud de que toda fianza de empresa resulta de naturaleza mercantil (art. 2º, *LFIF*), aunque no toda fianza mercantil es fianza de empresa.

1.4 Vínculo jurídico

El vínculo jurídico es el nexo que se establece entre quienes forman parte en un acto jurídico. Como lo manifiesta Borja Soriano,¹⁵ "...es una relación jurídica protegida por el derecho objetivo, que da al acreedor una acción que ejercitar ante el juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente".

Lo anterior implica que todos aquellos que no estén vinculados en la relación jurídica dentro de un contrato no forman parte de la misma, salvo el caso de la institución fiadora, la cual por virtud de su declaración unilateral de voluntad expresada en la póliza de fianza, vincula su suerte a la que derive del cumplimiento o del incumplimiento de la obligación garantizada.

Así existen una diversidad de contratos, como pudieran ser de obra, proveeduría, arrendamiento, adquisiciones, suministro, distribución, etcétera, que suelen mencionar en su texto que deberá ser garantizado su cumplimiento mediante una fianza; sin embargo, la voluntad de la institución fiadora se expresa en otro documento al que se denomina "póliza de fianza", resultando que la obligación principal derivada de cualquiera de los contratos referidos, se encuentra garantizado por una obligación accesoria asumida por la institución afianzadora, guardando el contrato de fianza sus propios elementos de existencia, validez y extinción.

¹³ Cfr., arts. 24, 103 Bis y 118 Bis, *LFIF*.

¹⁴ Cfr., arts. 3º, 5º, 8º, 15 fr. XI, 20, 24, 63, 79 Bis, 95 bis, 96, 103 Bis, 106 fr. III, 117, 118 Bis y 122, *LFIF*.

¹⁵ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 18ª ed. Porrúa, México, 2001, p. 72.

En este caso, se habla de dos contratos principales relacionados entre sí, donde una obligación principal crea un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor de la obligación principal, mientras que la obligación accesoria lo hace entre la institución de fianzas con el beneficiario de la póliza.

1.4.1 De la obligación principal

El vínculo jurídico de la obligación principal es aquel que se establece entre el deudor (fiado) y el acreedor (beneficiario), cuyo cumplimiento de dar, hacer o no hacer del primero de los citados, será garantizado por la institución fiadora.

1.4.2 De la obligación accesoria

El vínculo jurídico de la obligación accesoria es aquel que se establece entre la institución fiadora y el beneficiario, en virtud del cual el segundo puede exigir del primero un monto garantizado, cuando la condición del incumplimiento del fiado estipulada en la póliza de fianza se configura.

Se distingue la obligación accesoria de la principal, en que en tanto que la obligación principal tiene existencia propia e independiente de la accesoria con la cual está conectada, la existencia y exigibilidad de la obligación accesoria depende de la obligación principal.

Por otro lado, es de precisar que si bien la obligación accesoria comparte con la obligación principal de ciertas causales de extinción, como resulta ser, por ejemplo, la derivada del cumplimiento de la obligación garantizada; la obligación accesoria por la que la institución de fianzas se constituye como fiadora ante el fiado, mantiene de manera independiente otras causales de extinción que le son propias, como resultan ser las derivadas de la configuración de la caducidad o de la prescripción reguladas en el artículo 120 de la *LFIF*, como será analizado en el Capítulo VII de la presente obra.

1.5 Clasificación

La fianza de empresa es:

- ❖ **Un contrato perfeccionado por un formulario y un acto jurídico unilateral.** Un contrato es un acuerdo de voluntades por el que se crean o transmiten derechos y obligaciones (art. 1793, *CCF*). Para el caso concreto, el contrato surge de la voluntad del solicitante de la fianza, el cual entrega una prima a la institución de fianzas que se constituye como fiadora, mientras que ésta se compromete a pagar en caso de incumplimiento del fiado. No obstante, es de precisar que el contrato se celebra en dos fases: el llenado del llamado mal nombrado “contrato-solicitud”, que en realidad es un formulario donde se integran los datos del solicitante, y por otro lado, la “póliza de fianza”, que es un documento emitido de manera unilateral, en el que se hace constar las obligaciones a las que se contrae la institución de fianzas una vez llenado el formulario indicado.

- ❖ **De naturaleza mercantil:** su naturaleza mercantil deriva del fin lucrativo que persigue la actividad afianzadora que llevan a cabo las instituciones dedicadas a tal negocio; de lo expresamente regulado en el artículo 2º de la *LFIF* y del principio de que toda fianza de empresa es fianza mercantil, aunque no toda fianza mercantil sea fianza de empresa.
- ❖ **Nominado:** por estar regulado por la legislación, aunque como se repite, únicamente con el carácter de “fianza” y sin que la *LFIF* ofrezca de la misma su definición.
- ❖ **Típico:** por que se encuentran reguladas las características de sus ramos y subramos en la *LFIF*.
- ❖ **Garantía personal:** porque precisamente el objeto del contrato es garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del fiado en caso que éste no lo hiciere. Resulta personal en tanto que se compromete un tercero, quien aminora el riesgo que corre el acreedor ante el posible incumplimiento del deudor principal.
- ❖ **De tracto sucesivo:** toda vez que las obligaciones de las partes se extienden una garantía que estará vigente durante un lapso determinado.
- ❖ **Oneroso:** puesto que se contienen provechos y gravámenes para ambas partes e impera el cobro de una prima a favor de la institución afianzadora para que expida la póliza y se consigne como fiadora.
- ❖ **Conmutativo:** porque las prestaciones, provechos y gravámenes que emanan del contrato son completamente conocidas por las partes desde su celebración, lo cual queda expresado en la póliza respectiva.
- ❖ **Puede ser un contrato de adhesión:** en razón de que en la práctica las compañías cuentan con contratos preestablecidos para suscribir las pólizas de fianza, atendiendo a la necesidad de unificar los procedimientos administrativos de expedición y al tipo de fianza; no obstante, a solicitud de los usuarios pueden acordarse ciertas cláusulas, lo que implica que esta característica no sea una regla y que en todos los casos impere la libertad de las partes de contratar, sin limitar la obligación de que la voluntad de la afianzadora se exprese en el documento denominado “póliza”.
- ❖ **Accesorio en oposición a principal:** resulta accesorio porque el contrato de fianza tiene como objetivo el garantizar el cumplimiento de una obligación ajena. Al respecto, Escriche¹⁶ indica: “La fianza es un contrato accesorio, pues sólo tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otras convenciones; y no induce obligación contra el fiador sino en defecto del deudor principal”.
- ❖ **Principal:** el jurista francés Bonnacase¹⁷ reflexiona en que el contrato de fianza es principal en tanto que lo accesorio lo constituye el derecho derivado de la misma, manifestando: “Se ha pretendido distinguir los contratos principales y los accesorios, lo cual es un error debido a que se confunden los pretendidos contratos accesorios con los derechos accesorios. En efecto, la fianza y la constitución de hipoteca han sido consideradas como contratos accesorios, pero lo accesorio es la obligación del fiador”.

¹⁶ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Porrúa, México, p. 255.

¹⁷ Bonnacase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, T. II, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1985, p. 580.

Es de opinión del autor, que el jurista Bonnacase tiene la razón, pues el contrato es principal entre el solicitante de la fianza y la institución fiadora; no obstante que el objeto de su celebración derive de una obligación preexistente al que se encuentre relacionado. Para ello, es de reflexionar que la fianza guarda sus propios elementos de existencia y causas de extinción, lo que le distingue del contrato donde se hacen constar las obligaciones a garantizar, debido a que ambas obligaciones pueden tener un objeto distinto, puesto que la del deudor principal puede ser un hacer, mientras que la del fiador un dar (art. 2800, *CCF*); la obligación fiadora debe ser inferior a la principal (art. 2799, *CCF*) y existe la posibilidad de que la obligación del fiador se extinga por causas propias, toda vez que la afianzadora puede emitir sus propias excepciones de caducidad, prescripción, espera y prórroga no concedida, entre otras.¹⁸

- ❖ **Bilateral en oposición a unilateral:** por que las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos, toda vez que la empresa afianzadora se compromete como garante a favor de un tercero en contraprestación de una prima, en tanto que el contratante se beneficia en que la obligación a su cargo, o la del fiado, se encuentra garantizada, siempre y cuando cumpla con el pago de la prima.
- ❖ **Unilateral:** El jurista Sánchez Flores¹⁹ afirma: “Aun cuando la fianza se caracteriza como contrato, en los casos de fianza judicial o de fianza otorgada en póliza por una institución legalmente facultada, en nuestro concepto dichos actos tienen el carácter de unilaterales, es decir, no se requiere la manifestación de voluntad coincidente entre el acreedor y fiador, o consentimiento... Si la fianza se otorga en forma de póliza, ésta por su redacción constituye una declaración unilateral de voluntad de la institución afianzadora, sin que intervenga el acreedor ni mucho menos sin que se requiera su voluntad para formar el consentimiento, siendo válida y eficaz la fianza así otorgada aun en el supuesto de que el acreedor la rechazara y tratara de exigir otra garantía”.

Es de precisar que, bajo tales consideraciones, algunas legislaciones ni siquiera definen a la fianza como un contrato, aunque lo ubiquen dentro del capítulo relativo a los contratos. Así, por ejemplo, el *Código Civil de Colombia* establece en su artículo 2361: “La fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple”; o bien, en el *Código Civil Español* solamente se precisa en el artículo 1822: “La fianza puede constituirse aun en el caso de que el deudor principal consienta, ignore o contradiga la garantía”.

- ❖ **Consensual en oposición a formal:** Castrillón y Luna²⁰ indica: “El hecho de que las instituciones se encuentren en disposición legal obligadas a expedir la póliza, aun cuando en la misma se contengan las condiciones propias de las que emanan sus obligaciones ante el beneficiario, no convierte al contrato en formal, ya que no se otorga por escrito, y la póliza, constituyendo un trascendente medio de prueba, únicamente es suscrita por la empresa y no así por el contratante, ni aun por el beneficiario”.

¹⁸ Cfr. Treviño García, Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*, 5ª ed., Mac Graw Hill, México, 1995, p. 778.

¹⁹ Sánchez Flores, Octavio, *op. cit.*, p. 528.

²⁰ Castrillón y Luna, Víctor M. *Contratos Mercantiles*, Porrúa, México, 2003, p.142.

Sánchez Meda²¹, con un criterio acorde con el del jurista Castrillón y Luna manifiesta: “No se requiere por ley, formalidad alguna para la celebración de la fianza, por lo que es un contrato consensual, pero en todo caso debe ser expresa la fianza y no tácita, esto es, que el fiador debe obligarse expresamente a responder por el deudor principal, aunque el acreedor acepte sólo de modo tácito tal compromiso del fiador”.

Ruiz Rueda expone: “La expedición de la póliza de fianza es sin duda un deber de la institución de fianzas, pero no constituye el objeto del contrato, ya que la expedición del documento es una constancia del contrato y constituye una aceptación tácita... La expedición de una póliza de fianza a cambio del pago de una prima sería un contrato de promesa de fianza onerosa, cuyo objeto sería la celebración de tal contrato, pero éste carecería de sentido y, además, el problema jurídico de la naturaleza de la fianza de empresa seguiría en pie, porque se pretende que la garantía no nace de un contrato, sino de un acto jurídico unilateral”.²²

- ❖ **Formal:** El jurista Oscar Vásquez del Mercado²³ refiere que la fianza es un contrato formal, pues “la fianza debe derivar de la manifestación expresa de las partes”; mientras que el doctor Arturo Díaz Bravo²⁴ acorde con la formalidad de la fianza manifiesta: “La póliza de fianza, en cuanto forzosa expresión documental del contrato, debe ser extendida por dicha empresa mediante empleo de un texto y modelo tácita o expresamente aprobado por la CNSF, con inclusión de las cláusulas que fije la SHCP mediante reglas generales (arts. 85 y 117). De este modo, en la práctica el contrato ha devenido formal...”.

En consideración de que existen discrepancias entre apreciar a la fianza de empresa como un contrato bilateral en oposición a un acto unilateral, así como si se trata de un contrato consensual en oposición a formal, la solución se localiza en distinguir al mal llamado contrato-solicitud de la póliza de fianza.

1.6 Elemento bilateral-consensual (contrato-solicitud)

La clasificación del denominado contrato-solicitud se basa en la definición expuesta en la legislación civil aplicable supletoriamente a la materia, en donde se especifica: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos” (art. 1793, *CCF*) y en razón de que, en un caso concreto, el solicitante de la fianza se compromete primordialmente al pago de una prima, mientras que la afianzadora se compromete a garantizar una obligación determinada, presuntamente se configura en ese acuerdo de voluntades un contrato.

No obstante, el vocablo “contrato” no resulta del todo correcto, considerando que tal documento no es suficiente para que se tenga por celebrado el acuerdo de voluntades entre la institución garante y el solicitante de la fianza, pues ni siquiera desemboca forzosamente en la expedición de la póliza u otorga la certeza de que el solicitante de la fianza al celebrarlo provocará que la institución de fianzas funja irrestrictamente como fiadora, pues como ha sido mencionado, el mal denominado contrato-solicitud en realidad se trata de un formulario que permite a la afianzadora analizar la conveniencia de fungir como garante, para con ello posteriormente expedir la póliza de fianza, resultando por tanto un paso previo para el verdadero perfeccionamiento y celebración del contrato.

²¹ Sánchez Flores, Octavio, cita a Ramón Sánchez Meda, *Op. cit.*, p. 528.

²² Ruiz Rueda, Luis, *La Fianza de Empresa a Favor de Tercero*, Arana, México, 1996, p.51.

²³ Vásquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 10ª ed., 2001, p. 367.

²⁴ *Cfr.* Díaz Bravo, Arturo, *Op. cit.* p. 323 y 324.

La palabra “contrato solicitud” se encuentra plasmada en escasos tres artículos de la *LFIF* que al efecto resultan convenientes transcribir:

Art. 24, *LFIF*. “...Los representantes legales de personas morales que se constituyan como obligados solidarios o contrafiadores de fiados, **en documentos o contratos solicitud** de fianzas, proporcionados por las instituciones de fianzas, deberán tener conferidos poderes para rigurosos actos de dominio...”.

Art. 103 Bis, *LFIF*. “...El procedimiento convencional ante tribunales o mediante arbitraje, **podrá pactarse en los propios contratos solicitud** de fianza que suscriban las instituciones con el fiado, o en su caso con el solicitante, los obligados solidarios o contrafiadores...”.

Art. 118 Bis, *LFIF*. “...El texto de este artículo se hará saber de manera inequívoca al fiado, al solicitante y, en su caso, a los obligados solidarios o contrafiadores y **deberá transcribirse íntegramente en el contrato solicitud respectivo...**”.

Por otro lado, la característica de consensual de este formulario estriba en que si bien la solicitud debe de constar de manera expresa, para la integración de los datos que se deben recabar, la institución de fianzas puede valerse además de la vía escrita, de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología a conveniencia y facilidad de las partes (art. 86 Bis, *LFIF*).

1.7 Elemento unilateral-formal (póliza de fianza)

Como fue comentado, después que la afianzadora recabo los datos del fiado en el documento denominado contrato-solicitud, ha aceptado fungir como garante a favor de un tercero y ha estipulado el monto de la prima en su favor, la institución prosigue a expedir al solicitante de la fianza el documento denominado “póliza de fianza”, la cual constituye un documento formal emitido unilateralmente por la empresa afianzadora y de vital importancia a favor del beneficiario de la póliza.

Constituye la póliza un acto unilateral en razón de que no interviene en su expedición el beneficiario ni el solicitante de la fianza, ni se requiere que conste cualquiera de dichas voluntades en dicho documento, lo que se corrobora con la tesis titulada **FIANZA, PÓLIZA DE. TIENE CARÁCTER UNILATERAL**,²⁵ en donde se precisa que “...en una póliza únicamente se generan obligaciones a cargo de la afianzadora, por lo que no es requisito que en las pólizas conste la firma del solicitante o del fiado, en tanto que la póliza es el documento que surge como objeto de la relación contractual entre ellos y la institución de fianzas; únicamente contiene la declaración unilateral de la afianzadora de constituirse en fiadora y, por ende, dada la naturaleza jurídica de la fianza, su expedición y contenido corresponde a la institución, quien se obliga a responder del cumplimiento de una obligación principal”.

Las pólizas de fianza constituyen un acto formal, pues el legislador previendo que únicamente las compañías afianzadoras las pueden emitir, lo deben hacer de manera siempre numeradas y estipulando las indicaciones que administrativamente fijan la SHCP y la CNSF (art. 117, *LFIF*). En su caso, la ausencia de dichas formalidades puede

²⁵ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XII, septiembre de 2000; p. 750; [T.A.]; Registro No. 191205.

hacer que incurra en responsabilidad la institución de fianzas omisa, mas no derivará en la inexistencia de la relación contractual, en consideración de que la póliza constituye un documento expedido primordialmente a favor del beneficiario, con el fin de enterar de las condiciones para hacer exigibles los montos garantizados en su favor y los derechos-obligaciones adquiridos por la afianzadora (art. 93, *LFIF*).

Lo anterior, tal como ha sido sustentado en la tesis denominada **CONTRATOS Y PÓLIZAS DE FIANZAS, EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS CON LA COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS, NO DA LUGAR A LA NULIDAD DE LOS,**²⁶ en donde se precisa: “De una recta interpretación de los artículos 84 y 89, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se aprecia que las obligaciones que imponen en cuanto a la acreditación de los representantes de las instituciones que regula el ordenamiento legal en cita, sobre sus facultades de representación para otorgar fianzas a nombre de aquéllas y el registro de sus firmas ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, son disposiciones que deben acatar tales instituciones con la referida Comisión, mas no ante terceros, y la falta de observancia de ese mandato, sólo perjudica a dichas instituciones con la sanción que en su caso les imponga la preindicada Comisión, pero en forma alguna tal incumplimiento da lugar a decretar la nulidad de los contratos y pólizas de fianzas celebrados con aquéllos”.

Por ley, todas las pólizas y recibos que se emitan en papelería oficial se presumirán, salvo prueba en contrario, legalmente válidas (arts. 12 y 90 Bis, *LFIF*), y en caso de extravío, el beneficiario tiene el derecho de exigir a la afianzadora que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida en su favor (art. 117, pf. 2º, *LFIF*).

Los artículos 93 y 117 de la *LFIF* hacen hincapié del cuidado que debe tener el beneficiario de su póliza.

Art. 93, *LFIF*. “Los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva...”.

Art. 117, pf. 2º, *LFIF*. “El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravío, el beneficiario podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor.

La devolución de una póliza a la institución que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario”.

En consideración de lo anterior, se precisa que con la póliza de fianza se perfecciona el contrato de fianza, el cual constituye el documento emitido a favor del beneficiario para reclamar la cantidad u obligación que en ella se consigna al cumplirse la condición del incumplimiento del fiado; en tanto que el denominado contrato-solicitud es en realidad un formulario que sirve a la afianzadora para determinar la conveniencia de fungir como fiadora, en consideración del riesgo sobre la obligación a garantizar, el análisis del fiado y las garantías de recuperación.

²⁶ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; X, noviembre de 1999; p. 970; [T.A.]; Registro No. 192966.

1.8 Elementos esenciales o de existencia

Los elementos esenciales del acto jurídico son indispensables para su existencia, pues si falta alguno de ellos no se producirá ningún efecto. Cualquiera que tenga interés en que se declare inexistente el acto, lo podría solicitar sin que la prescripción se pudiera hacer valer.²⁷ Estos elementos se dividen en:

1. Consentimiento
2. Objeto
3. Solemnidad

1.8.1 El Consentimiento

El término de “consentimiento” como primer elemento de existencia, implica una manifestación de la voluntad. Al respecto Domínguez Martínez²⁸ expresa: “En esas condiciones, referirse a la manifestación de la voluntad como primer elemento esencial del negocio jurídico, es para aludir al género, en tanto que si mencionamos al consentimiento, es con referencia a la especie de dicho elemento esencial en negocios jurídicos que requieren de dos o más voluntades en su estructura”.

La manifestación de la voluntad como género implica en un primer momento que un sujeto considere internamente si celebra o no un negocio jurídico, analice sus consecuencias, beneficios y posibles riesgos, a efecto de que si está de acuerdo con los mismos, declare esa voluntad a través de la exteriorización de su consentimiento; en tanto que si se manifiesta la voluntad de rechazar la oferta, simplemente se tendría por no celebrado el contrato.

Al respecto, se puede concretizar que el consentimiento consiste en la expresión de la voluntad por medio del cual se da a conocer la aprobación de las condiciones ofrecidas en una relación contractual, por lo que con respecto a la opinión de ciertos autores que suelen confundir el consentimiento con la manifestación de la voluntad como elemento de existencia, conviene enfatizar que el “consentimiento” y no “la expresión de la voluntad” constituye el vocablo adecuado para referirnos a este elemento de existencia de los contratos.

En el caso de la fianza, el consentimiento se exterioriza por un lado entre el solicitante de la fianza a través de denominado contrato-solicitud y, por el otro lado, por la institución de fianzas a través de la expedición de la póliza de fianza. En tal sentido es de precisar, que “La *LFIF* califica al contratante de solicitante en razón de que la fianza se inicia con una solicitud de contrato hecha por quien pretende celebrar la fianza con la institución de fianzas, en los formatos previamente elaborados por la misma afianzadora, dicho solicitante es el que celebra el contrato con la institución en cuyo momento deja de ser tal para convertirse propiamente en contratante”.²⁹

Aunado a lo anterior, posteriormente será analizado como el solicitante puede serlo el fiado, el beneficiario, o bien, un tercero con interés en la celebración del contrato.

²⁷ Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003. p. 128.

²⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Porrúa, México, 1996, p. 523.

²⁹ León Tovar, Soyla, *Contratos Mercantiles*, UNAM-OXFORD, México, 2004, p. 715.

1.8.2 El objeto

El objeto doctrinalmente suele dividirse en dos especies: objeto directo y objeto indirecto.

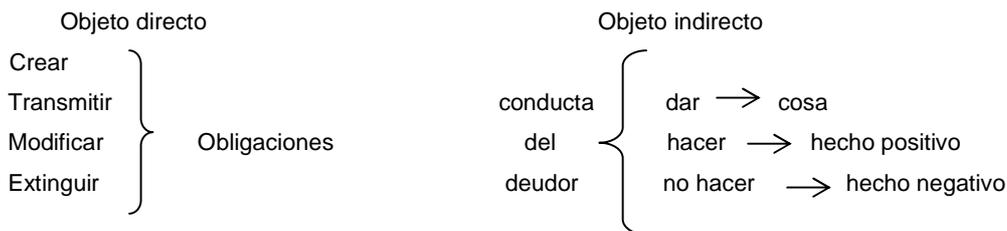
El maestro Martínez Alfaro³⁰ indica que el objeto directo de los convenios consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones, por lo que el objeto directo del contrato será el crear o transmitir obligaciones; mientras que en la novación, el objeto directo consiste en extinguir la obligación primitiva y crear la obligación sustituta.

Derivado del análisis del artículo 1824 del *CCF* se desprende que el objeto indirecto consiste en la cosa o en el hecho que el obligado debe o no de ejecutar, el cual establece que son objeto de los contratos:

Art. 1824, *CCF*. "Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

Para comprender mejor lo expuesto, se presenta el siguiente esquema del libro del maestro Martínez Alfaro³¹



Tratándose de obligaciones de dar, el objeto consistirá en la traslación de dominio de cosa cierta, en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, o bien, en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida (art. 2011, *CCF*).

En el caso de obligaciones de hacer o no hacer, el objeto podrá consistir en la prestación del hecho o abstención convenidos (arts. 2027 y 2028, *CCF*).

En un contrato de fianza, resulta conveniente diferenciar el objeto de la obligación principal, del objeto de la obligación accesoria, dado que la obligación del fiador no es la misma que existe a cargo del fiado.

El objeto directo de la obligación del fiado consiste en obtener la obligación de la institución garante de pagar o cumplir su obligación en el caso de que él no lo haga, además de las obligaciones que se hayan pactado en el contrato principal; mientras que el objeto directo de la institución fiadora consiste en asumir su obligación como garante mediante la expedición de un póliza de fianza.

³⁰ *Cfr.* Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 34.

³¹ *Ibíd.*, p. 35.

El objeto indirecto de la obligación del fiado es de dar, hacer o no hacer, pactado en el contrato principal; mientras que la obligación de la institución garante es dar el monto pactado en la póliza de fianza cuando se configure el incumplimiento del fiado, o bien, si ello fuera posible, el de cumplir la obligación de hacer lo que no se efectuó.

Al respecto, Ramón Concha Malo³² afirma: “La obligación fiadora puede tener por objeto el cumplimiento de un dar o un hacer, pero un no hacer no, ya que en todo caso, el fiador responde por el cumplimiento de una deuda ajena. Podrá darse el caso de que el objeto de una deuda principal sea un no hacer, pero siguiendo el principio de resolución de las obligaciones de no hacer, la obligación fiadora tendrá por objeto un dar”.

Al formalizarse el contrato se debe observar que el objeto que se va a entregar o el acto que se va a hacer o a omitir, sea física y jurídicamente posible, con el fin de que lo pactado sea compatible con la norma que lo rige y la misma no constituya un obstáculo insuperable para la producción de los efectos legales deseados (art. 1828, CCF) pues, dando un ejemplo, sería incompatible celebrar un contrato en el que la institución afianzadora se comprometa a garantizar la compra de una sirena, pues las mismas no existen en la naturaleza, así como resulta jurídicamente imposible el que expidan pólizas de seguro, pues éste no consiste en su objeto social.

1.8.3 La solemnidad

“El contrato solemne es aquel en donde la ley exige como elemento de existencia del contrato, que la voluntad de las partes se externe con la forma prevista por ella y sin la cual el acto será inexistente”.³³

Existe divergencia de opinión en torno de determinar si existen contratos solemnes o si la solemnidad es un elemento de existencia que sólo se encuentra exigible para ciertos actos jurídicos.

El autor Bejarano Sánchez³⁴ considera: “En México no existen los contratos solemnes y por ello el legislador no incluyó a la solemnidad entre sus requisitos de existencia”. Por otro lado, con un criterio similar, el maestro Martínez Alfaro³⁵ declara: “Únicamente existen los actos jurídicos solemnes como son los actos del estado civil de las personas”.

Si bien es cierto que son más comunes los actos jurídicos solemnes (donde sólo se manifieste la voluntad de una de las partes) mas los contratos solemnes (acuerdo en el que siempre debe de intervenir la voluntad entre dos o más personas), lo cierto es que el legislador omitió hacer referencia a la solemnidad dentro del artículo 1794 del CCF, pues efectivamente existen los contratos solemnes, y un claro ejemplo consiste en el contrato subrogatorio, el cual se encuentra regulado en el artículo 2059 del CCF, en donde a la letra indica:

Art. 2059, CCF. “Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de

³² Concha Malo, Ramón, *La Fianza en México*, Futura Editores, México, 1998, p. 21.

³³ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 14ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 248.

³⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª ed., Harla, México, 1984, p. 45.

³⁵ Martínez Alfaro, Joaquín, *Op. cit.*, p. 90.

la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato”.

Lo anterior es así, ya que si el documento donde se plasma la manifestación de haberse prestado el dinero no señala que fue con el fin de que se pague la deuda, la subrogación no podría existir, por lo que dejaría de ser un contrato subrogatorio para ser simplemente un contrato de mutuo o de préstamo.

Por otro lado, existen determinados actos jurídicos que son considerados solemnes, como son el reconocimiento de hijos, el testamento, pues en este caso se requiere que “...no sólo se observe la formalidad imperativamente señalada en la ley, sino que se otorgue ante el funcionario que prescribe y precisamente en el libro y con los requisitos exigidos por la misma para que el acto surta sus efectos jurídicos”.³⁶

Dentro del derecho mercantil se presentan casos de actos solemnes, como son los títulos de crédito que consagran declaraciones unilaterales de voluntad para la existencia del acto, pues se requiere del otorgamiento de un documento que cumpla con una serie de declaraciones precisadas por la ley. Para dar un ejemplo a lo anterior, en el caso de los pagarés, implica su existencia la necesidad de tener una redacción especial, toda vez que de acuerdo con las fracciones I y II del artículo 170 de la *LGTOC* dicho “pagaré” nunca lo es y consecuentemente no producirá efectos jurídicos si no se plasma dicha palabra en el propio documento, así como si no se menciona la “promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero”, tal como lo sustenta el siguiente criterio jurisprudencial resuelto por contradicción de tesis.³⁷

“PAGARÉ. LA PROMESA INCONDICIONAL DE PAGAR UNA SUMA DETERMINADA DE DINERO, ES UN REQUISITO DE EXISTENCIA. En términos de la fracción II, del artículo 170 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la promesa incondicional de pago constituye la declaración de voluntad del firmante en virtud de la cual se obliga a hacer efectiva la cantidad de dinero reseñada en el documento a la persona que figure inicialmente como tenedor o a los sucesivos tenedores del título al vencimiento de éste. En ese sentido, el pago ha de referirse forzosamente a una cantidad determinada que no puede quedar en blanco, ello por dos razones: por un lado, porque debe cumplirse con el principio de literalidad contenido en el artículo 5º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que implica que el beneficiario de un título no puede exigir al deudor algo que no esté previsto en su texto, pues derivado de éste, el universo de obligaciones y derechos creado con la expedición de un título, no puede ni debe tener otra interpretación que la realizada respecto de lo que esté contenido de manera escrita en el documento; por otro lado, porque se estaría contrariando lo previsto por el artículo 170, fracción II del mismo ordenamiento que prevé expresamente que el pagaré deberá contener “La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero”.

En resumen, el acto jurídico u contrato solemne es aquel en donde la ley exige que la voluntad de las partes se externe en la forma prevista por ella, donde más allá de requerirse la celebración por escrito, implica que se establezcan leyendas y/o se celebren ante fedatario determinado que le dé validez, ya que sin el cumplimiento de tales requisitos, el acto u contrato jurídicamente sería inexistente.

³⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, cita a Rojina Villegas, *Op. cit.*, p. 555.

³⁷ 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su Gaceta; XXI, mayo del 2005; p. 360; [J.], Registro No. 178403.

En relación con los actos solemnes, en el Diccionario Jurídico Mexicano se indica: “En atención a la forma, los actos jurídicos se clasifican en consensuales, formales y solemnes. Los primeros son aquellos que no requieren de formalidades en sentido estricto, de tal manera que el mero consentimiento expreso o tácito da validez al acto; los segundos son aquellos que requieren para su validez que el consentimiento sea expreso y escrito, (...) por último, la solemnidad es una formalidad escrita especial que afecta no la validez del acto jurídico, sino su existencia, es pues un elemento esencial”,³⁸ situación que como ha sido analizado resulta aplicable asimismo a los contratos.

Ahora bien, el elemento de existencia denominado “solemnidad” y en relación con la figura de la fianza de empresa, debe ser analizado bajo la distinción de los dos periodos en que se constituye el contrato de fianza, es decir, en el periodo en que se celebra el contrato-solicitud y en el periodo en que se constituye la póliza de fianza.

Como fue previamente analizado, el contrato-solicitud en realidad no es un contrato, sino un formulario donde se manifiesta la voluntad del solicitante porque le sea expedida una póliza de fianza y donde no se observa alguna expresión de solemnidad, pues existe libertad de las afianzadoras por redactar el formulario a su criterio sin que sea requisito su llenado ante fedatario específico; en tanto que la póliza de fianza consiste en un acto unilateral-formal, sin que los requisitos que se señalan en la ley impliquen que se trate de un acto solemne, pues el hecho de que la póliza se emita en contravención a lo dispuesto en el artículo 117 de la *LFIF*, provocará incurrir en responsabilidad a la institución de fianzas, mas no dará lugar a la inexistencia de la relación contractual y ni siquiera su nulidad con la que se pudiera perjudicar al beneficiario

Al respecto, en el artículo 117 de la *LFIF* de donde se desprende el carácter formal de la póliza de fianza, se establece:

Art. 117, *LFIF*. “Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas...”.

Aunado a lo anterior, los artículos 12 y 90 Bis de la *LFIF* indican que todas las fianzas (pólizas) y recibos 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, haciendo prueba plena en contra de las instituciones de fianzas, lo que se relaciona con el siguiente criterio:³⁹

“CONTRATOS Y PÓLIZAS DE FIANZAS, EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS CON LA COMISIÓN NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS, NO DA LUGAR A LA NULIDAD DE LOS.

De una recta interpretación de los artículos 84 y 89, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se

³⁸ Voz de Alicia Elena Pérez Duarte y N., Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 9ª ed., Porrúa-UNAM., México, 1996. p. 1460.

³⁹ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; X, noviembre de 1999; p. 970; [T.A.], Registro No. 192966.

aprecia que las obligaciones que imponen en cuanto a la acreditación de los representantes de las instituciones que regula el ordenamiento legal en cita, sobre sus facultades de representación para otorgar fianzas a nombre de aquéllas y el registro de sus firmas ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, son disposiciones que deben acatar tales instituciones con la referida Comisión, mas no ante terceros, y la falta de observancia de ese mandato sólo perjudica a dichas instituciones con la sanción que en su caso les imponga la preindicada Comisión, pero en forma alguna tal incumplimiento da lugar a decretar la nulidad de los contratos y pólizas de fianzas celebrados con aquéllos”.

En consideración de lo anterior, se precisa que la fianza de empresa es un contrato formal, mas no solemne, pues la ausencia de las leyendas y numeración indicada en la ley únicamente resulta imputable a la institución de fianzas, sin que afecte la inexistencia del contrato.

1.9 Elementos de validez

Los elementos de validez son aquellos que sujetan al contrato a una nulidad absoluta o relativa, produciendo sus efectos provisionales mientras no se declare su nulidad, pero una vez declarada, los efectos del acto nulo se destruyen retroactivamente (arts. 2226 y 2227, *CCF*).

Los elementos de validez de los contratos consisten en la capacidad de ejercicio, la ausencia de vicios en la voluntad, la licitud en el objeto, motivo, fin o condición del negocio y la forma, de tal manera que en el artículo 1795 del *CCF* se indica que el contrato puede ser invalidado:

Artículo 1795. “...

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

1.9.1 La capacidad

De acuerdo con Gutiérrez y González,⁴⁰ por capacidad se entiende “...la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones, y de ejercitarlos”.

Del concepto transcrito se desprende que la capacidad comprende dos especies: una sustancial o de fondo, la cual es conocida en el medio como “capacidad de goce”, que es la aptitud jurídica para ser titular de derechos, deberes y obligaciones (en consecuencia, hay personas que gozan de derechos pero no los pueden ejercitar) y la otra, una adjetiva denominada “capacidad de ejercicio”, que supone a su vez la existencia de dos especies de la misma, “...por una parte, la sustancial, o sea, la que permite ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones personalmente y, por la otra, la procesal o formal, que autoriza al sujeto a actuar en juicio por derecho propio”.⁴¹

⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, 7ª Edición, Porrúa, México, 2000, p. 45.

⁴¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Op. cit.*, p. 575.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

La doctrina ha manifestado las reglas generales de este elemento de validez en consideración de que en materia civil, cuando se tiene salud mental, la capacidad de ejercicio se inicia plenamente al cumplir la mayoría de edad, la que comienza a los dieciocho años cumplidos (arts. 24, 646 y 647, *CCF*) y se extingue "...cuando fallece la persona, o bien cuando nunca se recupera la salud mental, ni se puede manifestar la voluntad, ni se deja de ser ebrio o drogadicto, permaneciendo así por siempre y en forma definitiva".⁴²

La capacidad como elemento de validez produce efectos provisionales mientras no se declare su nulidad (art. 2227, *CCF*), sujetando al acto a una nulidad relativa que puede subsanarse por el cumplimiento voluntario del contrato por parte del incapaz; la confirmación del acto cuando cesa la incapacidad, o bien, extinguirse por prescripción cuando no se hizo valer dentro del tiempo que en derecho se otorga para ello (arts. 2233 a 2236, *CCF*).

El incapaz puede hacer valer la nulidad de un acto, mediante su representante legal, o bien, directamente cuando salga de su estado de interdicción (arts. 637 y 2230 *CCF*).

Tratándose de una relación entre una empresa afianzadora y un beneficiario, el jurista Sánchez Flores⁴³ precisa: "Si la causa de nulidad relativa es la incapacidad del deudor principal, puede garantizarse tal obligación por medio de la fianza, ya que en ese caso, de acuerdo con una vieja tradición, se entiende que lo que pretende el acreedor es cubrirse del riesgo de tener que restituir al incapaz lo que éste hubiera pagado, si se decreta la nulidad (2239). Por ésta misma razón, se considera que la excepción de incapacidad del deudor principal es 'una excepción puramente personal del obligado' (2797, *in fine* y 2812) y que no puede hacer valer el fiador frente a la reclamación del acreedor. Cuando se decreta judicialmente la nulidad de la obligación principal por incapacidad del obligado, a virtud de una acción o excepción deducidas precisamente por este mismo, subsiste, sin embargo, la obligación del fiador, cuya subsistencia explica la doctrina considerando que en ese supuesto la fianza garantiza una obligación natural".

Por lo que respecta a la capacidad de ejercicio en materia mercantil, el *CCom* en su artículo 81 nos remite a las disposiciones del derecho civil, estableciendo:

Art. 81, *CCom*. "Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos".

Aunado a la consideración del artículo transcrito, y con base en diversos ordenamientos jurídicos, resulta conveniente hacer alusión a las limitaciones de capacidad, localizadas por el doctor Arturo Díaz Bravo,⁴⁴ como lo son:

- A) "La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados e individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad (art. 12, *CCom*).
- B) La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social (arts. 10, *LGSM* y 26, *CCF*).

⁴² Martínez Alfaro, Joaquín, *Op. cit*, p. 72.

⁴³ Sánchez Flores, Octavio, *Op. cit*, p. 534.

⁴⁴ Díaz Bravo, Arturo, *Op. cit*, p.35.

- C) Las taxativas impuestas por la *Ley de Inversión Extranjera* a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades, cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley.
- D) La prohibición, a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge (art. 9º, *CCom*).
- E) La posibilidad de restringir el ejercicio del comercio a los extranjeros, de modo general o dentro de ciertas áreas, por razones de política interior o de tratados internacionales (art. 13, *CCom*)”.

Por lo que respecta a las instituciones de fianzas, su capacidad se encuentra supeditada a que cuenten con la previa autorización del Gobierno Federal, para operar los ramos de fianza determinados, incluyendo contar con una determinada solvencia y que las firmas de sus representantes se encuentre registradas ante la CNSF a efecto de que se presuma la validez de sus actos (arts. 3º, 4º y 5º, *LFIF*).

En el caso de que las instituciones de fianzas actúen a través de agentes, los mismos pueden celebrar el contrato de fianza con el carácter de agentes apoderados, previa autorización que la CNSF les otorgue conforme a los requisitos que marca el *RASF* (art. 89, *LFIF*).

Tratándose de los solicitantes de las fianzas, éstos pueden actuar en lo particular como personas físicas, o bien, en representación de personas morales. En el caso de personas físicas, la *LFIF* no establece la capacidad con la que deben contar para contratar una fianza, por lo que aplica supletoriamente lo dispuesto en el *CCF*, conforme con las reglas antes enunciadas sobre la capacidad de ejercicio; en tanto que tratándose de personas morales, la solicitud debe realizarse a través de representante legal, bastando para ello que cuente con poderes de administración.

Lo anterior, con independencia de que en todos los casos el solicitante de la fianza constituya suficientes garantías de recuperación a favor de la institución de fianzas que expida la póliza.

En el caso de que el solicitante de la fianza no constituya la(s) garantía(s) de recuperación necesaria para la expedición de la póliza, éstas podrán ser proporcionadas por terceras personas en su carácter de obligados solidarios o contrafiadores de los fiados (arts. 19, 24 y 31, *LFIF*) para lo cual, en el caso de personas físicas será de igual manera requisito contar con capacidad de ejercicio y acreditar solvencia económica para fungir como tal; en tanto que tratándose de personas morales, será necesario que los representantes legales cuenten con poder para actos de dominio, en consideración del compromiso patrimonial que ejercen sobre la persona moral que representan (art. 24, *LFIF*).

Los formularios que en su caso integren los solicitantes, contrafiadores u obligados solidarios de las fianzas que se expidan, deberán ser analizados cuidadosamente por las instituciones u agentes de fianzas a efecto de corroborar su capacidad; asimismo, deberán conservar la documentación por lo menos diez años (art. 112, *LFIF*), pues como ha sido mencionado, la falta de revisión resulta de su responsabilidad y perjuicio.

1.9.2 La ausencia de vicios

La ausencia de vicios en la voluntad consiste en la falta de circunstancias previstas en la ley que modifiquen la expresión libre y válida de los contratantes, cuya presencia acarrearía la nulidad relativa del contrato, pudiéndose invalidar el mismo si se solicita por cualquiera de los agraviados antes de prescribir el derecho (arts. 2236 y 2237, *CCF*).

Dentro de los vicios del consentimiento se encuentran: el error, el dolo, la mala fe, la lesión y la violencia.

El error se encuentra regulado dentro del artículo 1813 del *CCF* y consiste en "...un falso conocimiento de la realidad, es decir, es lo contrario a la verdad"⁴⁵, ya sea de hecho (sobre el objeto en el que recae el contrato) o de derecho (sobre la norma o reglamentación jurídica aplicable).

El dolo consiste en las maquinaciones o artificios que se emplean para inducir al error o mantener en él a alguna de las partes (art. 1815, *CCF*).

Como recapitula Martínez Alfaro⁴⁶ de autores como Rojina Villegas, Borja Soriano, Ortiz Urquidi y Gutiérrez y González, en realidad el dolo "...es una conducta de naturaleza activa que en sí misma no es un vicio del consentimiento, sino que trata de provocar el vicio error". En complemento de lo anterior, la maestra León Tovar manifiesta: "Existen dos clases de dolo: el propiamente dicho, que consiste en maquinaciones o artificios para inducir a error a otro y aquel por el cual se mantiene en error a quien lo sufre"⁴⁷, lo que implicaría que también sea un medio para provocar el vicio "mala fe".

La mala fe se encuentra estipulada junto con el dolo dentro del artículo 1815 del *CCF* y consiste en una conducta de naturaleza pasiva con el fin de "...disimular un contratante su conocimiento respecto del error en que se encuentra el otro contratante, para mantenerlo en ese estado erróneo,"⁴⁸ por tanto, la mala fe se manifiesta a través del dolo con el que actúa uno de los contratantes.

La lesión implica que alguien se haga valer de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro para obtener un lucro excesivo evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga, situación por la cual el lesionado tendrá derecho a pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de daños y perjuicios que le hayan ocasionado (art. 17, *CCF*). No obstante, es de precisar que en materia mercantil no es aplicable el vicio lesión, en consideración de que se presume que los comerciantes son peritos en su actividad y, por tanto, su voluntad es plena al celebrar sus contratos (art. 385, *CCom*).

La violencia implica que la emisión de la voluntad no sea libre, pues en ella existe violencia física o moral y una vez cesada la misma, se puede pedir la nulidad del acto (arts. 1818 y 1819, *CCF*).

⁴⁵ Martínez Alfaro, Joaquín, *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 99.

⁴⁷ León Tovar Soyla, *Contratos Mercantiles*, UNAM - OXFORD, México, 2004., p. 81.

⁴⁸ Martínez Alfaro, Joaquín, *Op. cit.*, p. 99.

Con excepción del vicio del consentimiento que es la lesión, resultaría aplicable a las instituciones de fianzas cualesquiera de las causas de nulidad de los contratos. Lo anterior es así, pues bajo ninguna circunstancia resulta lógico que una afianzadora pudiera alegar "suma ignorancia", "notoria inexperiencia" o "extrema miseria" en virtud de la experiencia y del personal capacitado con el que cuentan; cosa distinta ocurre con la obligación entre el fiado y el beneficiario, quienes podrían alegar alguna causal de nulidad de los contratos, situación en la cual si la nulidad es absoluta y así lo confirma un juez, la fianza no tendría porqué existir, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en tanto que si se trata de una nulidad relativa, purgando el vicio del consentimiento, el acto podría surtir sus efectos y consecuentemente también la fianza.

1.9.3 La licitud en el objeto, motivo, fin o condición del contrato

La licitud es un elemento de validez que recae sobre el fin, motivo, objeto y/o condición de los contratos cuya ausencia, que consiste en la ilicitud, viene a ser una causa de nulidad relativa cuando afecte derechos particulares, o bien, absoluta, cuando vaya en contra de disposiciones de orden público, el interés social o las buenas costumbres, lo que implica que a diferencia de los otros elementos de validez sujetos a la nulidad siempre relativa, la ilicitud la puedan hacer valer todos los interesados por vía de acción o de excepción, siendo imposible de convalidarse e imprescriptible su solicitud (arts. 8º, 1830, 1831, 2225, 2226 y 2228, CCF).

Al respecto, el maestro Martínez Alfaro⁴⁹ aclara que el objeto consiste en la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer o no hacer. El motivo se entiende como las razones personales que consisten en cualidades físicas o jurídicas del objeto del contrato o de la persona con la que se contrata. El fin es la consecuencia que un sujeto desea alcanzar como resultado de una conducta y, por último, la condición consiste en un acontecimiento futuro de cuya realización incierta depende el nacimiento o extinción de derechos y obligaciones.

El hecho, fin, motivo o condición serán ilícitos en el caso de ser contrarios a las leyes de interés público, del orden público o de las buenas costumbres, pues la voluntad de las partes se encuentra limitada a efecto de que no se perjudiquen derechos de terceros.

El "orden público" es un concepto ambiguo que se actualiza en cada caso concreto y que queda a consideración del juzgador el determinar cuando se quebranta en perjuicio de la sociedad, tal como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial:⁵⁰

“ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL.

El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las

⁴⁹ Cfr. Martínez Alfaro, Joaquín, *Op. cit.*, p. 120.

⁵⁰ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XXII, agosto del 2005; p. 1956; [T.A.], Registro No. 177560.

condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero”.

De forma similar, no existe una definición que determine de manera precisa en qué consiste el “interés público” y su observancia queda subsumida a la interpretación que se le dé en un caso concreto en consideración del artículo 6º del *CCF*, artículo que se limita a indicar: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”, por lo que en el caso concreto, la problemática será establecer en que caso la voluntad de los particulares puede contravenir disposiciones legales que afecten derechos de terceros.

Por buenas costumbres y con igual similitud interpretativa a lo citado, el maestro Gutiérrez y González señala que son “el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinados.”⁵¹

En su caso, anular un acuerdo en el que se entregue un objeto para la realización de un fin ilícito, obliga a las partes a restituirse las prestaciones cumplidas, pero esta restitución no beneficia íntegramente a quien entregó la prestación, pues para reprimir a las partes, además de negarle efecto jurídico al convenio, restringe al 50% la restitución de lo anticipado para el dador y el restante a favor de la beneficencia pública (art. 1895, *CCF*).

En resumen, lo antes expuesto implica una complicada delimitación objetiva, en tanto que es constantemente cambiante e imprecisa la conformidad que existe entre los actos del ser humano y los principios que puedan alterar derechos de terceros, por lo que para determinar si existe la nulidad de un hecho u acto jurídico por ser ilícito su objeto, motivo, fin o condición, el juzgador deberá valorar necesariamente el conjunto de principios éticos, morales y sociales que imperan en su entorno social.

No cabe duda que uno de los elementos más complejos para determinar la nulidad de un acto jurídico consiste en la ilicitud, situación que no se excluye en aplicación al contrato de fianza, que para el caso de que se declare por autoridad judicial que la obligación principal en su objeto, motivo, fin o condición se encuentra sujeta a una nulidad absoluta derivado de su ilicitud, acarrearía por consecuencia que la fianza lo fuera de igual manera.

1.9.4 La forma

La forma del negocio jurídico en general es el medio o modo a través del cual se realiza la declaración de la voluntad.⁵²

⁵¹ Gutiérrez y González Ernesto, *Op. cit.*, p. 347.

⁵² Castrillón y Luna, Víctor M; cita a Sánchez Calero, Fernando, *Op. cit.*, p. 70.

Tanto en materia mercantil, como en materia civil, “rige el principio de libertad de forma, que no quiere decir que se pueda eludir la forma en la declaración de la voluntad, sino que pueda escogerse libremente la que se quiera”,⁵³ esto es tácita o expresa, considerándose en dado supuesto el acto u hecho jurídico en consensual, salvo que por disposición de la ley se establezca lo contrario, motivo por el cual el acto u hecho sería formal.

La forma es tácita, cuando el contrato resulta válido sin que para ello se requiera una redacción donde conste el mismo, sino únicamente la exteriorización del consentimiento demostrado a través de la conducta.

La forma es escrita, cuando la voluntad se exterioriza por medio expreso, lo cual puede ser en escritura pública (a través de notario o corredor público) o privada (donde sólo participan las partes involucradas).

La forma es solemne, cuando en la ley exige que la voluntad de las partes se externe en la forma prevista por ella, donde más allá de requerirse la celebración por escrito, implica que se establezcan leyendas y/o se celebren ante fedatario determinado que le dé validez, ya que sin el cumplimiento de tales requisitos, el acto u contrato jurídicamente sería inexistente.

Como fue mencionado, no obstante ser principio general de los contratos mercantiles la libertad de la forma, se aclara que existen excepciones, en donde para que ciertos contratos surtan plenamente sus efectos, deben cubrir con cierta formalidad o solemnidad:

Art. 79, *CCom*. “Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

I.- Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.

II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”.

Entonces, la formalidad en un acto u contrato se manifiesta bajo la forma expresa que indique la ley y que sin la misma, la expresión de la voluntad se encontraría viciada de nulidad relativa (art. 2228, *CCF*), situación que no debe ser confundida con la solemnidad que deben prestar ciertos actos u contratos, que como previamente ha sido analizado, en su ausencia los mismos serían inexistentes.

En relación con la fianza de empresa, previamente se mencionó cómo la forma debe ser examinada desde su aplicación, por un lado en el denominado “contrato-solicitud” que en realidad consiste en un formulario, en el que existe libertad de las afianzadoras no sólo de celebrarlo por escrito, sino a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (art. 86 Bis, *LFIF*), revistiéndole por tanto a tal acto, el carácter de consensual; en tanto

⁵³ *Ídem*.

que en el caso de la póliza de fianza, reviste la formalidad de celebrarse por escrito y con las leyendas que en su caso fijen la SHCP y la CNSF (art. 117, *LFIF*) sin que por ello implique que se trate de un acto solemne.

Como regla general, la falta de forma estipulada en la ley sujeta al contrato a una nulidad relativa, implicando que las partes pueden convalidarlo o pedir su nulidad si les causare perjuicio, surtiendo efectos hasta que en juicio se declare la misma (art. 2228, *CCF*), situación que para el caso de la fianza de empresa aplica una regla especial, pues por ley todas las fianzas que se emitan en papelería oficial de las instituciones de fianzas se presumirán, salvo prueba en contrario, legalmente válidas (art. 12, *LFIF*).

1.10 Elementos personales

Esencialmente son tres los elementos personales del contrato de fianza: por un lado la empresa afianzadora, quien se compromete a cubrir el monto estipulado en la póliza cuando se incumple la obligación garantizada; el fiado, quien es el deudor principal del contrato garantizado y quien generalmente solicita y celebra el contrato de fianza, y el beneficiario, quien en un momento dado puede reclamar o requerir el monto garantizado en la misma cuando se configure la hipótesis de incumplimiento del fiado sobre la obligación garantizada.

La institución de fianzas, el fiado y el beneficiario deben ser diferenciados como elementos personales esenciales de aquellos que sin serlo, y como será analizado, ocasionalmente facilitan o intervienen en la celebración del contrato, como lo son los agentes de fianzas, el contrafiador y el deudor solidario.

1.10.1 La institución de fianzas

Las instituciones de fianzas, empresas afianzadoras, afianzadoras, compañías afianzadoras o instituciones garantes, como suele llamárseles, son organismos profesionales de acreditada solvencia que forman parte del sistema financiero mexicano, sujetos al régimen legal establecido en la *LFIF* y cuyo objeto consiste en el otorgamiento habitual de fianzas a título oneroso, previa autorización del Gobierno Federal por conducto de la SHCP y la CNSF.

1.10.1.1 Constitución

En consideración del concepto mencionado, se desprenden las siguientes características por las que se distingue a una institución de fianzas:

- A) Autorización del Gobierno Federal.
- B) Constituidas como sociedades anónimas.
- C) De acreditada solvencia.
- D) Realizando actividades preponderantemente de garantía.
- E) Con fin lucrativo.

A) Autorización del Gobierno Federal

Toda vez que forman parte del sistema financiero mexicano, al participar de manera cotidiana en el desarrollo económico y financiero del país a través del fomento de actividades productivas y de comercialización, las instituciones de fianzas requieren autorización del Gobierno Federal para actuar (arts. 1º y 5º, *LFIF*), de tal manera que compete a la SHCP, en coordinación de la CNSF, interpretar, aplicar y resolver para efectos administrativos los preceptos de la *LFIF*, así como adoptar las medidas necesarias para la creación y correcto funcionamiento de las instituciones de fianzas, con el fin de procurar una sana competencia financiera.

Para constituir una compañía afianzadora, los interesados deben presentar a la SHCP un proyecto de escritura constitutiva y un plan de actividades que contemple como mínimo el capital social inicial, ámbito geográfico, programas de operación técnica, colocación de fianzas y organización administrativa, así como el comprobante de haber constituido en Nacional Financiera un depósito en moneda nacional o en valores del Estado, por su valor de mercado igual a 10% del capital mínimo representado en Udis para operar de acuerdo con las reglas que para tal efecto emita la SHCP cada primer trimestre.

La autorización quedará sujeta a la condición que, dentro de los tres meses siguientes, la institución presente para la aprobación de la SHCP, el testimonio de la escritura constitutiva con el capital mínimo autorizado íntegramente suscrito y pagado, registrar ante la CNSF la documentación relacionada con la oferta, solicitud y contratación de fianzas, así como los modelos de contrato de reafianzamiento, para con ello iniciar sus operaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aprobación de la escritura y de los documentos mencionados (arts. 7º y 8º, *LFIF*).

Las autorización para otorgar fianzas de empresa son intransmisibles (art. 3º, *LFIF*), de tal manera que se encuentra prohibido a toda persona física o moral distinta a las empresas autorizadas por el Gobierno Federal, bajo penas de prisión y multa, otorgar fianzas a título oneroso, por medio de pólizas, utilizando medios publicitarios o con la intervención de agentes (arts. 3º, 4º y 112 Bis, *LFIF*).

Las palabras fianza, reafianzamiento, afianzamiento, caución, garantía u otras que expresen ideas semejantes en cualquier idioma, sólo podrán ser usadas en el nombre o denominación de las empresas legalmente autorizadas, así como por los intermediarios y demás personas o empresas cuyas actividades se sujetan a la *LFIF* o disposiciones administrativas que se deriven de la misma y previa autorización correspondiente. Asimismo, queda prohibido el uso de la palabra "nacional" en la denominación de instituciones de fianzas que no tengan ese carácter (art. 10, *LFIF*).

B) Constituidas como sociedades anónimas

Las afianzadoras deben constituirse en forma de sociedades anónimas, de capital fijo o variable, y duración indefinida, con arreglo a lo dispuesto en la *LGSM*, las cuales constan de personalidad jurídica y patrimonio propio (art. 15, pf 1º y fr. V, *LFIF*).

El domicilio social debe siempre estar dentro del territorio nacional y, por tanto, es el lugar en donde deben celebrarse todas las asambleas y juntas directivas (art. 15, fr. VI, *LFIF*).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Las compañías afianzadoras podrán ser de capital total o mayoritariamente mexicano. Se considera capital mayoritariamente mexicano cuando el mismo sea mayor a 50% del capital social (art. 7º, fr. III, inc. f, *LIE*), ya que si el capital social es mayoritariamente extranjero, se considerarán filiales de instituciones financieras del exterior (art. 15, I Bis, *LFIF*).

Se prohíbe la participación en el capital social de gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, así como la participación en el capital pagado directa o por interpósita persona de instituciones de crédito, sociedades mutualistas de seguros, casas de bolsa, casas de cambio, sociedades operadoras de sociedades de inversión u organizaciones auxiliares de crédito, entidades de ahorro y crédito popular, administradoras de fondos para el retiro, sociedades operadoras de sociedades de inversión (art. 15, fr. II Bis, *LFIF*).

Deberán contar con un capital mínimo pagado por cada ramo que se les autorice, expresado en Udis, el cual se deberá cubrir en moneda nacional durante el primer trimestre de cada año (art. 15, fr. II, *LFIF*).

Las afianzadoras están obligadas a celebrar por los menos una asamblea general cada año y establecer en escritura social el derecho de los socios que represente cuando menos 10% del capital pagado para convocar a asambleas extraordinarias (art. 15, fr. II, *LFIF*).

Los nombramientos de consejeros y directivos deberán recaer en personas de reconocida honorabilidad, de amplios conocimientos y experiencia financiera o administrativa, y que no se encuentren impedidos legalmente para ejercer el cargo, situación que será aprobada por la Junta de Gobierno de la CNSF (art. 15, fr. VIII Bis, *LFIF*).

De las utilidades se separará por lo menos 10% para constituir un fondo de reserva de capital, hasta alcanzar una suma igual al importe del capital pagado. Dicha reserva podrá capitalizarse, pero la institución deberá reconstituirla a partir del ejercicio siguiente de acuerdo con el nuevo monto del capital pagado. (art. 15, fr. IX, *LFIF*).

Se requiere autorización por parte de la SHCP para la sesión o traspaso de obligaciones y derechos de activos o pasivos de las instituciones de fianzas, así como para el caso de fusiones o escisiones (art. 15, fr. XI, *LFIF*).

La liquidación de las instituciones de fianzas se practicará con arreglo a la legislación mercantil y a lo que dispongan la escritura constitutiva y los estatutos de la sociedad (art. 108, *LFIF*). Podrá ser realizada a cargo de un liquidador en vía administrativa, nombrado por la SHCP (art. 106, *LFIF*), o bien, a cargo de una institución de crédito facultada para efectuar operaciones fiduciarias (art. 15, fr. XII, *LFIF*). En el caso de concurso mercantil, éste sólo podrá ser demandado por la SHCP, supuesto en el cual resulta aplicable la Ley de Concursos Mercantiles (art. 119 Bis, *LFIF*).

C) De acreditada solvencia

Las compañías afianzadoras, por las fianzas que otorguen, se consideran siempre de acreditada solvencia, por lo que no necesitan constituir depósitos o comprobar que son propietarias de bienes inmuebles, mientras no sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra. Como excepción, sólo están obligadas a constituir depósitos y fianzas legales, cuando las mismas tengan el propósito de cubrir las responsabilidades que pudieran derivarles de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales, debido a los daños que pudiesen causarse a terceras personas (arts. 12 y 13, *LFIF*).

A efecto de procurar la estabilidad y solvencia, la SHCP emite periódicamente reglas acerca del capital mínimo base con el que deben de operar las instituciones de fianzas para la adecuada realización de sus actividades (art. 18, *LFIF*), reglas para la constitución, incremento y valuación de las reservas técnicas de fianzas en vigor y de contingencia con el fin de constituir recursos que hagan frente a los pagos derivados de las reclamaciones (art. 46, *LFIF*) y reglas para evitar que se otorguen fianzas en mayor monto del que puedan efectivamente responder (art. 17, *LFIF*).

Lo anterior permite considerar un constante control que deja a las instituciones de fianzas en un equilibrio sobre su capital y los montos a cobrar por sus servicios en relación con las sumas garantizadas.

D) Realizando preponderantemente actividades profesionales de garantía

La práctica de constituirse como fiadoras, a través de la expedición de pólizas de fianza de manera habitual y sistemática a título oneroso, pone en juego un conjunto de elementos materiales y humanos, que califican a dicha actividad como un servicio financiero profesional.

Para el cumplimiento de su principal objeto, las compañías de fianzas tienen permitido ofrecer sus servicios al público en general por cualquier medio de publicidad, como puede ser el uso de medios electrónicos o mediante la promoción de agentes (art. 3º, *LFIF*), lo cual además de permitir la competitividad en el mercado ofrece grandes fuentes de trabajo.

El calificativo de profesionalismo se encuentra relacionado con las notas técnicas y la seguridad que se desprende del servicio otorgado por las compañías afianzadoras bajo la supervisión de la CNSF.

Las notas técnicas resultan un mecanismo que asegura la calidad del servicio a través de proyectos y planteamientos de mercado específicos, a efecto de que una vez inscritas las mismas ante la CNSF, la institución pueda ofrecer sus servicios y si los mismos no se apegan a los resultados previstos, la actividad puede ser suspendida o revocada. En las notas se consideran, entre otros elementos, las tarifas de primas y extraprimas de cada ramo de fianza, su justificación técnica, las bases para el cálculo de reservas, los deducibles, los cofianzamientos, los recargos por costos de adquisición y administración, y cualquier otro elemento que sea necesario para el adecuado desarrollo de la operación de que se trate (art. 86, *LFIF*).

Asimismo, de manera sistemática se crean mecanismos para ofrecer adecuados procedimientos de contratación de fianzas de empresa, los cuales se celebran por conducto de especialistas en la materia, de cuyos actos responderán directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que los mismos incurran y para brindar mayor seguridad, los documentos en donde se acrediten sus facultades, así como los facsímiles de sus firmas, deberán registrarse en la CNSF (arts. 82 y 84, *LFIF*).

En relación a lo anterior, las instituciones de fianzas sólo pueden asumir obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la SHCP y la CNSF, con el fin de crear certeza a los distintos beneficiarios de los

mecanismos de operatividad para hacer exigibles los montos garantizados en su favor, así como de las causas de improcedencia de la reclamación (art. 117, *LFIF*).

E) Con fin lucrativo

Paralelamente al servicio de garantía que prestan las compañías afianzadoras a través de la expedición de las pólizas de fianza, las mismas cuentan con el derecho del cobro de primas, lo que constituye su objeto económico y por el que resulta un negocio el salir como fiadoras.

Las primas consisten en la contraprestación a cargo del solicitante de la fianza y a favor de la institución afianzadora por el servicio de constituirse como fiadora ante un beneficiario.

El monto por concepto de prima, además de resultarles el soporte económico para salir beneficiadas comercialmente, sirve para constituir las reservas necesarias para responder en el supuesto de tener que pagar al beneficiario por el incumplimiento del fiado, por tanto, el cálculo de las primas debe ser suficiente para que las afianzadoras puedan cumplir con las responsabilidades que contraigan frente a los beneficiarios (art. 104, *LFIF*).

Las primas se cobrarán por los agentes de fianzas contra recibos oficiales expedidos por las instituciones de fianzas, prohibiendo la ley anticipos o pagos de primas con recibos distintos. Por ley, los recibos expedidos en papelería oficial y firmados por los agentes hacen prueba plena de la obligación contraída por la afianzadora (art. 90 Bis, *LFIF*).

Las primas vencidas y no pagadas dan derecho a la afianzadora a su cobro en vía ejecutiva, pues resultan un crédito exigible derivado de la obligación que contraen y que existe desde el momento de la expedición de la póliza (art. 96, *LFIF*).

Aunado a la expedición de fianzas, y como será a continuación analizado, las afianzadoras cuentan con el derecho de llevar a cabo otros actos de comercio, los cuales de igual manera les pueden redituar en el mercado.

1.10.1.2 Operaciones que pueden realizar

Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes (art. 16, *LFIF*):

- A) Practicar operaciones de fianzas y de reafianzamiento, así como otras operaciones de garantía que autorice la SHCP mediante reglas de carácter general (fr. I).
- B) Celebrar operaciones de reaseguro financiero, con sujeción a la autorización que otorgue la CNSF y con base en lo dispuesto en la *LFIF* y en las reglas respectivas (fr. I Bis).
- C) Constituir e invertir sus reservas (fr. II).
- D) Constituir depósitos en instituciones de crédito y en bancos del extranjero (fr. III).

- E) Operar con valores en los términos de la *LFIF* y de la Ley del Mercado de Valores (fr. IV).
- F) Operar con documentos mercantiles por cuenta propia para la realización de su objeto social (fr. V).
- G) Adquirir acciones de las sociedades a que se refieren los artículos 9º, 79, 79 Bis-1 y 79 Bis-2 de la *LFIF* (fr. VI).
- H) Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para adquirir el dominio y administración de bienes inmuebles destinados al establecimiento de las oficinas de la institución (fr. VII).
- I) Dar en administración a las instituciones cedentes del extranjero, las primas retenidas para la inversión de las reservas constituidas, correspondientes a operaciones de reafianzamiento (fr. VIII).
- J) Administrar las reservas previstas en la *LFIF* a instituciones del extranjero, correspondientes a las operaciones de reafianzamiento cedido (fr. IX).
- K) Efectuar inversiones en el extranjero por las reservas técnicas o en cumplimiento de otros requisitos necesarios, correspondientes a operaciones practicadas fuera del país (fr. X).
- L) Adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares (fr. XI).
- M) Adquirir bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto social (fr. XII).
- N) Otorgar préstamos o créditos (fr. XIII).
- O) Recibir títulos en descuento y redescuento a instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito, sociedades financieras de objeto múltiple, así como a fondos permanentes de fomento económico destinados en fideicomiso por el Gobierno Federal en instituciones de crédito (fr. XIV).
- P) Actuar como institución fiduciaria en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitidos en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan (fr. XV).
- Q) Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la *LGTOC*, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 Bis de la *LIC*, bajo la inspección y vigilancia de la *CNSF* (fr. XV).
- R) Emitir obligaciones subordinadas con autorización de la *CNSF*, las cuales podrán ser no susceptibles de convertirse en acciones o de conversión obligatoria en acciones, así como emitir otros títulos de crédito (fr. XVI).

Además de lo citado, las instituciones de fianzas pueden interrelacionarse patrimonial y operativamente con otras instituciones financieras a efecto de formar grupos financieros, lo que permite que los bancos, las aseguradoras y las arrendadoras financieras, entre otras instituciones financieras, puedan obtener mayores índices de rentabilidad y competitividad al poder actuar de manera conjunta, ofrecer servicios complementarios, ostentarse como parte del grupo de que se trate, usar denominaciones iguales o semejantes que los identifique como integrantes de un mismo grupo y hasta llevar a cabo operaciones de las que le son propias, a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras del grupo (arts. 7º y 8º, *LPRAF*).

1.10.1.3 Prohibiciones

A las instituciones de fianzas les está prohibido (art. 60, *LFIF*):

- A) Otorgar garantías en forma de aval, salvo aquellos casos que autorice la SHCP mediante reglas de carácter general, previa opinión de la CNSF y del Banco de México (fr. I).
- B) Gravar en cualquier forma los bienes de su activo, con la excepción de dar en garantía efectivo o valores que requieran para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de futuro o de opción, así como de las operaciones de reporto y de préstamo de valores que las instituciones de fianzas celebren con apego a las disposiciones de carácter general que para tal efecto emita la CNSF (fr. II).
- C) Obtener préstamos, a excepción hecha de la emisión que hagan de obligaciones subordinadas u otros títulos de crédito, conforme con lo dispuesto en el artículo 16, fracción XVI, de la *LFIF*, así como de líneas de crédito otorgadas por las instituciones de crédito para cubrir sobregiros en las cuentas de cheques que mantengan con las mismas, sin que estas líneas de crédito excedan el límite que al efecto establezca la CNSF mediante disposiciones de carácter general y aquellos otros casos que para mantener la liquidez de las instituciones de fianzas autorice la SHCP mediante reglas de carácter general (fr. III).
- D) Realizar contratos de reafianzamiento o de reaseguro que impliquen la asunción de pasivos, sin cumplir con lo dispuesto en la fracción I Bis del artículo 16 de la *LFIF* (fr. III Bis).
- E) Asumir riesgos u otorgar financiamientos bajo esquemas de reaseguro financiero cuando no se trate de instituciones autorizadas para practicar exclusivamente el reafianzamiento o el reaseguro (fr. III Bis-1).
- F) Especular con los bienes recibidos en garantía de fianzas otorgadas (fr. III, Bis-3).
- G) Celebrar operaciones de reafianzamiento con entidades que no cumplan con lo establecido en el artículo 34 de la *LFIF* (fr. III, Bis-4).
- H) Dar en reporto títulos de crédito (fr. IV).
- I) Operar con sus propias acciones, salvo los casos previstos en la *Ley del Mercado de Valores* (fr. V).

- J) Entregar a los agentes directamente o a través de interpósita persona, pólizas o contratos que establezcan obligaciones para la institución sin requisitar, firmados previamente por funcionario, representante legal o persona autorizada para tal efecto, salvo lo establecido en el artículo 86 Bis-1 de la *LFIF* (fr. VI).
- K) En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 16 de la *LFIF*, es decir, en aquellas operaciones en que la institución de fianzas actúe como fiduciaria, tienen prohibido el responder por obligaciones más allá de las permitidas por la ley y sin que las mismas permitan el riesgo de su patrimonio (fr. VI).
- L) Afianzar a sus funcionarios y administradores, o aceptarlos como contrafiadores u obligados solidarios, así como otorgar pólizas en las que los mismos aparezcan como beneficiarios (fr. VII).
- M) Entrar en sociedades de cualquier clase, excepto en los casos de inversión en acciones permitidas por la *LFIF*, y también les está especialmente prohibido entrar en sociedades de responsabilidad ilimitada y explotar por su cuenta minas, plantas metalúrgicas, establecimientos mercantiles o industriales o fincas rústicas, sin perjuicio de la facultad de poseer bonos, obligaciones, acciones u otros títulos de dichas empresas (fr. VIII).
- N) Adquirir bienes, títulos o valores que no deban conservar en su activo. Cuando una institución reciba en pago de adeudos o por adjudicación en remate dentro de juicios relacionados con créditos en su favor o al ejercitar los derechos que les confieren las operaciones que celebren, bienes, derechos, títulos o valores que no deban conservar en su activo, deberá venderlos dentro del plazo de un año contado a partir de su adquisición, cuando se trate de títulos o de bienes muebles; de dos años, cuando se trate de inmuebles urbanos, y de tres años, cuando se trate de establecimientos mercantiles o industriales o de inmuebles rústicos. Expirados los plazos o, en su caso, las renovaciones que de ellos se concedan, la CNSF sacará administrativamente a remate los bienes, derechos, títulos o valores que no hubieran sido vendidos (fr. IX).
- O) Aceptar responsabilidades sin cumplimentar las formalidades señaladas por la *LFIF* y disposiciones aplicables (fr. XII).
- P) Comerciar con mercancías de cualquier clase (fr. XIII).
- Q) Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución los directores generales o sus equivalentes y las personas que ocupen cargos con las dos jerarquías inferiores a las de aquéllos, salvo que correspondan a prestaciones de carácter laboral otorgadas de manera general; los comisarios, propietarios y suplentes estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los ascendientes; descendientes en primer grado o cónyuges de las personas anteriores (fr. XIV).
- R) Repartir dividendos con los fondos de las reservas que hayan constituido por disposición legal o de otras reservas creadas para compensar o absorber pérdidas futuras. (fr. XV).

La violación a las actividades antes mencionadas serán sancionadas por conducto de la CNSF, con multa a la institución de fianzas, agente o intermediario persona moral, así como a cada uno de los consejeros, comisarios,

directores, administradores, funcionarios, apoderados, agentes o empleados que resulten autores o responsables de la infracción, conforme con los montos y supuestos establecidos en el artículo 111 de la *LFIF*.

Aunado a lo anterior, considerando el monto de la operación, quebranto o perjuicio patrimonial, los consejeros, comisarios, directores, funcionarios o empleados de una institución de fianzas pondrán ser sancionados con penas de prisión en el supuesto de que incurran en alguno de los delitos enunciados en los artículos 112 Bis a 112 Bis 7 de la *LFIF*.

1.10.2 El fiado

El fiado es aquella persona cuya obligación se encuentra garantizada por la institución de fianzas. Toma el carácter de "fiado" en el momento en que su compromiso es respaldado a través de una póliza de fianza y su incumplimiento sobre la obligación principal resulta el evento actualizador por el que debe responder la afianzadora.

En la relación jurídica que nace de la obligación principal, el fiado es el deudor u obligado principal, y quien en muchas ocasiones tramita la expedición de la póliza de fianza con el fin de entregársela a su acreedor.

El fiado puede ser tanto una persona física, como moral, con la capacidad legal para contraer obligaciones, ya sea esta principal (que guarda con su acreedor en la obligación principal), o bien, accesoria (que guarda con la afianzadora).

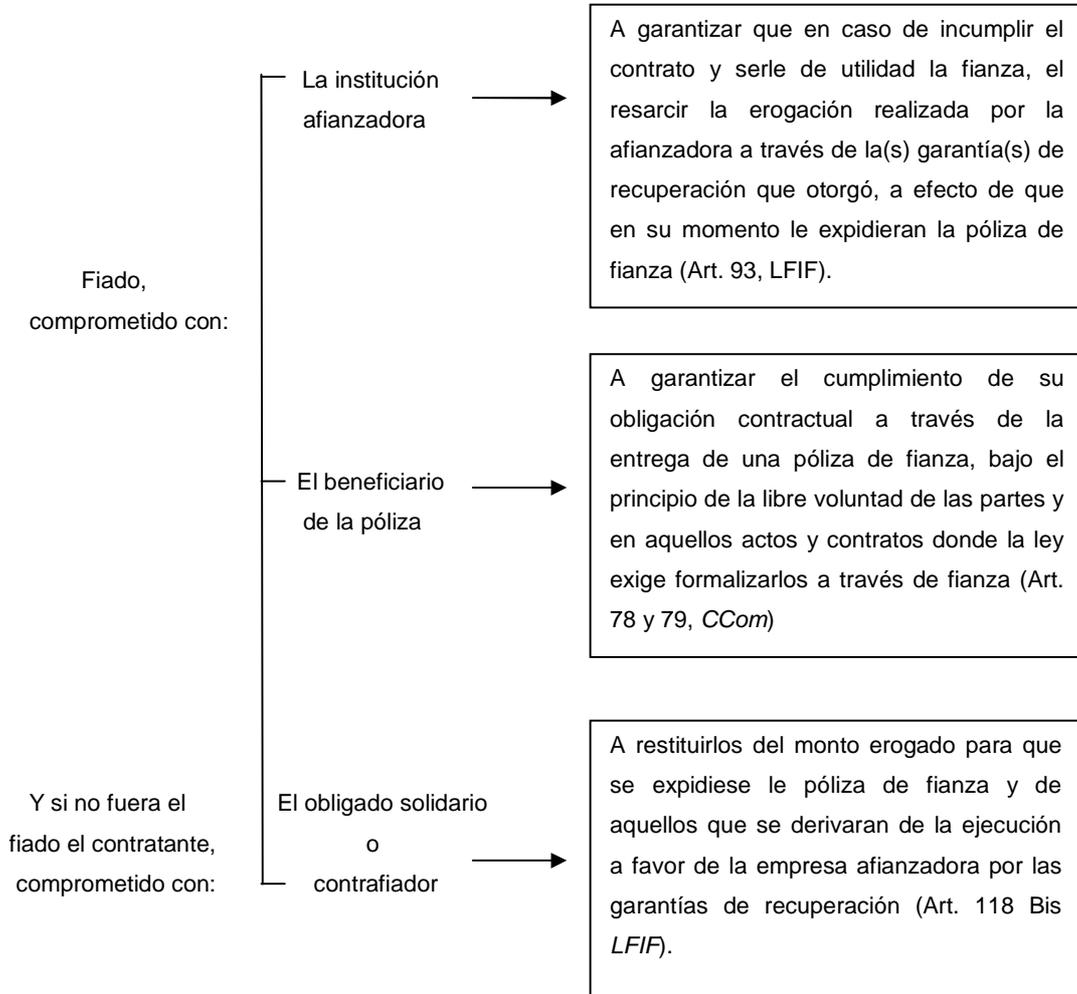
Las empresas afianzadoras llevan a cabo un estudio sobre la solvencia del fiado, la cual se realiza a través de un expediente en donde se reúnen sus datos generales con el fin de calificar su capacidad técnica, moral y financiera, y con ello, determinar la viabilidad de la celebración del contrato de fianza y la constitución o abstención de solicitar garantías de recuperación (arts. 19 y 24, *LFIF*).

Las garantías de recuperación deben otorgarse con base en los parámetros que en su caso dicte la CNSF y con pleno consentimiento de la institución de fianzas, con el fin de que una vez que la póliza de fianza se haga exigible por incumplimiento del fiado, el monto erogado sea resarcido por el fiado, quien se encuentra obligado a indemnizar a la afianzadora por ese medio, aun en el caso de que la fianza se haya expedido sin su consentimiento, bastando el acreditamiento de haberse expedido la póliza de fianza y de que ésta le fue de utilidad (art. 96, *LFIF*).

Otro supuesto ocurre en el que el fiado no sea el solicitante de la fianza, situación en donde podrá intervenir un obligado solidario o contrafiador, con el fin de que entreguen las suficientes garantías de recuperación que basten a la afianzadora para cubrir las erogaciones que deriven en caso de incumplimiento del fiado (art. 118 Bis, pf. 4º *LFIF*).

En consideración de lo indicado, el fiado queda comprometido con su colateral, con el que celebró algún contrato, a garantizarlo mediante póliza de fianza y en caso de que el fiado sea el propio contratante de la fianza, a constituir a favor de la afianzadora alguna garantía de recuperación; en tanto que para el caso de que el fiado no fuere el contratante de la fianza, queda comprometido con los obligados solidarios y contrafiadores a restituirlos de sus erogaciones.

El compromiso del fiado para otorgar garantía tanto a favor de su colateral contratante, como a favor de la empresa afianzadora o, en su caso, en su relación con los obligados solidarios u contrafiadores que actuaron para su beneficio, se puede esquematizar de la siguiente manera.⁵⁴



1.10.3 El beneficiario

Es la persona física o moral que funge como acreedora de la obligación garantizada, es decir, el acreedor del deudor principal y a favor de quien se expide la fianza, lo que conlleva a que sea la persona con derecho para reclamar, o bien, requerir el monto garantizado en la póliza cuando se configura la hipótesis del incumplimiento del fiado. En otras palabras, es la persona que conforme con los procedimientos previstos en la LFIF puede exigir de la institución garante la obligación asumida en la póliza, ya sea en vía de reclamación o de requerimiento de pago.

⁵⁴ Cfr. Viruega Olea, René J., *Violación a los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica en los procedimientos de reclamación y de requerimiento de pago de los montos garantizados en las pólizas de fianzas. Propuesta de reforma al artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y disposiciones conexas a fin de canalizar una adecuada solvencia en las instituciones de fianzas.*, XIV Premio de Investigación de Seguros y Fianzas 2007, www.cnsf.gob.mx, p. 20.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Los tipos de beneficiarios se puede clasificar en dos grandes grupos: a los beneficiarios autoridades, quienes son sujetos de derecho público y, por tanto, gozan de ciertas prerrogativas en cuanto a los procedimientos de requerimiento de pago; y los beneficiarios particulares, que son sujetos de derecho privado y que se encuentran sometidos a un procedimiento de reclamación.⁵⁵

Al respecto, el tratadista Gabino Fraga⁵⁶ expresa: “Autoridad es todo órgano del Estado que tiene atribuidas por el orden jurídico, facultades de decisión o de ejecución o alguna de ellas por separado,” por lo que se desprende de distintos ordenamientos jurídicos y para el caso en concreto, que son beneficiarios autoridades, los organismos que forman parte del Gobierno Federal Centralizado, del Distrito Federal, Estatal o Municipal con facultades de decisión y ejecución; así como los organismos descentralizados que por excepción gozan de autonomía y autoridad fiscal, como en el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto Nacional de la Vivienda para los Trabajadores al Servicio del Estado (INFONAVIT), tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros.

Entre las fianzas que son expedidas a favor de los beneficiarios con carácter de autoridad se encuentran las fianzas judiciales penales, con excepción de las que se expiden para garantizar la reparación del daño a un particular ofendido, y las fianzas administrativas, entre las que se encuentran las que garantizan los contratos de obra, de proveeduría y arrendamiento. Asimismo, se localizan como subramo dentro de las fianzas administrativas, las fianzas que se otorgan a favor de la Federación y de organismos que gozan de facultades de autoridad fiscal cuando se garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros.

Por otro lado, se encuentran los beneficiarios que no tienen el carácter de autoridades y que por tanto se les puede denominar como beneficiarios particulares, los cuales se encuentran sujetos a interponer el procedimiento de reclamación de pago para hacer exigibles los montos garantizados en las pólizas expedidas a su favor, cuando se presenta el incumplimiento del fiado sobre la obligación garantizada. Entre las fianzas que se expiden a favor de este tipo de beneficiarios, se encuentran aquellas que se conocen como fianzas de fidelidad, las fianzas judiciales (con excepción de las penales), las fianzas de crédito y las fianzas administrativas (con excepción de las fiscales).

La clasificación de los beneficiarios toma sustento con la tesis titulada **FIANZAS, CLASIFICACIÓN DE LAS. ATENDIENDO A LOS BENEFICIARIOS DE LAS MISMAS Y A LA PROCEDENCIA O NO DE LAS INSTITUCIONES DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN**,⁵⁷ en donde se indica: “De una interpretación de los artículos 93, 93 Bis, 95, 120 y 130 de la *LFIF*, se desprende la existencia de cuatro grandes categorías en que pueden clasificarse las fianzas, atendiendo a favor de quien se otorgan o expiden y a la procedencia de las instituciones de caducidad y prescripción, siendo éstas: 1) Cuando el beneficiario sea cualquier persona (procedimiento ordinario o general), situación regulada en los artículos 93, 93 Bis y 120, párrafos primero a tercero de la *LFIF*, caso en el cual la exigibilidad de cobro requiere de una etapa previa de reclamación, siendo el único caso en el que puede operar la caducidad. Sin embargo, una vez constituido el derecho para hacer efectiva la póliza, podrá quedar sujeto a prescripción si el acreedor no la interrumpe con su actuación. Esta prescripción se actualiza al transcurrir el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o, en su defecto, el de tres años, lo que resulte menor, liberándose

⁵⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁶ Acosta Romero, Miguel, cita a Gabino Fraga, *Compendio de Derecho Administrativo, Parte General.*, Porrúa, México, 1996, p. 376.

⁵⁷ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; X, julio de 1999; p. 867; [T.A.]; Registro No. 193718.

la institución de fianzas en este evento de su obligación de pago. 2) Cuando los beneficiarios sean la Federación, el Distrito Federal, las entidades federativas o los municipios, por conceptos genéricos, pueden optar por el referido procedimiento ordinario o por el privilegiado. Este segundo se rige por los artículos 95 y 120, párrafo tercero, segunda parte, de la *LFIF*. En este segundo evento, actualizados los supuestos en él contemplados, la autoridad ejecutora puede proceder a requerir directamente el pago a la afianzadora. No opera la caducidad y sólo puede darse la prescripción. 3) Cuando la fianza se otorgue ante autoridades judiciales del orden penal, caso asimilable y análogo al procedimiento privilegiado. En este evento, el procedimiento se rige preferentemente por el artículo 130 y supletoriamente por lo dispuesto en los artículos 95 y 120, tercer párrafo, segunda parte, todos ellos de la *LFIF*. En este caso tampoco puede operar la caducidad, pues no existe la fase de reclamación que es privativa del procedimiento ordinario. 4) Cuando la fianza tenga por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones fiscales a cargo de terceros aplica el artículo 143 del CFF y se denomina procedimiento excepcional. En consecuencia, resulta claro que la etapa de la "reclamación" que establecen los artículos 93, 93 Bis y 120 de la *LFIF*, sólo tiene razón de ser dentro del procedimiento ordinario o general que desarrollan los dos preceptos primeramente mencionados, puesto que determinan el inicio del mismo y, en ese aspecto, la caducidad a que se refiere el artículo 120 sólo atañe a los casos subsumibles en los citados numerales, pero no cuando se esté en el evento de aplicación del artículo 95 del mismo ordenamiento legal".

Una vez que el beneficiario presente su reclamación y en caso de que la empresa afianzadora la determine como improcedente o parcialmente procedente u omita hacerlo dentro del plazo que la ley le concede para ello, será la persona facultada para demandar en juicio la cantidad a la que se comprometió la afianzadora por incumplimiento del fiado, junto con las demás prestaciones indemnizatorias, como resultan ser los intereses moratorios (arts. 93 y 95 Bis, *LFIF*), y en razón de que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, el beneficiario podrá hacerlo directamente en contra de la institución de fianzas, del fiado, o bien, a ambos (arts. 118, *LFIF*).

En su caso, la actividad del beneficiario deberá concluir al momento de ser cubierto por las prestaciones adeudadas a su favor, ya sea por conducto directo del deudor principal, o bien, de la institución de fianzas, salvo que se configure alguna causal de extinción de la obligación principal que en su causo y determinado por la autoridad jurisdiccional dejare insubsistente la reclamación.

Una vez analizadas las generalidades de la fianza de empresa, como resulta ser su naturaleza, sus elementos de existencia y validez, las partes que en ella intervienen y por su relevancia, se ha distinguido el denominado contrato-solicitud de la póliza de fianza, a continuación pasa a ser distinguida esta figura jurídica de otras que pudiendo o no ser garantías suelen ser confundidas en la práctica.

CAPÍTULO II

DISTINCIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA DE OTRAS FORMAS DE GARANTÍA

2.1 De las garantías en general

La palabra “garantía” resulta un concepto utilizado en diversas ramas del derecho, de ahí que se hable de “garantías individuales” en la Constitución, refiriéndose a la protección de los derechos individuales del hombre, o bien, de garantías comerciales o relacionadas al cumplimiento de obligaciones reguladas en disposiciones como el *CCom* y el *CCF*, las cuales constituyen el objeto de estudio del presente capítulo.

Lorenzetti⁵⁸ conceptúa a las garantías que buscan respaldar el cumplimiento de obligaciones, como: “Toda seguridad adicional que el propio deudor o un tercero otorga al acreedor para el supuesto de que la obligación no sea total y debidamente cumplida a su vencimiento”.

La obligación, como previamente fue analizado, puede dividirse en obligación principal, que es aquella que se relaciona con el vínculo jurídico que se crea entre el deudor (principal) y acreedor, y la obligación accesoria, que resulta ser aquella en la que se desprende la garantía con la que se respalda el debido cumplimiento de la obligación principal y con la que se confirma el vínculo jurídico existente entre el ente garante y el acreedor.

La obligación ya sea principal o accesoria no debe ser confundida con lo que erróneamente suele llamarse “contrato principal” y “contrato accesorio”, pues tanto en uno como en otro se guarda relación con cada uno de los contratantes de manera principal, con independencia de que uno tenga por objeto una garantía y el otro la obligación garantizada, situación por la que debe quedar claro que resulta inapropiado hablar de “contratos principales”, pues todos los contratos lo son, y a lo que se le suele denominar como “contratos accesorios”, resulta apropiado llamarlos simplemente “contratos de garantía” cuando tengan dicho fin.

En consideración de lo anterior, se puede conceptuar al “contrato de garantía” como aquel en el que una persona, ya sea física o moral, asume una obligación como garante a favor de un beneficiario, quien puede exigir las prestaciones condicionadas en el contrato, en el momento en que el deudor de la obligación garantizada incumpla con su obligación.

El efecto de las garantías es el de cubrir los daños y/o perjuicios producidos por el incumplimiento de la obligación, es decir, indemnizar al acreedor de la falta del deudor. En otras palabras, las garantías tienen por finalidad crear un derecho subjetivo a favor del beneficiario que sea adicional al derecho que se quiere garantizar y, con ello, en el

⁵⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 476.

supuesto de incumplimiento, el de indemnizar los daños y/o perjuicios que se deriven, a través de un dar, un hacer o un no hacer, con el fin de apaciguar las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación principal.

Dependiendo del tipo de garantía, la persona garante puede ser una persona física (como en una fianza civil), o bien, una persona moral (como una fianza de empresa), en tanto que el beneficiario resulta ser el que haya sido acordado en el contrato de garantía, el cual puede ser una persona física, o bien, una persona moral.

Sea cual sea el tipo de garantía y las personas involucradas, la palabra alude a la idea de dar seguridad, la cual constituye el fin primordial de su celebración, es decir, brindar una protección adicional a la simple palabra del deudor sobre la obligación asumida por el mismo, ya sea con sus propios bienes, o bien, con los de un tercero.

Al respecto, Eduardo Estrada⁵⁹ indica: “Las garantías de la obligación tienen la función de ampliar las posibilidades del acreedor para ver satisfecho su crédito, especialmente en los casos en que el patrimonio del deudor no resulta suficiente...; o bien, confiriendo al acreedor un derecho subjetivo que le atribuye un poder directo e inmediato sobre un bien determinado, cuya titularidad corresponde al deudor o a un tercero..., o bien, atribuyendo al acreedor la posibilidad de que, respecto de la prestación comprometida, respondan no sólo el patrimonio del deudor, sino también otros patrimonios”.

2.2 Clasificación

Las garantías de una manera clásica y con base en lo dispuesto en el *CCF* aplicable a la figura de la fianza (art. 2795), se pueden clasificar en garantías judiciales, legales, convencionales, gratuitas y onerosas. No obstante, dicha clasificación no resulta aplicable a todo los tipos de garantía regulados en la legislación nacional, por lo que se pueden añadir a dicha clasificación las “garantías con transmisión y sin transmisión de posesión”, reguladas en el *CCom* y en la *LGTOC*; así como las “garantías a primer requerimiento”, reguladas en la *LIC* tratándose de la figura de la “carta de crédito”, o bien, tratándose de la “fianza de empresa” en la práctica comercial y en la *LFIF*.

2.2.1 Garantías convencionales

Las garantías convencionales son aquellas que surgen del libre acuerdo de las partes por respaldar a su voluntad la obligación que contrae el deudor a favor de su acreedor. En otras palabras, son aquellas que pudiendo o no estar reguladas en una disposición legal, las partes pueden utilizar, siempre y cuando su voluntad en la forma de constituir las no contraría la ley, los principios generales del derecho o el orden público (art. 6º, *CCF*).

Claro ejemplo de lo anterior, es cualquier tipo de garantía que con el paso del tiempo ha sido regulada en ordenamientos jurídicos, llámese fianza, prenda, hipoteca o cualquier otra que libremente elijan las partes para respaldar sus obligaciones, en tanto exista mutuo acuerdo por constituir la y sin que se sometan a lo dispuesto en la ley para que puedan producirse incondicionalmente los efectos que se pretenden llevar a cabo derivados de la obligación garantizada.

⁵⁹ Estrada Alonso, Eduardo, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, p. 1.

2.2.2 Garantías legales

Las garantías legales son aquellas que, como su nombre lo indica, se encuentran plasmadas en una disposición legal, con la intención de que los contratantes se apeguen a las formalidades, plazos y demás requisitos establecidos para su constitución y exigibilidad, a fin de que se puedan producir los efectos jurídicos deseados por las partes.

Con el paso del tiempo este tipo de garantías han tomado mayor relevancia, de tal manera que basta observar que en diferentes disposiciones legales se ha tornado a la ley previsor de riesgos patrimoniales que pudiesen afectar a las instituciones gubernamentales y como ejemplo de ello se localiza lo dispuesto en el artículo 141 del *CCF*, en donde se regulan las diferentes formas en que el contribuyente puede garantizar el interés fiscal; los artículos 26 y 48 de la *LAASSP* en donde se indica la forma de garantizar los anticipos y el cumplimiento de los contratos en las adquisiciones, arrendamientos y servicios que contrate el gobierno; o bien, lo dispuesto en los artículos 48 y 66 de la *LOPSRM*, en donde de manera similar se establecen las garantías que los contratistas deberán tramitar para garantizar los anticipos, el cumplimiento de los contratos y los vicios ocultos que se pudiesen producir dentro del año de concluidas las obras que al efecto celebren con el Gobierno Federal.

De manera similar, existen disposiciones que protegen la actividad de las instituciones privadas, tal como ocurre con las compañías afianzadoras, las cuales conforme con lo dispuesto en el *LFIF*, se encuentran obligadas a obtener garantías de recuperación, como pudiera ser mediante prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, entre otras, salvo que bajo su responsabilidad consideren que el fiado o sus obligados solidarios son ampliamente solventes y tienen suficiente capacidad de pago (arts. 19, 24 y 31 Bis, *LFIF*).

2.2.3 Garantías judiciales

Las garantías judiciales son aquellas que además de encontrarse reguladas en alguna disposición legal, son ordenadas por una autoridad judicial y tienen por fin el garantizar la reparación de los posibles daños y perjuicios que pudieran derivar dentro de un procedimiento jurisdiccional.

Del anterior concepto se desprende que las garantías judiciales se distinguen de las legales en que las primeras son ordenadas por una autoridad jurisdiccional para su aplicación dentro de un procedimiento jurisdiccional, mientras que las segundas, únicamente se encuentran reguladas en una disposición legal para producirse efectos jurídicos, pero fuera de un procedimiento jurisdiccional.

Cabe destacar que las únicas fianzas clasificadas dentro del *CCF* que coinciden con las clasificadas en la *LFIF* son las fianzas judiciales, y para ello, específicamente en la fracción II, del artículo 5º de la *LFIF* se divide a las fianzas judiciales en penales y no penales.

Las fianzas judiciales penales son las que se encuentran relacionadas con un proceso penal para que una vez cumplidas las condiciones estipuladas por ley, el juez pueda decretar la libertad provisional del inculpado, la condena condicional, o la libertad preparatoria del reo.

Las fianzas con las que se concede la libertad provisional garantizan que el reo no pueda sustraerse de la acción de la justicia y cubra económicamente la reparación del daño. Pueden ser solicitadas por el acusado, su defensor o su legítimo representante, siempre y cuando la pena de prisión no exceda en su término medio aritmético de cinco años (arts. 20 fr. I, *CPEUM* y 557, *CPPDF*) y subsistirán hasta que el juicio penal sea resuelto por sentencia ejecutoria.

Las fianzas relacionadas a la libertad condicional garantizan las presentaciones del sentenciado ante la autoridad judicial competente, a efecto de que el condenado pueda comulgar su condena fuera de los reclusorios siempre y cuando la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años, que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso, haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible, que la condena no se refiera a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 del *CPF*, y que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir (art. 90, *CPF*).

Las fianzas que garantizan la libertad preparatoria consisten en un beneficio que se concede a los reos que han cumplido en presidio tres quintas partes de su condena tratándose de delitos intencionales y la mitad en caso de delitos imprudenciales. Pueden solicitarse siempre que el condenado haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia, que en el examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto si no puede cubrirlo desde luego (art. 84, *CPF*).

Por otro lado y a manera de ejemplo de las fianzas judiciales no penales, se encuentran aquellas en las que se solicita el embargo precautorio (arts. 238, 243, 244, *CPCDF*), el cual es considerado como "...aquel que se dispone o manda interinamente mientras se prepara la demanda ejecutiva cuando se teme que el deudor huya, oculte o disipe sus bienes,"⁶⁰ la fianza exigida a los gestores judiciales, la cual es calificada por el tribunal a efecto de que antes de ser admitido con tal carácter, la persona garantice sus funciones, lo juzgado y sentenciado y los posibles daños y perjuicios que se pudiese causar a quien represente (art. 51, *CPCDF*), o bien, en materia de derecho familiar, la que se encuentra obligado a tramitar el albacea dentro de los tres meses contados desde que acepte su nombramiento y que puede consistir en fianza, prenda o hipoteca (arts. 1706 y 1708).

2.2.4 Garantías gratuitas

Las garantías gratuitas son aquellas que, como su nombre lo indica, se otorgan sin mediar lucro por parte de la persona que se constituye como garante y, por tanto, no cobra por el otorgamiento del respaldo y seguridad que le es solicitado.

Claro ejemplo de garantía gratuita se encuentra en la fianza civil, en la cual se permite a las partes acordar el carácter oneroso o no de su otorgamiento (art. 2795, *CCF*), en tanto que cosa muy distinta ocurre con la fianza de empresa, en la cual y como será a continuación analizado, la onerosidad a través del cobro de una prima resulta ser una regla.

⁶⁰ Sánchez Flores, Octavio, cita a Joaquín Escriche, *Op. cit.* p. 290.

2.2.5 Garantías onerosas

Las garantías onerosas son aquellas en las que la persona que funge como garante asume esa responsabilidad bajo el cobro de un monto determinado de dinero.

El ejemplo típico de garantías onerosas lo constituye la fianza de empresa, en virtud de que por disposición expresa las instituciones de fianzas se encuentran obligadas al cobro de primas, en consideración que el negocio que efectúan al garantizar el cumplimiento de una obligación siempre va acompañado del interés económico de ganancia, además de la prevención del riesgo de caer en insolvencia por las responsabilidades asumidas (arts. 39, 46, 86, 103 Bis-1 *LFIF*).

2.2.6 Garantías con y sin transmisión de posesión

Esta clasificación se da en relación con aquellas garantías reales que se constituyen sobre bienes que pueden, o no, ser transmitidos, y tienen por objeto para el último de los casos, evitar perjudicar al deudor de desposeerlo del objeto de garantía, hasta en tanto la deuda se haga exigible, tal como puede ocurrir con las figuras de la prenda o el fideicomiso de garantía.

La prenda civil se consigna mediante la entrega jurídica del bien, cuando conviene el deudor con el acreedor en que el bien objeto de prenda quede en poder de un tercero, o bien, en poder del mismo deudor (art. 2858, *CCF*).

Por otro lado, en materia mercantil tanto la prenda sin transmisión de posesión, como la figura del fideicomiso de garantía, se incluyeron en la *LGTOC* para regular su operación y en el *CCom*, para regular su mecanismo de cobro, a partir de la publicación del *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito*, de fecha 29 de abril del 2000 y publicado en el *DOF*, el 23 de mayo del mismo año, figuras que posteriormente fueron conjuntamente reformadas mediante el *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, de fecha 24 de abril del 2003, y publicado en el *DOF*, el 13 de junio del 2003.

2.2.7 Garantías a primer requerimiento

Los antecedentes de este tipo de garantías derivan de la actividad de la Cámara de Comercio Internacional (*CCI*), la cual en el año de 1964 creó un grupo de trabajo cuyo objetivo consistió en redactar unas reglas que tomaran en cuenta los intereses de los fiados, beneficiarios, de las afianzadoras o de organismos que tengan la facultad de llevar a cabo las actividades de otorgar garantías para el respaldo de cumplimiento de obligaciones (sean bancos o aseguradoras con esas facultades en otros países), estableciendo los derechos de las partes y creando mecanismos para evitar las reclamaciones abusivas de los clientes. Tal investigación derivó en la creación de las *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías Contractuales*, por las cuales fueron creadas modalidades de garantía que han sido aceptadas y reguladas por el derecho internacional denominadas como fianza a primer requerimiento, y carta

de crédito *stand by*, las que en sí constituyen modalidades de la fianza (de empresa) y de la carta de crédito (bancaria), respectivamente.

El nombre de “garantías a primer requerimiento” estriba en que la persona que garantiza la obligación se compromete a pagar al beneficiario de manera inmediata en cuanto recibe la documentación de la que deriva la reclamación. En tal sentido, este mecanismo de garantía trae la ventaja de una mayor celeridad de pago a favor del beneficiario, lo que denota una mayor seriedad en el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

Tratándose de la figura de la fianza, en juicio implica que a diferencia de las fianzas convencional en las que el obligado a probar la exigencia de su pago sea el acreedor, tratándose de las fianzas a primer requerimiento la carga de la prueba recae en la afianzadora, que como interesada deberá demostrar que el obligado principal efectivamente cumplió la obligación y, por tanto, no fue factible pagar la garantía al momento de su exigencia.

Aunque resulta considerablemente factible el mecanismo con que operaran las fianzas a primer requerimiento, es de destacar que aún no se encuentran reguladas en disposiciones nacionales, como en su caso debiera ser en la *LFIF*, por lo que su operatividad deriva de la libre voluntad de las partes y de los usos comerciales, situación que se espera sea superada próximamente.

Para un adecuado funcionamiento de este tipo de garantías, es indispensable que se establezca en los ordenamientos jurídicos respectivos, y en el caso particular en la *LFIF*, los elementos que permitan generar una mayor seriedad sobre el análisis de la calidad moral, económica y técnica del obligado principal y del respaldo de las garantías de recuperación; así como sanciones contra los que pretendan realizar actividades fraudulentas para el cobro de las garantías, y para las instituciones que no hagan el pago una vez corroborada la entrega de la documentación con la que conste la exigencia del reclamo.

2.3 Tipos

A lo largo de la historia se han desarrollado diferentes mecanismos de respaldo para brindar seguridad a los acreedores. Para ello, suele dividirse en dos grupos a las garantías. En el primer grupo se encuentran las “garantías personales” como lo son la fianza (tanto civil como de empresa), el aval y la obligación solidaria, las cuales tienen tal denominación derivado de que se constituyen en razón de la calidad de la persona que funge como garante; en tanto que en el segundo grupo están las “garantías reales” como lo son la prenda, la hipoteca y la afectación en garantía, cuya denominación deriva en razón del bien por el cual se constituyen. No obstante, dicha clasificación ha quedado rezagada como consecuencia de otras formas de garantía que recientemente se han ido regulando en el sistema jurídico nacional, como resultan ser el fideicomiso de garantía y el crédito documentario *stand-by*.

2.3.1 Garantías personales

Las garantías personales son aquellas con las que se garantiza el cumplimiento de una obligación con el patrimonio de un tercero distinto al deudor principal que compromete su patrimonio o actuación para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por este último.

De lo anterior se desprende que existen dos tipos de obligaciones: la primera asumida entre el deudor principal y el acreedor; y la segunda que se crea entre el acreedor y el garante.

Entre los tipos de garantías personales se encuentran: la fianza, el aval, la obligación solidaria, la obligación mancomunada y la obligación ilimitada, las cuales para su mejor distinción serán analizadas en relación con la figura de la fianza de empresa.

2.3.1.1 La fianza (de empresa) y la fianza civil

Tanto la fianza de empresa como la fianza civil constituyen garantías personales accesorias de una obligación principal, existiendo sólo en la medida en que exista la obligación principal y donde el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal (art. 2799, *CCF*).

En juicio, el fiador (tanto en la fianza civil, como en la fianza de empresa) tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor (art. 2812, *CCF* y 94, fr. VIII, *LFIF*), pero tanto su regulación, naturaleza, forma de otorgamiento y de exigibilidad son distintas.

La fianza de empresa se encuentra regulada por la *LFIF*, en tanto que la fianza civil se encuentra regulada por el *CCF*.

En la *LFIF* no se define al objeto que regula el contrato de fianza (de empresa), en tanto que en el Código Civil Federal se le define como "...un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace" (art. 2794), concepto genérico que sólo es aplicable a las fianzas que nacen del contrato, dejando de lado a las fianzas legales y judiciales reguladas también dentro de dichos ordenamientos.

La institución fiadora deberá estar autorizada por el Gobierno Federal, a través de la SHCP para llevar a cabo su actividad como garante (art. 1º, *LFIF*), en tanto que en la fianza civil basta que el fiador quiera obligarse y tener capacidad legal de goce y ejercicio para hacerlo (art. 2802, *CCF*).

La fianza de empresa siempre será onerosa porque por su expedición se cobra una prima (art. 39, *LFIF*), en tanto que la onerosidad en la fianza civil es opcional por acuerdo de las partes (art. 2795, *CCF*).

En la fianza civil, el fiador goza de los beneficios de orden, excusión y división (arts. 2814, 2815, 1816, 2837 y 2849, *CCF*) salvo enumerados casos de excepción (art. 2816, *CCF*); en tanto que en la fianza de empresa, la afianzadora no goza de los beneficios de orden y excusión (art. 18, *LFIF*) y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal.

Para celebrar un contrato de fianza de empresa se deberá hacer a través de pólizas de fianzas numeradas y que contengan las indicaciones que administrativamente fijen la SHCP y la CNSF (art. 117, *LFIF*), situación que tratándose de fianzas civiles, su expedición no requiere de una formalidad especial (art. 1858, *CCF*).

A las fianzas reguladas en la *LFIF* se les da publicidad a través de la prensa, por medio de agentes o por cualquier otro medio (art. 81, *LFIF*), en tanto que a las fianzas civiles les está prohibido celebrarse con la ayuda de tales medios (art. 2811, *CCF*).

En el Código Civil tanto Federal como para el Distrito Federal se clasifica a las fianzas en legales, judiciales, convencionales, gratuitas y onerosas (art. 2795, *CCF*); en tanto que la fianza de empresa se clasifica en forma de ramos, como fianzas judiciales, de fidelidad, administrativas, de crédito y (erróneamente) en fideicomiso de garantía (art. 5º, *LFIF*).

Mientras que las instituciones de fianza se presumen de acreditada solvencia (art. 12, *LFIF*), el fiador en la fianza civil deberá acreditar tener bienes suficientes para constituirse como tal (art. 2802, *CCF*). Para ello, en las fianzas civiles, cuando el monto de la garantía exceda de 1,000 pesos, el fiador debe probar a través de un certificado expedido por el encargado del Registro Público a la persona ante quien se otorgue la fianza, que cuenta con bienes suficientes para responder de la obligación en caso de incumplimiento del fiado y, con ello, se proceda a hacer las anotaciones preventivas correspondientes (arts. 2850 y 2852, *CCF*).

En relación con el plazo de exigibilidad, a las fianzas de empresas les resulta aplicable un plazo de 180 días naturales para ser reclamadas antes de que se configure la figura de la caducidad a favor de la institución de fianzas (Art. 120, *LFIF*); en tanto que en las fianzas civiles, el fiador cuenta con un plazo de un mes para requerir judicialmente el pago contado a partir de que la obligación se haya hecho exigible, o bien, contado a partir de la expiración del plazo que se haya determinado (arts. 2848 y 2849, *CCF*).

De lo expuesto se pueden hacer las siguientes consideraciones con respecto a las ventajas que ofrece la fianza de empresa sobre la fianza civil.

- A) Se tiene la seguridad de que las instituciones de fianzas cuentan con la solvencia necesaria para cubrir los incumplimientos de sus fiados en tanto que en la fianza civil, se corre con la incertidumbre de que el deudor originalmente solvente deje de serlo más tarde, precisamente cuando tenga que cumplir sus obligaciones como consecuencia de negocios desafortunados o por alguna otra circunstancia.
- B) Para celebrar un contrato de fianza de empresa, se deberá hacer a través de pólizas de fianzas numeradas y que contengan las indicaciones que administrativamente fijen la SHCP y la CNSF (art. 117, *LFIF*), indicaciones que con la práctica han dado mayor certidumbre de los procedimientos y plazos para los cobros de los montos garantizados en las pólizas, en tanto que tratándose de fianzas civiles, para su expedición no se requiere de un formato u formalidad especial (art. 1858, *CCF*), situación que podría implicar mayor riesgo de interpretación del acuerdo de voluntades de las partes.
- C) A las fianzas reguladas en la *LFIF* se les da publicidad a través de la prensa o de cualquier otro medio publicitario, empleando además agentes para facilitar su alcance a los usuarios de estos servicios financieros (art. 81, *LFIF*); en tanto que tratándose de fianzas civiles, resulta prohibido celebrarse bajo dichos medios (art. 2811, *CCF*), por lo cual es más difícil encontrar fiador sin ser institución afianzadora que se dedique a ello.

- D) En las fianzas de empresa, las afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión (art. 118, *LFIF*) y sus fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, en tanto que al gozar de tales beneficios, el fiador en la fianza civil dificultará al beneficiario el cobro. Esta distinción sustancial ha sido considerada en diversas actividades de contratación, de tal manera que se ha regulado expresamente que sean fianzas expedidas por instituciones de fianzas y no únicamente “fianzas” las que requiera la administración pública para garantizar sus relaciones contractuales con los particulares.

Por otro lado, la principal y única desventaja que tiene la fianza de empresa sobre la fianza civil estriba en que la primera siempre resulta onerosa, en razón de que por disposición expresa existe la obligación de la afianzadora de cobrar una prima por su servicio, situación que no resulta en una desventaja propia de la afianzadora si se considera que ése es su fin preponderante de mercado, por tanto, la desventaja se observa únicamente para aquella persona que funja como fiador en la fianza civil, bajo el riesgo del incumplimiento del fiado.

2.3.1.2 La fianza y el aval

Si bien es cierto que existe la semejanza entre el aval y el contrato de fianza, en donde la finalidad es garantizar el cumplimiento de obligaciones, la fianza de empresa no es un aval, por no ser un acto mercantil consignado en garantía en un título de crédito.

Por estar relacionada la figura del aval con los títulos de crédito, se encuentra regulada en la *LGTOC*, mientras que la fianza de empresa se encuentra regulada en la *LFIF*.

La fianza tiene el carácter de ser un contrato formal, el cual se hace constar de forma separada del documento donde se encuentra la obligación principal, es decir, a través de la póliza de fianza, en tanto que dado el principio de incorporación, el aval debe constar en el cuerpo del documento o en hoja adherida al mismo (arts. 1º, 5º y 111, *LGTOC*).

En la fianza se sigue el principio de que lo accesorio sigue la suerte de los principal, por ende, si la obligación principal es nula, también lo será la accesoria, lo cual no sucede con el aval, porque en concordancia con el principio de autonomía del que gozan los títulos de crédito, tan principal es la obligación del avalista como la del avalado, siendo independientes entre sí, y a pesar de que la obligación del avalado sea nula, será válida la del avalista (art. 114, *LGTOC*).

Al existir diferencias sustanciales entre una y otra, no deben aplicarse supletoriamente las normas estipuladas en la *LFIF* al obligado como aval en los títulos de crédito, ni a la fianza de empresa las reguladas en la *LGTOC*.

De conformidad con la tesis titulada **AVAL. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE FIANZA CIVIL**,⁶¹ se precisa que en el supuesto de que en un título de crédito un tercero se obligue como “fiador”, esto no dará lugar a un contrato de fianza civil, en razón de que la garantía se constituiría sobre una obligación cambiaria, lo que rompería

⁶¹ Cfr. 6a. Época; 3a. Sala; SJF; Cuarta Parte, LXXII; p. 44; [T.A.]; Registro No. 270461.

con su naturaleza, del mismo modo que la fianza como obligación accesoria de una obligación que no fuese sobre un título de crédito, debiera seguir su naturaleza.

En consideración de lo anterior, más que ventajas o desventajas de una figura jurídica sobre la otra, existe un ámbito diferente de aplicación, por cuanto una institución de fianzas tiene prohibido otorgar garantías en forma de aval (art. 60, fr. I, *LFIF*), mientras que un avalista dejaría de serlo si respaldara operaciones de las facultadas de manera exclusiva a las instituciones de fianzas (art. 3º, *LFIF*).

2.3.1.3 La fianza y la obligación solidaria

Fiador es el que paga al acreedor si el deudor no lo hace, es decir, el fiador es un deudor sustituto para el caso en que el deudor principal no satisfaga la obligación; en tanto que el deudor solidario es aquel que, como los otros deudores solidarios, está obligado a satisfacer en su totalidad la prestación debida. En otras palabras, el concepto “fiador” lleva implícita la idea de deudor sustituto de otro y, por lo mismo, no puede haber solidaridad entre fiador y fiado, si uno es sustituto del otro.

No obstante, tratándose de la fianza de empresa, la obligación que lleva implícita la institución de fianzas implica una obligación solidaria, en virtud de que por ley éstas no gozan de los beneficios de orden y excusión (art. 118, *LFIF*), lo que provoca que al incumplimiento del fiado, el beneficiario pueda reclamar directamente ante la institución afianzadora el monto garantizado y sobre la totalidad del monto garantizado en la póliza.

Sobre la obligación solidaria que asumen las instituciones de fianzas, el jurista Vásquez del Mercado⁶² manifiesta: “Toda vez que en ellas no se goza de los beneficios de orden y excusión por parte del fiador, no consiste en una obligación subsidiaria, sino solidaria, pues el fiador está obligado solidariamente con el deudor principal y en consecuencia,... el acreedor no está obligado a la excusión previa del deudor”.

Por su parte, el doctor Arturo Díaz Bravo,⁶³ tomando como base un análisis del derecho argentino, francés, español e italiano, propone como concepto de fianza de empresa como: “...aquel por medio del cual la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de la prima que se obliga a pagar el tomador o contratante”.

Es de precisar que si bien las características de la renuncia a los beneficios de orden y excusión de la solidaridad convergen en la fianza de empresa, cada una guarda su propia naturaleza, en virtud de que, como será analizado, la fianza guarda sus propias causas de extinción que por regla general no le resultan aplicables a los deudores solidarios, pues si bien toda fianza de empresa conlleva una obligación solidaria, no toda obligación solidaria se expresa en la existencia de una fianza de empresa.

En la legislación civil se distinguen dos tipos de solidaridad: activa y pasiva. La solidaridad activa ocurre cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno por sí y en su totalidad, el cumplimiento total de la obligación

⁶² Vásquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, p. 366.

⁶³ Díaz Bravo, Arturo, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

y será pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno por sí y en su totalidad, la prestación debida (art. 1987, *CCF*).

Los efectos de la solidaridad pasiva son que cada uno de los acreedores o todos juntos puedan exigir de todos los deudores solidarios o de cualquiera de ellos el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultase insolvente, pueden reclamarlo a los demás. Si hubiesen reclamado sólo parte o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad (art. 1989, *CCF*).

En materia civil, la solidaridad no se presume, sino que deviene de la ley o de la voluntad de las partes (art. 1988, *CCF*); en tanto que en materia mercantil y salvo pacto en contrario, ésta se presume, al grado que el acreedor puede exigir de cada deudor el pago total del crédito. A manera de ejemplo se encuentran diversos supuestos en la *LGTOC*:

- Se presume que los codeudores se obligan solidariamente en las operaciones que se regulan en la *LGTOC* (art. 4º, *LGTOC*).
- El aceptante, el girador, los endosantes y los avalistas responden solidariamente por las prestaciones que derivan de la acción cambiaria por falta de aceptación y/o pago de de la letra de cambio (art. 154, *LGTOC*).
- Todos los que aparezcan en una letra de cambio suscribiendo el mismo acto, responden solidariamente por las obligaciones nacidas de éste (art. 159, *LGTOC*).

En consideración de lo anterior se concluye que si bien las instituciones de fianzas actúan en calidad de obligados solidarios al expedir sus pólizas, no deben ser confundidas las figuras de fianza de empresa y obligado solidario, en virtud de que cada una guarda sus propias causas de extinción, pues la última de las citadas no se limita en su aplicación a la fianza de empresa, ya que resulta común utilizarlo en otras obligaciones de naturaleza civil cuando se menciona de manera expresa, o bien, la misma se presume tratándose de operaciones mercantiles, como además de suceder con la fianza de empresa, se ve expresado en los títulos de crédito y en las operaciones que se celebren a nombre de una sociedad.

2.3.1.4 La fianza y la obligación subsidiaria

La obligación subsidiaria entabla una relación por la cual la persona que se constituya como garante responde con su patrimonio, sólo para el caso de que el deudor principal no lo haga. En otras palabras, la garantía es subsidiaria cuando se respeta el principio de orden y excusión, por medio de la cual sólo podrán compeler al obligado subsidiario cuando previamente se haya hecho sobre los bienes del deudor principal.

La fianza civil se asemeja a la obligación subsidiaria porque en ambas, las partes pueden convenir el respetar los beneficios de orden y excusión, en tanto que por ley, tratándose de fianzas de empresa, la institución afianzadora

nunca podría alegar dichos beneficios (art. 118, *LFIF*), por lo que el beneficiario podría compelerla, como si se tratara directamente de la deudora principal hasta por el monto garantizado en la póliza de fianza.

En la legislación mercantil y a manera de ejemplo de situaciones por el que alguien se configura como obligado subsidiario, se localizan entre otros los siguientes supuestos:

- En la sociedad en nombre colectivo todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales (art. 25, *LGSM*).
- La sociedad en comandita simple se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones (art. 51, *LGSM*).
- La sociedad en comandita por acciones, se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones (art. 207, *LGSM*).

En tales supuestos se desprende que la sociedad como persona moral responde de manera principal frente a los acreedores y que para el caso de que no se cubra la deuda con el patrimonio con que cuenta, de manera subsidiaria, ilimitada y solidaria, se hará con los bienes de los socios

2.3.1.5 La fianza y la obligación ilimitada

La obligación ilimitada es aquella por la cual la persona garante se compromete a cumplir su obligación con todo su patrimonio y hasta por el monto total de la obligación principal.

La obligación ilimitada se puede configurar con dos variantes:

1. Que la deuda únicamente pueda ser compelida una vez que se ejerció acción contra el deudor principal, es decir, respetando el principio de orden y constituyéndose por tanto a lado de la modalidad de obligación subsidiaria (como se ejemplificó previamente).

2. Que la deuda pueda ser compelida de manera ilimitada independientemente de la acción que se pueda ejercitar contra el deudor principal, es decir, sin respetar el principio de orden y constituyéndose por tanto a lado de la modalidad de obligación solidaria, para lo cual y a manera de ejemplo se localizan disposiciones dentro de la *LGSM*:

- Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones (art. 7º, *LGSM*).
- Los administradores quedarán ilimitada y solidariamente obligados a entregar a la sociedad la cantidad igual a la que hubiere de separarse con el fin de haber constituido un fondo de reserva (art. 21, *LGSM*).

Habrá que precisar que la fianza de empresa no debe ser confundida con una obligación ilimitada, ya que si bien las instituciones de fianzas se consideran de acreditada solvencia, las mismas sólo comprometen su patrimonio en una cantidad límite que se hace estipular en las pólizas de fianza, con independencia de que se puedan cobrar ciertos accesorios como los intereses legales que se generen por la falta de pago oportuno.

2.3.1.6 La fianza y la obligación mancomunada

La obligación mancomunada se configura cuando diversas personas se constituyen como obligados para garantizar en determinada proporción el incumplimiento del deudor. En otras palabras, la obligación mancomunada es aquella cuyo cumplimiento es exigible a dos o más deudores, y a cada uno en su parte correspondiente (mancomunidad pasiva), o bien, al haber pluralidad de acreedores, que cada uno de los acreedores sólo pueda exigir o reclamar del deudor la parte que le corresponde en el crédito (mancomunidad activa).

De lo anterior se desprende que, curiosamente la calificación legal de “mancomunidad” no traiga consigo la idea de una obligación conjunta (en mano común), sino precisamente lo contrario, es decir, una absoluta fragmentación y diversificación de los créditos y deudas en su caso existentes, por lo que no es raro que tras la confusión de tal vocablo, en la práctica los interesados lo utilicen para actuar como uno y en contra de lo señalado, tampoco resulta raro encontrar en la doctrina que se propugne sustituir dicha denominación por la de “obligación parciaria”.

En la fianza, la figura de la mancomunidad queda expresada a través de la figura del cofianzamiento, en la cual existen dos o más fiadores sobre una misma obligación, los cuales se comprometen a pagar en forma proporcional el compromiso adquirido, por lo que el beneficiario puede cobrar a los que hayan constituido fianza a su favor, por el porcentaje que a cada uno corresponda.

En esencia, la figura del obligado mancomunado busca la misma finalidad que la fianza civil y la fianza de empresa, es decir, garantizar el cumplimiento de una obligación, pero con la distinción de que para que exista mancomunidad es necesario la existencia de una pluralidad activa o pasiva, o bien, de varios cofiadores en el caso del cofianzamiento, a efecto de que la obligación sea cubierta en la proporción en que cada uno se comprometió.

2.3.2 Garantías reales

Las garantías reales son aquellas que garantizan el cumplimiento de una obligación con la afectación de un bien específico, ya sea del propio deudor o de un tercero, y por medio del cual se data al acreedor de un derecho que lo faculta a solicitar la venta del bien y a ser pagado con el producto de la venta, con preferencia a los demás acreedores de su deudor..

Entre las garantías reales se encuentran la prenda y la hipoteca, la afectación en garantía, el fideicomiso de garantía y el crédito documentario *stand by*. Su característica preponderante es que se constituyen sobre bienes muebles o inmuebles, que confieren derechos de persecución al acreedor mediante mecanismos establecidos en la ley.

2.3.2.1 La fianza y la prenda

La fianza es una “garantía personal” en la que un tercero se compromete a cumplir con la obligación del deudor pagando el importe de la garantía emitida o haciendo lo que el deudor dejó de hacer, en tanto que la prenda es una “garantía real” donde la obligación queda asegurada con un bien mueble o un derecho enajenable.

La prenda puede surgir de un contrato o de un acto unilateral, pues tal como lo expresa el jurista Arturo Díaz Bravo:⁶⁴ “La prenda surge, en la inmensa mayoría de los casos, de una estipulación contractual; mas conmigo ha de convenirse en la existencia de posibles casos de prenda unilateralmente constituida para garantizar, por ejemplo, el pago de una pensión vitalicia también concedida en declaración unilateral; la prenda consignada, mediante el adecuado endoso, en un título de crédito (art. 36, *LGTOC*); la que, como acto de liberalidad, puede constituir un tercero, aun sin consentimiento del deudor (art. 2867, *CCF*), y, agregó yo, mediante simple notificación al acreedor”.

La prenda se encuentra regulada en el *CCF*, en la *LGTOC* y en el *CCom*, y de acuerdo a la disposición que la regule puede dividirse en prenda civil y prenda mercantil, diferenciándose la una de la otra, en que se exigen diferentes requisitos de forma para su constitución (arts. 2859, *CCF* y 336, *LGTOC*); y en cuanto a los tipos, se les puede agrupar en prenda con transmisión de posesión, sin transmisión de posesión y prenda tácita.

La prenda civil se regula en el *CCF*, y en ella se le define como “un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago” (art. 2856, *CCF*). No obstante que al regularse la prenda civil en el Código Civil, contradictoriamente, se regulan objetos sujetos a prenda que son de naturaleza mercantil, como resultan ser los títulos de crédito (art. 2864, *CCF*), complicando con ello el parámetro que diferencia la prenda civil de la mercantil y la norma aplicable al caso concreto.

El artículo 605 del *CCom*, derogado en esta materia por el artículo 3º transitorio de la *LGTOC*, establecía que la prenda era mercantil cuando fuere “constituida para garantizar un acto de comercio”, mientras que tras las reformas en dicho ordenamiento, actualmente no se establece una definición de la misma, de tal manera que para hablar de “actos de comercio” nos debemos remitir a los artículos 334 de la *LGTOC* y 75 del *CCom*, en donde se localizan como objetos de prenda los títulos de crédito (art. 334, frs. I-IV y VI, *LGTOC*); obligaciones mercantiles como las derivadas de operaciones bancarias (art. 75, fr. XIV, *CCom*); las que se otorgan para garantizar las adquisiciones, enajenaciones, alquileres, compras y ventas que se efectúen con propósito de especulación comercial (art. 75, frs. I y II, *CCom*); las que sirvan como garantía en obligaciones conectadas en el comercio marítimo (art. 75, fr. XV, *CCom*), y las que deriven de la inscripción del crédito refaccionario o de habilitación o de avío (art. 334, fr. VII, *LGTOC*), etc...

Derivado de la falta de técnica legislativa que precise qué objetos se encuentran sujetos a prenda mercantil y cuales a prenda civil, nos debemos remitir al artículo 1050 del *CCom*, en el que se establece: “Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles”.

⁶⁴ *Ibíd*, p. 339.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Tratándose de la prenda con transmisión de posesión, en materia mercantil se encuentra establecido un procedimiento breve y sumario a favor del acreedor, el cual puede proceder en contra de los bienes dados en prenda siempre que el crédito haya vencido. Dicho procedimiento consta de tres fases, consistentes en: la solicitud del acreedor al juez para que autorice la venta de los bienes dados en prenda; la admisión de la petición de la venta y la notificación al deudor para que dentro del término de quince días oponga las excepciones y defensas que le asistan; y la autorización de la venta por parte del juez y a cargo de corredor o comerciantes. Como excepción sólo en caso de notoria urgencia y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor (art. 341, *LGTOC*).

La forma de convenir la constitución de la prenda con transmisión de posesión y el procedimiento para ejercitar el derecho que ella implica, se encuentra regulado en la *LGTOC*, lo que resulta incongruente si se toma en consideración que la prenda no constituye un título de crédito, por tanto, no hay razón para que el legislador la incluyera en dicho ordenamiento; por otro lado, en el *CCom*, en donde debiera regularse totalmente dicha figura jurídica al regular actos de comercio, únicamente se prevé la forma judicial y extrajudicial de proceder a su cobro tratándose de la prenda sin transmisión de posesión (arts. 1414 Bis 1 a 1414 Bis 20, *CCom*), dividiéndose por tanto, sin ninguna justificación, su regulación en tres ordenamientos jurídicos como lo son la *LGTOC*, el *CCF* y el *CCom*.

Tratándose de la prenda sin transmisión de posesión, el procedimiento extrajudicial se verifica sin intervención de un juez, pero si requiere que participe un fedatario público (corredor o notario). La razón de exclusión del juez surge de la idea de que no existe controversia, sino que busca la posesión de los bienes dados en garantía para proceder a su venta y cubrir el pago de la obligación principal; sin embargo, para su ejecución es requisito que el crédito sea exigible, es decir, que se haya vencido el plazo para su cobro y no exista condición por cumplirse ni exista controversia sobre su exigibilidad y que no exista conflicto con respecto a la cantidad reclamada y no esté en duda cuáles son los bienes sujetos a prenda (art. 1414 Bis, *CCom*).

El procedimiento inicia con la reclamación que el acreedor, acompañado del fedatario público, realice en el domicilio del deudor para que le sean entregados los bienes, quien fungirá como depositario judicial hasta que se proceda a su venta (art. 1414 Bis 1, *CCom*).

Si los bienes son efectivamente entregados al acreedor, sin la menor resistencia del deudor, se realizará un avalúo sobre los bienes por los peritos de las partes, posteriormente se procederá a la venta y ejecutada ésta se entregará el importe obtenido al acreedor. La recepción de dicho importe por el acreedor marca el fin del procedimiento extrajudicial.

El procedimiento judicial iniciará con la demanda presentada por escrito ante el juez competente, anexando además el contrato de prenda y la determinación del saldo adeudado. Tratándose de deudas con instituciones de crédito, el saldo deberá constar en estado de cuenta certificado por el contador de dicha institución. Una vez admitida la demanda, el juez requerirá el pago al deudor y, en caso de que se niegue a efectuarlo, se le exigirá la entrega de los bienes pignorados para que el acreedor se constituya en depositario judicial de los mismos. En el caso de que el deudor no pague o no haga entrega de los bienes tiene un término de cinco días para oponer excepciones y defensas (art. 1414 Bis 8, *CCom*).

Contestada la demanda, se dará vista al actor con las excepciones y defensas opuestas por el deudor por un plazo de tres días; asimismo, se admitirán las pruebas de las partes con la característica especial de que el demandado aun cuando no hubiere contestado en tiempo la demanda, tendrá en todo tiempo el derecho de ofrecer pruebas, hasta antes de que se dicte la sentencia correspondiente y por una sola vez (art. 1414 Bis 11, *CCom*).

Se celebrará audiencia de pruebas, alegatos y sentencia dentro de los diez días siguientes a aquel en que haya concluido el plazo fijado para que el actor desahogue la vista de la contestación del demandado (art. 1414 Bis 14, *CCom*).

La sentencia podrá ser apelada en efecto devolutivo (art.1414 Bis 16, *CCom*). En su caso, si en la sentencia se declara procedente la acción intentada, se procederá a su ejecución, debiendo obtenerse el valor de los bienes mediante dictamen pericial.

Una vez hecho el avalúo y, en su caso, si el valor de los bienes es igual al adeudo condenado, éste último se tendrá por liquidado y el acreedor podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía; si el valor del bien es inferior al adeudo, el acreedor podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía y conservará las acciones que en derecho le corresponda, por la diferencia que no le haya sido cubierta, y en el caso de que el valor de los bienes sea superior al adeudo, la parte acreedora, una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos generados, entregará al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes (art. 1414 Bis 17, frs. I, II y III, *CCom*).

La venta a elección del acreedor se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, publicándose en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes con mínimo cinco días de anticipación, notificándose asimismo al deudor para que se presente a la misma. Cada semana en la que no haya sido posible realizar la venta, el valor mínimo del bien se reducirá en 10%, pudiendo el acreedor obtener la propiedad plena de cuando su precio sea igual o menor al monto del adeudo condenado, o bien, podrá solicitar a su costa que se publiquen más avisos de venta. Si el bien se vende en un precio mayor al adeudo, el acreedor deberá devolver al deudor el remanente en un plazo no mayor de cinco días, una vez deducidos los gastos generados de la venta (art. 1414 Bis 17, fr. III, inc. a), b) y c), *CCom*).

El acreedor en tanto no realice la entrega del remanente cubrirá al deudor por todo el tiempo que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a dos veces el Costo de Captación a Plazo de pasivos, el cual mensualmente da a conocer el Banco de México mediante publicaciones en el *DOF* (arts. 1414 Bis 17, fr. III y 1414 Bis 19, *CCom*).

Una vez analizado el procedimiento de ejecución, como se reitera y a pesar de encontrarse regulado en las disposiciones mercantiles como lo son la *LGTOC* y el *CCom*, paralelamente en el *CCF* se regula tanto la prenda con transmisión de posesión, como la prenda sin transmisión de posesión.

La prenda sin transmisión de posesión dentro del ordenamiento de naturaleza civil, se expresa como "prenda entregada jurídicamente" (art. 2859, *CCF*) y pobremente se regula su correspondiente procedimiento de ejecución, en donde no se establece cómo se obtiene la posesión a favor del acreedor prendario, limitándose a indicarse que puede por convenio expreso venderse la prenda extrajudicialmente (art. 2884, *CCF*) y en el caso de tratarse de una

prenda por la que haya sido transmitida la posesión, el acreedor podrá pedir y el juez deberá decretar la venta en pública almoneda, previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda (art. 2881, *CCF*), resultando aplicable lo dispuesto en el *CFPC* en cuanto a su adjudicación a favor del acreedor (art. 2882, *CFF*).

Por otro lado, como nos expone el doctor Díaz Bravo⁶⁵, otro tipo de prenda es la que se puede denominar como “prenda tácita”, también llamada “derecho de retención” contenida en disposiciones como lo son el *CCF* y el *CCom*, la cual surge como ficción jurídica, del derecho de retener la cosa empeñada y perseguirla en caso de perturbación contra quien no cumple su obligación como si hubiese sido su voluntad entregarla en prenda, mecanismo por el cual será atribuible al poseedor oponer una excepción para el caso de que su contraparte le demande la reivindicación.

Entre otros, se presentan los siguientes ejemplos:

- Los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista se entenderán especial y preferentemente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos y no podrá ser desposeído de los mismos sin ser antes pagado (art. 306, *CCom*).
- Mientras que las mercancías vendidas estén en poder del vendedor, aunque sea en calidad de depósito, éste tendrá preferencia sobre ellas con respecto a cualquier acreedor para ser pagado de lo que se le adeude por cuenta del precio de las mismas (art. 386, *CCom*).
- El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra (art. 2644, *CCF*).
- Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje, a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado (art. 2669, *CCF*).

En resumen, la prenda se constituye directamente sobre bienes que pueden o no ser entregados al acreedor, quien podrá en momento dado, ejercitar su derecho conforme a lo dispuesto en la *LGTOC*, el *CCom*, o bien, el *CCF*; en tanto que tratándose de la fianza de empresa, la misma se encuentra regulada específicamente en la *LFIF* como una garantía personal, por cuanto la obligación es respaldada por la institución de fianzas que en caso de incumplimiento del fiado deberá responder con todo su patrimonio y hasta por el monto establecido en la póliza de fianza, junto con los accesorios legales que en su caso hubieren.

2.3.2.2 La fianza y la hipoteca

La hipoteca consiste en otro tipo de garantía real, la cual se constituye sobre bienes inmuebles (casas, terrenos, etcétera) o bien, bienes muebles de gran tamaño como lo son las aeronaves, las embarcaciones o los buques.

⁶⁵ Cfr. Díaz Bravo, Arturo, p. 344.

La hipoteca se regula en el *CCF* y se entiende por tal motivo de naturaleza civil, no obstante que en la práctica sirva para garantizar muchas operaciones de comercio, a tal efecto que en el propio *CCom* se indica: “Cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, especial, sumario hipotecario o el que corresponda, de acuerdo a esta Ley, a la legislación mercantil o a la legislación civil aplicable...” (art. 1055 Bis, *CCom*).

La hipoteca puede ser constituida directamente tanto por el deudor, como por otro a su favor (art. 2904, *CCF*) y al inscribirse los bienes en el *RPPC*, los bienes quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero, lo que da certidumbre de su constitución y de los efectos que se producen sobre terceros (art. 2894, *CCF*).

La hipoteca constituida sobre derechos reales sólo durará mientras éstos subsistan, pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor o, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. En el caso de que el inmueble hipotecado se hiciera, independientemente de la causa, insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor podrá exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos se asegure debidamente la obligación principal (art. 2907, *CCF*). También se sujetará a juicio de peritos la disminución del valor de la finca hipotecada hasta hacerla suficiente para responder de la obligación principal (art. 2908, *CCF*).

El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada en remate judicial o por adjudicación, siempre que no se presente otro postor. También puede convenir con el deudor que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al precio establecido al constituirse la hipoteca (art. 2916, *CCF*).

La acción hipotecaria prescribe a los diez años, contados desde la fecha en que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (art. 2918, *CCF*).

En consideración de lo citado se desprende que la hipoteca tiene como base constituir o afectar un bien determinado para el pago de una obligación incumplida y faculta al acreedor para cobrarse con la cosa determinada o con el producto de su venta; en tanto que la fianza como garantía personal y con independencia de sus propias causas de extinción toma sustento con base en la calidad crediticia del fiador, cuyo cumplimiento sustituto podrá ser de un dar hasta el límite garantizado en la póliza, o bien, el de hacer lo que el deudor principal incumplió.

2.3.2.3 La fianza y la afectación en garantía

La afectación en garantía la expide el fiado, el obligado solidario o contrafiador para afectar bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el *RPPC*, con el fin de garantizar a favor de las instituciones de fianzas los montos que eroguen como consecuencia del incumplimiento del fiado sobre la obligación garantizada.

El documento en el que se haga la afectación deberá contener de manera expresa la voluntad del propietario para que se realice la misma y deberá ser ratificado ante juez, notario, corredor público o por la CNSF, a efecto de asentarse en el *RPPC* (art. 31, *LFIF*).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

La *Circular F-2.2*, de fecha 8 de noviembre del 2004 y publicada en el *DOF* el 26 del mismo, establece los requisitos para que a más tardar el día hábil siguiente de presentación de los documentos que en ella se establecen, la CNSF emita la ratificación para la inscripción en el *RPPC* de la afectación del inmueble sujeto a garantía, a petición del fiado, obligado solidario o contrafiador, en donde se establece que:

En cada trámite se deberá presentar ante la CNSF, el contrato-solicitud o documento que utilice la institución de fianzas, relacionado con la solicitud, oferta o contratación, acompañando los ejemplares correspondientes (máximo cuatro por trámite) llenados a máquina o impresora, carentes de errores, tachaduras o enmendaduras, en los que de manera clara se indique:

1. Ubicación y datos de inscripción en el *RPPC* del inmueble objeto de afectación.
2. Nombre completo y domicilio actual del (os) fiado(s), obligado(s) solidario(s) o contrafiador(es).
3. Nombre completo y domicilio actual del beneficiario, salvo en el caso de contratos-solicitud múltiples en los que intervienen varios beneficiarios y al amparo del cual se emitan diversas pólizas de fianza, quedando bajo la responsabilidad de la institución su registro.
4. Nombre completo, domicilio y firma del funcionario de la afianzadora responsable de la emisión del contrato-solicitud o del documento que utilice la institución de fianzas y que esté relacionado con la oferta, solicitud o contratación de la fianza.
5. Fecha de emisión del contrato-solicitud o del documento que la institución de fianzas utilice y que se relacione con la oferta, solicitud o contratación de la fianza, fecha que no deberá exceder de quince días anteriores a la fecha de su presentación ante la CNSF.

Una vez que las fianzas correspondientes sean debidamente canceladas, sin responsabilidad para ellas y siempre que no existan a favor de las afianzadoras, adeudos a cargo de su fiado por primas o cualquier otro concepto que se derive de la contratación de la fianza, las instituciones de fianzas se encuentran obligadas a extender a los fiados, solicitantes, obligados solidarios o contrafiadores las constancias necesarias para la tildación de las afectaciones marginales. En este caso, las instituciones de fianzas son responsables de los daños y perjuicios que causen a los interesados por no entregar a éstos las constancias en un plazo menor a quince días hábiles, que se contarán a partir de la fecha en que reciban la solicitud de los mismos o desde el momento en que el fiado, obligados solidarios o contrafiadores cubran a la afianzadora los adeudos a su cargo.

El *RPPC* sólo procederá a la tildación de las afectaciones marginales cuando la solicitud se presente acompañada de la constancia expedida por la afianzadora con la rúbrica de las personas facultadas para ello. A tal efecto, las firmas de los funcionarios de las instituciones de fianzas que suscriban las constancias deberán ratificarse ante la CNSF, notario o corredor público.

La afectación en garantía ofrece un mecanismo de seguridad a las instituciones de fianzas para que éstas constituyan una forma de garantía de recuperación de los montos que en su caso llegasen a erogar por incumplimiento de la obligación del fiado y derivado de su mecanismo de funcionalidad, es de concebir que la misma

consiste en realidad en una garantía hipotecaria con formalidades especiales, al ser regulada para el caso concreto en la *LFIF*, la cual se hace exigible como garantía de recuperación cuando la afianzadora eroga de su capital lo necesario para cubrir el incumplimiento del fiado.

2.3.3 Otro tipo de garantías

Aunado a la clasificación de garantías personales y reales, en el derecho mexicano han surgido nuevos mecanismos de garantía, los cuales se caracterizan porque en ellos confluye de acuerdo con las circunstancias y necesidades de las partes bienes o derechos y terceras personas para su administración, tal como ocurre con las figuras del fideicomiso de garantía y con la carta de crédito *stand by*.

2.3.3.1 La fianza y el fideicomiso de garantía

La palabra “fideicomiso” proviene de los vocablos *fideicommissum*, del latín *fides* que significa “fe” y de *commissus* que significa “comisión”, y utilizado como un acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero, que a su vez adquiriría la obligación de transmitirlo a un tercero.⁶⁶

Contrariamente a la lógica, por no ser en sí un título de crédito, el fideicomiso se encuentra regulado en la *LGTOC*; en tanto que la fianza de empresa consagra su propia regulación en la *LFIF*.

Desde sus orígenes, el objeto del fideicomiso ha sido administrar bienes a favor de una persona llamada “fiduciario”, de tal manera que en el artículo 381 de la *LGTOC* se establece: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

El fideicomiso, llamémosle “administrativo” para diferenciarlo del “fideicomiso de garantía”, ha sido utilizado en diversas actividades cotidianas, como resulta ser:

- A) El fideicomiso con fines testamentarios, en el cual una persona dispone de sus bienes para que se administren después de su muerte como haya estipulado en las cláusulas del fideicomiso, voluntad que será cumplida por el ente fiduciario sin necesidad de iniciar trámites sucesorios, evitando con ello la intervención del órgano jurisdiccional o del notario, tomando ese nombre en razón no porque se trate de un testamento, ya que no lo es, sino porque lo sustituye.
- B) El fideicomiso utilizado en zonas turísticas permite la inversión extranjera en la construcción de un complejo turístico que después será vendido, respetando la prohibición para los extranjeros de adquirir bienes inmuebles en las denominadas “zonas prohibidas”, las cuales se forman a lo largo de 50 kilómetros en costas y 100 en fronteras (art. 27, *CPEUM*).

⁶⁶ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 466 y 493.

- C) Los fideicomisos de inversión, en los que el fideicomitente constituye el fideicomiso para obtener buenos rendimientos, pidiendo a la fiduciaria invierta con profesionalismo los bienes o títulos de crédito entregados en el mercado de valores.
- D) Fideicomiso para asegurar la educación de los hijos, por medio del cual el fideicomitente reserva una cantidad de dinero y lo entrega al banco fiduciario para que éste lo administre e invierta en la educación de sus hijos.

Por otro lado, no existe una definición del “fideicomiso de garantía” que en la *LGTOC* se regule, pero derivado de las prácticas comerciales se desprende que el mismo surgió como un mecanismo para brindar seguridad con el fin de que ciertas instituciones financieras pudieran ofrecer al mercado un instrumento de garantía que asegure operaciones no sólo a favor de un tercero, sino a favor de las mismas instituciones cuando actúen con el carácter de fideicomisarias en obligaciones adquiridas por el fideicomitente, a través de la correcta administración de los bienes sujetos a fideicomiso.

Siguiendo un fin específico, el fideicomiso de garantía podría conceptuarse como un contrato por el que se transmiten por parte del fideicomitente ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una o varias obligaciones.

Las partes que integran el fideicomiso de garantía son el fideicomitente, quien transmite su patrimonio, ya sean bienes o derechos; el fiduciario, quien es el encargado de la administración de los bienes, y el fideicomisario, el cual recibe los beneficios del fideicomiso y que puede ser la propia institución fiduciaria o un tercero.

Derivado de lo anterior, se desprende que el fideicomiso de garantía es el nombre que se puede distinguir de la figura del fideicomiso (simple), cuyo propósito de constitución consiste precisamente en garantizar el cumplimiento de obligaciones a favor del fideicomisario, con los bienes fideicomitados y debidamente administrados por la institución fiduciaria.

El fundamento legal del fideicomiso de garantía se encuentra en la *LGTOC* y en el *CCom*, lo que parte (al igual que en la prenda sin transmisión de posesión) del *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito*, expedido el 18 de mayo del 2000, y publicado en el *DOF* el 23 de mayo del 2000, mediante el cual se adicionó la Sección Segunda, del Título Segundo, Capítulo V, de los artículos 395 al 414 “del fideicomiso de garantía”; mientras que paralelamente en el *CCom* se adicionó el Título Tercero Bis, Capítulo I, de los artículos 1414 Bis 1 a 1414 Bis 6 y Capítulo II, artículos 1414 Bis 7 a 1414 Bis 20, del Libro Quinto, en donde se reguló el procedimiento de ejecución tanto judicial como extrajudicial de las garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía, junto con la figura de la prenda sin transmisión de posesión.

Posteriormente tras la publicación *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, de fecha 24 de abril del 2003, y publicado en el *DOF* el 13 de junio del 2003, se incorporó en la *LGTOC* la posibilidad de

que no sólo las instituciones bancarias fungieran como fiduciarias, sino que las casas de bolsa, las sociedades financieras de objeto múltiple, los almacenes generales de depósito, las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas puedan reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor (art. 395, *LGTOC*), derogándose por otro lado los artículos 408 a 1414 del citado ordenamiento, para regularse posteriormente en ellos la figura del arrendamiento financiero.

Al fideicomiso lo rigen los siguientes principios:

- A) Puede ser fideicomitente y fideicomisario cualquier persona física o moral, independientemente de la actividad preponderante a la que se dedique, siendo únicamente requisito que el fideicomitente cuente con la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes y derechos que el fideicomiso implique (art. 396, *LGTOC*).
- B) Pueden existir uno o más fideicomisarios nombrados en el mismo acto en que se constituye el fideicomiso o posteriormente deberá señalarse el orden de prelación entre cada uno de los fideicomisarios, o bien, el porcentaje que corresponda a cada uno de ellos (art. 397, *LGTOC*).
- C) Un fideicomiso de garantía puede ser utilizado para garantizar simultánea y sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, a cuyo efecto el fideicomisario se encontrará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, dentro de los diez días siguientes a que esto ocurra (art. 398, *LGTOC*).

El fideicomiso cuando recaiga sobre bienes muebles que tengan un valor igual o superior a 250,000 Udis, las partes se encuentran obligadas a ratificar sus firmas ante fedatario público (art. 404, *LGTOC*); en tanto que cuando recaiga sobre bienes inmuebles, éste deberá inscribirse en el *RPPC* para surtir efectos frente a terceros (arts. 388 y 407, *LGTOC*).

El fideicomitente, salvo pacto en contrario, tendrá derecho a hacer uso de los bienes fideicomitados, percibir y utilizar los frutos de los mismos, a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquel que se hubiera pactado y a responder de los daños que se causen a terceros por su uso, cubriendo por su cuenta los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los mismos, con independencia de las sanciones penales a las que alude el artículo 406 de la *LGTOC* por uso indebido de los mismos, situación que podrá ser permanente hasta en tanto reciba la notificación de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el Libro Quinto, Título Tercero Bis del *CCom*, derivado del incumplimiento de la obligación (art. 402, *LGTOC*).

El fideicomisario para reclamar su derecho puede proceder a través de un procedimiento judicial, o bien, extrajudicial, que en su caso deberá incluirse en una sección especial del propio contrato de fideicomiso.

El procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se presentará cuando las partes no hayan convenido un procedimiento extrajudicial o exista oposición por parte del fideicomitente para la ejecución, el cual se ajustará a las mismas reglas que la prenda sin transmisión de posesión, regulado en los artículos 1414 Bis al 1414 Bis 6 del *CCom* previamente analizado.

En el caso de que las partes hayan acordado un convenio para enajenar extrajudicialmente los bienes por parte de la institución fiduciaria, éste deberá manifestar (art. 403, *LGTOC*):

- A) Que la institución fiduciaria inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial de los bienes o derechos en fideicomiso cuando reciba del o los fideicomisarios comunicación por escrito, en la que se haga tal solicitud y se precise el incumplimiento de la o las obligaciones garantizadas.
- B) Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio indicando en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en el inciso anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación si exhiben el importe del adeudo, acreditan el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios o presentan el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación.
- C) Que sólo en caso de que el o los fideicomitentes no acrediten el cumplimiento de la o las obligaciones garantizadas o, en su caso, su novación o prórroga, la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el o los bienes o derechos fideicomitados, en los términos y condiciones pactados en el fideicomiso.
- D) Los plazos para llevar a cabo los actos antes indicados.

Para que con el producto de los bienes se cubra el adeudo, el fideicomisario solicitará en vía extrajudicial al fiduciario la venta de los bienes o derechos fideicomitados como lo hayan acordado las partes (sobre el valor de los bienes o derechos, cómo se anunciará y efectuará la venta, aplicación de plazos en caso de controversia, etcétera).

La solicitud del fideicomisario deberá ser presentada por escrito al fiduciario, precisando el incumplimiento de las obligaciones garantizadas para que éste lo haga del conocimiento del fideicomitente de la misma forma, con el fin de que se oponga a la venta de los bienes acreditando haber cumplido con la obligación garantizada o haber obtenido una prórroga o novación (art. 403, *LGTOC*).

En virtud de que de conformidad con el artículo 403 de la *LGTOC*, la institución fiduciaria tiene la facultad de ejecutar al fideicomitente sin previamente vencerlo en juicio, el jurista Cervantes Ahumada⁶⁷ considera que "...la facultad que se pretende conceder al banco para ejecutar la venta de los bienes dados en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional. Si el deudor no demuestra el pago, pero tiene excepciones que oponer a su acreedor, el banco no puede estar capacitado para juzgar y decidir la controversia. En estos casos debería establecerse un procedimiento judicial, sumarísimo, previo a la subasta que el banco haga de los bienes fideicomitados".

Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se haya dado por vencida la obligación garantizada. En este caso se extinguirá el derecho a pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente (art. 405, *LGTOC*).

⁶⁷ Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de Crédito*, México, Porrúa, 16ª ed., 2005, p. 295.

En consideración de lo anterior, se desprende la naturaleza híbrida del fideicomiso de garantía por cuanto existe la intervención de un tercero fiduciario para la administración de los bienes que se entregan para garantizar el cumplimiento de la o las obligaciones asumidas por el fideicomitente a favor del fideicomisario o del propio fiduciario, situación que al constituirse de forma tripartita, se asemeja con la fianza de empresa; no obstante que en este caso la institución de fianzas no administra los bienes fideicomitados, sino que en su lugar responde con su propio patrimonio y por cuanto en su caso se podrá resarcir con los bienes que el solicitante o terceras personas detenten como garantías de recuperación en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

2.3.3.2 La fianza y el crédito documentario *stand by*

Es de precisar que la carta de crédito *stand by* o también conocida como crédito documentario *stand by* efectivamente, y como será analizado, consiste en un garantía para actos de comercio, que no debe ser confundida con la figura de la “carta de crédito” o “crédito documentario” (*CD, Letter of Credit –L/C-*) cuya naturaleza no consiste en garantizar el cumplimiento de obligaciones, sino directamente fungir como un mecanismo de pago que facilita las operaciones de comercio internacionales. No obstante, y a efecto de comprender la figura de la carta de crédito *stand by*, es indispensable analizar su origen a través de la figura de la carta de crédito.

En las fracciones VIII y XIV del artículo 46 de la *LIC* se hace referencia a la figura de la “carta de crédito” como un instrumento de pago; en el artículo 71 del mismo ordenamiento se utiliza el concepto de “crédito comercial documentario”; mientras que en los artículos 317 a 320 de la *LGTOC* se utiliza el término de “crédito confirmado”, por lo que en consideración de las diversas expresiones que se puedan dar en torno de esta figura jurídica, tanto a nivel nacional como internacional, desde 1933, la Cámara de Comercio Internacional (*CCI*) se dio a la tarea de establecer una regulación uniforme a través de publicaciones denominadas *Prácticas y usos uniformes para créditos documentarios (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits)*, con el fin de estandarizar la utilización de esta figura jurídica.

La regulación más reciente es la *Publicación 600*, la cual entró en vigor el 25 de octubre del 2006, en la que se utiliza la denominación internacional de “crédito documentario” que deriva de que para su ejecución, negociación o cobro es indispensable que el beneficiario presente documentos que den testimonio o certifiquen la venta o la realización de un servicio.

En nuestra legislación se permite que únicamente una institución de crédito asuma obligaciones por cuenta de terceros a través de estos documentos, por lo que ni las afianzadoras ni las uniones de crédito o algún otro organismo financiero está autorizado para emitir este tipo de instrumentos de pago.

Miguel Bustamante⁶⁸ conceptualiza a los créditos documentarios como la “...orden condicionada de pago que recibe un banco emisor, la cual consiste en pagar a un beneficiario en forma directa o a través de un banco corresponsal, por cuenta y orden de un ordenante contra la presentación de ciertos documentos que certifiquen la venta, embarque, calidad, cantidad y demás condiciones de la mercancía o del servicio realizado”.

⁶⁸ Bustamante Morales, Miguel Ángel, *Los créditos documentarios en el comercio internacional*, Trillas, México, 1998, p. 13.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Las partes que intervienen son el ordenante, quien resulta ser el que solicita la expedición del crédito documentario y solicita la mercancía como comprador-importador; el banco emisor, que emite el crédito documentario; el beneficiario, quien recibe el pago del crédito y vende-exporta la mercancía, y el banco confirmador, el cual paga el crédito documentario al exportador o beneficiario.

El “crédito documentario” o la “carta de crédito” desempeña un importante papel en el comercio para facilitar transacciones internacionales, pero dicha actividad no debe confundirse con una garantía, ya que dichas operaciones son distintas e independientes de los contratos de venta o de cualquier otra índole en que puedan estar basados, aun cuando en el texto del crédito se haga referencia a ellos, pues para los bancos sólo son válidas las condiciones asentadas en el crédito sin tomar en cuenta las cláusulas del contrato.

Al respecto Robert Marcuse⁶⁹ expresa: “Los bancos, cuando intervienen en la apertura y/o confirmación de créditos documentarios, no asumen ninguna responsabilidad en relación a un contrato comercial (cuyos términos, o cuya misma existencia, ignoran) ni en relación a la mercadería que el mismo ampara. Los bancos sólo son responsables de verificar los documentos presentados y determinar si los mismos están `aparentemente` en orden y conformes a los términos del crédito documentario”.

Por otro lado, el crédito documentario *stand by* es una garantía utilizada para respaldar operaciones de carácter financiero según el cual un banco se obliga a pagar por orden de un cliente cierta suma a una tercera parte, en caso de que dicho cliente no cumpla con determinada obligación contraída con el beneficiario.

Robert Marcuse⁷⁰ expone que podría llamarse también “una garantía disfrazada de crédito documentario”, en razón de que al momento de comenzar a configurarse dicha figura, los bancos norteamericanos tenían prohibido emitir garantías, y no fue sino a través de esta figura que con el paso del tiempo lograron emitir una nueva forma de garantía que se fue adoptando en nuestro sistema legal.

En consideración de lo citado se desprende que lo que diferencia a un crédito documentario clásico, de un crédito documentario *stand by*, es que el primero prevé un pago contra la presentación de un juego completo de documentos de embarque; mientras que el segundo es pagadero contra la presentación de un documento que certifica que un pago no ha sido efectuado en tiempo o que los términos de un contrato no se han cumplido. En otras palabras, el pago previsto en un crédito documentario, casi siempre se efectúa en cuanto son presentados los documentos de embarque, caso en el cual la falta de pago o la no utilización del crédito documentario son la excepción; mientras que por el contrario, en el caso de un crédito *stand by*, el pago es la excepción, ya que sólo se realiza cuando el banco del cliente no cumple con las obligaciones contraídas a favor del beneficiario.

De lo anterior se desprende las semejanzas que existen entre la fianza de empresa a primer requerimiento, con el crédito documentario *stand by*, en cuanto a que son garantías exigidas y debieran ser pagadas inmediatamente al ser reclamadas. Por otro lado, dichas figuras no deben ser confundidas con el “crédito documentario”, ya que en este caso el pago es la regla y, por tanto, la misma no debe ser confundida con una garantía.

⁶⁹ Cfr., Marcuse Robert, *Operaciones Bancarias Internacionales*, 6ª ed., Ecoe Ediciones, Bogotá, 2005, p. 51.

⁷⁰ Cfr., *ibíd.*, p. 69.

2.4 Figuras que sin ser garantías son utilizadas o confundidas como tales

En las diversas actividades jurídicas ha resultado común la utilización de figuras que sin ser propiamente garantías son confundidas o utilizadas como tales.

Los comerciantes con el fin de facilitar la celebración de diversos contratos crean mecanismos de uso sobre figuras que guardan una naturaleza propia y distinta a las de una garantía, de tal manera que distorsionan y confunden figuras por derecho preexistentes, ya sea unas veces por causa de ignorancia, otras con el fin de evitar gastos o trámites relacionados con el cumplimiento de elementos formales previstos en la ley, e incluso para presionar al máximo a los deudores eludiendo el procedimiento para hacer efectiva la garantía.

Debido a lo anterior, a continuación se ejemplifican algunos de los casos más usuales que evidencian lo referido.

2.4.1 El contrato de seguro

Aunque el contrato de fianza es muy antiguo, no se practicó de forma habitual y con fines lucrativos sino hasta el siglo XVIII en Inglaterra, precisamente derivado de que una empresa aseguradora sugirió una nueva operación, cuya finalidad era garantizar la adecuada conducta de los sirvientes, lo que pasó con posterioridad a ser lo que hoy conocemos como “fianza de fidelidad”.

Sánchez Flores⁷¹ precisa que el origen del contrato de fianza, refiriéndose a lo que actualmente se conoce a la fianza de empresa, deriva de una modificación del contrato de seguro de daños, pues en el año de 1842 se fundó la compañía denominada “Guarantee Society of London”, respecto de la cual el parlamento inglés dictó una ley con el fin de que se garantizara el manejo de los empleados públicos, lo que posteriormente se adoptó en el sistema estadounidense.

El desarrollo que tuvo este negocio en el país del norte rebasó sus fronteras al constituirse la sucursal de la “American Surety Company” en México a través del permiso que se obtuvo, derivado del decreto por el cual el día 3 de junio de 1895 el Presidente Porfirio Díaz estableció las bases para otorgar concesiones a compañías de fianzas nacionales y extranjeras legalmente constituidas que se interesaran en practicar habitualmente operaciones de caución relacionadas con actividades que lleven a cabo los servidores públicos.

Con el paso del tiempo y derivado de las necesidades sociales, fueron regulándose además de las fianzas de fidelidad, otros ramos de fianzas, tal y como hasta hoy se regulan, entre las que se localizan las fianzas administrativas, judiciales y de crédito con sus respectivos subramos.

De lo anterior resulta inequívoco que la figura de la fianza derive de una adaptación de la figura del seguro, con el fin de que por dicho mecanismo se cubran cierto tipo de obligaciones, de tal manera que se puede diferenciar claramente una figura de la otra.

⁷¹ Cfr. Sánchez Flores, Octavio, *op. cit.*, pp.396 y 397.

Para Manuel Molina Bello⁷², el contrato de fianza y de seguro se diferencian en que:

- A) El seguro es un contrato principal, en tanto que la fianza es un contrato accesorio de garantía. En el primero de los casos no es necesario que haya otro contrato principal para que el seguro pueda existir; en el segundo caso, el contrato de fianza es accesorio y debe existir un contrato principal cual apoyarse, siguiendo siempre la misma suerte, esto es así, porque cuando se extingue la obligación principal, la fianza también se extingue.
- B) Las prestaciones del asegurador consisten en asumir riesgos, derivados de casos fortuitos o de fuerza mayor, cuyo efecto es garantizar el pago de una indemnización al asegurado, en caso de que se verifique la eventualidad prevista en el contrato. A su vez, en la fianza se garantiza el pago o el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer. De lo anterior se presentan dos consecuencias: en el seguro existe un elemento esencial, el riesgo o la eventualidad, cuya realización genera para la aseguradora la obligación de pagar la indemnización y, por regla general, la eventualidad no depende de la voluntad del hombre. Por lo contrario, en el contrato de fianza de empresa, como su objeto es ser garante de terceras personas, ésta tendrá siempre el carácter de accesoria respecto a la obligación principal del fiado; por tanto, siempre seguirá la suerte de ésta y la exigibilidad dependerá de la voluntad del fiado al incumplir su obligación.
- C) Respecto a la técnica de operación, existe diferencia, toda vez que en la fianza el cobro de la prima se establece con base en un porcentaje del monto afianzado y dicho porcentaje jurídicamente se determina como una carga por la prestación del servicio. Asimismo, la principal técnica de operación en la fianza es la contragarantía. En el caso del seguro, al calcular las primas se tiene en cuenta la posibilidad de pérdidas y experiencia acumulada, tomando como base los principios de mutualidad.
- D) La fianza es un contrato tripartito, pues intervienen tres elementos personales, como son el fiador, el fiado y el beneficiario. En este caso, la fianza se perfecciona cuando el beneficiario acepta la póliza, aun cuando la afianzadora haya cobrado o no la prima correspondiente a la fianza e independientemente de que haya o no obtenido por parte del fiado las garantías de recuperación a las que se refiere la ley de la materia. Por otra parte, el seguro es un contrato bipartito y cuanta sólo con dos elementos personales: la aseguradora y el asegurado.
- E) Los contratos de seguros y fianza también difieren en cuanto a la actualización del objeto protegido, ya que cuando acontece la eventualidad prevista en el contrato, se presenta el siniestro en materia de seguros. En fianzas, cuando el fiado incumple con la obligación garantizada, el beneficiario deberá presentar formal reclamación. En la primera hipótesis, la aseguradora no recupera lo pagado en términos generales; mientras que en el contrato de fianza debe recuperarse lo que la afianzadora pagó al beneficiario por el incumplimiento del fiado, ya que la misma tiene el derecho de repetir contra el patrimonio constituido como garantía de recuperación.

⁷² Cfr. Sánchez Flores, Octavio, cita a Manuel Molina Bello, *Op. cit.*, pp. 401 y 402.

- F) Por lo que respecta al ámbito normativo, la fianza está regulada por la *LFIF*, mientras que el seguro lo está por la *LSCS* y por la *LGISMS*.
- G) En materia de ventas, el seguro debe ser promocionado en 100 por ciento. En la fianza no se presenta tal porcentaje, pues las fianzas son exigidas por parte de un beneficiario, lo cual conlleva a que el presunto fiado las compre por necesidad. Un caso de excepción es el de las fianzas de fidelidad, las cuales, al igual que el seguro, deben de ser promocionadas ampliamente para su compra.

Para efecto de que el tema quede mejor comprendido, las diferencias entre una y otra figura se esquematizan en el siguiente cuadro comparativo.

DIFERENCIAS ENTRE EL SEGURO Y LA FIANZA

SEGURO	FIANZA
Se encuentra regulado en la <i>LSCS</i> y en la <i>LGISMS</i> .	Se encuentra regulada en la <i>LFIF</i> .
Es un contrato principal, por lo que no es necesario que haya otro contrato para que el seguro pueda existir.	Es un contrato accesorio de garantía, por lo que debe existir un contrato principal en el cual apoyarse, siguiendo siempre la misma suerte, esto es así porque cuando se extingue la obligación principal, la fianza también se extingue.
Las prestaciones del asegurador consisten en asumir riesgos, derivados de casos fortuitos o de fuerza mayor, cuyo efecto es garantizar el pago de una indemnización al asegurado o a un tercero en caso de que se verifique la eventualidad prevista en el contrato. Este contrato tiene un elemento esencial, que es el riesgo o eventualidad, cuya realización genera para la aseguradora la obligación de pagar la indemnización y, por regla general, la eventualidad no depende de la voluntad del hombre.	Con la fianza se garantiza el pago o el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Es decir, su objeto es ser garante de terceras personas, razón por lo cual ésta tendrá siempre el carácter de accesoria con respecto a la obligación principal del fiado; por tanto, siempre seguirá la suerte de ésta y la exigibilidad dependerá de la voluntad del fiado al incumplir su obligación.
Para el cálculo de las primas de seguro se tiene en cuenta la posibilidad de pérdidas y experiencia acumulada, tomando como base los principios de mutualidad, es decir, con las contribuciones de los que participan en el ramo de un mismo riesgo se crea un fondo común contingente, con el cual se cubre con la suma convenida a aquellos que sufren el siniestro.	El cobro de la prima se establece con base en un porcentaje del monto afianzado y dicho porcentaje jurídicamente se determina como una carga por la prestación del servicio. Asimismo, la principal técnica de operación en la fianza es la contragarantía, por medio de la cual la fiadora está en libertad de exigir garantías de recuperación y con ello repetir contra el solicitante de la fianza, no así la empresa aseguradora.

Por lo anterior se precisa que el objeto del seguro primordialmente no es cubrir el incumplimiento de una obligación por parte de un tercero, sino de manera general cubrir la eventualidad que derive de un siniestro provocado por hechos alejados de la voluntad del hombre; en tanto que el fin de una fianza es cubrir el incumplimiento de una obligación por parte de un tercero, mas no un siniestro. No obstante, es de destacar que se ha comenzado a permitir a las instituciones aseguradoras prestar servicios de garantía, lo que rompe con la naturaleza por la cual fueron distinguidas, de tal manera que se localiza como ejemplo la figura del seguro de responsabilidad civil, en la que la institución aseguradora responde de la negligencia del asegurado, de forma similar a como ocurre con una fianza de fidelidad, en la que la institución de fianzas responde por actos delictuosos de su fiado.

La fianza de empresa y el seguro, por otro lado, presentan las siguientes similitudes:

- Para que existan ambas figuras es necesario que se constituyan empresas, es decir, sociedades organizadas técnicamente para el otorgamiento de seguros o fianzas, según sea el caso.
- Las operaciones que realizan tanto las instituciones de fianzas como las de seguros siempre son onerosas, lo que implica que siempre deberá cobrarse una prima por el otorgamiento de una póliza.
- Se encuentran supervisadas en común por los mismos órganos gubernamentales, como resulta ser la CNSF, la SHCP y la CONDUSEF.
- En ambas figuras, las instituciones ya sean de seguros o de fianzas, utilizan en el mercado a los agentes, con el fin de acercar a los usuarios a sus servicios financieros, además de que coinciden muchas de sus disposiciones en cuanto a la regulación contenida en el *RASF*.

Es de considerar que resulta un avance en nuestro sistema jurídico regular figuras propias e instituciones especializadas como las mencionadas, con el fin de que los profesionales en la materia brinden mejores servicios financieros, los cuales cumplirán sus nobles objetivos siempre y cuando exista una adecuada regulación normativa y la supervisión por parte de organismos competentes para ello, razón por la cual la figura del seguro no debe utilizarse ni confundirse con la figura de la fianza.

2.4.2 Los títulos de crédito

La búsqueda por la simplificación de trámites y la reducción de gastos ha originado el uso constante de los títulos de crédito como medios de garantía, a pesar de que el origen de su naturaleza sea completamente diferente.

Los títulos de crédito son documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna, siempre que se reúnan las formalidades legales exigidas para su validez (art. 5º, *LGTOC*), es decir, son documentos con valor autónomo que para su exigibilidad no se encuentran sujetos al cumplimiento o no de alguna obligación, por lo que en la práctica su uso deriva de un acto alevoso por parte del beneficiario que lo exige, de exagerada confianza entre las partes o de la falta de conocimiento de aquel que lo exhibe.

Como ejemplo de títulos de crédito utilizados como garantía en las obligaciones contractuales se localizan el pagaré y el cheque certificado, de los cuales resulta conveniente hacer las siguientes observaciones:

El pagaré es un título abstracto que contiene la obligación de pagar en un lugar y época determinados una suma de dinero, además requiere la formalidad que en el mismo se consigne la leyenda: "Con él se obliga a pagar de manera incondicional una suma determinada de dinero" (art. 170, fr. II, *LGTOC*), lo que por sí mismo resulta contrario a la naturaleza de una garantía.

Situación parecida ocurre con el cheque certificado, que consiste en un título de crédito por medio del cual el librador exige que el librado, es decir, que la institución bancaria certifique que dicho documento representa fondos suficientes para cubrir el monto descrito en el mismo, dando con ello certeza de que será pagado al beneficiario (art. 199, *LGTOC*).

Los requisitos que deben contener los cheques en general se localizan en el artículo 176 de la *LGTOC*, en donde se establece que deben llevar la leyenda por la que se indique: "La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero", razón por la cual se desprende que a su exigencia, inmediatamente la institución bancaria tiene la obligación de pagar el monto estipulado en dichos documentos, sin que de dicho acto dependa el cumplimiento de cualquier otra obligación.

Es de destacar que una de las características del cheque es su corta vigencia, en tanto que deben presentarse para su pago (art. 181, *LGTOC*) dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición (fr. I); dentro de un mes si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional (fr. II); dentro de tres meses si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional, y dentro de tres meses si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación (fr. IV), lo que delimita su poca practicidad para fungir como garantía, a menos que la misma se consigne sobre obligaciones de muy poca duración.

En caso de que un acreedor acepte un título de crédito como documento de garantía, corre el riesgo de que el mismo no tenga fondos para ser cobrado, viéndose en la necesidad de acudir con las autoridades penales para alegar el fraude, perdiendo con ello, además de la falta de pago en caso de incumplimiento de la obligación, tiempo y dinero. Por otro lado, el deudor corre el riesgo de que, independientemente de que cumpla o no con su obligación, le hagan exigible el título de crédito, viéndose con ello vulnerable al dolo del acreedor y sin poder argumentar que el mismo fue expedido a efecto de cubrir el incumplimiento de una obligación que no se configuró.

En consideración de lo anterior, es de precisar que la póliza de fianza, mediante la cual se constituye la garantía, no es un título de crédito, en razón de que la legislación no lo reconoce como tal, no es un documento destinado a la circulación y no es autónomo de la obligación principal que le dio origen, por lo que su exigibilidad siempre se encuentra condicionada al incumplimiento del fiado sobre la obligación garantizada.

Una vez distinguida la fianza de empresa de diversas figuras jurídicas con las que suele ser confundida, serán a continuación estudiadas diversas instituciones que, como autoridades del sector, se encuentran a cargo de la regulación, supervisión y efectividad de este tipo de garantías.

CAPÍTULO III

AUTORIDADES QUE REGULAN AL SECTOR AFIANZADOR

3.1 Panorama general

El sistema financiero mexicano está integrado por un conjunto de autoridades e instituciones financieras que participan día con día en el desarrollo económico del país.

Las instituciones afianzadoras participan en el sistema financiero mexicano de manera cotidiana en los procesos económicos, por medio de las diferentes operaciones en las que intervienen, fomentando las actividades productivas y de comercialización en todo el territorio nacional sobre las operaciones que respaldan.

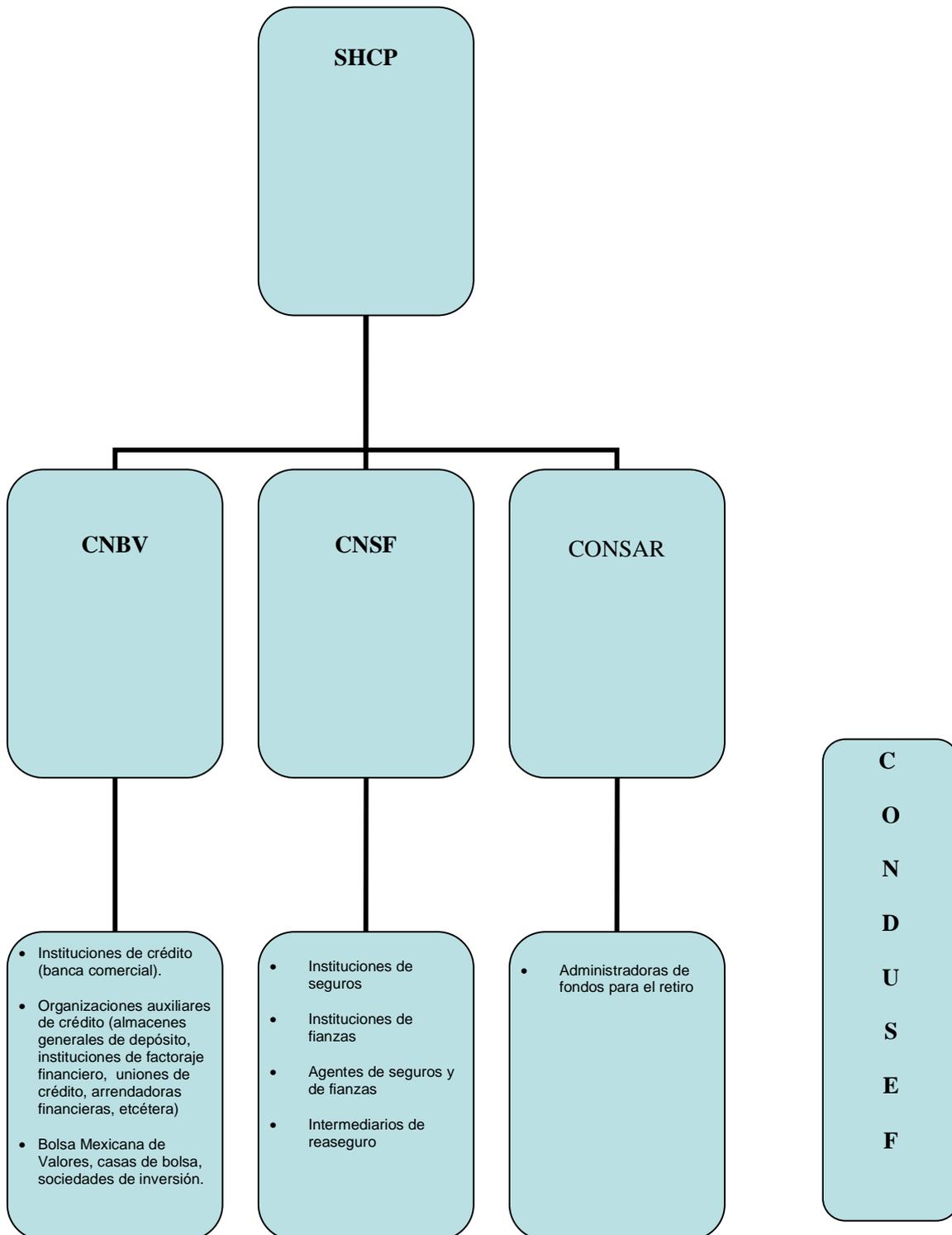
Por su parte, la SHCP es la autoridad facultada para llevar a cabo el adecuado control de las finanzas públicas, cual es auxiliada en sus funciones por unidades administrativas y organismos desconcentrados que en conjunto regulan, supervisan y orientan el correcto funcionamiento de las instituciones financieras como entre otras, las instituciones de fianzas.

En un panorama general, las autoridades jerárquicamente subordinadas a la SHCP por cuanto a las actividades financieras que supervisan se pueden dividir en tres grandes rubros:

- A) Aquellas relacionadas con las actividades de los seguros y las fianzas, llevadas a cabo por conducto de las instituciones de seguros y por las instituciones de fianzas, en colaboración con los agentes de seguros y de fianzas, quienes en conjunto se encuentran supervisados por la CNSF.
- B) Aquellas relacionadas con las actividades de crédito como la banca comercial, la actividad de las organizaciones auxiliares de crédito como lo son los almacenes generales de depósito, las instituciones de factoraje financiero, las uniones de crédito y las arrendadoras financieras, así como la actividad de la Bolsa Mexicana de Valores, las casas de bolsa y las sociedades de inversión, las cuales son supervisadas por la CNBV.
- C) Las relacionadas con la actividad de la administración de fondos para el retiro que se llevan a cabo por conducto de las AFORES, cuya actividad se encuentra supervisada por la CONSAR.

Paralelamente se localiza a la CONDUSEF como organismo público descentralizado, cuyo objetivo es brindar orientación y servicios a los particulares en sus relaciones con las instituciones financieras, gozando, por tanto, de ciertas facultades de autoridad sobre las mismas.

Por lo indicado, el sistema financiero mexicano se puede esquematizar de la siguiente manera:



Ahora bien, enfocándose al tema de estudio, se analizará la actividad de la SHCP, la CNSF y la CONDUSEF, en las diferentes relaciones que guardan con las fianzas de empresa y las instituciones financieras que las expiden, con el fin de comprender la competencia de cada una y su interacción con las instituciones de fianzas.

3.2 Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP)

La SHCP se encuentra conformada por una estructura tan amplia, que para ser analizada a detalle resultaría necesario una obra enfocada completamente al tema. En realidad, el objetivo del presente apartado es brindar al lector elementos que lo ayuden a comprender el funcionamiento y facultades de esta dependencia con respecto al tema de estudio.

3.2.1 Naturaleza y régimen legal

La SHCP es un órgano centralizado de la Administración Pública Federal, que junto con la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal integran la Administración Pública Federal Centralizada. Su función principal es regular y administrar la política de ingresos y gastos públicos del sistema financiero nacional, así como adoptar todas las medidas que comprendan tanto la creación, como el correcto funcionamiento de las instituciones bancarias y otras entidades financieras no bancarias, entre las que se encuentran las instituciones de fianzas.

En cuanto a su marco jurídico, la SHCP se encuentra principalmente regulada por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (*LOAPF*), el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (*RISHCP*), la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación (*LSTF*), el Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación (*RLSTF*) y el Manual de Organización General de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (*MOGSHCP*).

LOAPF

La *LOAPF* fue publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 1976, con la cual fue derogada la *Ley de Secretarías y Departamentos de Estado* de fecha 23 de diciembre de 1958. En ella se establecen las bases de organización y competencia de la Administración Pública Federal Centralizada y Paraestatal.

Por cuanto hace a la SHCP como organismo centralizado de la Administración Pública, a ésta le corresponde ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito; representar el interés de la Federación en controversias; opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y desincorporación de activos, así como de los servicios y ejecución de obras públicas de la Administración Pública Federal (art. 31, frs.VIII, XIII y XXI, *LOAPF*).

Tal como se desprende del artículo 5º de la *LFIF*, a esta dependencia le corresponde otorgar la autorización para la operación de las afianzadoras de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 7º del mismo ordenamiento, previamente analizados.

En cuando a la organización de la SHCP, es necesario destacar que al frente de cada Secretaría de Estado hay un Secretario, quien para el despacho de los asuntos de su competencia, se auxilia de los subsecretarios, Oficial Mayor, directores, subdirectores, jefes y subjefes de departamento, oficina, sección y mesa, y por los demás funcionarios que se establezcan en el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales, como en el caso concreto se entablan en el *RISHCP* y demás disposiciones conexas (art. 14, *LOAPF*).

RISHCP

En el reglamento interior de cada una de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, se determinan las atribuciones de las unidades administrativas (art. 18, *LOAPF*). Propiamente en el *RISHCP* se delimita la competencia tanto del Secretario de Hacienda, como de cada uno de los auxiliares que la integran, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la *LOAPF* y disposiciones relacionadas.

El Reglamento Interno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en vigor, es de fecha 11 de septiembre de 1996, el cual ha sufrido diversas modificaciones, consistiendo las más recientes en las publicadas en el *DOF* del 16 de julio del 2009, mismas que son reflejo del constante cambio en su estructura orgánica y la delimitación de la competencia de sus unidades administrativas.

LSTF

La *LSTF* más recientemente publicada en el *DOF* es la de fecha 31 de diciembre de 1985, con la cual fue abrogada la de fecha 19 de diciembre de 1959.

Esta ley dispone que los servicios de vigilancia de fondos y valores que en ella se regulan están a cargo de la SHCP por conducto de la unidad administrativa denominada Tesorería de la Federación. Sus disposiciones deben observarse por la propia Secretaría y por las unidades administrativas de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y los órganos de gobiernos estatales y municipales que presten alguno de los servicios regulados en la *LSTF*, en forma permanente o transitoria, así como por los servidores públicos y los particulares que realicen las situaciones jurídicas o de hecho que se regulan en los casos que les resulten aplicables (art. 2º, *LSTF*).

RLSTF

El *RLSTF* fue publicado en el *DOF* el 15 de marzo de 1999, con el cual fue abrogado el reglamento de fecha 25 de marzo de 1994, así como el *Reglamento de la Ley sobre el Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores*, publicado en el *DOF*, el 26 de junio de 1968.

Dicho ordenamiento tiene por objeto reglamentar lo dispuesto en la *LSTF* y otras disposiciones en materia de recaudación, concentración, manejo, administración, inversión y custodia de los fondos y valores de la propiedad o al cuidado de la Federación, así como la ejecución de los pagos, la ministración de recursos financieros y demás funciones y servicios a cargo de la Tesorería de la Federación (art. 1º, *RLSTF*).

En relación con el tema de estudio, en el reglamento se regulan los tipos de garantías que pueden expedirse a favor del gobierno, de entre las que se encuentra la fianza expedida por institución autorizada, ya sea para garantizar el cumplimiento de obligaciones no fiscales, como lo son las garantías que se otorgan a favor del Gobierno Federal ante la Tesorería, autoridades judiciales y las que reciban las dependencias por contratos administrativos, en concursos de obras, adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones, prórrogas y otras obligaciones de naturaleza no fiscal (arts. 136 a 147, *RLSTF*), o bien, obligaciones de naturaleza fiscal ante la Tesorería o sus auxiliares legalmente facultados para aplicar el procedimiento administrativo de ejecución, como las que derivan de la suspensión de pago de créditos fiscales (arts. 148 a 153, *RLSTF*).

MOGSHCP

El *MOGSHCP* en vigor, fue publicado en el *DOF* el 3 de junio del 2005, mediante el cual fue abrogado el *MOGSHCP* publicado en *DOF* el 6 de enero de 1999.

Dicho manual contiene una recopilación de los antecedentes históricos, las bases jurídico-administrativas, atribuciones, organigramas, estructura orgánica, así como los objetivos y funciones de la Secretaría y sus diversas unidades administrativas, con el propósito de servir como instrumento de referencia y consulta respecto de la organización y funcionamiento general de la SHCP.

3.2.2 Organización

Resulta muy amplia la estructura que conforman las unidades administrativas de la SHCP, por lo que únicamente son destacadas aquellas que tienen relación con el tema en estudio, como resultan ser la Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas, la cual forma parte de la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social; la Dirección de Garantías, la cual forma parte de la Dirección General de Procedimientos Legales, y asimismo órganos desconcentrados como el SAT y la CNSF, tal como deriva del artículo 2º del *RISHCP*:

Art. 2º, *RISHCP*. "Al frente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público estará el Secretario del Despacho, quien para el desahogo de los asuntos de su competencia se auxiliará de:

Servidores públicos:

I. Subsecretario de Hacienda y Crédito Público;

...VI. Tesorero de la Federación.

...B. Unidades administrativas centrales:

...VIII. Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social.

...VIII.2. Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas.

...XXXIII. Dirección General de Procedimientos Legales.

...XXXIII.2. Dirección de Garantías.

...D. Órganos desconcentrados:

I. Servicio de Administración Tributaria.

... V. Comisión Nacional de Seguros y Fianzas..."

La Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social en coordinación con la Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas constituyen áreas adscritas a la Subsecretaría de Hacienda y Crédito Público, las cuales tienen principalmente a su cargo la tarea de regular el correcto funcionamiento de las instituciones de fianzas; en tanto que la Dirección General de Procedimientos Legales, tiene a su cargo a la Dirección de Garantías. Ambas constituyen áreas adscritas a la Tesorería de la Federación, cuyo objetivo primordial consiste en aceptar y hacer efectivas las garantías emitidas a favor del gobierno, con excepción de aquellas que sirvan para garantizar créditos fiscales a cargo de terceros, pues para tal efecto resulta competente el SAT, en tanto que, como será analizado en otro apartado, la CNSF se encarga principalmente de supervisar y sancionar las actividades tanto de las instituciones de fianzas, como de los agentes que ponen al alcance del público sus servicios.

3.2.3 Facultades

La SHCP, a través de las diversas unidades facultadas para ello, tiene tres funciones fundamentales en torno de las fianzas de empresa:

- A) Opinar para la adecuada creación de disposiciones que regulen el sistema financiero del cual forman parte las instituciones de fianzas.
- B) Otorgar la autorización y mantener el control de la actividad de las instituciones financieras.
- C) Llevar a cabo la efectividad de las fianzas y demás garantías que se otorguen a favor del gobierno.

En relación con los incisos A) y B), la SHCP tiene facultades para opinar y proponer al Ejecutivo federal los proyectos de iniciativas de leyes o decretos, así como los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes relativos a los asuntos de competencia de la Secretaría y del sector paraestatal (arts. 6º, *RISHCP*, 6º, *LSTF*, y 12, *LOAPF*), actividades en las que la Secretaría es auxiliada por la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social, la cual cuenta primordialmente con las siguientes funciones (art. 32, *RISHCP*):

- Formular, para aprobación superior, las políticas de promoción, desarrollo, regulación y supervisión de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, reaseguradoras extranjeras, oficinas de representación de reaseguradoras extranjeras, instituciones de fianzas, consorcios de instituciones de seguros y de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro y empresas operadoras de la Base de Datos Nacional SAR; así como de grupos financieros en los que, conforme a la autorización otorgada por la Secretaría, se determine que su sociedad controladora estará sujeta a la inspección y vigilancia de la CNSF o de la CONSAR, sociedades controladoras de los grupos financieros anteriormente referidos y de las actividades de seguros, fianzas y las relativas a los sistemas de ahorro para el retiro (fr. I).
- Interpretar, para efectos administrativos, las disposiciones de la *LGISMS*, *LFIF*, *Ley de Fondos de Aseguramiento Agropecuario y Rural*, *LSAR*, y *LRAF* en materia de grupos financieros que sean de su competencia, así como las disposiciones sobre servicios financieros que se incluyan en los tratados o acuerdos a los que se refieren las leyes antes referidas. La facultad a que se refiere esta fracción respecto de interpretar para efectos administrativos, las disposiciones de la *LRAF* en materia de grupos financieros que sean de su competencia, será ejercida en coordinación con la Unidad de Banca, Valores y Ahorro (fr. I, Bis).
- Proponer, para aprobación superior, las actividades de planeación, coordinación, vigilancia y evaluación de las entidades financieras antes mencionadas, que tengan el carácter de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal (fr. III).
- Ejercer las facultades de la Secretaría como coordinadora de sector de las entidades a que se refiere la fracción I (fr. IV).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- Proponer, para aprobación superior, las resoluciones sobre las solicitudes de autorización para constituir, organizar y operar, según sea el caso, como cualquiera de las entidades financieras a las que se refiere la fracción I (fr. V).
- Aprobar, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, las escrituras constitutivas y los estatutos sociales y cualquier modificación a éstos de las entidades a que se refiere la fracción I (fr. V. Bis).
- Autorizar la incorporación de una nueva entidad a un grupo financiero que sea de su competencia, la fusión de dos o más de estos grupos, así como la fusión de dos o más entidades que en ellos participen, o de una entidad financiera de éstas con cualquier sociedad, o la separación de alguno de sus integrantes y tratándose de grupos financieros en los que participen entidades distintas a las que se refiere la fracción I, coordinar con la Unidad de Banca, Valores y Ahorro el otorgamiento de dichas autorizaciones (fr. VI).
- Recibir de las afianzadoras la información relativa a las designaciones de apoderados y sus domicilios para recibir requerimientos de pago por fianzas exigibles y darla a conocer a las oficinas ejecutoras, asimismo en su caso, ordenar el remate en Bolsa o mercados de amplia bursatilidad autorizados, de valores propiedad de las afianzadoras que no hagan el pago respectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 143, inciso b) del *CFF* (fr. X).
- Ejercer las facultades de la Secretaría relacionadas con la CNSF y la CONSAR, siempre y cuando no formen parte de las facultades indelegables del Secretario, salvo las atribuciones que en las materias presupuestaria, administración de sueldos, prestaciones o ministración de recursos tengan conferidas en este Reglamento otras unidades administrativas de la Secretaría (fr. XII Bis).
- Formular y proponer, para aprobación superior y con la previa opinión de la Unidad de Inteligencia Financiera, las disposiciones de carácter general que, en términos de la legislación aplicable, la Secretaría deba emitir en relación con: a) El establecimiento de medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos previstos en los artículos 139, 148 Bis o 400 Bis del *CPF* (fr. XIX, inc. a).
- Proponer, para atención superior, las propuestas de iniciativa de decretos, reformas, adiciones, derogaciones y abrogaciones a las disposiciones legales aplicables a las entidades y actividades señaladas en la fracción I, con el propósito de impulsar el sano desarrollo y competitividad del sistema financiero, sin perjuicio de la participación que en el ámbito de su competencia corresponda a otras unidades administrativas de la Secretaría (fr. XXIII).

Por otro lado y formando parte de la antes citada, compete a la Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas (art. 33, *RISHCP*):

- Participar en la formulación de las políticas de promoción, desarrollo, regulación y supervisión de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros y fianzas, y de sus consorcios, de las reaseguradoras extranjeras, oficinas de representación de reaseguradoras extranjeras, así como de las actividades de seguros y fianzas (fr. I).
- Coadyuvar con la Dirección General Adjunta de Normatividad y Coordinación Sectorial en la resolución de los asuntos referentes a grupos financieros, competencia de la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social, en los casos en los que estén relacionadas las entidades indicadas en la fracción I de este artículo (fr. II).
- Efectuar el análisis, propuestas y seguimiento de las políticas, programas y mecanismos en materia de seguros y fianzas, así como evaluar sus resultados (fr. III).
- Proponer, para aprobación superior, las resoluciones sobre las solicitudes de autorización para constituir, organizar y funcionar, según sea el caso, como instituciones o sociedades mutualistas de seguros y fianzas, así como sobre la revocación de las autorizaciones que se hubiesen otorgado para tales efectos, conforme a las disposiciones legales respectivas (fr. IV).
- Resolver sobre los asuntos relacionados con la aplicación de los ordenamientos legales que rigen a las entidades y actividades antes indicadas. Lo anterior, excluyendo las atribuciones que en las materias presupuestaria, administración de sueldos, prestaciones o ministración de recursos tengan conferidas otras unidades administrativas de la Secretaría (fr. V);
- Participar en las actividades de planeación, coordinación, vigilancia, evaluación, promoción, regulación, supervisión, coordinación sectorial y seguimiento de las políticas y los programas institucionales de las entidades a las que se refiere la fracción I, que tengan el carácter de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal; así como ejercer las facultades de la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social relacionadas con la CNSF, exceptuando aquellas que correspondan al Secretario con carácter de indelegable, o las de a otras unidades administrativas de la Secretaría en materia presupuestaria, administración de sueldos, prestaciones o ministración de recursos (fr. VI).
- Tramitar la imposición de sanciones y los recursos administrativos establecidos en las leyes que rigen las entidades y actividades referidas en la fracción I (fr. VII);
- Proponer y someter a consideración del titular de la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social, la designación o remoción de representantes de la Secretaría ante los órganos de gobierno de las instituciones a las que se refiere la fracción I, que tengan el carácter de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal y de la CNSF, así como los lineamientos generales conforme a los cuales deberán actuar dichos representantes (fr. VIII).
- Ejercer, previo acuerdo superior, las atribuciones de la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social en las materias de seguros y fianzas y, en su caso, recibir de las afianzadoras la información relativa a las

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

designaciones de apoderados y sus domicilios para recibir el requerimiento de pago por fianzas exigibles y darla a conocer a las oficinas ejecutoras y, llegado el caso, proponer para aprobación superior el remate en la Bolsa o mercados de amplia bursatilidad autorizado, de valores propiedad de las afianzadoras que no hagan el pago respectivo de fianzas expedidas para garantizar créditos fiscales que soliciten las autoridades ejecutoras (administraciones locales de recaudación dependientes del SAT, IMSS, ISSSTE, Secretarías de Finanzas de los Estados, Municipios, inclusive la Tesorería de la Federación de aquellas fianzas que se hubieren hecho efectivas de 1993 hacia atrás, una vez iniciado el procedimiento administrativo de ejecución en contra de la afianzadora (requerimiento de pago) y una vez transcurrido el término legal de 45 días hábiles y la institución no hubiere acreditado el pago, o bien, haber impugnado el requerimiento de pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 143, inciso b) del *CFF*. (fr. IX).

Aunado a lo anterior y en referencia al inciso B), es de precisar que, bajo propuesta de la Dirección General Adjunta de Seguros y Fianzas, corresponde de manera indelegable al Secretario de Hacienda y Crédito Público, otorgar y revocar autorizaciones para la constitución, organización, operación y funcionamiento de instituciones de fianzas; asimismo, le corresponde designar al presidente de la CNBV, de la CNSF, de la CONSAR y de la CONDUSEF, pues son los organismos que con sus respectivos ámbitos de competencia auxilian a la citada dependencia en el correcto funcionamiento del sistema financiero nacional (art. 6º, frs. XXII y XXVII, *RISHCP*).

Por otro lado y en lo concerniente al inciso C), la Tesorería de la Federación, directamente o por conducto de los auxiliares facultados legalmente para ello, se encuentra facultada para calificar, aceptar, registrar, conservar en guardia y custodia, sustituir, cancelar, devolver y hacer efectivas, según proceda, las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal (art. 48, *LSTF*).

Para llevar a cabo un adecuado control de aceptación, administración y ejecución de las fianzas y demás garantías que se otorguen a favor del gobierno, la Tesorería de la Federación, por conducto de la Dirección de Garantías, dependiente de la Dirección General de Procedimientos Legales, se encuentra facultada para (art. 91-B, *RISHCP*):

- Calificar, para su aceptación, las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal, registrarlas, conservarlas en guarda y custodia cuando sean remitidas para tal fin, autorizar su sustitución y cancelarlas, hacer efectivas las garantías que se constituyan en materias distintas a la fiscal, incluyendo el cobro de los intereses por pago extemporáneo de las mismas y, en su caso, el cobro de recargos conforme a las disposiciones legales aplicables; las que se otorguen para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, que le sean radicadas; las garantías expedidas por institución de crédito autorizada a favor de la Tesorería de la Federación y transferir sus importes a la cuenta de la Hacienda Pública Federal que corresponda, así como desistirse de las acciones de cobro de dichas garantías (fr. I).
- Determinar los intereses que se generen cuando las instituciones de fianzas hayan cubierto en forma extemporánea los importes que les hubieren sido requeridos con cargo a las respectivas pólizas de fianza, y requerir su pago (fr. III).
- Solicitar a la autoridad o unidad administrativa competente, el remate de valores en Bolsa propiedad de las instituciones de fianzas, cuando éstas no paguen a la Tesorería de la Federación los importes de los

requerimientos de pago, inclusive intereses, que les hubieren sido notificados dentro del término otorgado conforme a la legislación aplicable (fr. IV).

- Solicitar a la autoridad o unidad administrativa competente, la imposición a las instituciones de fianzas de medios de apremio que prevé la ley aplicable al caso, para lograr el pago de los diversos requerimientos que se les formulen (fr. V).
- Tramitar y resolver las solicitudes o requerimientos de autoridades judiciales o administrativas relacionadas con garantías expedidas a favor del Gobierno Federal (fr. VI).
- Ser órgano de consulta de las unidades administrativas de la Secretaría, así como de las dependencias de la administración pública federal en materia de garantías que se otorgan para garantizar obligaciones distintas de las fiscales (fr. VII).

En cuanto a la efectividad de las fianzas se refiere, es de destacar que la Tesorería de la Federación es la beneficiaria y ejecutora de todas las garantías que se otorgan a favor de las dependencias, con excepción de las fianzas que sirven para garantizar créditos fiscales.

Lo anterior, en virtud de que por *Decreto por el que se expiden nuevas leyes fiscales y se modifican otras*, publicado en el *DOF* el 15 de diciembre de 1995, mediante el cual se expidió la *LSAT* y conforme al artículo tercero transitorio del *CFF* en referencia a dicho decreto, a partir de la entrada en vigor de la citada ley (1º de julio de 1997), compete al SAT ejercer los procedimientos administrativos de ejecución para hacer efectivos los créditos fiscales que le sean radicados, incluyéndose las fianzas que sean expedidas para garantizar créditos fiscales a favor de terceros, salvo las que garanticen aportaciones de seguridad social, que deberán expedirse y ejecutarse a favor y por el organismo descentralizado competente para cobrar dichas aportaciones (art. 50, *LSTF*).

En el caso de las entidades, sus propias tesorerías serán las beneficiarias y ejecutoras de las garantías, mientras que tratándose de los poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos, los trámites de cobro se hacen por conducto de sus respectivas unidades administrativas (art. 55, *LFPRH*).

Por lo anterior, se desprenden las diversas actividades que llevan a cabo determinadas unidades administrativas de la SHCP, fungiendo ésta como expedidora de las autorizaciones para la operación de las instituciones de fianzas, reguladora para el adecuado funcionamiento de la actividad afianzadora; asimismo, cliente, beneficiaria y ejecutora de las fianzas que requiere el gobierno para llevar a cabo sus actividades sociales.

Ahora bien, parte de la importante actividad de supervisión o de sancionamiento del sistema afianzador mexicano se encuentra a cargo de la CNSF que, como será a continuación analizado, no sólo se encarga de observar la actividad de las instituciones de fianzas, sino también de los agentes financieros, los cuales se encargan de poner al alcance de los usuarios estos servicios financieros.

3.3 Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF)

La CNSF fue creada para mantener y desarrollar un eficiente desempeño de las instituciones dedicadas a los seguros y a las fianzas, con el fin de que las mismas actúen con honestidad, transparencia y legalidad frente a sus usuarios, así como para procurar la estabilidad financiera de dichas instituciones, para que éstas puedan responder oportuna y debidamente a las necesidades de sus clientes en los servicios para las que fueron contratadas, fomentando con ello el desarrollo de las negociaciones comerciales y el fortalecimiento de la economía nacional.

3.3.1 Naturaleza y régimen legal

Dentro de la Administración Pública Federal y con el fin de brindar una mejor atención en los asuntos de la competencia de las secretarías de Estado, se crean órganos administrativos desconcentrados, los cuales están jerárquicamente subordinados y cuentan con facultades específicas para resolver sobre la materia que se les asigne, de tal manera que por decreto publicado en el *DOF* del 14 de enero de 1991, se creó el reglamento interior de la CNSF y, con ello, se reconoció a la Comisión como un órgano desconcentrado de la SHCP, con el fin de ejercer las facultades que le confiere la *LFIF*, los reglamentos, las reglas, las circulares y demás disposiciones relacionadas con el tema.

La actividad de la CNSF se rige principalmente por la propia *LFIF*, el Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (*RICNSF*), el Reglamento Interior de Inspección y Vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (*RIVCNS*) y el Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas (*RASF*).

LFIF

En la *LFIF* se establecen tareas específicas a cargo de la CNSF, como resulta ser lo relacionado con la supervisión sobre la forma de operar de las instituciones y agentes de fianzas, sin olvidar la tarea que tiene dicha Comisión sobre el ámbito paralelo del cual forman parte los contratos de seguro y que se encuentran regulados en la *LSCS* y en la *LGISMS*.

RICNSF

El *RICNS* fue publicado en el *DOF* el 5 de marzo de 1998 y modificado mediante decretos publicado en el *DOF* del 20 de febrero del 2001; el 4 de diciembre del 2003 y el 5 de junio del 2008.

En dicho ordenamiento se establece la estructura interna de la Comisión, la cual se conforma por la Junta de Gobierno, el Presidente, las vicepresidencias, direcciones generales, delegaciones regionales y demás servidores públicos que determine la Comisión a través de su Junta de Gobierno, conforme a las facultades que en dicho ordenamiento se regulan.

RIVCNSF

El *RIVCNSF* fue publicado en el *DOF* el 26 de enero del 2004, el cual tiene por objeto regular el ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia conferidas a la CNSF. A tal efecto, dicho Reglamento se divide en dos apartados, que son, por un lado, el respectivo a cumplir las tareas de inspección a través de visitas ordinarias, especiales y de investigación por las personas debidamente facultadas para ello (art. 7º, *RIVCNSF*) y, por el otro, el

de dar cumplimiento a las tareas de vigilancia, a efecto de observar que las instituciones supervisadas por la Comisión cumplan con las leyes, reglamentos y demás disposiciones relacionadas para su correcto funcionamiento (art. 24, *RIVCNSF*).

Asimismo se prevé en dicho reglamento las sanciones a la actividades que contravengan otros ordenamientos, como resulta ser cuando una persona, ya sea física o moral, realiza operaciones o servicios reservados a las instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros e instituciones de fianzas sin contar con autorización, para lo cual la Comisión cuenta con facultades para intervenir y clausurar el negocio (art. 47 y posteriores, *RIVCNSF*).

RASF

El *RASF* fue publicado en el *DOF* el 18 de mayo del 2001, por el cual fue derogado el *RASF* del 14 de mayo de 1993, publicado el día 17 del mismo mes y año.

En este ordenamiento se regula la actividad de los agentes y apoderados de seguros y fianzas, así como gran parte de las facultades de supervisión y vigilancia con la que cuenta la CNSF en relación con dichos intermediarios, como resulta ser lo relacionado con la autorización (arts. 9º a 17, *RASF*), mecanismos de operación (arts. 18 a 26, *RASF*) y sanciones que podría imponer la Comisión a los agentes de fianzas (arts. 27 a 37, *RASF*).

3.3.2 Organización

La Comisión se encuentra conformada por los siguientes órganos y unidades administrativas (art. 2º, *RICNSF*):

- I. Junta de Gobierno.
- II. Presidencia.
- III. Vicepresidencias.
 - A) De operación nstitucional.
 - B) Jurídica.
 - C) De análisis y estudios sectoriales.
- IV. Direcciones generales:
 - a)De supervisión financiera.
 - b)De supervisión de reaseguro.
 - c)De supervisión actuarial.
 - d)De supervisión de seguro de pensiones y de salud.
 - e)De desarrollo e investigación.
 - f) Jurídica consultiva y de intermediarios.
 - g)Jurídica contenciosa y de sanciones.
 - h)De informática.
 - i) De administración.
- V. Órgano Interno de Control.
- VI. Direcciones de área.
- VII. Delegaciones regionales.

De dicha estructura, destacan algunas especializadas en el ramo de seguros, en virtud de que la partición de la CNSF se encuentra enfocada asimismo en dicho servicio financiero, por lo que a continuación sólo se nombran algunas de las principales tareas que tiene a su cargo la CNSF con respecto a las instituciones de fianza.

3.3.3 Facultades

La CNSF está a cargo de la inspección, vigilancia y supervisión de las actividades que llevan a cabo las instituciones de seguros, fianzas, filiales, reaseguradoras, coafianzadoras y, los agentes de seguros y de fianzas, con el fin de procurar su sano desarrollo y competencia, así como para garantizar al público usuario que sus actividades se lleven a cabo con apego a lo establecido en las disposiciones legales relacionadas.

La CNSF, como órgano directamente relacionado con la supervisión y la vigilancia de las actividades relacionadas con la fianza de empresa, cuenta con las siguientes facultades:

- A) Brindar apoyo a la SHCP en la solicitud de opiniones que requiera.
- B) Regular, autorizar, supervisar y en su caso sancionar las actividades de las instituciones de fianzas.
- C) Regular, autorizar, supervisar y en su caso sancionar la actividad de los agentes de fianzas.

Con respecto al inciso A), la Comisión tiene la facultad de brindar apoyo a la SHCP de la siguiente manera:

- Actuando como cuerpo de consulta de la SHCP en los casos que se refieran al régimen afianzador y en los demás que la *LFIF* determine (art. 68, fr. I, *LFIF*).
- Hacer los estudios que se le encomienden y presentar a la SHCP las sugerencias que estime adecuadas para perfeccionarlos, así como cuántas mociones o ponencias relativas al régimen afianzador estime procedente elevar a dicha Secretaría (art. 68, fr. II, *LFIF*).
- Coadyuvar con la SHCP en el desarrollo de políticas adecuadas para la asunción de responsabilidades y aspectos financieros en relación con las operaciones del sistema afianzador (art. 68, fr. III, *LFIF*).

En relación con el inciso B), la Comisión tiene facultades para regular, autorizar, supervisar y en su caso sancionar las actividades de las instituciones de fianzas, como resulta ser:

- Emitir el dictamen favorable para que las instituciones de fianzas inicien sus operaciones (art. 8º, *LFIF*).
- Proveer las medidas que estime necesarias para que las instituciones de fianzas cumplan con las responsabilidades contraídas con motivo de las fianzas otorgadas (art. 68, fr. IV, *LFIF*).
- Emitir, en el ámbito de su competencia, las normas de carácter prudencial orientadas a preservar la solvencia, liquidez y estabilidad financiera de las instituciones de fianzas (art. 68, fr. IV Bis, *LFIF*).

- Imponer sanciones administrativas como amonestaciones, suspensiones temporales de actividades, vetos o inhabilitaciones para el desempeño de actividades, así como multas, las cuales podrán impugnarse mediante recurso de revocación dentro de los quince días hábiles al de su notificación ante la Junta de Gobierno de la Comisión, cuando la sanción haya sido emitida por ese cuerpo colegiado o por el Presidente de la Comisión o ante éste último cuando se trate de sanciones impuestas por los otros servidores públicos de ese órgano desconcentrado (art. 68, fr. V, *LFIF*).
- Rematar valores propiedad de las afianzadoras que no hagan el pago por fianzas que no sean créditos fiscales que le soliciten las autoridades ejecutoras (art. 95, fr. IV, *LFIF*).

En relación con el tema, resulta pertinente denotar las facultades del Presidente de la Comisión, como resultan ser (art. 69, *LFIF*).

- Inspeccionar y vigilar a las instituciones de fianzas, así como a las demás personas y entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Comisión (fr. I).
- Intervenir en los arqueos, cortes de caja y demás comprobaciones o verificaciones de contabilidad de las instituciones de fianzas sometidas a su inspección y hacer las estimaciones necesarias para determinar su situación financiera y los valores de su activo de acuerdo con el artículo 62 de la *LFIF* (fr. II).
- Revisar y, en su caso, modificar las primas que cobren las instituciones por el otorgamiento de fianzas, así como las comisiones que cubran por reafianzamiento, cofianzamiento, reaseguro y a sus agentes (fr. II).
- Formular y publicar las estadísticas relativas a las instituciones de fianzas y a sus operaciones (fr. III).
- Vigilar que las instituciones rindan oportunamente los informes y datos que la *LFIF* indica (fr. IV).
- Investigar actos que hagan suponer la ejecución de operaciones violatorias de la *LFIF*, pudiendo al efecto ordenar visitas de inspección a los presuntos responsables y, en su caso, ordenar la suspensión de dichas operaciones, su intervención hasta que la operación u operaciones ilícitas se corrijan o su clausura (fr. V).
- Proponer a la Junta de Gobierno la expedición de circulares, formulando el proyecto respectivo (fr. VI).
- Informar a la Junta de Gobierno de los hechos o situaciones que, en su concepto, afecten el buen funcionamiento o solvencia de las instituciones de fianzas, proponiendo las medidas pertinentes (fr. VII).
- Informar a la SHCP acerca de infracciones administrativas y hechos delictuosos de los que tenga conocimiento, por violaciones a la ley de la materia y demás disposiciones legales aplicables (fr. VIII).
- Desempeñar las funciones que le encomiende o le delegue la Junta de Gobierno (fr. IX).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- Representar a la CNSF en el compromiso arbitral que al efecto se celebre en los términos del artículo 93 de la *LFIF* y dictar las resoluciones y los laudos respectivos (fr. X).
- Imponer, de acuerdo con las facultades que le delegue la Junta de Gobierno, las sanciones que correspondan en los términos de la *LFIF* y las demás leyes aplicables y disposiciones que de ellas emanen, así como proponer a la Junta de Gobierno la condonación total o parcial de las multas y aplicar las medidas de apremio necesarias (fr. XI).

En relación con los agentes de fianzas (inciso C), la Comisión tiene las siguientes facultades:

- Otorgar autorización a un agente de fianzas para que opere, ya sea persona física o moral. Dicha autorización es intransferible y sólo se otorga para realizar actividades de intermediación en los ramos y subramos que expresamente se le permitan a través de oficio, tratándose de personas morales, o bien, a través de cédula, cuando se otorgue a agentes personas físicas o apoderados, salvo a aquellas personas físicas vinculadas a las instituciones de fianza por una relación de trabajo (art. 11, *RASF*).
- Acordar que se proceda a la remoción o suspensión de los miembros del Consejo de Administración, comisarios, directores, gerentes, representantes legales y funcionarios que puedan obligar con su firma a la sociedad de agentes cuando considere que tales designaciones no corresponden a personas con la suficiente calidad moral o técnica para la adecuada administración y vigilancia de la sociedad, escuchando previamente a ésta a través de su representante legal, así como al interesado (art. 12, *RASF*).
- Dictar las sanciones administrativas que en su caso se impongan a los agentes o apoderados de fianzas, como pudieran ser: amonestación, multa, suspensión, inhabilitación o revocación (art. 27, *RASF*).

3.4 Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)

A la CONDUSEF se le ha considerado como el *ombusman* del sistema financiero, en virtud de que su objetivo consiste en brindar protección a los intereses de los usuarios de los distintos servicios financieros y además, promueve la cultura financiera e interactúa tanto con organismos del sector público, como del sector privado para lograr el equilibrio financiero nacional.

3.4.1 Naturaleza y régimen legal

La CONDUSEF es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio (arts. 90, *CPEUM* y 1º *LOAPF*), cuyo fin consiste en promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las diversas instituciones financieras, así como crear y fomentar la educación financiera (arts. 4º y 5º, *LPDUSF*).

Al respecto, la *LPDUSF* define a los usuarios de los servicios financieros como las personas que contratan, utilizan o por cualquier medio tienen derecho frente a una institución financiera como resultado de los servicios u operaciones prestados (art. 2º *LPDUSF*).

En cuanto a su regulación, la CONDUSEF se rige por la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (*LPDUSF*) y por su estatuto orgánico.

LPDUSF

La *LPDUSF* fue publicada en el *DOF* el 18 de enero de 1999 y en ella se establecen mecanismos que buscan crear equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre los usuarios y las instituciones financieras, así como las facultades con las que cuenta la CONDUSEF para el logro de sus objetivos, organización, control, patrimonio, mecanismos de otorgamiento de información financiera, procedimientos de conciliación y arbitraje, mecanismos para brindar defensa, información y cultura financiera, así como las multas que puede imponer a las instituciones financieras por violaciones a la ley.

Estatuto Orgánico de la CONDUSEF

El 5 de enero del 2000, se publicaron en el *DOF* las reformas y adiciones que se realizaron a la *LPDUSF*, dentro de las cuales se sustituyó el término de “Reglamento Interior” por el de “Estatuto Orgánico”, atendiendo a lo previsto en la *Ley Federal de las Entidades Paraestatales*, de tal manera que con fecha del 22 de diciembre del 2005, se publicó en el *DOF* el *Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros*, aprobado por la Junta de Gobierno el 24 de noviembre del 2005, el cual, tras diversas reformas, fue abrogado para que entrara en vigor el actual Estatuto publicado en el *DOF* el 4 de octubre del 2007.

En dicho Estatuto se establece la estructura orgánica de la CONDUSEF y las respectivas facultades de sus órganos y unidades administrativas, como será analizado a continuación.

3.4.2 Organización

De conformidad con el artículo 3º de su Estatuto Orgánico, la CONDUSEF se compone de los siguientes órganos:

- I. Junta de Gobierno:
 - a) Secretaría de la Junta de Gobierno.
 - b) Prosecretaría de la Junta de Gobierno.
- II. Presidencia
 - a) Secretaría Técnica.
- III. Vicepresidencias
 - a) Técnica.
 - b) Jurídica.
 - c) De delegaciones.
 - d) De planeación administrativa.
- IV. Direcciones generales
 - a) De análisis de productos y servicios financieros.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- b) De promoción de la cultura financiera.
- c) De defensoría, interventoría y consultiva.
- d) De servicios legales.
- e) De orientación, supervisión, conciliación y dictaminación.
- f) De delegaciones centro-occidente.
- g) De delegaciones norte-sur.
- h) De administración.
- i) De planeación.

V. Direcciones

- a) De estudios de mercado.
- b) De información y estadística.
- c) De registro y análisis financiero.
- d) Unidad de desarrollo y evaluación del proceso operativo.
- e) De comunicación social y publicaciones.
- f) De promoción y educación financiera.
- g) De conciliación.
- h) De dictaminación.
- i) De orientación, supervisión y unidades especializadas.
- j) Consultiva.
- k) De defensa a usuarios.
- l) De interventoría y asuntos penales.
- m) De arbitraje y sanciones.
- n) Contenciosa.
- o) De disposiciones, convenios y contratos.
- p) De recursos de revisión.
- q) Enlace y análisis regional norte-sur.
- r) Enlace y análisis regional centro-occidente.
- s) De finanzas.
- t) De programación institucional.
- u) De organización.
- v) De adquisiciones.
- w) De personal.
- x) De remuneraciones.
- y) De servicios generales.

VI. Delegaciones

VII. Órganos colegiados

- a) Consejo consultivo delegacional.
- b) Consejos consultivos regionales, estatales y locales.
- c) Comité de dictámenes técnicos.
- d) Comité de condonación de multas.

Como se desprende de su estructura orgánica, la CONDUSEF, además de componerse por una Junta de Gobierno, la Presidencia y vicepresidencias, cuenta con varias direcciones, delegaciones y órganos colegiados, los cuales se

distribuyen a lo largo del territorio nacional, con el fin de cubrir espacios geográficos, en donde sea indispensable su participación, y así brindar un óptimo servicio, cuya sede principal se encuentra en el Distrito Federal.

A la cima del nivel jerárquico se localiza la Junta de Gobierno, la cual se integra por el presidente de la CONDUSEF, un representante de la SHCP que funge como Director de la Junta de Gobierno; un representante del Banco de México, un representante de la CNSF, un representante de la CNBV, un representante de la CONSAR y tres representantes del Consejo Consultivo Nacional, a efecto de que la misma se encuentre representada por miembros de los organismos que interactúan con los temas de interés.

3.4.3 Facultades

Las facultades que ejerce la CONDUSEF son las siguientes (art. 11, *LPDUSF*):

- Atender y resolver las consultas que le presenten los usuarios, sobre asuntos de su competencia (fr. I).
- Atender y, en su caso, resolver las reclamaciones que formulen los usuarios, sobre los asuntos que sean de su competencia (fr. II).
- Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio entre el usuario y la institución financiera, así como entre una institución financiera y varios usuarios, exclusivamente en los casos en que éstos hayan contratado un mismo producto o servicio, mediante la celebración de un solo contrato (fr. III).
- Actuar como árbitro en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho, de conformidad con la *LPDUSF* o con los convenios de colaboración que al efecto se celebren con las instituciones financieras y las asociaciones gremiales que las agrupen en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los usuarios de servicios financieros, así como emitir dictámenes técnicos de conformidad con la *LPDUSF* (fr. IV);
- Prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal a los usuarios en sus controversias con las instituciones financieras entabladas ante tribunales o las que se sustancien mediante procedimientos arbitrales en los que la CONDUSEF no actúe como árbitro, siempre que se originen por operaciones o servicios contratados por los usuarios (fr. V);
- Proporcionar a los usuarios los elementos necesarios para procurar una relación más segura y equitativa entre éstos y las instituciones financieras, así como expedir, cuando así proceda, a solicitud por la parte interesada y previo el pago de los gastos correspondientes, copia certificada de los documentos que obren en poder de la misma, siempre y cuando se compruebe fehacientemente el interés jurídico (fr. VI).
- Coadyuvar con otras autoridades en materia financiera para lograr una relación equitativa entre las instituciones financieras y los usuarios, así como un sano desarrollo del sistema financiero mexicano (fr. VII).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- Emitir recomendaciones a las autoridades federales y locales para coadyuvar al cumplimiento del objeto de la *LPDUSF* (fr. VIII).
- Emitir recomendaciones a las instituciones financieras para alcanzar el cumplimiento del objeto de la *LPDUSF*, así como para el sano desarrollo del sistema financiero mexicano (fr. IX).
- Formular recomendaciones al Ejecutivo federal a través de la SHCP para la elaboración de iniciativas de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos en las materias de su competencia, con el fin de dar cumplimiento al objeto de la *LPDUSF*, así como para el sano desarrollo del sistema financiero mexicano (fr. X).
- Concertar y celebrar convenios con las instituciones financieras, así como con las autoridades federales y locales con objeto de dar cumplimiento a la *LPDUSF*. Los convenios con las autoridades federales podrán incluir, entre otros aspectos, el intercambio de información sobre los contratos de adhesión, publicidad, modelos de estados de cuenta y unidades especializadas de atención a usuarios, productos y servicios financieros (fr. XI).
- Elaborar estudios de derecho comparado relacionados con las materias de su competencia y publicarlos para apoyar a los usuarios y a las instituciones financieras (fr. XII).
- Celebrar convenios con organismos y participar en foros nacionales e internacionales, cuyas funciones y propósitos sean acordes con las de la CONDUSEF (fr. XIII).
- Proporcionar información a los usuarios relacionada con los servicios y productos que ofrecen las instituciones financieras, y elaborar programas de difusión con los diversos beneficios que se otorguen a los usuarios (fr. XIV).
- Analizar y, en su caso, autorizar la información dirigida a los usuarios sobre los servicios y productos que ofrezcan las instituciones financieras, cuidando en todo momento que la publicidad que éstas utilicen sea dirigida en forma clara para evitar dar origen a error o inexactitud (fr. XV).
- Informar al público sobre la situación de los servicios que prestan las instituciones financieras y sus niveles de atención, así como de aquellas instituciones financieras que presentan los niveles más altos de reclamaciones por parte de los usuarios. Esta información podrá incluir la clasificación de instituciones financieras en aspectos cualitativos y cuantitativos de sus productos y servicios (fr. XVI).
- Orientar y asesorar a las instituciones financieras sobre las necesidades de los usuarios (fr. XVII).
- Revisar y, en su caso, proponer modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por instituciones financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios (fr. XVIII).

- Revisar y, en su caso, proponer a las instituciones financieras modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados (fr. XIX).
- Solicitar la información y los reportes de crédito necesarios para la sustanciación de los procedimientos de conciliación y de arbitraje. Para todos los efectos legales, la sola presentación de la reclamación por parte del usuario, faculta a la CONDUSEF para exigir la información relativa (fr. XX).
- Imponer las sanciones establecidas en la *LPDUSF* (fr. XXI).
- Aplicar las medidas de apremio a que se refiere la *LPDUSF* (fr. XXII).
- Conocer y resolver sobre el recurso de revisión que se interponga en contra de las resoluciones dictadas por la CONDUSEF (fr. XXIII).
- Determinar el monto, la forma y las condiciones de las garantías que indica la *LPDUSF*, así como el monto que deberá registrarse como pasivo contingente por parte de las instituciones financieras en términos del artículo 68, fracción X de dicho ordenamiento (fr. XXIV).
- Condonar total o parcialmente las multas impuestas por el incumplimiento de la *LPDUSF* (fr. XXV).
- Asistir al usuario que pretenda coadyuvar con el Ministerio Público, cuando a juicio de la CONDUSEF sea víctima u ofendido por algún delito derivado de la contratación de productos o servicios financieros cometido por las instituciones financieras, sus consejeros, directivos, funcionarios, empleados o representantes (fr. XXVI).
- Publicar en su página electrónica la información trimestral relativa a las comisiones que cobra cada institución financiera, mismas que previamente se presentaron ante la CONDUSEF, y vigilar la evolución de las comisiones o cargos máximos y mínimos causados por las operaciones y servicios que presten para darlos a conocer al público en general (fr. XXVII).

Las facultades citadas las ejerce la Comisión con plena autonomía técnica en lo relacionado con sus resoluciones y laudos, así como para imponer las sanciones previstas en la *LPDUSF* (art. 10, *LPDUSF*) y la información que maneje debe ser guardada en estricta reserva, salvo que la misma sea solicitada por autoridad judicial (art. 13, *LPDUSF*).

Ahora bien, una vez analizadas las facultades con las que cuentan las diversas unidades administrativas de la SHCP relacionadas con el tema, de la CNSF y del SAT como organismos desconcentrados de dicha dependencia, y la participación de la CONDUSEF como organismo descentralizado intermediario en las controversias que se susciten entre las instituciones financieras y los usuarios de los servicios que brindan, a continuación se estudiará la participación de los agentes de fianzas, quienes con su importante actividad ponen al alcance de los usuarios los servicios financieros ofrecidos por las instituciones fianzas.

CAPÍTULO IV

LA ACTIVIDAD DE LOS AGENTES DE FIANZAS

4.1 Fundamentos legales de su actividad

Las instituciones de fianzas como personas morales abstractas necesitan exteriorizar su voluntad a través de representantes o apoderados, quienes deben estar debidamente autorizados por la CNSF para llevar a cabo actividades de intermediación entre las instituciones de fianzas y los usuarios de estos servicios financieros.

La actividad de los agentes de fianzas se encuentra regulada, conjuntamente con la de los agentes de seguros, en el *RASF*, en colaboración en gran medida de diversas circulares y demás disposiciones de carácter general que emite la CNSF, de conformidad con lo dispuesto en la *LFIF*.

Art. 87, *LFIF*. "...Las actividades que realicen los agentes de fianzas se sujetarán a las disposiciones de esta Ley y del Reglamento respectivo, a las orientaciones de política general que en materia de fianzas señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y a la inspección y vigilancia y disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas...".

El *RASF* fue publicado en el *DOF* el 18 de mayo del 2001, el cual abrogó al Reglamento con fecha del 14 de mayo de 1993, publicado en el *DOF* el día 17 del mismo mes y año. Como será analizado, una de las principales características de este nuevo reglamento se encuentra la preparación que deben tener los agentes para llevar a cabo su actividad, al exigirse que los mismos hayan concluido estudios de preparatoria o equivalentes, lo cual antes del nuevo reglamento no era exigido (art. 10, fr. IV, *RASF*).

En relación con las circulares, es de recordar que éstas surgen como derivación de los reglamentos, las cuales contienen disposiciones administrativas acerca de la dependencia de que se trate y se dirigen tanto a funcionarios de las mismas, como a particulares relacionados con la actividad.

4.2 Concepto

Los agentes de fianzas son las personas físicas o morales que, previa autorización de la CNSF, pueden llevar a cabo la intermediación entre el cliente y la institución financiera en la contratación, administración y modificación de las fianzas.

Art. 87, *LFIF*. "...se consideran agentes de fianzas a las personas físicas o morales que intervengan en la contratación de fianzas y en el asesoramiento para contratarlas, conservarlas o modificarlas, según la mejor conveniencia de las partes...".

4.3 Clasificación de los agentes

Existen dos grandes grupos en los que se pueden ubicar los agentes de fianzas, en el primero encontramos a los mandatarios, los cuales cuentan con facultades especiales y pueden ser tanto personas físicas como morales (arts. 87, *LFIF*, 1º y 28, *RASF*); en el segundo tenemos a personas físicas o morales que no son mandatarios pero cuentan con contratos de comisión mercantil o entablan una relación laboral con la institución afianzadora.

4.3.1 Agente de fianzas persona moral

Los agentes de fianzas cuando son personas morales deben ser representados por apoderados para ejercer su actividad de intermediación y así poder comprometer con sus actos a la institución.

4.3.2 Agente de fianzas persona física

En este caso se puede dividir en aquellas que se encuentran vinculadas a una institución de fianzas por una relación de trabajo y aquellos agentes que llevan a cabo su actividad de manera independiente a través de contratos de comisión mercantil.

4.3.2.1 Vinculados a las instituciones de fianzas por una relación de trabajo

Cuando existe relación laboral entre el agente y una institución existe la prohibición tácita de prestar sus servicios para otras instituciones. Asimismo, desempeñarán sus labores en la forma, horario y lugar convenidos con la institución y estarán sujetos a las directrices, instituciones o normas de las mismas (art. 18, *RASF*).

4.3.2.2 A través de contratos de comisión mercantil

Las personas físicas que desempeñen esta actividad auxiliándose de contratos mercantiles podrán intermediar en la contratación de fianzas para una o varias instituciones sin que por ello puedan ser sancionados por alguna de éstas. Los agentes obrarán libremente sin sujeción a directrices, instrucciones o normas de las instituciones y no tendrán obligación alguna de intermediar en un número determinado de fianzas ni dedicar determinado tiempo a sus actividades de intermediación (art. 19, *RASF*).

4.3.2.3 Con carácter de agentes mandatarios

La CNSF autoriza a las instituciones la designación de agentes mandatarios con facultades expresas para expedir pólizas mediante endosos, recibir avisos y reclamaciones, realizar la comprobación del incumplimiento de obligaciones garantizadas, cobrar primas y expedir recibos (art. 21, *RASF*).

Tratándose de personas físicas, la autorización se hará constar en una cédula que expida la CNSF y que contendrá nombre, el señalamiento de que actúan como agentes mandatarios, las operaciones, ramos y subramos que se les autorice, la fecha de su expedición, fotografía reciente y los demás datos que determine la Comisión.

En caso de personas morales se hará constar dicho carácter en un oficio que contendrá su denominación o razón social, la fecha de su expedición y los ramos y subramos que se les autorice. Recordando que quien detenta el mandato es un apoderado que podrá llevar a cabo las actividades antes precisadas en representación del agente persona moral.

Los agentes mandatarios en su trato con el público deberán hacer mención de tal carácter después de su nombre, denominación o razón social y obligarán con su firma a las instituciones mandantes para efectos de aceptación y expedición de pólizas.

4.4 Requisitos para ser agente de fianzas

Los requisitos para ser agente de fianzas varían dependiendo del tipo de persona que lo solicite, es decir, si se trata de persona física o moral.

4.4.1 Tratándose de personas físicas

Para actuar como agente persona física o apoderado se requiere (art. 10, *RASF*):

- Ser mayor de edad.
- En caso de ser extranjero contar con la documentación que compruebe la calidad migratoria que le permita actuar en el país como agente.
- No tener algún impedimento de los indicados en el artículo 13 del *RASF*.
- Haber concluido estudios de preparatoria o equivalentes.
- Acreditar ante la CNSF contar con las capacidades técnicas para ejercer las actividades de intermediación.

4.4.2 Tratándose de personas morales

Las personas morales que pretendan fungir como agentes de fianzas, además de estar constituidas como sociedades anónimas conforme a lo dispuesto en la *LGSM* y el reglamento correspondiente, deberán (art. 12, *RASF*):

- I. Tener por objeto las actividades de intermediación y hacerlo siempre mediante apoderados autorizados por la CNSF.
- II. En su denominación deberá incluir la expresión “Agente de Seguros”, “Agente de Fianzas” o “Agente de Seguros y de Fianzas”, según corresponda.
- III. Haber cubierto íntegramente el capital que determine la CNSF mediante disposiciones de carácter general.
- IV. Someter a la aprobación de la CNSF la escritura constitutiva y cualquier modificación que se le haga, a efecto inscribirlas en el *RPPC*.
- V. En los estatutos sociales se deberá especificar los ramos y subramos en los que pretendan intermediar.
- VI. Contar con un mínimo de tres administradores.
- VII. En el estatuto social deberá establecerse que no podrán participar en el capital pagado:
 - a) Instituciones de crédito, instituciones y sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, casas de bolsa, especialistas bursátiles, organizaciones auxiliares de crédito, sociedades de inversión,

sociedades operadoras de inversión, casas de cambio, comisionistas financieros, administradores de fondos para el retiro, sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro, así como cualquier otro intermediario financiero, sujeto a autorización por la autoridad competente.

- b) Gobiernos o dependencias oficiales extranjeras ni entidades financieras del exterior.
- c) Sociedades controladoras.
- d) Las personas físicas o morales propietarias de acciones de una institución de seguros o de fianzas, salvo que inviertan por conducto de sociedades de inversión o de fideicomiso con ese único fin.
- e) Las personas impedidas por disposición legal, como resultan ser los servidores públicos del gobierno, salvo que realicen una labor exclusivamente académica; los funcionarios y empleados de instituciones de intermediación financiera y de aquellas que a su vez controlen 10% o más de las acciones representativas del capital pagado de dichas sociedades; las personas que hayan sido sancionadas con revocación para ejercer actos de intermediación; o bien, aquellas que estén vetadas por la SHCP, la CNSF, la CNBV o del sistema de ahorro para el retiro, derivado de las infracciones patrimoniales a su cargo (art. 13, frs. IV, V, X y XI, RASF).

La *Circular F-17.7*, de fecha 26 de febrero del 2003 y publicada en el *DOF* el 17 de marzo del mismo año, dejó sin efecto a la *Circular F-17.7* emitida el 15 de noviembre de 1993 y a la *Circular F-17.2.1* de 15 de mayo de 1996, ahí establece los documentos que se deben presentar para ser agente de fianzas persona moral:

1. Solicitud formal por escrito dirigida a la CNSF, con la denominación que pretendan tener personas autorizadas para recibir y oír notificaciones, y el nombre de los socios y su participación en el capital de la sociedad.
2. Proyecto general de la empresa conforme al artículo 12 del RASF.
3. Currículum vitae de los socios.
4. "Formato FAF 2" debidamente requisitado para cada uno de los prospectos de apoderados para intervenir como apoderados por cuenta de la sociedad agente de fianzas.
5. El capital de inicio de operaciones, el cual no podrá ser inferior al establecido en el artículo 89 de la *LGSM* (es decir, de \$50,000.00 íntegramente suscrito).
6. Copia del Registro Federal de Contribuyentes o de Identificación Fiscal de los socios.
7. Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir una sociedad anónima, previo oficio de autorización de la CNSF.
8. Dos ejemplares del proyecto de estatuto de la sociedad.

Cuando el escrito no contenga los datos o no cumpla con los requisitos previstos en las disposiciones aplicables, la autoridad deberá prevenir al interesado por escrito y una sola vez, para que dentro de un término que no podrá ser menor de diez días hábiles subsane la omisión. Dicha prevención deberá hacerse a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la presentación del escrito.

Notificada la prevención, se suspenderá el plazo para que las autoridades administrativas resuelvan y se reanudará a partir del día hábil inmediato siguiente a aquel en que el interesado conteste. En el supuesto de que no se desahogue la prevención en el término indicado, la autoridad desechará la solicitud.

Si las autoridades no hacen el requerimiento de información dentro del plazo correspondiente, no podrán rechazar el escrito inicial por incompleto (art. 2 Bis, *LFIF*).

La CNSF emitirá resolución por escrito dentro de un plazo que no excederá de seis meses contados a partir del día hábil siguiente de recibida la solicitud (art. 2º Bis, *LFIF*), entendiéndose la resolución en sentido negativo (negativa ficta) una vez transcurrido dicho plazo. Si la CNSF determina favorablemente, requerirá al solicitante que presente dentro de un plazo de noventa días naturales los siguientes documentos:

1. Copia certificada de la escritura constitutiva protocolizada.
2. Copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil por errores y omisiones contratada por la solicitante.
3. Inscripción de la sociedad en el *RPPC*.
4. Comprobante de haber efectuado el pago de derechos.
5. Alta ante el RFC.

Una vez entregada la información antes mencionada, la CNSF emitirá el oficio de autorización definitiva y los prospectos de apoderados facultados para realizar actividades de intermediación por cuenta de la sociedad agente de fianzas, concurrirán personalmente a entregar su cédula de agente por cuenta propia, para recibir simultáneamente la autorización como apoderados para dicha sociedad, previo pago de derechos.

4.5 Impedimentos para ser agente de fianzas

Conforme al artículo 13 del *RASF*, los impedimentos para ser agente de fianzas son:

- I. No reunir los requisitos que indica el reglamento ni la circular respectiva.
- II. Haber sido condenado por un delito patrimonial doloso o contra la salud.
- III. No estar rehabilitado por causa de quiebra, concurso o suspensión de pagos.
- IV. Ser servidor público, salvo que realice actividades exclusivamente académicas.
- V. Ser funcionario o empleado de instituciones de intermediación financiera, salvo los casos en que se tenga una relación de trabajo con una institución (de seguros o fianzas), precisamente para llevar a cabo tal actividad.
- VI. Ser interventor y/o liquidador de alguna institución financiera.
- VII. Ser representante o intermediario de reafianzadoras nacionales o extranjeras.
- VIII. Ser administrador, comisario, funcionario o empleado de las empresas fiadas o beneficiario de las pólizas de fianza, así como agente, funcionario o empleado aduanal.
- IX. Ser ajustador de seguro, comisario de averías o de alguno de los nombreados su representante.
- X. A quienes se les haya revocado sus facultades para actuar como intermediarios.
- XI. Haber sido vetado por la SHCP, la CNSF, la CNBV o el sistema de ahorro para el retiro, derivado de infracciones graves o reiteradas o por afectar patrimonialmente a terceros al realizar sus actividades.
- XII. Quien considere la CNSF que pueda influir o ejercer coacción para la contratación de seguros o de fianzas por su posición o por cualquier circunstancia.

4.6 Categorías de autorización

La *Circular F-17.2*, de fecha 29 de junio del 2007 y publicada en el *DOF* el 1º de agosto del 2007, establece dos tipos de autorización para ser agente de fianzas: la provisional y la definitiva.

4.6.1 Autorización provisional

La CNSF podrá autorizar para actuar como agentes de manera provisional y por única vez a las personas físicas que estén siendo capacitadas por las instituciones, siempre que estas últimas así lo soliciten y se responsabilicen por los daños que se causen a terceros en el desempeño de las actividades de intermediación a realizar, enviando para ello un disco compacto descrito en la forma electrónica FAF 1 "Solicitud para obtener autorización provisional como agente de fianzas" (como se detalla en la *Circular F-17.3*), debiéndose presentar además:

1. Copia fotostática del acta de nacimiento o, en su defecto, de la cartilla del servicio militar nacional o del pasaporte vigente.
2. Copia fotostática del certificado de estudios con nivel mínimo de preparatoria o equivalente.
3. Copia fotostática de la cédula de identificación fiscal o en su defecto del alta ante la SHCP, del formato de aviso de modificación de salarios del trabajador emitido por el IMSS, de la Clave Única de Registro de Población (CURP) o del comprobante de aportación al Sistema de Ahorro para el Retiro.
4. Copia fotostática del comprobante de domicilio, con una antigüedad máxima de tres meses.
5. Certificado o constancia de capacitación teórica de carácter propedéutico, que deberá consistir en cuando menos cuarenta horas, y podrá ser impartida directamente por la institución de fianzas o por institutos especializados, para lo cual tal constancia tendrá una vigencia de treinta días hábiles, pasados los cuales el prospecto deberá someterse de nuevo al curso respectivo.
6. Copia del comprobante de haber efectuado el pago de derechos correspondiente.
7. En el caso de prospectos de agente de origen extranjero, adicionalmente a la documentación anteriormente descrita, copia de la FM2 o de la carta de naturalización.

La *Circular F-17.3*, de fecha 29 de junio del 2007 y publicada en el *DOF* el 31 de julio del mismo año, establece los datos que debe contener la forma electrónica provisional FAF 1, destacando que a partir de su entrada en vigor, las solicitudes de autorización de agentes provisionales se deben llevar a cabo a través de disco compacto, como un mecanismo por el cual se aprovechan los avances tecnológicos y así agilizan los trámites de recepción y respuesta.

El nombre del archivo contendrá el número de clave de la institución de fianzas otorgado por la CNSF (cinco caracteres), seguido de la clave FAF 1, la fecha de envío de la solicitud, una fotografía reciente en imagen digitalizada del prospecto agente junto con los documentos mencionados previamente, a efecto de que dentro de un plazo de quince días hábiles la CNSF informe a las instituciones de fianzas por correo electrónico, para que efectúen el pago correspondiente de derechos. Las afianzadoras cuentan con otros cinco días hábiles, siguientes al aviso de procedencia, para presentar el comprobante bancario de pago de derechos y una vez cumplido lo anterior, la CNSF procederá en un plazo de diez días hábiles a emitir el oficio de autorización. Pasado dicho lapso se entenderá la resolución en sentido positivo.

Las autorizaciones provisionales tendrán una vigencia máxima de dieciocho meses, ya que en algunos casos la autorización comprende un plazo menor, durante el cual el agente puede actuar en los ramos que haya sido autorizado a través de la cédula expedida por la institución afianzadora solicitante (arts. 13, 14 y 20, *RASF*).

4.6.2 Autorización definitiva

Las personas físicas que soliciten autorización para ejercer la actividad de agentes de fianzas vinculados a una institución de fianzas por una relación de trabajo o con base en contratos mercantiles (contratos de comisión mercantil), así como aquellas que soliciten autorización para ejercer la actividad de agente apoderado de fianzas de agente persona moral deberán requisitar y firmar la FAF 2 "Solicitud para obtener la autorización definitiva". Al respecto habrá que criticar el término de "autorización definitiva", pues la cédula expedida por la CNSF tendrá solamente una vigencia de tres años y tendrá que ser refrendada una vez vencida.

Tratándose de agentes personas morales, la vigencia de la autorización podrá ser indefinida. En el supuesto de que ésta se otorgue por tiempo definido, podrá ser refrendada por periodos iguales siempre que el interesado no se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 13 del *RASF* (art. 15, *RASF*).

Para obtener la llamada autorización definitiva tratándose de agentes o apoderados, los interesados deberán presentar:

1. Una fotografía tamaño infantil reciente.
2. Copia certificada del acta de nacimiento o en su defecto original y copia para su cotejo de la cartilla del servicio militar o del pasaporte vigente.
3. Los demás documentos que se requieren para la solicitud provisional, así como los que se encuentran establecidos en el artículo 10 del *RASF*, entre los que se encuentran la acreditación de capacitación técnica.

Recibida la solicitud de autorización definitiva, la CNSF emitirá la cédula a más tardar el día hábil siguiente al de la recepción de la solicitud, siempre y cuando el trámite se haya realizado por el interesado. Transcurrido dicho plazo se entenderá la resolución en sentido positivo.

Las personas físicas que soliciten autorización para ejercer la actividad de agente de fianzas vinculados a una institución de fianzas por una relación de trabajo o con base en contratos mercantiles (contratos de comisión mercantil), así como aquellas que soliciten autorización para ejercer la actividad de agente apoderado de fianzas de agente persona moral deberán requisitar y firmar la FAF 2 "Solicitud para obtener la autorización definitiva", entregando la documentación previamente citada. La diferencia consiste en que tratándose de agentes de fianzas que celebren contratos de comisión mercantil, deberán tramitar personalmente su solicitud ante la CNSF, en tanto que los demás agentes apoderados pueden hacerlo ellos mismos, o bien, a través de la institución o agente persona moral.

4.6.3 Refrendo

En la *Circular F-17.3*, de fecha 29 de junio del 2007 y publicada en el *DOF* el 31 de julio del mismo año, se establece que tratándose del refrendo de las autorizaciones (entendiéndose únicamente para la autorización definitiva) se deberá requisitar y firmar la forma FAF 3 "Solicitud para obtener refrendo de fianzas", con sujeción a la presentación de los mismos documentos para la forma de la autorización definitiva, ello con el fin de que la CNSF verifique que el agente no se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 13 del *RASF*.

De una manera más específica, la *Circular F-17.4*, de fecha 26 de octubre del 2005 y publicada en el *DOF* el 4 de noviembre del mismo año, establece el trámite para el refrendo de las actividades de los agentes persona física o apoderado de agentes persona moral, el cual deberá ser realizado dentro de los últimos sesenta días naturales de su vigencia por conducto del propio agente, o bien, de la institución de fianzas cuando se trate de agente vinculado a una relación laboral, debiéndose cumplir con los requisitos citados en la *Circular F-17.3* y acreditar la capacidad técnica en términos de la *Circular F-17.12*.

En consideración de lo anterior se exceptúa el caso del comisionista o del apoderado de agente persona moral, quien deberá realizarlo directamente o a través de apoderado con carta poder, o bien, por correo certificado, cuando la autorización o último refrendo tenga una antigüedad menor de seis años.

A la forma FAF 3 se deberá anexar copia de las pólizas de seguro de responsabilidad civil por errores y omisiones en que puedan incurrir, salvo que la CNSF considere que por las operaciones que realiza el agente no sea necesario, de conformidad con el artículo 23 del *RASF*; así como el comprobante de haber efectuado el pago de derechos correspondiente. Si faltase algún requisito o documentación, la CNSF deberá prevenir al interesado por una sola vez, para que dentro del plazo que no podrá ser menor de diez días hábiles subsane la omisión, prevención que se emitirá conforme al artículo 23 del *RASF* a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, a efecto de que sea respondida en el plazo indica, o en su defecto se deseche la solicitud.

En caso de que la solicitud sea presentada por apoderado del agente de fianzas, el refrendo será emitido también a más tardar el día siguiente hábil de la recepción de la solicitud, siempre y cuando el apoderado presente además copia de su identificación oficial vigente y carta poder que acredite su personalidad. En el caso de que la solicitud sea enviada vía correo certificado, se emitirá el refrendo dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la solicitud.

Una vez entregada toda la documentación, la CNSF emitirá el refrendo de la cédula de autorización a más tardar el día hábil siguiente al de la recepción de la solicitud, siempre y cuando el trámite se realice personalmente por el interesado. En el caso de que la autoridad no emita respuesta o no prevenga al interesado dentro del plazo antes referido, se entenderá la resolución en sentido positivo.

En el caso de personas que no hayan realizado su trámite de refrendo a tiempo, podrán solicitar una nueva solicitud.

Los formatos para las distintas solicitudes de autorización o refrendo podrán obtenerse:

- En la página de internet de la CNSF (www.cnsf.gob.mx).
- Oficinas de la CNSF.
- Delegaciones regionales de la CNSF.
- Oficinas de las instituciones de fianzas.
- Oficinas de las asociaciones de agentes de fianzas.
- Oficinas de las personas morales facultadas por la CNSF para evaluar la capacidad técnica de los agentes.

4.7 Procedimiento para acreditar la capacidad técnica

Conforme a la *Circular F-17.12*, con fecha 20 de mayo del 2003 publicada en el *DOF* el 30 de mayo y que entró en vigor el 2 de junio, ambos del mismo año, se da a conocer el procedimiento para acreditar la capacidad técnica para la obtención de autorización y refrendos para el ejercicio de la actividad de agente de fianzas, persona física o apoderado de agente de fianzas persona moral, a efecto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10, fracción V, del *RASF*.

Para acreditar la capacidad técnica con el fin de obtener la autorización definitiva o el refrendo, el interesado deberá sustentar examen ante la CNSF o ante las personas morales que ésta designe. Dicho examen tiene una categoría de autorización tipo "F" y las pruebas son con relación a aspectos jurídicos y generales de los distintos ramos de fianzas, conformada por dos niveles de evaluación: Nivel I, cuando se obtenga un porcentaje mínimo de 60% sin llegar a 80% de aciertos del total de reactivos formulados y el Nivel II obteniendo un porcentaje mínimo de 80% de aciertos.

La diferencia de las citadas categorías radica en que los que obtengan el Nivel I podrán acreditar la capacidad técnica, pero deberán sustentar nuevamente el examen sobre la prueba o pruebas en que hayan obtenido ese nivel, con objeto de poder obtener el refrendo de su autorización. En tanto que quienes acrediten el Nivel II, se les tendrá por acreditada la capacidad técnica respecto de la prueba o pruebas de que se trate, mientras su autorización sea refrendada oportunamente o se les reconocerá dicho nivel por un plazo que no excederá a cuatro años, contado a partir del vencimiento de dicha autorización.

Cabe precisar que los agentes y apoderados que a la fecha de vencimiento de su autorización no hayan acreditado su capacidad técnica para la obtención del refrendo, perderán su autorización y deberán iniciar todos los trámites para obtener una nueva.

En el supuesto de que un agente o apoderado llegase a ubicar en alguno de los impedimentos indicados en el artículo 13 del *RASF* y hayan dado aviso oportuno de la cancelación de su cédula, una vez que el impedimento desaparezca, podrán obtener una nueva autorización, reconociéndoles la capacidad técnica en las pruebas que hubiesen alcanzado el Nivel II, siempre y cuando no haya transcurrido un periodo de cuatro años contado a partir de la fecha en la que se presente la causal de impedimento, con excepción de tratarse de las situaciones previstas en las fracciones I, II, X y XI del referido artículo.

Una vez analizados los documentos necesarios para efectuar los refrendos, a continuación serán estudiados los derechos de los agentes de fianzas.

4.8 Derechos de los agentes de fianzas

Las instituciones tienen la obligación de cubrir a los agentes las comisiones a las que tengan derecho durante el tiempo en que estén en vigor las pólizas contratadas con su intermediación, aun después de extinguida la relación que tuvieron con dichas instituciones y únicamente sobre las primas que efectivamente hayan ingresado a las instituciones (art. 25, *RASF*).

Las comisiones que provengan de la renovación o modificación de una póliza respecto de un mismo riesgo o responsabilidad asumida corresponderán a los agentes que hayan colocado la póliza inmediata anterior, salvo que abandonen el negocio, que su contrato de intermediación se haya rescindido sin responsabilidad de las instituciones, hubieren fallecido o el contratante exprese por escrito a las instituciones que ya no desea la intermediación de esos agentes o revoque su designación nombrando uno distinto.

En caso de fallecimiento del agente persona física, el derecho de cobro de las comisiones pasará a sus legítimos causahabientes durante el tiempo en que estén en vigor las pólizas.

Los agentes que operen con base en contratos mercantiles, así como sus causahabientes podrán ceder a otros agentes los derechos que les correspondan derivados de su cartera de pólizas, debiéndose hacer del conocimiento de las instituciones respectivas (art. 26, *RASF*).

Las afianzadoras tendrán preferencia sobre los derechos antes mencionados, salvo el caso de cesión de tales derechos que hagan los agentes persona física a los agentes personas morales de los cuales sean socios o con motivo de la fusión de dos o más agentes personas morales. El derecho de preferencia deberá ejercitarse en un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la notificación que a las propias instituciones les hagan los agentes o sus causahabientes.

4.9 Obligaciones de los agentes de fianzas

Entre las obligaciones de los agentes de fianzas se encuentran:

- Dar aviso a la CNSF, por lo menos con diez días hábiles de anticipación, del establecimiento, cambio de ubicación y clausura de oficinas. De igual manera se dará el aviso a los fiados (art. 88, *LFIF*).
- Contratar y mantener vigente un seguro de responsabilidad civil por errores y omisiones, por los motivos, términos y bajo las condiciones que la CNSF establezca mediante disposiciones de carácter general, con el fin de garantizar el cumplimiento de las responsabilidades en que puedan incurrir frente al público usuario, en razón de las actividades de intermediación que realicen en consideración del total de las primas que los agentes generen o puedan generar con su intermediación, el monto de las sumas garantizadas y, en su caso, el capital pagado con que cuenten, salvo que por su naturaleza no se considere necesario (art. 23, *RASF*).

- Ingresar a las instituciones, en un plazo que no podrá exceder de diez días hábiles contados a partir del día siguiente de su recepción, los cheques y el numerario que hayan recibido por cualquier concepto correspondiente a las pólizas contratadas con su intermediación, así como cualquier documento o recuperación que les hubieren entregado con relación a dichas pólizas (art. 24, *RASF*).
- Informar a quien pretenda contratar una fianza, por lo menos lo siguiente (art. 7º, *RASF*):
 - Su nombre completo, tipo de autorización, número y vigencia de su cédula, así como el domicilio donde realiza sus actividades y, en caso de los apoderados de fianzas, la denominación de la persona moral que represente.
 - En su caso precisar que carece de facultades de representación de la afianzadora, para aceptar obligaciones y suscribir o modificar pólizas, salvo que se trate de agente mandatario.
 - El costo aproximado de la prima y que la fianza se puede exigir cuando se extinga la obligación principal garantizada o por causas aplicables a la fianza, así como que deberá pagar primas anuales durante el tiempo de vigencia de la fianza.
 - Que la información y documentación que proporcionen en el contrato-solicitud o en la solicitud del contrato sea verdadera y auténtica, y que dichos documentos estarán sujetos a la aceptación de la afianzadora.
 - Presentar el contrato-solicitud o la solicitud del contrato ante la afianzadora dentro de un plazo no mayor de tres días hábiles, contados a partir de que sea devuelto, debidamente llenado y formado por el proponente.
 - Mantener informado sobre el trámite que siga su solicitud dentro de la afianzadora si la póliza no es expedida dentro de los diez días hábiles siguientes al ingreso del contrato-solicitud.
 - En caso de aceptación por parte de la afianzadora, entregará al proponente el documento donde conste dicha aceptación; en caso de no aceptación por la afianzadora, el agente o apoderado de fianzas se lo informará por escrito, a más tardar, el día hábil siguiente a aquel en que el agente o apoderado de fianzas tenga ese conocimiento.
 - Que sólo podrán cobrar primas contra recibos oficiales expedidos por las afianzadoras.

4.10 Prohibiciones de los agentes de fianzas

Entre sus prohibiciones se encuentran:

- Actuar como agentes apoderados en representación de una institución de fianzas sin previa autorización de la CNSF (art. 89, *LFIF*). En estos casos, los agentes personas morales o las instituciones de fianzas responderán por los actos que realicen las personas sin autorización o refrendo, pero con su consentimiento (arts. 16 y 17, *RASF*).
- Transferir sus autorizaciones para actuar como agentes (art. 87, *LFIF*).
- Recibir de las instituciones o de interpósitas personas, pólizas o contratos que establezcan obligaciones para la institución sin requisitar, firmados previamente por funcionario, representante legal o persona

autorizada para tal efecto, salvo tratándose de fianzas que garantizan la libertad caucional, caso en el cual se llevará un registro específico de su numeración y del agente que la reciba (arts. 86 Bis-1 y 89, Bis-1, *LFIF*).

- Proporcionar datos falsos de las instituciones de fianzas (art. 90, *LFIF*).
- Recibir anticipos o pagos de primas con recibos distintos a los oficiales expedidos por las instituciones de fianzas (art. 90 Bis, *LFIF*).

4.11 Procesos sancionadores en contra de los agentes

Las sanciones administrativas, con independencia de las de orden penal y de responsabilidad civil que llegasen a determinar las autoridades competentes, serán impuestas por la CNSF y podrán consistir en (art. 27, *RASF*):

- Amonestación.
- Multa.
- Suspensión.
- Inhabilitación.
- Revocación.

En todos los casos, la CNSF deberá oír previamente al interesado con el fin de que ofrezca pruebas y alegue lo que a su derecho convenga, y tomará en cuenta la importancia de la infracción y las condiciones del infractor, razón por la cual las sanciones antes mencionadas no son de aplicación sucesiva.

La determinación de las sanciones se hará conforme al siguiente procedimiento (art. 34, *RASF*):

- I. Se iniciará de oficio o por queja presentada por cualquier persona afectada que tenga interés jurídico respecto de la infracción.
- II. Las quejas que se formulen deberán estar apoyadas en pruebas documentales o elementos probatorios suficientes que hagan probable la infracción del agente o apoderado, pues de lo contrario se dictará su sobreseimiento.
- III. Se notificará al agente o apoderado el inicio del procedimiento mediante oficio de la CNSF y, en su caso, copia de la queja y sus anexos, para que en un término de diez días hábiles contados a partir de la fecha de notificación, conteste por escrito sobre los hechos que se le imputan y rinda las pruebas correspondientes. La contestación deberá referirse a todos y a cada uno de los hechos afirmándolos, negándolos, expresando los que ignore por no ser propio o refiriéndose como crea que tuvieron lugar. Se presumirán aceptados los hechos sobre los cuales el agente o apoderado no suscitare explícitamente controversia, salvo prueba en contrario.

- IV. En el caso de que el agente o apoderado omita formular la contestación antes citada, dentro del término de diez días hábiles previamente citados, precluirá su derecho sin que se requiera declaración al respecto y continuará el procedimiento.

La CNSF tendrá la facultad de allegarse todos los elementos de juicio que estime necesarios para conocer con precisión los hechos que hayan motivado el procedimiento. Para tal efecto, podrá valerse de cualquier persona o documento sin más limitaciones que las pruebas no estén prohibidas por ley y tengan relación con los hechos controvertidos.

Desahogadas las pruebas y con los elementos que, en su caso, se hubiese allegado la CNSF, se resolverá sobre la inexistencia de la infracción, imponiendo en su caso la sanción correspondiente y notificándosele la resolución al interesado.

- V. Si de la investigación se advierten nuevos elementos que impliquen otras infracciones a cargo del agente o apoderado o de otras personas, se acordará la iniciación de otro procedimiento y, en su caso, podrá disponerse la práctica de investigaciones.
- VI. En caso de que durante el procedimiento terminara la vigencia de la autorización del agente o apoderado, o se cancelara su cédula, el procedimiento se suspenderá y deberá reanudarse cuando el agente o apoderado obtenga una nueva autorización.

Las notificaciones se harán en el último domicilio registrado ante la CNSF, excepto que se hubiese designado uno específico para esos efectos, lo cual se hará del conocimiento de la institución o del agente persona moral, según corresponda (art. 35, *RASF*).

Los agentes o apoderados podrán interponer a las sanciones el recurso de revocación, presentándolo por escrito dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación y deberá agotarse antes de proceder al ejercicio de cualquier otro medio de impugnación (art. 68, fr. V, *LFIF*).

El recurso indicado deberá interponerse ante la Junta de Gobierno de la CNSF, cuando la sanción haya sido emitida por ese cuerpo colegiado o por el Presidente de la CNSF, ante éste último cuando se trate de sanciones impuestas por los otros servidores públicos de ese órgano desconcentrado.

El escrito deberá contener la expresión del acto impugnado y los agravios que cause, ofreciendo cuando sea posible las pruebas que al efecto juzgue convenientes. Cuando no se manifieste el acto impugnado o no se expresen agravios, la autoridad competente desechará por improcedente el recurso interpuesto. Si se omitieron las pruebas, se tendrán por no ofrecidas.

La resolución del recurso de revocación deberá emitirse en un plazo no superior a cuarenta y cinco días hábiles posteriores a su interposición, cuando corresponda su resolución al Presidente de la Comisión; y de sesenta días hábiles cuando sea competencia de la Junta de Gobierno, la cual podrá dictarse en cuatro sentidos: ser desechado de inicio, confirmar el acto, mandar a reponer el acto por uno nuevo que lo sustituya o mandar su revocación.

La interposición del recurso de revocación suspenderá la ejecución de la sanción impuesta y en caso de confirmarse el acto impugnado de manera total o parcial, se deberá disponer lo conducente para que la sanción sea ejecutada de manera inmediata a su notificación.

4.11.1 Amonestación

Cada una de las acciones u omisiones de los agentes de seguros y fianzas que no se apeguen totalmente a las disposiciones dictadas en la materia ameritan amonestación, la cual se hará de forma escrita en los siguientes casos (art. 28, *RASF*):

- A los agentes personas físicas o apoderados que incumplan con las fracciones I y II del artículo 7º del *RASF*, según corresponda, es decir, cuando no proporcionen sus datos y facultades de representación ante los solicitantes de la fianza.
- A los agentes que por primera ocasión omitan informar a la CNSF el cambio de ubicación o clausura de sus oficinas en términos del artículo 88 de la *LFIF*, que marca que con una anticipación de diez días hábiles al cambio se deberá dar aviso de esta circunstancia.
- Asimismo, se sancionará a los que omitan dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 23 del *RASF*, es decir, a los que no contraten el seguro de responsabilidad civil por errores y omisiones en relación con las actividades de intermediación que realicen.

4.11.2 Multa

Las multas derivadas de la *LFIF* serán impuestas por la CNSF y corresponde a la SHCP hacerlas efectivas, previa audiencia del interesado y tomando como base el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse la infracción (art. 29, *RASF*).

Art. 111, *LFIF*. "Las sanciones correspondientes a las infracciones previstas en esta Ley, así como a las disposiciones que de ella emanen serán impuestas administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas de acuerdo a lo siguiente:

VI.- Multas de 1000 a 8000 días de salario, a la institución de fianzas, a sus empleados o a sus agentes, que en alguna forma ofrezcan o hagan descuentos o reducción de primas u otorguen algún otro beneficio no estipulado en la póliza, como aliciente para tomar o conservar un contrato de fianza;

VI Bis.- Multa de 1000 a 8000 días de salario, a la institución de fianzas, a sus funcionarios, empleados y a los agentes, que contravengan lo dispuesto por los artículos 60 fracción VI y 89 Bis-1;

VII.- Multa de 1000 a 8000 días de salario, independientemente de las responsabilidades civiles o penales en que incurran, a los funcionarios o empleados de una institución de fianzas o a sus agentes,

que proporcionen datos falsos, o detrimentes o adversos, respecto a las instituciones de fianzas o que en cualquier forma hicieren competencia desleal a las mismas...”.

Las multas impuestas deberán ser pagadas dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación y cuando el infractor promueva cualquier medio de defensa legal en contra de la multa que se le hubiese aplicado, en caso de que resultase confirmada, total o parcialmente, su importe deberá ser cubierto de inmediato una vez que se le notifique al infractor la resolución correspondiente.

En caso de reincidencia se podrá castigar con multa hasta por el doble de la máxima prevista para la infracción de que se trate.

4.11.3 Suspensión

La imposición de tres amonestaciones escritas en un periodo de trescientos sesenta días naturales traerá como consecuencia la suspensión de los agentes personas físicas o apoderados durante treinta a sesenta días naturales para desempeñar actividades de intermediación (art. 28, *RASF*).

Por ese mismo plazo de treinta a sesenta días naturales serán suspendidos los agentes personas físicas, apoderados o agentes personas morales, que haciéndolo por primera vez no afecten al proponente o haciéndolo resarzan el daño, derivado de haber dejado de entregar a las instituciones de fianzas las primas ingresadas o los documentos y bienes que reciban por su cuenta, dentro de diez días hábiles contados a partir de su recepción (art. 31, fr. I, *RASF*).

Serán suspendidos los agentes personas físicas o apoderados durante un periodo de treinta días naturales a dos años para desempeñar actividades de intermediación cuando (art. 30 y 31, *RASF*):

- Declaren falsamente cualquier dato de los consignados en la solicitud presentada para obtener la autorización o refrendo para actuar como agente persona física o apoderado.
- Requieran al solicitante, contratante, asegurado, fiado, obligado solidario o beneficiario cualquier prestación que no se encuentre legalmente justificada, aun cuando no se llegue a recibir.
- Omitan informar a los proponentes conforme a lo dispuesto en el artículo 7º del *RASF*.
- Incumpla con lo establecido en alguna de las fracciones III a VIII del artículo 7º del *RASF*.
- Actúen en perjuicio de los solicitantes, contratantes, asegurados, fiados o beneficiarios al obtener de ellos la cancelación, terminación o modificación de una póliza que implique pérdida o reducción de derecho, o contraprestaciones mayores.

- Proporcionen datos falsos a las instituciones sobre la persona del solicitante, contratante, asegurado, fiado, obligado solidario o beneficiario, o desvirtúen la naturaleza del riesgo o responsabilidad que se proponga asegurar o afianzar o se haya asumido.
- Oculten a las instituciones la existencia de hechos cuyo conocimiento habría impedido la celebración del contrato de fianza o hubiere cambiado las condiciones de la contratación respectiva.

Declarada la suspensión, el agente o apoderado, deberá entregar la cédula a la CNSF, la cual la devolverá al interesado una vez concluido el periodo de suspensión.

4.11.4 Inhabilitación

A pesar de que este supuesto se encuentra establecido en el *RASF*, no existe ninguna hipótesis en que la inhabilitación se configure en perjuicio de los agentes de fianzas. Lo anterior permite suponer que queda a discreción de la CNSF, la CNBV, la SHCP, o bien, el SAR, determinar una situación que amerite esta sanción.

4.11.5 Revocación

La autorización provisional será revocada a personas físicas que se encuentren en capacitación por las instituciones de fianza, cuando incurran en algún supuesto de los establecidos en los artículos 30 y 31 del *RASF* antes citados (art. 20, *RASF*).

Tratándose de agentes personas físicas o apoderados de personas morales con autorización definitiva, será revocada su autorización para desempeñar actividades de intermediación, cuando (art. 31, *RASF*):

- Dejen de entregar a las instituciones las primas ingresadas o los documentos y bienes que reciban por su cuenta, dentro de diez días hábiles, contados a partir de su recepción (art. 24, *RASF*), salvo que como fue mencionado, el agente o apoderado incurra en esta infracción por primera ocasión y no se afecte al proponente o se resarza el daño, aplicando en este caso una suspensión de treinta a sesenta días naturales.
- Actúen dentro del territorio nacional en la celebración de contratos de fianza, como representante o intermediario de cualquier empresa no autorizada para funcionar en el país como institución de fianzas.
- Se ubiquen en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 13 del *RASF*.
- Actúen como agentes o apoderados encontrándose suspendidos.
- Entren en concurso o quiebra, hasta que el procedimiento termine por rehabilitación.

La revocación surtirá efecto respecto de todas las autorizaciones otorgadas al infractor para ejercer actividades de intermediación.

Declarada la revocación, la persona sancionada deberá entregar la cédula a la CNSF, la cual procederá a su cancelación, además de que no podrá continuar realizando actividades de intermediación.

Tratándose de agentes personas morales, su autorización será revocada cuando (art. 32, *RASF*):

- Dejen de entregar a las instituciones las primas ingresadas o los documentos y bienes que reciban por su cuenta dentro de diez días hábiles, contados a partir de su recepción (art. 24, *RASF*), salvo que como fue mencionado, el agente persona moral incurra en esta infracción por primera ocasión y no se afecte al proponente o se resarza el daño, aplicando en este caso una suspensión de treinta a sesenta días naturales.
- Celebren contratos o convenios para intermediar contratos de fianzas dentro del territorio nacional con instituciones no autorizadas legalmente para operar en el país.
- Actúen como agente persona moral encontrándose suspendido por sanción aplicada por autoridad competente.
- Entren en disolución, liquidación, concurso mercantil o quiebra, salvo que en el procedimiento de quiebra se determine la rehabilitación.
- Tres de sus apoderados hayan sido sancionados con la revocación de su autorización para ejercer la actividad de intermediación, en un periodo de trescientos sesenta días naturales.

4.12 Cancelación de la cédula

La CNSF procederá a la cancelación de la cédula cuando la autorización correspondiente se extinga por motivo de (art. 37, *RASF*):

- Revocación de la autorización.
- Muerte.
- Renuncia a ejercer las actividades de intermediación.
- Terminación de la relación laboral en el caso de agentes personas físicas vinculadas a las instituciones de fianza por una relación de trabajo.
- Ser declarado en estado de interdicción.
- Disolución y liquidación, concurso mercantil o quiebra de los agentes personas morales.
- Fusión, en cuyo caso se cancelará la de la fusionada.

Una vez analizada la participación de los agentes de fianzas, su clasificación, los requisitos para ser agente de fianzas, derechos, obligaciones, prohibiciones y las sanciones que les pueden ser impuestas, continúa el estudio del procedimiento de suscripción por medio del cual las instituciones de fianzas emiten las pólizas con las que se constituyen como garantes a favor de terceros.

CAPÍTULO V

PROCESO DE SUSCRIPCIÓN

5.1 ¿En qué consiste el proceso de suscripción?

El proceso de suscripción consiste en el camino a seguir para que una institución de fianzas se constituya como fiadora de una obligación. Dentro de este proceso se incluyen las fases para llevar a cabo el análisis minucioso del riesgo sobre la obligación que se va a garantizar, el monto de la prima, el análisis del fiado y del solicitante de la fianza, así como de las garantías de recuperación, concluyéndose el proceso con el pago de la prima y la expedición de la fianza.

5.2 Políticas generales

El 23 de febrero del 2009 fue publicada en el *DOF* la *Circular F-2.3*, mediante la cual se dieron a conocer una serie de medidas mínimas que deben considerarse en el proceso de suscripción de las fianzas, entre las que se contemplan:

I. Estrategias, políticas y procedimientos de suscripción, emisión y control de fianzas

Estas estrategias deben estar contenidas en un Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías, el cual es aprobado por el Consejo de Administración a propuesta del Director General de la institución de fianzas correspondiente y revisado por lo menos una vez al año para ser presentado ante la CNSF, documento en el cual se deben establecer:

- Los lineamientos a considerar para llevar a cabo un adecuado análisis de la obligación a garantizar del solicitante de la fianza, fiado, contrafiador y/o obligado solidario, así como de las garantías de recuperación;
- El establecimiento de estrategias, políticas y procedimientos de suscripción de fianzas, así como de calificación de garantías de recuperación.
- La promoción y suscripción de fianzas.
- El control y revisión del cumplimiento de las normas, políticas y procedimientos de suscripción de fianzas y de obtención de garantías.
- La evaluación y el seguimiento del riesgo de la suscripción de fianzas acordes con las estrategias que se hayan determinado.

- La recuperación de las garantías.
- La implantación de sistemas de información de fianzas.
- La integración de expedientes de fianzas y garantías.

II. De la constitución y operación de un Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas

El Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas estará conformado por funcionarios que cuentan con facultades para suscribir fianzas, mismo que podrá crear subcomités regionales para su auxilio, con el fin de analizar las solicitudes que les hagan llegar las áreas de Promoción o Venta de la institución conforme a las facultades que se establezcan en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías.

Dicho Comité evaluará que ninguna fianza se emita sin que se cuente con la información y documentación mínima que se haya establecido en dicho Manual y las disposiciones aplicables, tomando en cuenta cuando menos:

- La viabilidad del negocio a afianzar.
- La garantía o garantías de recuperación.
- La exposición a riesgo por la acumulación de responsabilidades por fiado.
- La solvencia del solicitante de la fianza o de los obligados solidarios y, en su caso, solicitar sus flujos futuros de efectivo.
- La relación entre el ingreso del posible fiado y el pago de la obligación principal, en su caso, y la relación entre dicho pago y el monto de la fianza.
- La posible existencia de riesgos comunes por asumir una misma responsabilidad en términos del artículo 20 de la *LFIF*.
- La determinación de una calificación de riesgo conforme a la experiencia de la institución afianzadora y a la del sistema afianzador mexicano, salvo cuando se trate de empresas fiadas nuevas.
- En todo caso y según se trate, la razonabilidad de los estados financieros y sus dictámenes, de la relación de bienes patrimoniales y en general de la información y documentación presentada por el posible fiado y obligados solidarios.

En el caso de fianzas con garantías reales de recuperación, se revisará el estado físico, la situación jurídica y los seguros del bien de que se trate si existen, así como las circunstancias de mercado, considerando una estimación del valor del bien objeto de la garantía. Asimismo, tratándose de garantías personales, se evaluará al garante como a cualquier otro fiado.

Los modelos de contratos y demás instrumentos jurídicos que documenten las operaciones deberán ser aprobados por el Área Jurídica de la institución de fianzas.

Cualquier cambio significativo a los términos y condiciones que hubieren sido pactados en una fianza será motivo de una nueva evaluación y aprobación, debiéndose seguir al efecto los procedimientos contenidos en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías.

III. De la contraloría normativa

Las instituciones de fianzas deben designar un área especial que realizará función de Contralor de Garantías de Recuperación, dependiente del Consejo de Administración y dirigido por un Consejero Delegado del propio Consejo, o bien, del propio Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas

Esta área debe encargarse principalmente de verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requerimientos establecidos en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías; comprobar que las garantías de recuperación que se acepten se documenten en los términos y condiciones que al efecto hubieren sido aprobadas por la institución; cerciorarse que las áreas correspondientes den seguimiento individual y permanente a cada una de las fianzas de la institución; corroborar la entrega en tiempo y forma de los diversos archivos, reportes e informes entre los distintos funcionarios, áreas y órganos sociales involucrados en la actividad de suscripción de fianzas, y la aprobación de garantías de recuperación de la institución.

IV. De los sistemas de información de fianzas

Las instituciones de fianzas deben contar con sistemas de información de la situación de las fianzas otorgadas, los cuales deberán:

- Permitir la debida interrelación e interfases automatizadas entre las distintas áreas que participan en el proceso de suscripción de fianzas y calificación de garantías.
- Generar reportes confiables, evitar entradas múltiples y la manipulación de datos, así como permitir la conciliación automática, oportuna y transparente de la contabilidad.
- Mantener controles adecuados que procuren su seguridad tanto física como lógica, así como medidas para la recuperación de la información en casos de contingencia,.
- Proporcionar la información necesaria para la toma de decisiones en materia de suscripción de fianzas y calificación de garantías por parte del Director General y el Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas.

V. Del control de expedientes

Por cuanto se refiere a la integración de expedientes de fianzas y garantías, las instituciones deberán integrar y conservar un expediente único por cada fiado en donde se contenga, entre otros, la documentación e información siguiente:

- Solicitud o contrato-solicitud de fianza.
- Copias cotejadas por la institución de escrituras constitutivas del fiado, obligado solidario y modificaciones a las mismas, tratándose de personas morales, debidamente inscritas en el *RPPC* o los documentos y requisitos equivalentes en el extranjero; escrituras de otorgamiento de poderes por los fiados en favor de las personas que suscriban los contratos, y escrituras de otorgamiento de poderes por los obligados solidarios a favor de las personas que los representen.
- Estados financieros dictaminados de los dos últimos ejercicios, en su caso, incluyendo relaciones analíticas o notas aclaratorias de los principales renglones, cuando el fiado u obligado solidario sea una persona moral.
- Estado de situación patrimonial con antigüedad no mayor a un año que incluya pasivos, emitidos por fiados u obligados solidarios, cuando se trate de personas físicas.
- Documento fehaciente en el que se haya hecho constar la constitución de las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener en términos de la ley.
- Copia simple del documento o proyecto de documento en que consta la obligación principal.
- Estimaciones actualizadas de los bienes que garanticen la recuperación.
- Certificados de libertad o existencia de gravámenes de las garantías.
- Reportes sobre la verificación de la existencia, legitimidad, valor y demás características de las garantías.
- Pólizas de seguros que, en su caso, amparen las garantías en favor del fiado u obligado solidario, vigentes durante la duración de la fianza.
- Análisis de viabilidad de la recuperación de las garantías.
- Autorización del convenio judicial, en su caso.
- Identificación e integración del grupo económico al que pertenezca el fiado, en su caso.
- Correspondencia, en su caso, con el fiado y obligado solidario, como cartas o telegramas.

- Documento en el que se haya hecho constar la autorización de la suscripción de la fianza por el Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas, cuando así corresponda.

Para dar un efectivo cumplimiento a lo anterior, las instituciones tienen la responsabilidad de:

- Designar personal responsable de integrar y actualizar los expedientes, así como de controlar el servicio de consulta de los mismos.
- Instrumentar un mecanismo de control y verificación que permita detectar documentación e información faltante en los expedientes de las fianzas y garantías.
- Contar para cada una de las etapas con procesos administrativos adecuados y preferentemente sistemas computacionales que permitan el logro de sus objetivos en materia de suscripción de fianzas y calificación de garantías, ajustándose a la circular, así como a las políticas y procedimientos establecidos en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías.
- Desarrollar y aplicar, según corresponda, sistemas y procedimientos de prevención de riesgos de operación, así como de fraudes.
- Contar con mecanismos que les permitan asegurarse de la solvencia moral y capacidad técnica del personal involucrado en la actividad afianzadora, así como desarrollar programas anuales de capacitación.
- Prohibir a los agentes, empleados, funcionarios y consejeros de participar en el proceso de calificación de garantías y en las sesiones del Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas, a propósito de fianzas que les representen un conflicto de intereses.

5.3 Solicitud de la fianza

Para la expedición de una póliza de fianza se requiere, por un lado, la voluntad expresa de un solicitante y, por el otro, el análisis de la institución afianzadora acerca de la conveniencia de garantizar una obligación determinada conforme a lo antes referido.

La solicitud de la fianza se puede hacer directamente en una institución de fianzas, o bien, a través de un agente u agencia de fianzas.

El solicitante de la póliza puede ser cualquier persona física o moral, sea o no el obligado principal del acreedor, es decir, cualquier persona que tenga interés en que la empresa afianzadora garantice una obligación, por tanto, puede serlo el mismo fiado o un tercero con interés legítimo.

Para comprender mejor lo citado se puede clasificar al solicitante en:

- A) Solicitante–beneficiario.
- B) Solicitante–tercero.

Y a la vez, el solicitante-tercero puede clasificarse para mayor precisión en:

- B.1) Solicitante–fiado.
- B.2) Solicitante que siendo un tercero es distinto al fiado.

5.3.1 Solicitante–beneficiario

La fianza en nuestro derecho ha sido conceptualizada tradicionalmente como un contrato celebrado entre el fiador y acreedor (art. 2794, *CCF*); sin embargo, en la práctica el acreedor de la obligación principal (beneficiario de la obligación accesoria) raramente llega con la institución a solicitar la fianza, pues lo común es que el acreedor de la obligación principal solicite al deudor que garantice el cumplimiento de su obligación por medio de una fianza.

Un ejemplo común por el cual el propio beneficiario o acreedor es el que solicita la expedición de la póliza de fianza, es en las fianzas de fidelidad, por medio de la cual un patrón previene la afectación de su patrimonio de un acto ilícito que pudiera realizar alguno de sus trabajadores.

5.3.2 Solicitante–tercero

Como fue mencionado, lo más común es que la fianza sea solicitada por el propio fiado, es decir, por el deudor principal en la obligación que se pretende garantizar, o bien, por una persona distinta al acreedor-beneficiario que tenga interés en que se expida la fianza, llamándole para efectos prácticos un tercero-solicitante por no ser el propio acreedor-beneficiario el solicitante de su expedición.

5.3.2.1 Solicitante–fiado

A pesar de ser contrario a lo dispuesto en el artículo 2794 del *CCF*, donde se conceptualiza al contrato de fianza como aquel celebrado entre el fiador y acreedor, resulta frecuente que el mismo sea celebrado entre la institución afianzadora y su fiado, a favor del acreedor. Al respecto, la SCJN se ha pronunciado mediante la tesis intitulada **FIANZAS. ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCERO**⁷³, que no es contrario a la razón y al derecho que dos partes estipulen o convengan que la prestación objeto de la obligación creada por el contrato sea en provecho o a favor de tercero ajeno al contrato, pues bien “la estipulación a favor de tercero no constituye una fuente de obligaciones distinta del contrato, sino por el contrario, es una parte del mismo, por tanto no difiere del contrato sino que es apenas una forma de contratar en que por lo menos una de las obligaciones que crea el acuerdo de voluntades, nace a favor de un tercero no contratante: el beneficiario de la estipulación”.

Supuestos en los que el deudor de la obligación principal (fiado) solicita la fianza son muchos, derivado de que resulta ser comúnmente el interesado en la consecución de ciertos efectos jurídicos al encontrarse condicionado para su celebración a que exhiba una garantía, tal es el caso de un contrato de arrendamiento donde se exige al arrendatario (fiado) una fianza que garantice el pago de las rentas; o bien, el caso de un contrato de obra

⁷³ 5a. Época; 2a. Sala; SJF; CXXXI; p. 732; [T.A.]; Registro No. 315969.

determinada en el cual el contratista le solicita al contratado (fiado) una fianza para asegurar el cumplimiento de la obra, bajo la pena de no celebración o rescisión del contrato.

5.3.2.2 Solicitante que siendo un tercero es distinto al fiado

Un tercero que no sea el acreedor-beneficiario ni el deudor-fiado puede solicitar la celebración del contrato, como en el caso en que el beneficiario se encuentre recluido y, por lo tanto, su abogado o algún familiar tengan la necesidad de solicitar la expedición de la póliza de fianza con las correspondientes garantías de recuperación a favor de la afianzadora.

5.4 Análisis del cliente

Como consecuencia de los altos índices de delincuencia organizada en delitos de lavado de dinero previsto en los artículos 139 y 400 Bis del *CPF*, el Grupo de Acción Financiera sobre Bloqueo de Capitales (GAFI) colaboró para que el 14 de mayo del 2004 se publicara en el *DOF* la *Resolución por la que se expiden las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 112 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas*, a efecto de que éstas y otros organismos financieros homologuen sus sistemas preventivos a través de una política de conocimiento de sus clientes, de lo que se desprende que las instituciones y agentes de fianzas para suscribir contratos de cualquier tipo requieren que sus clientes hayan cumplido satisfactoriamente los requisitos de identificación establecidos en dicha resolución.

Los requisitos que se desprenden de la resolución comentada refieren principalmente a la documentación a presentar ante las instituciones de fianzas para poder celebrar cualquier contrato conforme a las facultades que le confiere la ley a dichos organismos. Dependiendo de si el cliente se trata de una persona física, o bien, moral mexicana o extranjera, se requiere una documentación especial.

5.4.1 Tratándose de personas físicas

Cuando se trate de personas físicas de nacionalidad mexicana, en el expediente se asentarán los siguientes datos: apellido paterno, apellido materno y nombre(s); domicilio particular (calle, número, colonia, código postal, delegación o municipio, ciudad o población y entidad federativa); fecha de nacimiento; nacionalidad, ocupación o profesión; actividad o giro del negocio; teléfono(s) en que se le pueda localizar; correo electrónico, en su caso; así como la Clave Única del Registro de Población (CURP) y/o el Registro Federal de Contribuyentes (RFC), cuando cuente con ellos.

Asimismo, se requerirá la presentación de los siguientes documentos:

- A) Identificación personal que deberá ser en todo caso un documento original oficial emitido por autoridad competente, vigente a la fecha de su presentación, en donde aparezca fotografía, domicilio y firma del portador. Para estos efectos se considerarán como documentos válidos de identificación personal, entre otros, la credencial para votar emitida por el Instituto Federal Electoral, el pasaporte emitido por la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cédula profesional, la cartilla del servicio militar nacional y la tarjeta

única de identidad militar. También se considerarán como documentos válidos de identificación la tarjeta de afiliación al Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM), las credenciales y carnets expedidos por el IMSS, las credenciales de instituciones públicas de educación media superior y superior, licencia para conducir, certificado de matrícula consular, credenciales emitidas por entidades federales y estatales; así como cualquiera que sea expedido por autoridad competente para obtener recursos o apoyos de programas gubernamentales, federales, estatales o municipales. De acuerdo con sus características y las del lugar en que se realice la operación, las instituciones de fianzas podrán establecer medidas que les permitan verificar de manera razonable la identidad de sus clientes, como pueden ser testimonio rendido ante autoridad jurisdiccional competente, testigos de conocimiento o preguntas de verificación.

- B) Constancia de la Clave Única de Registro de Población (CURP), expedida por la Secretaría de Gobernación y/o Cédula de Identificación Fiscal, cuando el cliente cuente con ellas.
- C) Comprobante de domicilio, cuando el domicilio manifestado en el contrato no coincida con el de la identificación o ésta no contenga domicilio, será necesario que el cliente presente un documento que acredite debidamente su domicilio, pudiendo ser entre otros, recibo de luz, de telefonía, impuesto predial o de derechos por suministro de agua, estados de cuenta bancarios; todos ellos con una vigencia no mayor a tres meses de su fecha de emisión o contrato de arrendamiento registrado ante la autoridad fiscal competente. Se considerarán también como documentos para acreditar el domicilio del cliente, cuando contengan este dato, los indicados en el último párrafo del inciso A).

En caso de existir apoderados, las instituciones de fianzas solicitarán la presentación del original de la carta poder o copia certificada del documento expedido por fedatario público, según corresponda en los términos establecidos en la legislación común que acredite las facultades conferidas al apoderado; así como una identificación oficial y comprobante de domicilio de éste, con independencia de los datos y documentos relativos al poderdante.

Respecto de los beneficiarios de la persona física se recabarán y harán constar cuando menos: apellido paterno, apellido materno y nombre(s), domicilio particular (calle, número, colonia, código postal, delegación o municipio, ciudad o población y entidad federativa) y fecha de nacimiento de los mismos.

5.4.2 Tratándose de personas morales

En el caso de personas morales de nacionalidad mexicana, se asentarán los siguientes datos: denominación o razón social; giro mercantil, actividad u objeto social; Registro Federal de Contribuyentes (RFC); domicilio (calle, número, colonia, código postal, delegación o municipio, ciudad o población y entidad federativa); teléfono(s); correo electrónico, en su caso; fecha de constitución; nacionalidad y nombre del administrador o administradores, director, gerente general o apoderado legal, que con su firma pueda obligar a la persona moral para efectos de celebrar la operación de que se trate.

Asimismo, se requerirá la presentación de al menos los siguientes documentos:

- A) Testimonio o copia certificada de la escritura constitutiva inscrita en el Registro Público de Comercio, que acredite fehacientemente su legal existencia.
- B) Cédula de Identificación Fiscal.
- C) Comprobante de domicilio.
- D) Testimonio o copia certificada del instrumento que contenga los poderes del representante o representantes legales, expedido por fedatario público, cuando no estén contenidos en la escritura constitutiva, así como la identificación personal de éstos.
- E) Tratándose de personas morales de reciente constitución, que no se encuentren inscritas en el Registro Público de Comercio, las instituciones de fianzas les solicitarán un escrito firmado por persona legalmente facultada y que acredite su personalidad en términos del testimonio correspondiente en el que manifieste que se llevará a cabo la inscripción respectiva, cuyos datos proporcionará a la propia institución de fianzas en su oportunidad.

5.4.3 Tratándose de extranjeros

Las personas físicas deberán presentar original de su pasaporte y/o documento que acredite legal estancia el país, así como los datos del domicilio en su país de origen y del que conservarán mientras permanecen en territorio nacional.

Las personas morales deben presentar copia debidamente legalizada o apostillada del documento que compruebe fehacientemente su legal existencia, así como del que acredite como su representante a la persona física que se ostente como tal y en caso de ser ésta también extranjera deberá presentar los documentos indicados para personas físicas extranjeras.

5.4.4 Tratándose de organismos gubernamentales

Tratándose de las sociedades financieras, dependencias y entidades públicas, las instituciones de fianzas aplicarán medidas simplificadas de identificación del cliente, integrando el expediente con cuando menos los siguientes datos: denominación o razón social; actividad u objeto social; Registro Federal de Contribuyentes; domicilio (calle, número, colonia, código postal, delegación o municipio, ciudad o población y entidad federativa); teléfono(s); correo electrónico, en su caso, y nombre de la persona que de acuerdo con la ley pueda comprometer a la persona moral para efectos de la operación de que se trate.

Asimismo, se requerirá según sea el caso el testimonio o copia certificada del instrumento que contenga los poderes del representante o representantes legales, expedido por fedatario público, constancia de nombramiento expedida en términos del artículo 90 de la *Ley de Instituciones de Crédito* por funcionario competente, así como la identificación personal de éstos.

5.4.5 Tratándose de grupos financieros

En el caso de grupos financieros, el expediente de identificación del cliente podrá ser integrado y conservado por cualquiera de las entidades que formen parte del grupo, siempre que:

- A) Se cuente con la autorización expresa del cliente para proporcionar los datos y documentos relativos a su identificación, y a las entidades que conforman el grupo financiero con las que pretenda establecer una relación comercial.
- B) Las entidades que conforman el grupo financiero lo convengan por escrito.
- C) Se estipulen expresamente en el convenio las siguientes obligaciones:
 - Proporcionar a las entidades que integran el grupo financiero los datos y documentos que obran en el expediente de identificación del cliente y/o mantener el expediente a disposición de las otras entidades para su consulta y para que los proporcione a la Comisión encargada de su inspección y vigilancia cuando ésta lo requiera.
 - Las entidades integrantes del grupo podrán solicitar los datos, documentos o el expediente exclusivamente para establecer la relación comercial con el cliente y una vez establecida para los efectos indicados en el inciso anterior.
 - En caso de separación de una de las entidades que integran el grupo financiero, la entidad que se separe deberá integrar el expediente de identificación de sus clientes.

Los agentes de fianzas en la celebración de operaciones deberán recabar toda la información y documentación a la que se refiere la resolución y proporcionarla a las instituciones de fianzas a efecto de que éstas integren el expediente de identificación del cliente correspondiente.

Cuando existan indicios o certeza de que los documentos de identificación presentados por los clientes sean falsos o presenten tachaduras o enmendaduras, las instituciones de fianzas deberán optar por otro medio de identificación o solicitarles dos referencias bancarias o comerciales y dos referencias personales, que incluyan el nombre, domicilio y teléfono de quien la emita, cuya autenticidad será verificada con ésta última antes de la celebración del contrato respectivo.

Las instituciones de fianzas deberán conservar en el expediente de identificación del cliente, copia de los documentos mencionados, previo cotejo con sus originales realizado por las propias instituciones de fianzas o por sus agentes.

Las instituciones y los agentes de fianzas deberán integrar los expedientes y recabar la información antes referida para la realización de operaciones a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología

(disposición novena) y requerir la documentación antes indicada en el momento en que se presenten a ejercer sus derechos (disposición sexta).

5.5 Documentación donde se hace constar la solicitud

Es principio general del Derecho, que las partes contratantes queden en aptitud de obligarse respecto de la forma y términos que quieran obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o de requisitos determinados (art. 78, *CCom*) sin embargo, dada la importancia que tiene la actividad afianzadora y las operaciones que llevan a cabo las instituciones de fianzas dentro del sistema financiero, se tienen contemplados lineamientos mínimos a seguir para la expedición de las pólizas.

Las instituciones de fianzas deberán presentar ante la CNSF para efectos de registro y vigilancia la documentación que utilicen relacionada con la oferta, solicitud y contratación de fianzas o la derivada de éstas, cuando menos treinta días hábiles antes de su utilización o puesta en operación, con el fin de asegurar su solvencia económica y la calidad hacia los clientes. La Comisión dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de recepción de dichos documentos, podrá ordenar las modificaciones o correcciones que estime pertinentes. En caso de que la CNSF no comunique modificaciones o correcciones a los documentos y elementos presentados por las instituciones dentro de dicho plazo o no dé respuesta a las solicitudes, se entenderá por autorizada la utilización de los mismos (art. 85, *LFIF*).

La *Circular F-2.2* establece la información que debe contener el contrato-solicitud, o el documento que utilice la institución de fianzas relacionada con la solicitud, oferta o contratación de fianzas, como resulta ser:

- Ubicación y datos de inscripción en el *RPPC* del inmueble objeto de afectación.
- Nombre completo y domicilio actual del(os) fiado(s), obligado(s) solidario(s) o contrafiador(es).
- Nombre completo y domicilio actual del beneficiario, salvo en el caso de contratos-solicitud múltiples en los que intervienen varios beneficiarios y al amparo del cual se emitan diversas pólizas de fianza, quedando bajo la responsabilidad de la institución su registro.
- Nombre completo, domicilio y firma del funcionario de la afianzadora responsable de la emisión del contrato-solicitud o del documento que utilice la institución de que se trate, relacionado con la oferta, solicitud o contratación de la fianza.
- Fecha de emisión del contrato-solicitud o del documento que la institución utilice relacionado con la oferta, solicitud o contratación de la fianza.

La documentación mencionada deberá ser requisitada por las instituciones de fianzas o por sus agentes mandatarios autorizados por la CNSF y deberá ser firmado por el solicitante, fiado o las personas que hayan intervenido para constituir garantías de recuperación, como lo son los obligados solidarios o contrafiadores.

En la práctica y conforme a los formularios que utiliza cada institución afianzadora, la voluntad del solicitante se hace constar en los denominados “contratos-solicitud”, los cuales pueden o no ser contratos de adhesión y a la vez pueden o no ser celebrados en vía electrónica.

Dichos contratos-solicitud sólo funcionan como un medio por el cual las instituciones de fianzas requieren diversa documentación con el fin de asegurar la veracidad de los datos y garantías del solicitante de la fianza, así como el cobro de la prima y se encuentran enfocados a dar seguridad a la relación contractual a favor de la afianzadora, mismos que una vez llenados y redactados previamente por la institución afianzadora y conforme a las condiciones que acuerden las partes, dará pie a la tramitación de la expedición de la póliza de fianza.

Los formularios son mal llamados en la ley como “contratos-solicitud”, ya que una cosa no puede ser contrato y a la vez solicitud, por lo que en la práctica y para sobrevenir la incongruencia establecida en los contratos-solicitud viene un apartado, en el cual se hace constar la solicitud propiamente del cliente y paralelamente se estipulan las obligaciones a que se contrae como contratista, imponiéndosele la condición de nombrar garantía(s) de recuperación. No obstante, es de aclarar que una vez analizada la garantía y la veracidad de la información manifestada por el solicitante, la institución expedirá la póliza de fianza respectiva, en donde efectivamente se hacen constar las obligaciones que contrae la institución afianzadora y con ello surgen efectivamente los efectos de un contrato.

Los contratos-solicitud pueden ser celebrados de manera escrita, o bien, a través de otros mecanismos como resultan los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (art. 86 Bis, *LFIF*) y a la vez pueden ser contratos de adhesión, en los que se establezca de manera unilateral, impresa y uniforme las condiciones del contrato, siempre y cuando dichos contratos tengan la aprobación de la CNSF.

Se entiende por contrato de adhesión, aquel elaborado unilateralmente por una institución financiera, cuyas estipulaciones sobre los términos y condiciones aplicables a la contratación de operaciones o servicios sean uniformes para los usuarios (art. 56, *LPDUSF*), en otras palabras son “...aquellos en los que las condiciones son fijadas unilateralmente por una de las partes, ya que la otra no interviene en su establecimiento”.⁷⁴

Resulta pues que un contrato de adhesión lo es para el caso concreto aquel que es redactado unilateralmente por la institución afianzadora, con el fin de ser aplicado de manera uniforme a todos los usuarios y que cuenta con previa autorización de la CNSF para su uso.

5.6 Evaluación de las garantías de recuperación

A fin de evitar la descapitalización de las compañías afianzadoras, fueron previstas en la legislación las garantías de recuperación como mecanismos que les brinden seguridad patrimonial y las resarsa en caso de que tengan que cubrir las indemnizaciones por los incumplimientos de sus fiados, tal como se desprende de la exposición de motivos de 1950 sobre la *LFIF*, en donde se establece:

⁷⁴ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2003, p. 64.

“El sistema de operación se ha estructurado de modo que las instituciones sólo otorguen fianza cuando tengan suficientemente garantizada la recuperación de las cantidades que paguen en su calidad de fiadoras. Las garantías de recuperación son a tal punto importantes, que su exigencia regular es el factor primordial para que la presunción de solvencia que la ley otorga a estas empresas sea una realidad práctica...”.

En consideración de lo anterior se precisó en la *LFIF* que el solicitante, ya sea el fiado o un tercero con interés, debe constituir a favor de la institución de fianzas, suficientes garantías de recuperación para el caso de que el fiado incumpla con sus obligaciones, con el fin de mantener un adecuado control de los riesgos asumidos y, en su caso, adoptar las medidas preventivas necesarias para salvaguardar su estabilidad y solvencia (arts. 19, 24 y 31 Bis, *LFIF*).

No obstante la regla, existen dos excepciones:

1. Tratándose de fianzas de fidelidad y las que otorguen las afianzadoras ante autoridades judiciales del orden penal, las cuales podrán expedirse sin garantía suficiente ni comprobable, con la salvedad de las que garanticen la reparación del daño y las que se otorguen a los acusados para que obtengan la libertad provisional o a los procesados por delitos en contra de las personas en su patrimonio (art. 22, *LFIF*).
2. Cuando las compañías afianzadoras consideren bajo su responsabilidad que el solicitante o sus obligados solidarios sean ampliamente solventes y tengan suficiente capacidad de pago, para lo cual únicamente se requiere que la compañía recabe documentación reciente y no mayor de un año en relación con la fecha de emisión de la obligación garantizada (art., 24 *LFIF*).

En dichos supuestos, las instituciones de fianzas antes de haber pagado algún requerimiento u reclamación tienen acción para obtener el secuestro precautorio contra el solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, y así exigirles que garanticen las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad con motivo de la expedición de la fianza (arts. 97 y 98, *LFIF*):

- Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada.
- Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible, aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior.
- Cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente.
- Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto de su solvencia o a su domicilio.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de terceros, de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación.

Con respecto al término utilizado en la ley por “secuestro”, el doctor Arturo Díaz Bravo⁷⁵ expone que el mismo se utiliza de manera inapropiada, en virtud de que en buena técnica legal dicha palabra denota el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién debe entregarse, situación que no ocurre en la especie, pues ni el bien que sea embargado (palabra que debió emplearse en la ley) es cosa litigiosa, ni existe discusión sobre a quién debe entregarse.

Las instituciones de fianzas deberán comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas dentro del plazo que les indique la CNSF y en caso de no hacerlo, la Comisión ordenará el registro del pasivo correspondiente en los términos del artículo 61 de la *LFIF* (art. 19, *LFIF*).

Como ha sido mencionado, de conformidad con la disposición decimoprimeras de la *Circular F-2.3*, de fecha 10 de febrero del 2009 y publicada en el *DOF* el 23 del mismo mes y año, las instituciones de fianzas deben designar un área especial que realizará la función de contralor de garantías de recuperación, el cual cuenta con las siguientes responsabilidades:

- Verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requerimientos que se establezcan en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías, así como de los límites establecidos de conformidad con las Reglas para Fijar el Límite Máximo de Retención de las Instituciones de Fianzas.
- Verificar que la suscripción de las fianzas se desarrolle conforme a las políticas y procedimientos establecidos en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías y a la normativa aplicable, así como que los funcionarios, empleados y agentes de la institución de que se trate, cumplan con las actividades encomendadas.
- Comprobar que las garantías de recuperación que se acepten sean documentadas en los términos y condiciones en que hayan sido aprobadas por la institución, respetando las disposiciones legales y administrativas aplicables.
- Revisar que la calificación de las garantías se realice de acuerdo con la normativa aplicable al Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías de la institución y conforme a la metodología y procedimientos determinados por el Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas.
- Supervisar el desempeño de las áreas responsables del seguimiento individual y permanente a cada una de las fianzas sujetas a la aprobación del Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas y del cumplimiento de lo establecido en el Manual de Suscripción de Fianzas y Obtención de Garantías durante la vigencia de las mismas.

⁷⁵ Cfr. Díaz Bravo, Arturo, *Op. cit.*, p. 323.

- Supervisar la entrega en tiempo y forma de los diversos archivos, reportes e informes entre los distintos funcionarios, áreas y órganos sociales involucrados en la actividad de suscripción de fianzas y aprobación de garantías de recuperación de la institución, así como de la información que requiera esta Comisión.
- Realizar revisiones periódicas a los sistemas de información de fianzas.
- Comprobar que exista un adecuado control y seguimiento de los expedientes de fianzas dentro del área designada para tal efecto. La Contraloría de Garantías de Recuperación informará al Consejo de Administración, a la Dirección General y al Comité Evaluador de Riesgos y Garantías de Fianzas sobre las desviaciones que detecte con respecto a las políticas, los procedimientos y la normativa vigente en materia de suscripción de fianzas y calificación de garantías. Dichos informes deberán estar a disposición del Auditor Interno, del Contralor Normativo, del Auditor Externo y de esta Comisión para fines de inspección y vigilancia.

Las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener, de conformidad con la *LFIF*, podrán ser: prenda, garantía hipotecaria, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza o afectación en garantía. No obstante, la SHCP oyendo la opinión de la CNSF y mediante reglas de carácter general podrá consentir otras garantías de recuperación, determinar sus calificaciones y los requisitos de su constitución (art. 24, *LFIF*).

5.6.1 Prenda

La prenda como garantía real sobre bienes muebles debe consistir en dinero en efectivo, depósitos, préstamos y créditos que se hagan constar en una institución de crédito o casa de Bolsa; valores del Gobierno Federal o de instituciones de crédito, los cuales podrán ser valuados por la CNSF, instituciones de crédito o corredores públicos u otros bienes valuados por la institución de crédito o corredor (art. 26, *LFIF*).

Para la constitución de la prenda, bastan las instrucciones del deudor prendario al depositario para el caso de que los valores se encuentren depositados en una institución de crédito o casa de Bolsa.

En caso de que el dinero o los valores no se encuentren depositados en una institución de crédito o casa de Bolsa, la prenda deberá depositarse dentro de un plazo de cinco días hábiles en una institución de crédito y sólo podrá disponerse cuando la fianza sea reclamada o se cancele, o cuando se sustituya la garantía.

Si la prenda consiste en bienes distintos del dinero en efectivo o de valores, independientemente del monto de la fianza, la prenda podrá quedar en poder del otorgante de la misma, en cuyo caso éste se considerará para los fines de la responsabilidad civil o penal correspondiente, como depositario judicial (art. 27, *LFIF*).

5.6.2 Hipoteca

La hipoteca deberá constituirse sobre bienes valuados por institución de crédito o sobre la unidad completa de una empresa industrial, caso en el que se comprenderán todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en su conjunto, incluyendo los derechos de crédito a favor de la empresa (art. 28, *LFIF*).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

El monto de la fianza no podrá ser superior a 80% del valor disponible de los bienes, cuando se constituyan sobre inmuebles; y podrá constituirse en segundo lugar cuando la garantía hipotecaria se establezca sobre empresas industriales, si los rendimientos netos de la explotación, libres de toda otra carga, alcanzan para garantizar suficientemente el importe de la fianza correspondiente.

Como acreedoras de las garantías hipotecarias, las compañías afianzadoras podrán oponerse a las alteraciones o modificaciones que se hagan a dichos bienes durante el plazo de la garantía hipotecaria, salvo que resulten necesarios para la mejor prestación del servicio correspondiente.

Una vez que las fianzas correspondientes sean debidamente canceladas y siempre que no existan a favor de las afianzadoras adeudos a cargo de su fiado por primas o cualquier otro concepto que se derive de la contratación de la fianza, las instituciones de fianzas estarán obligadas a extender a los fiados, solicitantes, obligados solidarios o contrafiadores que hubieren constituido garantía hipotecaria, las constancias necesarias para la tildación de las afectaciones marginales.

Las afianzadoras serán responsables de los daños y perjuicios que causen a los interesados por no entregar a éstos las constancias antes mencionadas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la fecha en que reciban la solicitud de los mismos y, en su caso, desde el momento en que el fiado, obligados solidarios o contrafiadores cubran a la afianzadora los adeudos a su cargo.

El *RPPC* sólo procederá a la tildación de las afectaciones marginales, cuando la solicitud se presente acompañada de la constancia expedida por la afianzadora para la tildación respectiva con la ratificación de persona autorizada ante la *CNSF*.

5.6.3 Fideicomiso de garantía

El 10 de noviembre de 1999 se reformó el artículo 16 de la *LFIF*, adicionándose la fracción XV para establecer que las compañías afianzadoras podrán actuar como instituciones fiduciarias y fideicomisarias en fideicomisos de garantía, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones.

Art. 16, fr. XV, *LFIF*. "...Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a un fiduciario sustituto para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas..."

Sólo se aceptan como garantías sujetas al fideicomiso, bienes o derechos presentes no sujetos a condición (art. 29, *LFIF*).

En la constitución del fideicomiso, las partes pueden convenir el procedimiento para la exigibilidad de los bienes o derechos afectos al mismo, como pudiera ser el que convinieran las partes, o bien, el regulado en la *LFIF*.

En el caso de convenirlo, las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria (institución de fianzas) para que proceda a la enajenación de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que con el producto de esa enajenación se cubran a su favor las cantidades a que tenga derecho y debidamente comprobadas.

En el caso de que las partes convengan sujetarse a lo establecido en la *LFIF*, la operación de fideicomiso se debe sujetar a las reglas de carácter general que en su caso emita el Banco de México (art. 16, fr. VX, *LFIF*).

De acuerdo con la Circular *1/2005*, de fecha 1º de junio del 2005 y publicada en el *DOF* el día 23 del mismo mes y año, se especifica que tratándose de fideicomisos de garantía se deberá proveer en el respectivo contrato las obligaciones cuyo cumplimiento se garantizan con el patrimonio fiduciario, los bienes o derechos que constituyan dicho patrimonio, la proporción que deberá mantenerse entre el valor de los bienes o derechos que integren el patrimonio fideicomitado y el saldo insoluto de la obligación garantizada.

5.6.4 Obligación solidaria

La solidaridad surge cuando hay pluralidad de acreedores, deudores o de ambos en una obligación, cada acreedor puede exigir el cumplimiento total de la obligación y cada deudor debe cumplir en su totalidad la prestación debida.

Según Escriche:⁷⁶ “Se llaman solidarios a los deudores, cuando dos o más han impuesto la obligación de pagar uno por todos la cosa o cantidad que deben en común, de manera que cualquiera de ellos pueda ser compelido al pago total”.

En el caso concreto, el fiado no puede ser fiador de sí mismo ni mucho menos ser obligado solidario de su propia obligación, pero sí puede asegurar el pago derivado de su incumplimiento a la institución garante mediante la intervención de otro sujeto que constituya frente a éste fianza u obligación solidaria, a efecto de obligarse con todos sus bienes a cubrir en su totalidad la obligación debida.

El obligado solidario se constituye al lado del solicitante de la fianza, en una relación plural pasiva frente a la institución de fianzas, obligándose a pagarle, cada uno por sí, la totalidad de la prestación debida (art. 1987 *CCF*), es decir, la existencia del obligado solidario en la fianza de empresa busca incluir en la relación jurídica, celebrada entre la compañía afianzadora y el solicitante, a alguien que respalde su solvencia a través de un patrimonio diferente, que permita a la institución garante tener bienes o activos sobre los cuales ejecutar las responsabilidades que deriven del incumplimiento del fiado, como pudieran ser los gastos de indemnización, primas, gastos, costas judiciales, etcétera.

Para poder ser obligado solidario, se debe demostrar ser propietario de bienes inmuebles inscritos en el *RPPC*, los cuales puedan afectarse en garantía en cumplimiento de su obligación.

Puede ser obligado solidario una persona física o una persona moral, requiriendo en ambos casos la capacidad general para contratar (art. 1798, *CCF*). En el caso de las personas morales, para poder comprometer el patrimonio social, el representante requiere contar con poder especial para actos de dominio (art. 24, *LFIF*). En este supuesto, pudiera darse el caso de que una misma persona se obligue en representación de la sociedad y a la vez como

⁷⁶ Escriche, Joaquín, *Op. cit.*, p. 255.

obligado solidario, en razón de que la personalidad del socio siempre es distinta a la de la sociedad, resultando que uno se obligue como fiado y el otro como obligado solidario.

La solidaridad siempre resulta de una disposición legal o de la voluntad de las partes, es decir, ésta nunca se presume (art. 1988, *CCF*), por lo que ésta debe constar de manera expresa en el contrato-solicitud o en cualquier otro documento en donde se haga constar la voluntad del obligado solidario para constituirse como tal.

5.6.5 Contrafianza

El contrafiador es quien constituye a favor de la institución de fianzas una contragarantía, es decir, el sujeto obligado frente a la afianzadora a pagar el reembolso de los gastos derivados del incumplimiento del fiado, una vez que ésta haya erogado los gastos indemnizatorios a favor del beneficiario.

El contrafiador debe demostrar ser propietario de bienes inmuebles suficientes inscritos en el *RPPC*, pudiendo afectarlos en garantía en cumplimiento de su obligación (art. 30, *LFIF*).

Los representantes legales de personas morales que se constituyan contrafiadores de fiados en documentos o contratos-solicitud de fianzas proporcionados por las instituciones de fianzas, deberán tener conferidos poderes para rigurosos actos de dominio y si éstos no están limitados expresamente para que el mandatario no pueda comprometer el patrimonio de su representada en relación con obligaciones de terceros, la contrafianza así establecida surtirá los efectos legales correspondientes ante la afianzadora.

En todo caso, el monto de la responsabilidad de la institución no excederá de 80% del valor disponible de los bienes (art. 30, *LFIF*).

Es de precisar que, tratándose de la contrafianza, si se hubiese otorgado sin renuncia de los beneficios de orden y excusión, la institución fiadora ahora en su carácter de acreedor deberá primeramente demandar al deudor principal y hacer exclusión total de sus bienes, para después demandar al contrafiador; en tanto que en la obligación solidaria, puede la afianzadora demandar indistintamente de cualquiera de ellos la totalidad de la deuda.

5.6.6 Afectación en garantía

Consiste en la anotación preventiva en el *RPPC* sobre los bienes inmuebles propiedad del fiado, obligado solidario o contrafiador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las compañías de fianzas.

El documento en que se haga la afectación debe ser ratificado por el propietario del inmueble ante juez, notario, corredor público o la *CNSF*, para ser inscrito en el *RPPC* (art. 31, *LFIF*) y desde ese momento surte efectos frente a terceros, gozando la institución de fianzas de prelación sobre otros posteriores acreedores hipotecarios (art. 100, *LFIF*).

La *Circular F-2.2.* establece los requisitos para que, a más tardar el día hábil siguiente de la presentación de los documentos que en ella se establecen, la CNSF emita la ratificación para la afectación del inmueble sujeto a garantía para su inscripción en el *RPPC*.

En cada trámite se deberá presentar ante la CNSF el contrato-solicitud o el documento que utilice la institución de fianzas, relacionada con la solicitud, oferta o contratación de fianzas, acompañado de los ejemplares correspondientes, los cuales deberán ser máximo cuatro por trámite, ser llenados a máquina o impresos, carecer de errores, tachaduras o enmendaduras, en los que de manera clara se señale:

1. Ubicación y datos de inscripción en el *RPPC* del inmueble objeto de afectación.
2. Nombre completo y domicilio actual del(os) fiado(s), obligado(s) solidario(s) o contrafiador(es).
3. Nombre completo y domicilio actual del beneficiario, salvo en el caso de contratos-solicitud múltiples en los que intervienen varios beneficiarios y al amparo del cual se emitan diversas pólizas de fianza, quedando bajo la responsabilidad de la institución su registro.
4. Nombre completo, domicilio y firma del funcionario de la afianzadora, responsable de la emisión del contrato-solicitud o del documento que utilice la institución de fianzas de que se trate, relacionado con la oferta, solicitud o contratación de la fianza.
5. Fecha de emisión del contrato-solicitud o del documento que la institución de fianzas de que se trate utilice, relacionado con la oferta, solicitud o contratación de la fianza, fecha que no deberá exceder de quince días anteriores a la fecha de su presentación ante la CNSF.

Las personas físicas que afecten bienes inmuebles deberán presentar adicionalmente al contrato-solicitud:

1. Original y copia de identificación oficial vigente que contenga nombre, foto y firma.
2. Copia certificada del acta de matrimonio, en el supuesto de estar casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y deberán presentarse ambos cónyuges a firmar.
3. Copia certificada del acta de matrimonio, en el supuesto de estar casados bajo el régimen de separación de bienes, y deberá presentarse únicamente el propietario del inmueble que se otorga en garantía.
4. Asimismo, manifestarán bajo protesta de decir verdad su estado civil, hecho que se hará constar en el documento en el que se realice la certificación de la ratificación de las firmas.

Las personas morales que afecten bienes inmuebles en garantía para el cumplimiento de las obligaciones que contraigan con instituciones de fianzas o personas físicas que designen apoderados deberán presentar adicionalmente al contrato-solicitud o documento respectivo:

1. Original y copia de identificación oficial vigente del representante legal o apoderado en la que se contenga nombre, foto y firma.
2. Original o copia certificada del acta constitutiva de la persona moral o, en su caso, testimonio o poder en donde se consigne poder general o especial para ejercer actos de dominio a nombre del representante legal o apoderado en los términos del *CCF* vigente o su correlativo en los Estados de la República Mexicana.

Las firmas de la celebración o ratificación del contrato-solicitud o documento respectivo deberán realizarse ante funcionario o delegado regional de la CNSF y una vez cumplidos los requisitos antes mencionados para personas físicas o morales, según sea el caso, el funcionario o delegado regional firmará y estampará el sello de la misma en el documento donde se haya efectuado la ratificación correspondiente, a más tardar el día hábil siguiente al de la presentación de la solicitud respectiva.

Tal como en la hipoteca, una vez que las fianzas correspondientes sean debidamente canceladas y siempre que no existan a favor de las afianzadoras, adeudos a cargo de su fiado por primas o cualquier otro concepto que se derive de la contratación de la fianza, las instituciones de fianzas estarán obligadas a extender a los fiados, solicitantes, obligados solidarios o contrafiadores que hubieren constituido garantía hipotecaria, las constancias necesarias para la tildación de las afectaciones marginales, pues de lo contrario serán responsables de los daños y perjuicios que causen a los interesados por no entregar a éstos las constancias antes mencionadas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la fecha en que reciban la solicitud de los mismos y, en su caso, desde el momento en que el fiado, obligados solidarios o contrafiadores cubran a la afianzadora los adeudos a su cargo.

El *RPPC* sólo procederá a la tildación de las afectaciones marginales cuando la solicitud se presente acompañada de la constancia expedida por la afianzadora para la tildación respectiva con la ratificación de la persona autorizada ante la CNSF.

5.7 Determinación del monto de la prima

La prima consiste en la contraprestación a cargo del solicitante de la fianza y a favor de la institución afianzadora por el servicio de constituirse como fiadora en el cumplimiento de alguna obligación, por tanto, además de ser su mecanismo de ganancia, resulta ser el soporte económico para constituir reservas de contingencia y, con ello pagar las erogaciones que deriven del incumplimiento del fiado.

Al respecto no se debe perder de vista que paralelamente al cobro de las primas, las instituciones de fianzas cuentan con el respaldo de las garantías de recuperación, lo que resulta ser el factor de equilibrio entre la solvencia de las instituciones de fianzas y los incumplimientos de sus fiados.

La fórmula resulta sencilla, pues entre mayor número de fianzas sean solicitadas a una institución, mayor será su ganancia por pago de primas; de la misma manera que entre mayor número de fianzas sean reclamadas por incumplimiento del fiado, mayores pérdidas económicas tendrán las instituciones.

Al no existir una regla fija para definir el pago de las primas, prepondera la ley de la oferta y la demanda, y en lo general, aunque resultan un tanto estandarizados los costos, su cobro se genera en relación con un porcentaje del monto de la obligación a garantizar y del análisis de las garantías de recuperación.

Molina Bello⁷⁷ hace referencia a la distribución de gastos que se obtienen del monto de las primas, indicando que además de la constitución de reservas técnicas de las fianzas que tengan en vigor las instituciones garantes, las cuales se calculan de 50% sobre la prima bruta correspondiente a la primera anualidad de vigencia de la fianza, y las reservas de contingencia, que se calculan sobre 10% de las primas retenidas y que son acumulativas; otro porcentaje se destina a los pagos por comisión a los agentes de fianzas calculados de entre el 10 y el 20% de la prima bruta, y al pago de comisiones que se efectúen a las reafianzadoras, mismo que se calcula de 30% sobre la prima que corresponda al porcentaje de participación en que intervengan.

Las instituciones de fianzas para efectos de soportar la adecuada operación de los servicios ofrecidos deben registrar ante la CNSF las notas técnicas donde se indiquen, entre otros elementos, las tarifas de las primas y su justificación técnica por conducto de un actuario con cédula profesional. En los casos en que los resultados generados no se apeguen a lo esperado en las notas técnicas y, con ello, se afecten los intereses de los contratantes, fiados o beneficiarios, así como la solvencia y liquidez de las instituciones, la CNSF podrá revocar el registro de la nota técnica y ordenar las medidas pertinentes (art. 86, *LFIF*).

5.8 Diversificación de la obligación garantizada

A las instituciones de fianzas les está prohibido asumir responsabilidades en exceso del límite máximo de emisión y de retención por fianza y acumulación de responsabilidades por fiado. En otras palabras, las compañías de fianzas se encuentran impedidas para otorgar fianzas que rebasen en su conjunto el límite máximo de operación autorizado en reglas de carácter general emitidas por la SHCP, previa opinión de la CNSF, ya que de lo contrario peligraría su estabilidad financiera (art. 17, *LFIF*).

Cuando la obligación que pretende garantizar la institución de fianzas exceda del límite fijado por la SHCP, debe distribuir entre otras instituciones el excedente y, para ello, podrá elegir entre reafianzar u cofianzar la obligación garantizada (Art. 32, *LFIF*), resultando en los límites establecidos la condición de que previamente a la expedición de la póliza de fianza respectiva cuente con la aceptación por escrito de las demás instituciones que decidan participar reafianzando u cofianzando la operación (art. 33, *LFIF*).

5.8.1 Reafianzamiento

El reafianzamiento consiste en un contrato en virtud de cual una compañía afianzadora, reafianzadora, aseguradora o reaseguradora, debidamente autorizadas por la SHCP, se obliga a pagar a otra institución de fianzas reafianzada las cantidades que proporcionalmente se comprometieron a cubrir en el caso de que el monto garantizado en la póliza de fianza a favor del beneficiario se haga exigible por incumplimiento del fiado.

⁷⁷ Cfr. Molina Bello, Manuel, *op. cit.* p. 164 y 165.

Molina Bello⁷⁸ expone: “El reafianzamiento es un contrato en virtud del cual una afianzadora, una aseguradora o una reaseguradora cede o toma el riesgo que otra u otras afianzadoras, aseguradoras o reaseguradoras contrajeron y que a su vez ceden o toman en riesgo, comprometiéndose recíprocamente, en caso de reclamación, a pagar de forma proporcional su participación en primas”.

Cabe precisar que una institución de fianzas puede brindar servicios de reafianzamiento, o bien, existen instituciones reafianzadoras nacionales u extranjeras cuyo único objeto consiste en celebrar operaciones de reafianzamiento, caso en el cual, se encuentran sometidas a las disposiciones de la *LFIF* y a la supervisión de la CNSF (art. 37, *LFIF*).

Es de precisar que en el reafianzamiento no existe relación jurídica entre el beneficiario y la institución reafianzadora, sino únicamente entre la compañía de fianzas reafianzada y estas instituciones autorizadas para asumir un nivel de responsabilidad que les resulta cedido, o bien, entre la institución de fianzas reafianzada y su beneficiario.

El pago que hacen las instituciones reafianzadoras en caso de configurarse el riesgo es proporcional al pago de las primas recibidas, las cuales en dicho momento se encuentran obligadas a proveer de fondos a la institución afianzadora reafianzada, con objeto de que ésta cumpla sus obligaciones como fiadora ante su beneficiario, pues en su caso, la reafianzadora será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su incumplimiento.

Por otro lado, la reafianzadora tendrá derecho al reembolso de las cantidades cubiertas a la reafianzada, en la medida en que se obtenga un monto de recuperación de lo pagado derivado de las garantías de recuperación, o bien, de las acciones pertinentes que ejercite la compañía de fianzas en contra de su fiado.

La compañía de fianzas está obligada a obtener el consentimiento previo de sus reafianzadoras para ampliar el monto de la fianza, modificar su vigencia, obligación garantizada, garantías de recuperación y cualquier otra característica relacionada con la póliza, así como informar sobre las negociaciones que al efecto lleven a cabo con el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, pues en caso contrario, la institución reafianzadora podrá negarse al pago, derivado de que hubieran sido modificadas las condiciones pactadas para su exigibilidad.

5.8.2 Coafianzamiento

El coafianzamiento es un contrato por el cual dos o más instituciones afianzadoras otorgan fianzas a favor de un mismo beneficiario sobre la misma obligación y de acuerdo a los montos en que cada una quiera obligarse.

Art. 116, *LFIF*. “Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un beneficio, garantizado por un mismo o diverso monto e igual concepto a un mismo fiado.

En el coafianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía”.

⁷⁸ Molina Bello, Manuel, *op. cit.* p. 156.

De la transcripción se desprende que a diferencia del reafianzamiento, en este caso, las instituciones de fianzas responden ante el fiado directamente y no de institución a institución; asimismo, que la responsabilidad asumida por las coafianzadoras no es solidaria, sino individual y directa, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos garantizados.

Para entender mejor lo dicho, está el ejemplo de que las afianzadoras "X" y "Y" otorgan fianzas, cada una por la cantidad de \$100,000.00 a favor de "A" para garantizar por "B" el pago de materiales a crédito por la cantidad de \$200,000.00. En caso de incumplimiento total del deudor, el beneficiario podrá reclamar a cada una la cantidad de \$100,000.00 a la que se comprometieron y, en caso de que el incumplimiento haya sido parcial, como ejemplo en 50%, el beneficiario solamente podrá reclamar a cada una la mitad de los montos garantizados a su favor, es decir, la cantidad de \$500,000.00.

5.9 Prohibiciones de las empresas afianzadoras en cuanto a la expedición de las pólizas

La emisión de las pólizas de fianza se rigen por disposiciones legales y principios técnicos, lo que conlleva a que las instituciones de fianzas se encuentren impedidas para llevar a cabo determinadas acciones relacionadas con tal acto, como resulta ser:

- Exceder en el monto garantizado de lo que deba el deudor principal, es decir, la obligación accesoria no puede sobrepasar a la principal (art. 2799, *CCF*).
- Expedir fianzas sin suficientes garantías de recuperación. Ello con la finalidad de asegurar que la afianzadora tenga los elementos suficientes para resarcirse de las reclamaciones pagadas y evitar que incurran en un estado de insolvencia (art. 24, *LFIF*).
- Emitir algunas fianzas en moneda extranjera (art. 38, *LFIF*).
- Cobrar la prima de la fianza en menor porcentaje del monto registrado por ramo en la CNSF, esto con el fin de evitar prácticas desleales en el manejo de otorgamiento de fianzas (art. 111, fr. VI, *LFIF*).
- Afianzar obligaciones ilícitas, ya que se busca que no se garanticen actos que vayan en contra de la ley, de la moral o de las buenas costumbres (art. 2797, *CCF*).
- Otorgar ciertas fianzas de crédito, derivado del análisis preventivo sobre operaciones que son consideradas riesgosas., conforme a lo dispuesto en las *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones crédito*

Las sanciones correspondientes a las infracciones previstas serán impuestas administrativamente por la CNSF, de acuerdo a las multas y demás sanciones previstas en la *LFIF* y disposiciones conexas.

5.10 Expedición de la póliza de fianza

Después que la afianzadora recabo los datos del fiado en el contrato-solicitud o en algún otro documento establecido para ello, analizara la obligación a garantizarse, las garantías de recuperación y estipulara el monto de la prima a su favor, todo ello, sin infringir los límites establecidos en la ley en cuanto a los mecanismos a operar, la afianzadora podrá expedir el documento denominado “póliza de fianza”.

La póliza de fianza es el documento formal emitido unilateralmente por la empresa afianzadora y de vital importancia a favor del beneficiario, que tiene como principal objetivo el perfeccionar el acuerdo de voluntades expresado en el contrato-solicitud.

La póliza constituye un acto unilateral, pues no interviene en su expedición la expresión de voluntad de consentimiento del fiado o aun del beneficiario y resulta un acto formal en tanto que el legislador previendo que únicamente la compañía afianzadora la emite y establece las condiciones a las que se obliga, debe expedirse numerada y con las indicaciones que administrativamente fijen la SHCP y la CNSF (art. 117, *LFIF*), sin que la falta de dichos elementos haga inexistente el acto.

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*,⁷⁹ la palabra “póliza” deriva del italiano *polizza*, y ésta del griego bizantino *ἀπόδειξις*, que significa “demostración” o “prueba”, de lo que acertadamente se desprende que en el juicio respectivo será el documento fundamental de exhibir por parte del beneficiario para obtener el cobro del monto que en dicho documento se consigna una vez que se haya configurado la hipótesis del incumplimiento del fiado.

Todas las pólizas y recibos que se emitan en papelería oficial se presumirán, salvo prueba en contrario, legalmente válidas (art. 12 y 90 Bis, *LFIF*) y en contravención provocará incurrir en responsabilidad a la institución de fianzas, mas no en la inexistencia de la relación contractual y ni siquiera su nulidad, en consideración de que la póliza constituye un documento expedido primordialmente a favor del beneficiario con el fin de que conozca las condiciones para hacer exigibles los montos garantizados a su favor y los derechos y obligaciones adquiridos por la afianzadora (art. 93, *LFIF*).

A pesar de la importancia que tienen las pólizas de fianza, en la *LFIF* no se establecen ordenada e irrestrictamente los datos que deben contener, por lo que en la práctica tal omisión se ha subsanado con las políticas internas de las empresas afianzadoras, las cuales emiten sus propios esquemas de pólizas generalmente con los siguientes datos que deberían exigirse en la ley.

A) Denominación y domicilio de la institución afianzadora

La denominación se compone con el nombre comercial por el cual se constituye la institución de fianzas como sociedad anónima integrada por socios capitalistas, en tanto que el domicilio es aquel donde tenga el principal asiento de negocios la institución y donde el beneficiario en dado momento podrá presentar su reclamación u requerimiento de pago.

⁷⁹ www.rae.es.

B) Nombre del fiado

El nombre del fiado deberá coincidir con aquel que figura como deudor en el documento fuente, donde consta la obligación principal, dado que cualquier diferencia puede dar lugar a problemas de interpretación.

En el caso de que no corresponda el nombre del fiado con el estipulado en el documento fuente, en el momento de exigir el beneficiario el monto garantizado a su favor por incumplimiento del fiado, no existirá obligación de la afianzadora de pagar, en razón de que se tendrá por entendido que una persona distinta a su fiado incumplió alguna obligación.

C) Nombre del beneficiario

Como fue previamente mencionado, el beneficiario puede ser cualquier persona física o moral del sector público o privado. Su nombre deberá coincidir con aquel que figura como acreedor en el documento fuente, donde conste la obligación principal, dado que algún dato equivoco puede dar lugar a problemas de identificación. Aunado a ello, es de precisar que en la póliza se puede poner la leyenda “y/o”, con la intención de establecer un beneficiario sustituto para el supuesto de que cualquiera de los beneficiarios puedan exigir el monto establecido en la póliza cuando se configure la hipótesis del incumplimiento del fiado.

D) Fecha de expedición

La fecha de expedición de la póliza resulta un elemento que permite conocer el plazo en que se da cobertura a la obligación garantizada, considerándose que no se encuentran garantizados los incumplimientos ni las obligaciones de vencimiento que antes de ese momento se hayan producido.

E) Fecha de vigencia

Es uno de los elementos de mayor trascendencia para determinar el límite temporal de la obligación de la institución afianzadora.

Pueden darse supuestos en los que se garanticen obligaciones a cumplirse en un plazo definido, garantizarse obligaciones de tracto sucesivo cuya ejecución se difiere en el tiempo, o bien, omitirse estipular el plazo en que se encontrará vigente la póliza, resultando la vigencia primordial para conocer el plazo en límite de presentación de la reclamación antes de que se configure la figura de la caducidad (art. 120, *LFIF*).

La vigencia de la póliza deberá constar expresamente cuando las partes pretendan que la caducidad de la obligación a cargo de la institución garante se compute a partir de su terminación y conforme con el plazo que convengan.

Art. 120, *LFIF*. “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...”.

Por otro lado, si las partes quieren que el cómputo de la caducidad empiece a correr a partir del día del incumplimiento del fiado y conforme con el plazo estipulado en la ley, no deberá mencionarse la vigencia de la póliza.

Art. 120, *LFIF*. "...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 siguiente a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado...".

Al respecto, es de precisar que resulta una inapropiada costumbre el sujetar la cancelación de la póliza a la autorización expresa del beneficiario, es decir, sujetar la vigencia de la fianza hasta el plazo que decida el beneficiario otorgar su cancelación con independencia del momento en que se haya incumplido la obligación garantizada, pues para ello y como se ha transcrito, existe disposición expresa de los plazos legales en que opera la caducidad, por tanto, nada produciría una cláusula de tal naturaleza.

F) Descripción de la obligación garantizada

Debe describirse con precisión si lo que se garantiza es el cumplimiento total o parcial del contrato, los anticipos, la calidad, los vicios ocultos que pudieran derivarse, los intereses y demás accesorios legales, o todos ellos, ya que en la práctica suele utilizarse una leyenda que dice: "Para garantizar las obligaciones que se deriven del contrato", dejando a interpretación jurisdiccional el alcance de las mismas.

Si la fianza tiene relación con las obligaciones contenidas en un contrato determinado, la póliza deberá contener los datos que distingan a ese contrato de otros, como pudiera ser la denominación que se le diera, la fecha de su celebración, su vigencia y las partes contratantes, así como si el mismo se conforma por anexos, pedidos, órdenes de surtimiento, etcétera.

Es de precisar en relación con la fecha del contrato principal que es común que se presente a la institución de fianzas un borrador o un proyecto del contrato a celebrarse, y como consecuencia que no corresponda la fecha de expedición plasmada en la póliza de fianza con la fecha en que se celebró el contrato principal, por lo que tal diferencia no debiera considerarse un obstáculo para la exigencia de la fianza, siempre y cuando los demás datos sean perfectamente identificables en relación con la obligación garantizada.

La póliza contendrá la obligación que contrae la institución de fianzas en caso de incumplimiento del fiado, la cual varía dependiendo de la naturaleza de la obligación garantizada.

G) Monto o cantidad garantizada

Es el dato que permitirá conocer el monto máximo por el cual la compañía garante asume la obligación frente al beneficiario.

El monto deberá describirse de modo tal, que no pueda quedar duda de la cantidad máxima que el fiador llegará a pagar para el caso de incumplimiento de la obligación por parte del fiado.

H) Importe de la prima

No existe un porcentaje fijo sobre el parámetro para la determinación del monto de la prima a cobrar, resultando una combinación del análisis del mercado del riesgo que asume la institución afianzadora y de la ley de la oferta y la demanda.

I) Número de póliza

Este requisito encuentra su sustento en lo mencionado en el artículo 117 de la *LFIF*:

Art. 117, *LFIF*. "Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga, y otros documentos de modificación...".

La póliza puede ir acompañada de documentos adicionales que amplíen, disminuyan, prorroguen o modifiquen las condiciones pactadas en la póliza principal, situación que en ocasiones implica confusión, considerándose documentos individuales y separados que provocan, si no se tiene claridad en su expedición, incrementos a la suma afianzada o coberturas diferentes a las que en realidad se intenta establecer, por lo que es pertinente poner la relación que existe entre la póliza inicial con sus modificaciones, en el número de folio correspondiente.

J) Indicaciones que administrativamente fije la SHCP y la CNSF

Estas indicaciones tienen sustento en lo establecido en el artículo 117 de la *LFIF*:

Art. 117, *LFIF*. "Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas... debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas".

En el caso de las fianzas de crédito, de moneda extranjera u otras que se fijen expresamente en la *LFIF*, serán emitidas mediante cláusulados especiales previamente aprobadas por la CNSF (Art. 85, *LFIF*).

En todos los casos dichas indicaciones son obligatorias, a efecto de que el beneficiario tenga claridad sobre sus derechos y obligaciones con respecto a la fianza.

K) Firma del representante legal de la institución

Las personas autorizadas para firmar como representante legal de la institución necesitan previamente registrar sus firmas ante la CNSF, con el fin de tener un control claro de que la misma haya sido debidamente autorizada, tener control de la responsabilidad del firmante y prevenir la expedición de pólizas falsas.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Posteriormente se pudiera dar el supuesto de que se quisieran modificar las condiciones de la fianza, lo cual libremente se puede acordar con las partes, prevaleciendo la voluntad, que se haga constar en el último documento expedido por la afianzadora.

Existiendo claridad y precisión en el texto de los documentos que definen las obligaciones a cargo de las partes, los órganos jurisdiccionales se limitarán a aplicar lo que las partes expresamente convinieron. Esto conlleva a proponer la inserción en las pólizas de cláusulas que definan claramente las obligaciones concretas, claras y precisas de las partes, en donde en lo posible se defina el objeto de la garantía, los alcances de la misma y, de ser posible, los presupuestos de exigibilidad.

En tal sentido, el beneficiario debe procurar entender con toda claridad los derechos y obligaciones que derivan de la emisión de la póliza o en su caso deberá pedir la explicación de las cláusulas que no sean entendibles, y si resulta conveniente, con sustento en el principio de la libre voluntad de las partes (art. 78, *CCom*) solicitar la modificación del texto correspondiente, siempre y cuando la ley no disponga cláusulas especiales para casos concretos.

Al acordar libremente las partes de las cláusulas de la póliza, se debe procurar que no se estipulen cláusulas ajenas a la naturaleza de la fianza, ya que resulta común que el beneficiario pretenda tener mecanismos de protección extrema, como en el supuesto de que a efecto de tratar de evitar la sanción de caducidad estipulada en el artículo 120 de la *LFIF*, el beneficiario exija un texto que indique: “La fianza estará en vigor hasta que el beneficiario autorice su cancelación”. En este caso se estima que tal inserción resulta contraria a la naturaleza de la fianza, en virtud de que ésta, en cuanto a su cancelación, no puede quedar al arbitrio del beneficiario, puesto que la misma, al ser accesoria de la obligación principal, corre la misma suerte y además goza de sus propias causas de extinción.

Sólo procederá la renuncia de aquellos derechos que se consideran referidos al interés privado, pero no de aquellos derechos relacionados con el interés público, es decir, en su caso pueden renunciarse derechos que pudieran afectar únicamente a las partes contratantes, no así a derechos de terceros (art. 6º, *CCF*), situación en la cual si la afianzadora renuncia a cierto derecho, como pudiera ser a la prórroga, espera o sustitución de las obligaciones, éstas deberán constar en la propia póliza en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia (art. 7º, *CCF* y 117, *LFIF*).

En razón de que en las pólizas no se exprese a través de alguna rúbrica la conformidad del contratante con las condiciones pactadas en la misma, el solicitante deberá tener cuidado y comprobar que los datos contenidos en el contrato-solicitud o cualquier otro formulario sean afines con lo acordado previamente, pues a pesar de que se haya estipulado en dicho documento determinadas obligaciones, éstas no serán comprobables si no vienen explícitamente contenidas en su texto.

El beneficiario en todos los casos debe cuidar que la póliza exprese con precisión la obligación que con ella se garantiza, en razón de que suele ser común la utilización de la frase “para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones”, sin que en la misma se alcance a determinar con claridad los supuestos en que la institución garante responderá ante el incumplimiento. Para ello, es importante que se asiente en el texto de la póliza si lo que se garantiza es únicamente el cumplimiento del contrato o asimismo los vicios ocultos, penas convencionales, los daños y perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento o alguna otra cuestión.

También se da el supuesto de que en la póliza se garanticen obligaciones futuras, situación que en razón de que las partes celebren un contrato sobre una obligación que aún no ha nacido y se desconozca de forma cierta el riesgo asumido, resulta recomendable que el monto garantizado en la póliza sea determinado, aunque la obligación afianzada no lo sea.

En caso de que no resulte claro el límite de la obligación garantizada, ésta podría quedar sujeta a interpretación sobre la intención de las partes, por lo que resulta conveniente que se indique en la póliza no sólo aquello que queda dentro de la cobertura, sino también y en lo posible aquello que se excluye.

Como principio, el límite del pago que podrá ejercitar el beneficiario será el monto que conste en la póliza de fianza, por tanto, a pesar de que pudiesen existir consecuencias derivadas de la falta de pago, no resulta propio que se pretenda condenar a una cantidad mayor que a la que la afianzadora expresamente se haya obligado, salvo las derivadas de las consecuencias legales por falta de pago oportuno.

Asimismo, en relación con la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en la póliza de fianza, fue emitida la jurisprudencia intitulada **FIANZA. CONTRATO DE. INTERPRETACIÓN**,⁸⁰ en donde se establece: "El artículo 117, inciso c), de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las pólizas que expidan las compañías autorizadas contendrán las estipulaciones que convengan las partes, agregando que no podrán contravenir lo establecido en esa ley ni en la mercantil. Esta última, por su parte, tiene como supletorio el derecho común, de acuerdo con los artículos 2º y 81 del Código de Comercio. Con base en esa supletoriedad, para fijar la interpretación de las pólizas de fianza es aplicable el artículo 1851 del Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, conforme al cual, si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas; precepto mismo que, en su segundo párrafo, dispone: "Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

En consideración de lo anterior se colige que a efecto de evitar contrariedades en la interpretación de lo indicado en las pólizas de fianza, resulta conveniente plasmar en la ley de manera inequívoca los requisitos que estos documentos deben contener con sus respectivas precisiones sobre proporcionalidad o temporalidad antes referidos y homologar las prácticas de expedición.

5.11 Constitución de reservas técnicas de fianzas en vigor y de contingencia

Parte del destino de los recursos obtenidos por la expedición de la póliza de fianza se transmiten para la constitución de reservas técnicas y de contingencia.

Las reservas técnicas de fianzas en vigor constituyen el monto de recursos suficientes para cubrir el pago de las reclamaciones esperadas que se deriven de las responsabilidades retenidas por fianzas en vigor, en tanto las instituciones se adjudican y hacen líquidas las garantías de recuperación recabadas (art. 47, *LFIF*).

⁸⁰ 7a. Época; 2a. Sala; SJF; 59 Tercera Parte; p. 29; [J]; Registro No. 237116.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Las reservas de contingencia constituyen el monto de recursos necesarios para cubrir posibles desviaciones en el pago de las reclamaciones esperadas que se deriven de las responsabilidades retenidas por fianzas en vigor, así como para enfrentar cambios en el patrón de pago de sus reclamaciones, en tanto las instituciones se adjudican y hacen líquidas las garantías de recuperación recabadas (art. 47, *LFIF*).

En otras palabras, ambas reservas son en realidad de contingencia, pues se constituyen en la expectativa de que “algo suceda”, pero en tanto que las primeras se constituyen sobre fianzas que se encuentran vigentes, las llamadas “de contingencia” se ejecutan sobre un capital reservado y acumulado para casos especiales que ameriten su utilidad.

La constitución de dichas reservas son de carácter obligatorio para las afianzadoras en los montos, forma y términos que, mediante reglas de carácter general determine la SHCP, previa opinión de la CNSF, para cada tipo de fianza que las instituciones otorguen, considerando el monto de las primas cobradas, las responsabilidades asumidas, el grado de riesgo, las garantías de recuperación con las que cuenten, los índices de reclamaciones y recuperaciones registrados, los esquemas de reafianzamiento adoptados y las condiciones generales imperantes en el mercado (art. 46, *LFIF*).

Asimismo, la *SHCP* podrá ordenar mediante reglas de carácter general, la constitución de reservas técnicas especiales distintas a las indicadas, cuando a su juicio las características o posibles riesgos de un tipo de operaciones las hagan recomendables para hacer frente a posibles pérdidas u obligaciones presentes o futuras, a cargo de las instituciones.

Las instituciones de fianzas deben calcular y registrar las reservas de manera mensual y al 31 de diciembre de cada año para efectos de balance. Para tal efecto, la SHCP, oyendo la opinión de la CNSF, podrá ordenar que en cualquier momento se haga una valuación de dichas reservas y las instituciones estarán obligadas a registrarlas e invertirlas de inmediato, conforme a los resultados que arroje dicha estimación por cada ramo y subramo (art. 48, *LFIF*).

La valuación de las reservas técnicas deberá apegarse a los estándares de práctica actuarial que al efecto establezca la CNSF, mediante disposiciones de carácter general. La valuación de las reservas técnicas deberá ser elaborada y firmada por un actuario con cédula profesional que además cuente con la certificación vigente emitida para este propósito por el colegio profesional de la especialidad o acredite ante la CNSF que tiene los conocimientos requeridos para el efecto.

Las reservas sólo podrán disponerse en los siguientes supuestos (art. 55, *LFIF*):

- A) Cuando existan sobrantes de inversión en relación con la reserva (fr. I).
- B) En los de liquidación judicial o administrativa, previa autorización de la SHCP (fr. II).
- C) En aquellos en que la SHCP deba cumplir mandamientos de ejecución en contra de la institución de fianzas, a menos que dicha Secretaría decida dejar sin efectos la autorización para operar (fr. III).

- D) En el supuesto que establece el artículo 95, fracción IV, de la *LFIF*, es decir, tratándose de fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, Estados y Municipios que garanticen obligaciones no fiscales y se proceda en requerimiento de pago a ordenar el remate de valores. (fr. IV).
- E) Para la ejecución de los laudos o sentencias que condenen a las instituciones, en los términos de la *LFIF* (fr. V).
- F) Cuando una institución vaya a realizar pagos por reclamaciones de fianzas otorgadas (fr. VI).
- G) En los casos en que en algún ejercicio una institución de fianzas reporte pérdidas extraordinarias por reclamaciones pagadas irrecuperables que afecten considerablemente su capital contable (fr. VII).

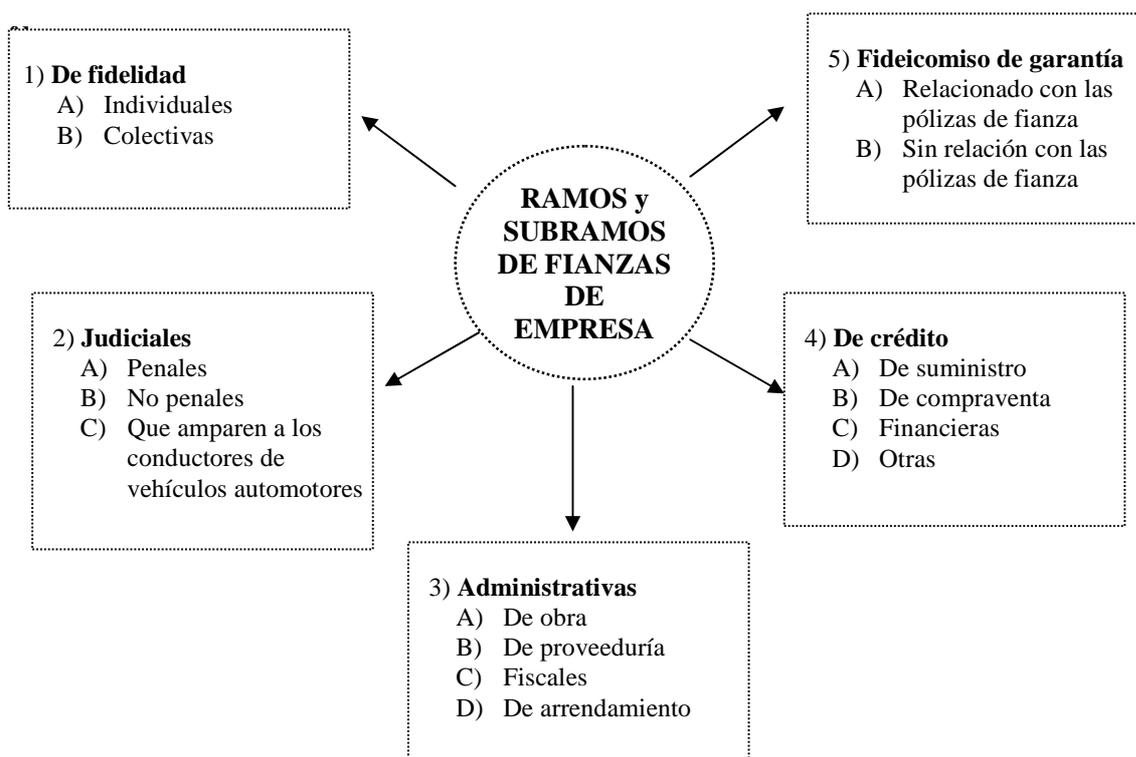
Una vez analizado el proceso de suscripción de la fianza, en donde fue destacada su importancia para las afianzadoras como medio para allegarse de ganancias a través del cobro de las primas, previo análisis minucioso del riesgo sobre la obligación que se va a garantizar, del análisis del fiado y de las garantías de recuperación, a continuación serán analizados los diversos ramos y subramos de fianzas de conformidad con el artículo 5º de la ley de la materia.

CAPÍTULO VI

RAMOS Y SUBRAMOS

6.1 Panorama general

En el artículo 5° de la *LFIF* se enumeran los ramos y subramos de fianzas de empresa, como lo son:



Para poderse expedir los diversos ramos de fianzas es indispensable que las instituciones afianzadoras cuenten con la previa autorización de la SHCP, quien les establece la cantidad a cubrir para operar en cada determinado ramo, autorización que en su caso será publicada en el *DOF* durante el primer trimestre de cada año. La cantidad a cubrirse por ramo se determina en consideración de los recursos que sean indispensables para apoyar la adecuada prestación del servicio, las reservas de capital con que operaría la institución, el conjunto de instituciones que integren el sistema afianzador, la situación económica del país y el principio de procurar el sano y equilibrado desarrollo del sistema (art. 15, fr. II, *LFIF*).

Es de precisar que de los citados ramos, en realidad, sólo los primeros cuatro constituyen tipos de fianzas, pues el fideicomiso de garantía, como previamente ha sido analizado, es un tipo de operación (garantía en sí misma) que pueden realizar las instituciones de fianzas, sin que ello signifique que el fideicomiso de garantía sea una fianza, lo que será analizado al final del presente capítulo en razón de su integración con tal carácter dentro de artículo 5° de la ley.

6.2 Fianzas de fidelidad

Como comenta Sánchez Flores,⁸¹ este ramo se origino en Inglaterra derivado de los contratos de seguro contra la infidelidad patrimonial de los criados, según se desprende de un aviso publicado en 1720, en el *Daily post of London*, por la cual se informaba sobre la constitución de una sociedad denominada Guarantee Society of London, dedicada a cubrir a los patronos contra los robos de sus trabajadores, con lo que se indujo posteriormente a que el parlamento inglés en el año de 1924 emitiera una ley que regulara la posibilidad de garantizar el manejo patrimonial a cargo de funcionarios públicos. Tal mecanismo de garantía fue posteriormente adoptado en el sistema de Estados Unidos de Norteamérica, y posteriormente al mexicano, de tal manera que el 10 de junio de 1895, el Ejecutivo federal, en aquel entonces Porfirio Díaz, expidió el decreto por el que se concesionaba tal actividad a compañías tanto nacionales como extranjeras que caucionaran el manejo de empleados públicos o privados y, con ello, el 15 de junio de 1895, la SHCP otorgó concesión a la sociedad American Surely Company of New York, para que estableciera en México una sucursal, antecedente que marca a la fianza de fidelidad como la primera en utilizarse, en ser regulada y la que diera la pauta para la creación de los demás ramos de fianzas.

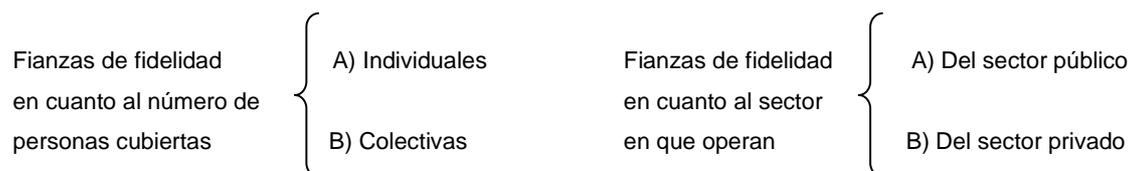
6.2.1 Concepto

Las fianzas de fidelidad son aquellas que tienen por objeto reparar el daño patrimonial causado al beneficiario, derivado de los delitos patrimoniales cometidos por el fiado, entendiéndose por éstos, todos aquellos que provoquen la disminución de los elementos activos del patrimonio, es decir, bienes, derechos reales, personales o mixtos del ofendido derivados de conductas ilícitas como son el robo, el fraude, el abuso de confianza o el peculado; su utilidad estriba en que si el fiado no cuenta con capacidad económica para cumplir la sentencia ejecutoria que le imponga resarcir su falta, la institución afianzadora lo hará en su lugar, garantizándose el pago de una indemnización por su falta de honradez.

El concepto de “fidelidad” se refiere a la lealtad que los empleados deben a sus patronos o representados y a la fe que éstos tienen sobre los empleados. Al respecto, Cervantes Altamirano⁸² indica que el vocablo “fidelidad” proviene del latín *fidelitas-atís*, que significa “lealtad” u “observancia de la fe que uno debe a otro” y dentro de una concepción más amplia, es también la “honestidad o integridad de una persona”.

6.2.2 Clasificación

La *LFIF* clasifica como subramos de fianzas de fidelidad a las fianzas individuales y colectivas. No obstante, para una mejor comprensión del tema en estudio, asimismo se divien en fianzas de fidelidad del sector público y fianzas de fidelidad del sector privado como a continuación se esquematiza:



⁸¹ Cfr. Sánchez Flores, Octavio, *op. cit.*, pp. 396 a 398.

⁸² Cfr. Sánchez Flores, Octavio, cita a Efrén Cervantes Altamirano, *op. cit.*, p. 347.

6.2.2.1 Individuales

Las fianzas de fidelidad pueden ser individuales o colectivas, dependiendo del número de trabajadores cuyas conductas sean garantizadas.

Las fianzas de fidelidad individuales garantizan que una persona en particular no cometa en perjuicio de un beneficiario una conducta delictiva que produzca daños patrimoniales, pues en caso contrario, la institución afianzadora pagará el importe correspondiente al daño patrimonial causado por el fiado que cometió el ilícito y hasta por el importe límite convenido.

6.2.2.2 Colectivas

Las fianzas de fidelidad colectivas son aquellas que garantizan que un grupo de personas determinadas no comentan en perjuicio de un beneficiario una conducta delictiva que produzca daños patrimoniales, pues en caso contrario, la institución afianzadora pagará el importe que se derive en proporción al daño patrimonial causado por su fiado y hasta el importe convenido.

Tanto en las fianzas individuales como en las colectivas, la institución garante por lo general solicita al patrón que le proporcione el Registro Federal de Contribuyentes, información relativa al control interno de la empresa, copia del contrato que se tenga con él, o los trabajadores, comisionistas u socios en su caso, relación total del personal y/o agentes de ventas en las que se incluyan los datos personales como los son el domicilio, fecha de ingreso, nacionalidad, así como todos aquellos datos que permitan tener un claro conocimiento de la amplitud y límites que se deben establecer en la póliza respectiva.

En la práctica, a muchos trabajadores se les requiere para que escriban sus datos personales en donde se comprometen como fiados a responder de los posibles daños y perjuicios que pudieran llegar a ocasionar en contra de la empresa o institución a la que van a prestar sus servicios, de tal manera que dicho documento en un futuro sirva como constancia fehaciente del compromiso asumido por el trabajador y del derecho que en dado momento podrá ejercitar la institución afianzadora contra dicho individuo por las erogaciones que realizó para cubrir sus faltas.

6.2.2.3 Del sector público

Si se llega a determinar una sanción administrativa o disciplinaria a un empleado público, éste con independencia de la sanción que le corresponda respecto de la ley que le resulte aplicable deberá reparar los daños que ocasione por el delito de peculado.

Art. 223. "Comete el delito de peculado:

I. Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

II. El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a los que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

III. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos público o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y

IV. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó...”.

En consideración de lo anterior, se precisa que el delito de peculado no aplica sólo a los servidores públicos, sino que por ficción se les considera servidores públicos para estos efectos también a aquellos que tengan la custodia, administración o aplicación de recursos del Estado.

6.2.2.4 Del sector privado

Existen muchos casos en los que se utiliza la fianza de fidelidad dentro de las relaciones laborales, como por ejemplo, las que derivan de la prestación de servicios profesionales por obra o tiempo determinado e indeterminado, o bien, las que derivan de relaciones extralaborales como ocurre en una comisión mercantil por la que el comisionista dispone de ciertos bienes propiedad del comitente, en razón de que cualquier persona relacionada con la actividad de servicio es susceptible de cometer robo, fraude o abuso de confianza.

Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (art. 367, *CPF*); el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido (art. 386, *CPF*) y el abuso de confianza el que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio (art. 382, *CPF*).

Es de precisar que en ciertas disposiciones jurídicas se prevén responsabilidades patrimoniales especiales, como los consignados en la *LIC* o en la *LGSM*.

En la *LIC* se prevé la imposición de sanciones para aquellos consejeros, funcionarios, empleados de la institución de crédito o quienes intervengan directamente en la autorización o realización de operaciones que pudieran implicar el quebranto o perjuicio al patrimonio de una institución bancaria, que otorguen créditos a sociedades constituidas a sabiendas de que las mismas no han integrado el capital que registren las actas constitutivas correspondientes; que para liberar a un deudor otorguen créditos a una o varias personas físicas o morales, que se encuentren en estado de insolvencia, sustituyendo en los registros de la institución respectiva unos activos por otros; cuando otorguen créditos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia les sea conocido, si resulta previsible al realizar la operación, que carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas acreditadas;

cuando renueven créditos vencidos parcial o totalmente y que a sabiendas, permitan a un deudor desviar el importe del crédito en beneficio propio o de terceros (art. 112, fr. III, *LIC*).

Otro caso surge en las fianzas que garantizan la administración de los socios que tengan a su cargo la administración del patrimonio social o una representación a través de las facultades de dominio y/o administración que les fueren conferidas, quienes en razón de la confianza e importancia de sus cargos no guardan una relación laboral y reciben una retribución distinta que no puede considerársele sueldo.

6.2.3 Principales características

Las fianzas de fidelidad se distinguen de las demás en que:

- A) Generalmente son acordadas entre el acreedor (patrón-beneficiario) y la institución garante, en donde se producen obligaciones y derechos para las partes que intervienen en él sin la necesaria intervención del fiado (trabajador, comisionista, etcétera).
- B) Resulta ser el único tipo de fianza en donde no se garantiza una omisión, como el incumplimiento de alguna obligación por parte del fiado, sino los efectos de una acción tipificada en la ley penal como ilícita por parte del fiado (robo, fraude, abuso de confianza, peculado).
- C) Pueden expedirse sin garantía de recuperación suficiente ni comprobable (art. 22, *LFIF*).
- D) Una vez expedida la fianza, el beneficiario deberá reportar por escrito a la institución garante y durante la vigencia de la póliza, las altas y bajas de sus empleados.
- E) En cada caso deberá especificarse la relación laboral que se mantiene entre las partes o, en su caso, el carácter del fiado, que bien pudiera ser un socio administrador, un representante legal o comisionista; así como la forma de comprobar la posible comisión del delito atribuido al fiado, a través de una descripción de sus actividades.
- F) Se hacen efectivas hasta que el fiado es condenado por sentencia firme a reparar el daño, por tanto, constituyen dos las condiciones suspensivas para que nazca la obligación principal, es decir, la sentencia condenatoria y que en ella se imponga la pena de la reparación del daño, siempre y cuando se reclame dentro de la vigencia acordada en el clausulado único de fidelidad.
- G) Para hacer exigible la fianza, el beneficiario al momento de reclamar tiene la obligación de acreditar que jurídicamente existe una relación laboral con la persona señalada como responsable del delito y ella. La forma habitual de comprobarlo es con la exhibición del contrato laboral, aunque bien pudiera darse el caso de comprobar la relación laboral mediante el documento donde consta el alta o baja del Seguro Social o los recibos de nómina debidamente firmados. La responsabilidad frente a una sociedad podrá comprobarse mediante el documento en donde conste el nombramiento del socio responsable sobre los bienes administrados a su cargo, aunado en todos los casos de los documentos probatorios de la comisión del

posible delito como resultan ser facturas, cheques, estados de cuenta, notas de ventas, constancias de entrada o salida de mercancías, constancia de pagos realizados por clientes del beneficiario, inventarios, auditorías, dictámenes contables, etcétera.

- H) Son las únicas en las que las afianzadoras pueden interponer la excepción de contrato no cumplido por la falta de pago oportuno de la prima por parte del solicitante-patrón, en virtud de que en las fianzas de fidelidad el beneficiario es el mismo que paga la prima y el mismo que reclama.

6.3 Fianzas judiciales

6.3.1 Concepto

Las fianzas judiciales son aquellas que se otorgan ante una autoridad judicial, con sustento en una norma de carácter legal, con el fin de que una vez cumplida la condición impuesta por la autoridad, puedan producirse ciertos efectos jurídicos, previendo en cada caso la indemnización por los daños y perjuicios que se llegasen a ocasionar por el fiado o los que deriven de un trámite ante autoridad jurisdiccional.

6.3.2 Clasificación

En el artículo 5º de la *LFIF*, las fianzas judiciales se dividen en tres subramos: las fianzas judiciales penales, que son aquellas que se emiten ante autoridades del orden penal; fianzas judiciales no penales, como las que derivan de procedimientos civiles, mercantiles, laborales o en juicios de amparo, y fianzas que amparan a los conductores de vehículos automotores.

Fianzas Judiciales	{	<ul style="list-style-type: none"> Fianzas judiciales penales Fianzas judiciales no penales Fianzas que amparan a los conductores de vehículos automotores
--------------------	---	---

6.3.2.1 Fianzas Judiciales Penales

Las fianzas judiciales penales garantizan el cumplimiento de obligaciones de tipo penal, con el fin de otorgar ciertas prerrogativas a aquel procesado o reo que cumpla con los supuestos establecidos en la ley para ello.

Las fianzas judiciales penales se pueden clasificar en:

- A) Fianzas que garantizan la libertad provisional.
- B) Fianzas que garantizan la condena condicional.
- C) Fianzas que garantizan la libertad preparatoria.
- D) Fianzas que garantizan la reparación del daño.

A continuación, serán analizados cada uno de los supuestos mencionados.

A) Fianzas que garantizan la libertad provisional

La libertad provisional, bajo fianza o bajo caución, como suele llamársele, es una garantía prevista en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución federal, que implica que una persona, salvo excepciones, pueda gozar de su libertad personal provisional mientras se desarrolla la averiguación previa o el proceso penal al que está sujeto, con el fin de garantizar las posibles sanciones pecuniarias, la reparación del daño y el cumplimiento de las obligaciones procesales que pudieran ser impuestas.

Los medios de caución, en términos de lo dispuesto en el artículo 399 del *CFPP*, pueden ser el depósito de una cantidad de dinero o el establecimiento de una hipoteca sobre un bien inmueble, prenda o fideicomiso formalmente constituido, o bien, una fianza, que es la forma más común.

La fianza se debe expedir a nombre del Juez de la causa; luego, los beneficiarios pueden ser la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, según sea la naturaleza del asunto respectivo.

En consideración de la urgencia de su expedición, estas fianzas podrán otorgarse mediante pólizas o contratos que establezcan obligaciones para la institución sin requisitar, firmados previamente por funcionario, representante legal o persona autorizada por la institución de que se trate, debiendo llevarse un registro específico de su numeración y de los agentes que las reciban. Se entiende que la póliza o contrato se encuentra sin requisitar, cuando carezca de los datos relacionados con el fiado, beneficiario, obligado solidario o monto de la fianza (art. 86 Bis-1, *LFIF*).

La institución garante, al constituirse como tal, adquiere la obligación de presentar al reo cuantas veces lo ordene el Juez, con el apercibimiento de que de no hacerlo se hará efectiva la fianza, aunque tomando en consideración la dificultad que en ciertos casos ello pudiera derivar, existe un criterio benévolo por el cual y de conformidad con el artículo 573 del *CPPDF* podrá concedérseles un término hasta de quince días para este efecto.

La garantía subsistirá hasta que el juicio penal respectivo sea resuelto por sentencia ejecutoria y se hará efectiva cuando el reo deje de presentarse ante la autoridad judicial, para lo cual, el importe se aplicará al pago de la sanción pecuniaria que comprende: la multa que el procesado debe pagar a favor del Estado, atendiendo a la gravedad del delito, así como el pago de la reparación del daño a que tiene derecho el ofendido.

B) Fianzas que garantizan la condena condicional

Estas fianzas garantizan las presentaciones del sentenciado ante la autoridad judicial competente a efecto de que el condenado pueda comulgar su condena fuera de los reclusorios a petición de parte o de oficio, siempre y cuando la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años, que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso, haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible, que la condena no se refiera a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 del *CPF*, y que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir (art. 90, *CPF*).

Para gozar de este beneficio, el sentenciado deberá otorgar la garantía y sujetarse a las medidas que se le fijen con el fin de asegurar su presentación ante la autoridad jurisdiccional siempre que fuese requerido; obligarse a residir en

determinado lugar del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia; desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica, así como reparar el daño causado.

C) Fianzas que garantizan la libertad preparatoria

La autorización para la exhibición de estas fianzas resultan un beneficio que se concede a los reos que han cumplido en presidio tres quintas partes de su condena para el caso de los delitos intencionales o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando el condenado haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia, que en el examen de personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto (art. 84, *CPF*).

Llenados los requisitos anteriores, la autoridad competente tendrá un plazo no mayor a treinta días hábiles para conceder la libertad preparatoria o en su caso informar al interesado el resultado de su trámite.

La libertad preparatoria estará sujeta a que el condenado resida o no en lugar determinado e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio, desempeñe en el plazo que la resolución determine oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia; se abstenga del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica, así como sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo que se obligue a informar sobre su conducta.

No se concederá la libertad preparatoria cuando los sentenciados que reincidan en delito doloso sean considerados delinquentes habituales o hubiesen sido condenados por algún delito especial, como el uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, delitos contra la salud, corrupción de menores o incapaces, violación, homicidio, secuestro, comercialización de objetos robados, robo de vehículo u operaciones con recursos de procedencia ilícita (art. 85, *CPF*).

D) Fianzas que garantizan la reparación del daño

Las fianzas que garantizan la reparación del daño son aquellas que, como su nombre lo indica, garantizan la reparación del daño provocado a una persona llamada víctima u ofendido dentro de un proceso penal.

La reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito o si resultase imposible, el pago del precio de la misma, o bien, en los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, comprende el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, así como el resarcimiento de los perjuicios ocasionados (art. 30, *CPF*).

En el caso de la reparación del daño patrimonial ocasionado a un tercero por la comisión de un delito, ésta será fijado por el juez, según el daño que sea preciso reparar y de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso (Art. 31, *CPF*), teniéndose derecho a la reparación en el siguiente orden: 1º el ofendido, 2º, en caso de fallecimiento del

ofendido, el cónyuge supérstite, el concubinario o concubina, los hijos menores de edad, y a falta de éstos, los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento (art. 30 Bis, *CPF*).

El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente (art. 39, *CPF*).

6.3.2.2 Fianzas judiciales no penales

Este subramo de fianzas se refiere a todas aquellas fianzas que son expedidas en todas las ramas del Derecho, con excepción de aquellas que tengan que ver en procedimientos penales, las cuales son dictadas y calificadas por su cuantía, de manera fundada y motivada por la autoridad jurisdiccional dentro del ámbito de su competencia; y su finalidad consiste en prevenir y, en su caso, cubrir los posibles daños y perjuicios que se pudiesen ocasionar a la contraparte o a un tercero perjudicado, dentro o relacionado a un procedimiento jurisdiccional.

A continuación se exponen ejemplos de su utilidad dentro de diversos procedimientos jurisdiccionales, sin que los mismos resulten limitativos para que este tipo de fianzas sean exhibidas en otros procedimientos jurisdiccionales:

- A) En procedimientos de derecho civil.
- B) En procedimientos de derecho mercantil.
- C) En procedimientos de derecho familiar.
- D) En juicios de amparo.

A. En procedimientos de derecho civil

Entre las fianzas que se exhiben en juicios en materia civil se encuentra el arraigo precautorio, también llamado “secuestro de bienes”, o bien, “arraigo de personas”.

El arraigo de personas consiste en un acto procesal de naturaleza precautoria que procede a petición de parte y cuando hubiere el temor de que se ausente o oculte la persona que vaya a ser demandada o lo haya sido ya, la cual, en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expresado para responder al resultado del procedimiento judicial de que se trate.⁸³

Son tres los supuestos en los que se puede dictar las providencias precautorias (art. 235, *CPCDF*):

- Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.

⁸³ Cfr. Sánchez Flores, Octavio, cita a Rafael de Pina, *Op. cit.* p. 289.

- Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real.
- Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

Cuando se pida un secuestro provisional sin fundarlo en título ejecutivo, el actor debe exhibir fianza ante la autoridad judicial para responder de los posibles daños y perjuicios que en su caso cause la diligencia precautoria, pues en caso contrario, la misma no podrá llevarse a cabo, en virtud de que se lesionaría el interés jurídico de la contraparte (art. 244, *CPCDF*).

Otro caso en el que se solicita fianza en un procedimiento ante autoridad judicial, es la que se le requiere al gestor judicial, con el fin de que garantice los posibles daños y perjuicios que se pudiesen causar a quien represente, derivado de que se prevé su posible mala administración (art. 51, *CPCDF*).

B. En procedimientos de derecho mercantil

Las fianzas en procedimientos de carácter mercantil son utilizadas, por ejemplo, en aquellos casos en que se interpone una apelación cuando se ataca un acto o sentencia, que de no otorgarse, pudiera ocasionar un daño irreparable o de difícil reparación; asimismo en los arraigos de personas y embargos precautorios, y en aquellos casos en que resulta necesaria para garantizar una gestoría judicial.

En el primer caso, es decir, cuando se interponga una apelación en contra de un auto o sentencia interlocutoria cuya ejecución pudiera derivar en daño irreparable o de difícil reparación, la apelación se admitirá en ambos efectos si el apelante, además de solicitarlo al interponer el recurso, indica los motivos por los que considera el daño irreparable o de difícil reparación y cubre el monto de la garantía impuesto discrecionalmente por la autoridad judicial, para que en dado caso la exhiba dentro del término de seis días, con el fin de que surta efectos la suspensión (art. 1345 Bis 8, *CCom*).

En el caso de un arraigo de persona para que conteste en juicio y éste se pide al tiempo de entablar la demanda, bastará la petición del actor y el otorgamiento de una fianza que responda de los daños y perjuicios que se causen al demandado, cuyo monto discrecionalmente fijará el juez, para que se haga al demandado la correspondiente notificación (art. 1174, *CCom*).

Cuando se pida un secuestro provisional sin fundarlo en título ejecutivo, el actor debe dar fianza para responder por los posibles daños y perjuicios que se ocasionen, ya porque se revoque la providencia, o bien, porque entablada la demanda sea absuelto el reo (art. 1179, *CCom*). En dicho supuesto, si el demandado consigna el valor u objeto reclamado, da fianza bastante a juicio del juez o prueba tener bienes raíces suficientes para responder al éxito de la demanda, no se llevará a cabo la providencia precautoria o se levantará la que se hubiere dictado (art. 1180, *CCom*).

Otro supuesto ocurre con el gestor judicial, quien antes de ser admitido debe dar fianza que garantice la correcta administración del negocio. La fianza será calificada por el tribunal bajo su responsabilidad y se otorgará por el gestor judicial, a favor del dueño del negocio a pagarle los daños, los perjuicios y gastos que se le ocasionen a éste por su culpa o negligencia (art. 1059, *CCom*).

C. En procedimientos de derecho familiar

Este tipo de fianzas son ordenadas por el juez de lo familiar, por ejemplo, para la aceptación de los cargos de tutores, albaceas e interventores, con el fin de garantizar la correcta administración de los bienes o derechos de sus representados, o bien, en trámites del otorgamiento de pensión alimenticia.

El tutor es aquella persona encargada de la guarda y representación de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal para gobernarse por sí mismos, y por ley necesitan garantizar la adecuada administración que lleven a cabo sobre los bienes de las personas a su cargo (art. 449, *CCF*). Excepcionalmente no es requisito exhibir fianza, tratándose de tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador, el tutor que no administre bienes, el padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes y los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él (arts. 529 y 520, *CCF*).

El albacea es el encargado de la administración y liquidación de los bienes del difunto, quien actúa como depositario, administrador, representante y auxiliar de la administración de justicia, para ello tiene el deber de garantizar en un término de tres meses (contados desde que acepte su nombramiento), la correcta administración de la masa hereditaria por el importe de la renta de los bienes raíces en el último año y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo; así como por el valor de los bienes muebles; por el de los productos de las fincas rústicas en un año, calculados por peritos o por el término medio de un quinquenio, a elección del juez; en las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por 20% del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos (art. 1708, *CCF*).

La figura del interventor aparece pasados diez días de la muerte del autor de la sucesión cuando no se presenta el testamento, si en él no está nombrado el albacea o si no se denuncia el intestado. Para ser interventor se requiere mayoría de edad, buena reputación, estar domiciliado en el lugar del juicio y una fianza que garantice la correcta administración de los bienes que eran del *de cuius* (art. 771, *CPCDF*), caso en el cual la fianza deberá otorgarse en el plazo de diez días contados a partir de la aceptación del cargo, bajo pena de remoción.

Tratándose de la pensión alimenticia, es de precisar que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (art. 308, *CCF*).

En este sentido, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y éstos a sus padres cuando los últimos carezcan de medios económicos suficientes para subsistir; sin embargo, no sólo ellos tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, sino también el ascendiente que tenga bajo su guardia y custodia a un menor o ejerza la patria potestad, el tutor, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, así como el Ministerio Público (art. 315, *CCF*).

Por lo anterior, existen diversos supuestos en los que se establece el monto de la fianza en relación con los derechos alimenticios, como lo son los que se dan en el divorcio voluntario, donde el importe de la pensión alimenticia debe ser

fijada en el convenio a que se refiere el artículo 273, fr. IV del CCF. Los tutores y por medio análogo los abuelos que tengan la patria potestad del menor podrán exigir a los padres el aseguramiento de los alimentos ante autoridad judicial con fundamento en los artículos 315 fr. II, 450 fr. II y 543 del CCF.

D. En juicios de amparo.

Las fianzas relacionadas con juicios de amparo, son aquellas que se exhiben ante los tribunales colegiados de circuito o juzgados de distrito, a fin de garantizar los posibles daños y/o perjuicios que se pudieran ocasionar a un tercero perjudicado.

Art. 125, LA. "En los casos en que es procedente la suspensión, pero pueda ocasionar daño o perjuicio a tercero, se concederá si el quejoso otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaron si no obtiene sentencia favorable en el juicio de amparo.

Cuando con la suspensión puedan afectarse derechos del tercero perjudicando que no sean estimables en dinero, la autoridad que conozca del amparo fijará discrecionalmente el importe de la garantía".

Puede ocurrir que el tercero perjudicado solicite la ejecución del acto reclamado por el quejoso, petición que podrá ser admitida de conformidad con los artículos 126 y 127 de la Ley de Amparo, siempre y cuando el tercero perjudicado dé a su vez contrafianza bastante que garantice precisamente los daños y perjuicios que sobrevengan al quejoso, si a éste se le concede la protección de la justicia federal y si de ejecutarse el acto reclamado no queda sin materia el amparo.

6.3.2.3 Fianzas judiciales que amparan a los conductores de vehículos automotores

Las fianzas judiciales que amparan a los conductores de vehículos automotores, son aquellas que se hacen efectivas con motivo de la participación de un vehículo asegurado en un accidente vial, al momento de dar cumplimiento a la cobertura de defensa legal, a fin de lograr la libertad provisional o condicional del conductor y la devolución de la unidad retenida por las autoridades.

En otras palabras, este tipo de fianzas operan cuando las aseguradoras al promover sus pólizas para vehículos, ofrecen adicionalmente la cobertura de asistencia legal en caso de accidente vehicular, la cual como caución, sirva para obtener la libertad provisional o condicional cuando el Ministerio Público otorgue el beneficio de este derecho, y con ello se garanticen los daños y/o perjuicios ocasionados a terceros.

Lo anterior, a través del convenio celebrado entre las instituciones aseguradoras con alguna compañía de fianzas que se obligue a soportar los gastos indemnizatorios correspondientes sobre la caución que se deba exhibir para obtener la libertad procesal del conductor del vehículo accidentado.

Una vez analizados los diversos subramos de fianzas judiciales, como resultan ser las fianzas judiciales penales, las fianzas judiciales no penales y las fianzas que amparan a los conductores de vehículos automotores, serán enumeradas a continuación sus principales características.

6.3.3 Principales características

- A) Las fianzas judiciales por disposición legal se dividen en tres subramos: las fianzas judiciales penales, que son aquellas que se emiten ante autoridades del orden penal; fianzas judiciales no penales, como las que derivan de procedimientos civiles, mercantiles, laborales o de juicio de amparo, y fianzas que amparan a los conductores de vehículos automotores.
- B) Como caso de excepción, las fianzas judiciales penales podrán expedirse sin garantía suficiente ni comprobable, con excepción de las fianzas penales que garanticen la reparación del daño y las que se otorguen para que obtengan la libertad provisional los acusados o procesados por delitos en contra de las personas en su patrimonio (art. 22, *LFIF*).
- C) Este tipo de fianzas son fijadas en cuanto a su monto al prudente arbitrio del juez y, en ocasiones, en diversas disposiciones legales se establecen parámetros sobre el monto mínimo y/o máximo por el cual debiera ser constituida la caución.
- D) Este ramo de fianzas, es el único que guarda relación con la clasificación que se regula en el Código Civil, en donde se clasifica, además de las fianzas onerosas, gratuitas, convencionales y legales, a las fianzas judiciales (art. 2795, *CCF*).
- E) En relación con su efectividad, estas fianzas pueden ser expedidas en algunos casos a favor de particulares (como en el caso de las que derivan de procedimientos civiles, mercantiles o laborales), o bien, a favor del gobierno (como aquellas fianzas penales que sirven para garantizar la libertad provisional, la condena condicional o la libertad preparatoria), situación por la que dependerá presentar un requerimiento, o una reclamación de pago.

6.4 Fianzas administrativas

6.4.1 Concepto

Las fianzas administrativas son aquellas que se celebran para garantizar obligaciones relacionadas entre particulares en actividades de obra, adquisiciones y arrendamientos, o bien, aquellas que se celebran para garantizar obligaciones entre particulares con instituciones gubernamentales, relacionadas con las actividades antes descritas y aquellas que derivan de garantizar créditos fiscales.

No existe un parámetro específico que las distinga y permita una definición precisa, pues las mismas pueden expedirse para garantizar operaciones entre particulares, situación en la cual aplicarían disposiciones de derecho privado y el principio del libre acuerdo de las partes, o bien, en las relaciones con órganos gubernamentales, disposiciones de carácter público, como resulta ser la *LAASSP*, la *LOPSRM*, sus respectivos reglamentos y otras disposiciones conexas.

Cabe resaltar que el tratadista Manuel Molina Bello⁸⁴ en un análisis comparativo entre los distintos ramos de fianzas destaca que las fianzas administrativas son las más solicitadas a las instituciones de fianzas, refiriéndose a que la Administración Pública al requerir fianzas para garantizar contratos de obra, proveeduría y arrendamiento, así como créditos fiscales, resulta ser la principal cliente de estos servicios financieros.

6.4.2 Clasificación

Este tipo de fianzas se dividen en los subramos de obra, de proveeduría, fiscales, de arrendamientos y otras fianzas administrativas de conformidad con la fracción III, del artículo 5º de la *LFIF*.

6.4.2.1 De obra

La fianzas de obra garantizan el cumplimiento de las obligaciones contractuales celebradas entre particulares, o bien, de aquellas en las que intervienen personas físicas o morales en su carácter de contratistas ante una entidad de Gobierno para el cumplimiento de un contrato de obra.

Tratándose de las obras celebradas entre particulares, éstos podrán celebrar en su caso contratos de obra a precio alzado, o bien, contratos de prestación de servicios, a efecto de que las condiciones sobre los montos, obligaciones y causas para hacer efectivas las garantías sean acordadas libremente entre las partes.

Por otro lado, las obras públicas que contraten los organismos de gobierno a que se refiere el artículo 1º de la *LOPSRM*, deberán sujetarse a los procedimientos que se establecen en dicho ordenamiento, como pueden ser la licitación pública, invitación a cuando menos tres personas, o bien, por adjudicación directa (arts. 30 y 41, *LOPSRM*), situación en la cual los contratistas se encuentran obligados a garantizar los anticipos, el cumplimiento de los contratos, así como los defectos y vicios ocultos sobre los contratos que celebren (arts. 48 y 66, *LOPSRM*), salvo en los casos en que conforme a la ley y debidamente establecido en las bases, se exceptúe a los licitantes o contratistas de ello (art. 59, *RLOPSRM*).

En todos los casos la garantías que deban otorgarse se constituirán y harán efectivas a favor de la Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias; las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas, o bien, a favor de las tesorerías de las entidades federativas o de los municipios, en los casos de los contratos celebrados al amparo de la fracción VI del artículo 1º de la aludida disposición (art. 49, *LOPSRM*).

Las garantías de anticipo deberán presentarse en la fecha y lugar establecidas en la convocatoria a la licitación o en su defecto, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo y por la totalidad del monto de los anticipos (art. 48, fr. I, *LOPSRM*). En el caso de que los trabajos se realicen en más de un ejercicio presupuestario, las mismas deberán entregarse para los posteriores ejercicios al primero, dentro del plazo de quince días naturales contados a partir de la fecha en que la dependencia o entidad le notifique por escrito al contratista el monto del anticipo que se otorgará, conforme a la inversión autorizada al contrato para el ejercicio de que se trate (art. 63, *RLOPSRM*).

⁸⁴ Molina Bello, Manuel, *op. cit.*, p. 168.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Por otro lado, las garantías de cumplimiento del contrato deberá presentarse en la fecha y lugar establecidos en la convocatoria de la licitación o en su defecto, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo (art. 48, fr. II, *LOPSRM*), la cual no podrá ser menor a 10% del monto total autorizado al contrato en cada ejercicio presupuestal (art. 60, *RLOPSRM*).

Cuando los trabajos se realicen en más de un ejercicio presupuestario, las garantías de cumplimiento deberán sustituirse en el o los siguientes ejercicios en proporción al monto autorizado para el ejercicio presupuestal del que se trate, considerando los trabajos faltantes de ejecutar conforme con el programa convenido, actualizando los importes de acuerdo con los ajustes de costos autorizados y modificaciones contractuales. En este caso y a petición del contratista, la dependencia o entidad podrá acceder a que no se sustituya la garantía otorgada en el primer ejercicio, siempre que continúe vigente y su importe mantenga la misma proporción que la del primer ejercicio, con relación al valor actualizado de los trabajos faltantes por ejecutar en cada ejercicio subsiguiente (art. 61, *RLOPSRM*).

Tratándose de las garantías que cubran los defectos y vicios ocultos, éstos deberán ser garantizados durante un plazo de doce meses, previa la recepción de los trabajos, que en el caso de ser con fianza deberá ser por el equivalente a 10% del monto total ejercido de los trabajos (art. 66, *LOPSRM*), misma que será liberada una vez transcurrido dicho lapso contados a partir del levantamiento del acta de recepción física de los trabajos, siempre y cuando durante ese periodo no haya surgido una responsabilidad a cargo del contratista (art. 64, *RLOPSRM*).

Cuando apareciesen defectos o vicios en los trabajos dentro del plazo cubierto por la garantía, la dependencia o entidad deberá notificarlo por escrito al contratista, para que éste haga las correcciones o reposiciones correspondientes dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, pues una vez transcurrido este término sin que se hubieran realizado, la dependencia o entidad procederá a hacerla efectiva. Si la reparación requiere de un plazo mayor, las partes podrán convenirlo (art. 65, *RLOPSRM*).

Es indispensable que se modifique la fianza en caso de otorgamiento de prórrogas o esperas al contratista derivadas de formalización de convenios de ampliación al monto o al plazo de ejecución del contrato (art. 68, fr. II, *RLOPSRM*), pues en su ausencia, dicha omisión liberaría a la afianzadora de su obligación como fiadora (art. 112, *LFIF*).

Cuando se requiera hacer efectiva la fianza, resultan aplicable lo dispuesto en el *RLSTF*, en el cual se encuentra establecido un capítulo denominado "DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NO FISCALES", en el que se regulan los mecanismos de administración, control y efectividad de las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal ante la Tesorería de la Federación, autoridades judiciales y las que reciban las dependencias por contratos administrativos, en concursos de obras, adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones, prórrogas y otras obligaciones de naturaleza no fiscal.

En el *RLSTF* se establece que la unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o adeudo garantizado deberá remitir a la Tesorería de la Federación la totalidad de la documentación indicada debidamente integrada, en términos de lo dispuesto por la *LFIF* y demás disposiciones aplicables, a más tardar en un plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se verifique el incumplimiento por parte del obligado (art. 143, *RLSTF*).

Entre la documentación que en su caso se debiera remitir, se encuentra aquella en la que conste el crédito u obligación garantizada, el documento constitutivo de la garantía, el documento en donde se justifique la exigibilidad del monto garantizado y cualquier otra con que se motive su efectividad (art. 142, *RLSTF*).

Aunado a lo anterior, la unidad encargada del control y vigilancia de la obligación o del adeudo garantizado deberá, además, marcar copia de la documentación indicada a la institución fiadora con la finalidad de que esta última pueda realizar el pago antes de que se le requiera (art. 142, *RLSTF*).

Una vez que la Tesorería de la Federación haya recibido la documentación respectiva para hacer efectiva la garantía, procederá conforme lo dispuesto en la *LFIF*, el reglamento del artículo 95 de la *LFIF* y el artículo 144 del *RLSTF*, caso en el cual se establece que para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación, la Tesorería procederá conforme a lo siguiente:

- Verificará el expediente respectivo comprobando que la documentación remitida se encuentre debidamente requisitada, esté completa y haya sido presentada en tiempo.
- En caso de que se detecten errores o faltantes en la documentación remitida, la Tesorería le requerirá a la autoridad correspondiente la documentación faltante o la corrección de los errores detectados. Dicha autoridad contará con un plazo de quince días naturales, contados a partir de la fecha de la notificación del requerimiento, para subsanar las irregularidades.
- Procederá, en términos de lo previsto en la *LFIF* y demás disposiciones aplicables, a formular y notificar el requerimiento de pago a la institución fiadora, apercibiéndola de que en caso de que no pague dentro de los treinta días naturales siguientes a la notificación, solicitará el remate de valores en Bolsa propiedad de dicha institución.
- Después de notificada y dentro del plazo antes referido, la institución fiadora deberá realizar el pago a favor de la Tesorería en las cuentas que esta última le indique para tal efecto.
- Si dentro del plazo de treinta días antes indicado la institución fiadora llegase a impugnar el requerimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación por considerarlo improcedente, se suspenderá temporalmente el procedimiento de ejecución, hasta en tanto se dicte la resolución definitiva.
- La Tesorería deberá vigilar el cumplimiento de la sentencia firme que declare la procedencia del cobro, el cual se sujetará a lo previsto en la *LFIF*, en lo relativo a la forma, tasas de interés aplicables, plazos para exigirlo y sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Se desprende de lo anterior que, tanto la *LFIF*, el reglamento del artículo 95 de la *LFIF* y el *RLSTF* se compenetran para determinar los mecanismos para hacer efectivas las fianzas como garantías otorgadas a favor de los diversos órganos de gobierno.

6.4.2.2 De proveeduría

Las fianzas de proveeduría garantizan el cumplimiento de obligaciones entre particulares bajo el libre acuerdo de las partes, o bien, de personas físicas y/o morales ante una entidad de gobierno que deriven de un contrato por el cual se provean bienes o servicios.

En el caso de los contratos que los proveedores celebren con el gobierno, deberán someterse a lo dispuesto en la *LAASSP* y a su reglamento.

Las adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados que contraten las dependencias y entidades mencionadas en el artículo 1º de la *LAASSP*, deberán sujetarse a los procedimientos que establece dicho ordenamiento y que en su caso pueden ser: licitación pública, invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa (art. 26, *LAASSP*). En cada caso los proveedores deberán garantizar los anticipos que les sean entregados y el cumplimiento del contrato conforme a lo dispuesto en las bases que al respecto se emitan, las cuales deberán establecerse en los contratos o pedidos correspondientes (art. 45, *LAASSP*).

En el caso de los anticipos, se deberán garantizar hasta por la totalidad de su monto y hasta antes de la firma del contrato de cumplimiento (art. 48, *LAASSP*), los cuales deberán amortizarse proporcionalmente en cada uno de los pagos que otorguen las dependencias o entidades en la misma moneda en la que se otorgue el anticipo, y subsistir hasta su total amortización, lo que deberá establecerse en las bases de licitación y en los contratos respectivos (art. 32, *RLAASSP*):

Tratándose de la garantía de cumplimiento, ésta deberá otorgarse a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato, salvo que el servidor público que deba firmar el contrato exceptúe, bajo su responsabilidad, al proveedor de hacerlo por encontrarse en alguno de los supuestos establecidos en las fracciones II, IV, V, XIV del artículo 41 y artículo 42 de la aludida ley (art. 48, *LAASSP*).

La aplicación de la garantía de cumplimiento debe ser proporcional al monto de las obligaciones incumplidas, salvo que por las características de los bienes o servicios entregados, éstos no puedan funcionar o ser utilizados por la dependencia o entidad por estar incompletos, en cuyo caso la aplicación será por el total de la garantía correspondiente.

Al respecto, es de precisar que si las partes acuerdan libremente aun tratándose de obligaciones divisibles, considerar a la obligación como indivisible para el efecto de que la institución garante cubra el monto total de la fianza en caso de incumplimiento del fiado, ésta puede ser exigida en su totalidad.

Lo anterior queda sustentado con el criterio jurisprudencia intitulado: **FIANZA QUE GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO EN EL QUE LAS PARTES EXPRESAMENTE PACTARON SU CUMPLIMIENTO TOTAL. DEBE EXIGIRSE EN SU INTEGRIDAD**⁸⁵, en donde se establece que "...los contratos de fianzas son accesorios de las obligaciones que garantizan, de manera que si la obligación principal es susceptible de

⁸⁵ 9a. Época; SJF y su Gaceta; XXII, julio del 2005; p. 1067; [J]; Registro No. 177962.

cumplirse en parcialidades, por considerarse divisible, lo correcto es que sólo se exija al fiador la proporción correspondiente al incumplimiento del obligado principal; empero, cuando la obligación principal es indivisible en razón de su objeto, o bien porque las partes al momento de contratar así lo estipulen o, por último, que en caso de controversia el juzgador así lo determine, entonces la fianza será exigible en su totalidad debido a la imposibilidad de cumplimiento parcial de la obligación de naturaleza indivisible”.

Cuando la contratación incluya más de un ejercicio presupuestal, la garantía de cumplimiento del contrato podrá ser por el porcentaje que corresponda del monto total por erogar en el ejercicio fiscal de que se trate, y deberá ser renovada cada ejercicio por el monto a erogar en el mismo, la cual deberá presentarse a más tardar dentro de los primeros diez días naturales del ejercicio que corresponda. A petición del proveedor, la dependencia o entidad podrá acceder a que no se sustituya la garantía otorgada en el primer ejercicio, siempre que continúe vigente y su importe mantenga la misma proporción que la del primer ejercicio, en relación al monto por erogar en cada ejercicio subsecuente (art. 58-A, *RLAASSP*).

Cuando las dependencias y entidades convengan el incremento en la cantidad de bienes o servicios de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la *LAASSP*, deberán solicitar al proveedor la entrega de la modificación respectiva de la garantía de cumplimiento por dicho incremento, lo cual deberá estipularse en el convenio modificatorio respectivo, así como la fecha de entrega o de la prestación del servicio para las cantidades adicionales (art. 59, *RLAASSP*).

Al igual que en la *LOPSRM*, la garantías de proveeduría que deban otorgarse, se constituirán ya sea a favor de la Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias; las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas; o bien, a favor de las tesorerías de las entidades federativas o de los municipios, en los casos de los contratos celebrados al amparo de la fracción VI del artículo 1º de esa ley (art. 49, *LAASRM*).

La efectivada de este tipo de garantías asimismo se encuentra sujeta a lo dispuesto en el capítulo denominado “DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NO FISCALES”, regulado en el *RLSTF*, en donde como fue previamente analizado, en el se regulan los mecanismos de administración, control y efectividad de las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal ante la Tesorería, autoridades judiciales y las que reciban las dependencias por contratos administrativos, en concursos de obras, adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones, prórrogas y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, en donde entre otras garantías se encuentra la fianza expedida por institución autorizada.

Por lo anterior, es de reflexionar la gran similitud que existe con respecto a los plazos, mecanismos de exigibilidad y autoridades ejecutoras entre las fianzas de obra, de proveeduría y de arrendamiento emitidas a favor de la administración pública, en razón de la relación que guardan con los semejados ordenamientos como resultan ser la *LOPSRM*, la *LAASSP* y sus respectivos reglamentos; en tanto que, como sera a continuación analizado, cosa muy distinta ocurre con las fianzas que sirven para garantizar créditos fiscales a cargo de terceros, dada la injerencia del *CFF* en su mecanismo de operación y efectividad. Ello, con independencia de que se encuentren clasificadas dentro del mismo ramo de fianzas administrativas.

6.4.2.3 Fiscales

Estas fianzas se expiden para garantizar a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, el interés fiscal que deben los particulares en su carácter de contribuyentes frente al Estado en su carácter de fisco o titular de la Hacienda Pública; o ante organismos descentralizados con facultades ejecutoras como lo son el IMSS o el INFONAVIT.

El interés fiscal debe ser garantizado toda vez que el fisco tiene la obligación de salvaguardar los intereses de la Hacienda Pública, quien representa el interés social, razón por la cual y en caso de controversias con el contribuyente, antes de entrar a la *litis* se requieren garantizar los créditos fiscales.

Las garantías de interés fiscal deben otorgarse a favor de la Tesorería de la Federación, del organismo descentralizado que sea competente para cobrar coactivamente créditos fiscales, así como de las tesorerías o de las dependencias de las entidades federativas o municipios que realicen esas funciones aun cuando tengan otra denominación (art. 89, *RCFF*).

Los casos más frecuentes de solicitud de fianzas fiscales por parte de los contribuyentes son cuando se presentan medios de defensa en contra de pagos de impuestos, derechos, cuotas obrero patronales ante el IMSS, contribuciones, recargos, convenios de pagos en parcialidades y multas.

Al respecto, en el artículo 142 del *CFF* se puntualizan algunos de los casos en que se debe garantizar el interés fiscal, como lo son cuando:

- Se solicite la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución.
- 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
- Se solicite la aplicación del producto en los términos del artículo 159 del *CFF*.
- En los demás casos que señalen las leyes fiscales.

Las fianzas emitida por institución afianzadora que se expida para garantizar el interés fiscal se caracterizan porque deberá comprender, además de las contribuciones adeudadas actualizadas, los accesorios causados, así como de los que se causen en los doce meses siguientes a su otorgamiento. Al terminar este período y en tanto no se cubra el crédito, deberá actualizarse su importe cada año y ampliarse la garantía para que cubra el crédito actualizado y el importe de los recargos, incluso los correspondientes a los doce meses siguientes y deberá constituirse dentro de los treinta días siguientes al en que surta efectos la notificación efectuada por la autoridad fiscal correspondiente de la resolución sobre la cual se deba garantizar el interés fiscal, salvo en los casos en que se indique un plazo diferente en otros preceptos del *CFF* (art. 141, *CFF*).

Considero que resulta incongruente que las instituciones de fianzas se encuentren obligadas a pagar además de los montos garantizados en las pólizas de fianzas, las actualizaciones y recargos fiscales que de la obligación garantizada se derive cuando ello no se hubiese estipulado expresamente en la póliza, situación que habrá que decir, resulta en contra de la propia naturaleza de la fianza, pues para este caso y en una ficción jurídica se les trata a las afianzadoras, más allá de su carácter de fiadoras, como si fuesen los propios contribuyentes.

Al respecto y en similar opinión, el doctor Arturo Díaz Bravo⁸⁶ expone: “No se trata de un crédito fiscal, pues la obligación de la fiadora es – conviene repetirlo - mercantil y de naturaleza propia; en otras palabras: la empresa afianzadora no reporta un crédito fiscal a su cargo, aunque fiscal haya sido la obligación garantizada... a menos que se trate de una arbitraria y no confesada metamorfosis jurídica”.

Otra diferencia de esta fianza, con respecto a las demás fianzas administrativas, como las que sirven para garantizar contratos de obra, adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados de conformidad con la *LAASSP*, la *LOPSR* y sus respectivos reglamentos, es que mientras que éstas, por regla general, se hacen efectivas a través de la Tesorería de la Federación, tratándose de las fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros, estas se hacen efectivas a través del SAT, de tal manera que en el artículo 25 del *RISAT* se otorga la facultad para llevar el procedimiento administrativo de ejecución por conducto de la Administración General de Recaudación.

Lo anterior, en virtud de que por *Decreto por el que se expiden nuevas leyes fiscales y se modifican otras*, publicado en el *DOF* el 15 de diciembre de 1995, mediante el cual se expidió la *LSAT* y conforme al artículo tercero transitorio del *CFF* en referencia a dicho decreto, a partir de la entrada en vigor de la citada ley (1º de julio de 1997), compete al SAT ejercer los procedimientos administrativos de ejecución para hacer efectivos los créditos fiscales que le sean radicados, incluyéndose por interpretación y a pesar de su naturaleza mercantil, las fianzas que sean expedidas para garantizar créditos fiscales a favor de terceros, salvo las que garanticen aportaciones de seguridad social, que deberán expedirse y ejecutarse a favor y por el organismo descentralizado competente para cobrar dichas aportaciones (art. 50, *LSTF*).

6.4.2.4 De arrendamiento

Estas fianzas garantizan el cumplimiento de un contrato de arrendamiento celebrado entre particulares, o bien, entre éstos con un órgano de gobierno.

Tratándose de contratos de arrendamiento en los que el arrendatario sea un órgano de gobierno, resultan aplicables las disposiciones contenidas en la *LAASSP* y su reglamento, conforme a los mecanismos de operación previamente analizados en el apartado de fianzas de proveeduría.

En consideración de lo anterior, es de resumir que las fianzas que garantizan a favor del gobierno los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público que celebren con los contratistas o proveedores, se encuentran directamente relacionadas conforme a lo dispuesto en la *LAASSP* y su Reglamento; en tanto que las fianzas que garantizan el cumplimiento de contratos de obra se encuentran directamente relacionadas con lo dispuesto en la *LOPSRM* y su Reglamento.

⁸⁶ Díaz Bravo, Arturo, *op. cit.* p. 326.

6.4.2.5 Otras fianzas administrativas

Cabe destacar que en el inciso e) de la fracción III del artículo 5º de la *LFIF* se da la posibilidad de considerar a otras fianzas como administrativas, como son las demás relacionadas con actividades y contratos celebrados entre las autoridades de gobierno y los particulares que no encuadren dentro de alguno de los supuestos antes mencionados (arrendamiento, proveeduría o fiscales).

En consideración de lo anterior y cubriendo otro supuesto de fianzas administrativas, en el artículo 49 de la *LSTF* se establece: "Las garantías que reciban las dependencias de la administración pública federal centralizada por contratos administrativos, en concursos de obras y adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, deberán otorgarse a favor de la Tesorería conforme a las disposiciones legales aplicables", situación en la cual se observan otros supuestos en los que este tipo de fianzas resultan de utilidad, como son para el caso de garantizar anticipos, autorizaciones y concesiones.

6.4.3 Principales características

- A) Este tipo de fianzas sirven para garantizar operaciones tanto entre particulares, como con organismos del sector público, de tal manera que en este último caso y entre todo el ramo de fianzas, el gobierno resulta ser el principal cliente de las instituciones afianzadoras, al llevar a cabo diversas actividades con sus contratistas y proveedores para garantizar las obligaciones que contraigan con alguna de las entidades de la Administración Pública Federal derivado de licitaciones u otra forma de obligaciones, así como las que derivan de los créditos fiscales del que cualquier contribuyente podría necesitar.
- B) Tratándose de fianzas fiscales y con independencia en lo dispuesto en la *LFIF* y el *Reglamento del artículo 95 de la LFIF 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 a cargo de terceros*, estas fianzas, en cuanto a su efectividad, cuentan con un procedimiento especial de cobro regulado en el *CFF*, y con las facultades del SAT para hacerlas efectivas. En tanto que tratándose de las fianzas que deriven de la celebración de contratos de obra, adquisiciones, arrendamientos, proveeduría y otros servicios relacionados, éstas se encuentran sujetas al procedimiento establecido en diversos ordenamientos jurídicos, como resultan ser la *LAASSP*, la *LOPSRM*, la *LSTF* y sus respectivos reglamentos, y por regla general, con las facultades de la Tesorería de la Federación para hacerlas efectivas.
- C) Existe considerable dificultad para hacer efectivas este tipo de garantías, derivado de circunstancias como el encontrarse reguladas en muy diversos ordenamientos, la existencia de diversas lagunas y el consecuente acaecimiento de problemas de interpretación y contradicción, por lo que derivado de ello es de destacar que sobre este ramo y como en ningún otro existe una gran diversidad de criterios jurisprudenciales.

En cuanto a la efectividad de este tipo de garantías, por su importancia y extensión, dicho tema se reserva para ser analizado en el capítulo VIII.

6.5 Fianzas de crédito

En el cuarto ramo de fianzas se localizan, de conformidad con el artículo 5º de la *LFIF*, las fianzas de crédito.

6.5.1 Concepto

Las fianzas de crédito son aquellas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por personas físicas o morales relacionadas con el pago de determinada suma de dinero que se desprenda de una relación contractual, en la cual el beneficiario siempre será una persona moral.

6.5.2 Clasificación

Resulta divergente la clasificación sobre este tipo de fianzas, en virtud de que paralelamente a la clasificación estipulada en el artículo 5º de la *LFIF* se localizan Reglas especiales para las mismas.

6.5.2.1 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la *LFIF*

En el artículo 5º, párrafo IV de la *LFIF* se subdivide a este ramo en fianzas de suministro, de compraventa, financieras y otras, situación de la cual se desprende su parcialidad, en virtud de que dicha clasificación ha sido superada por otras disposiciones que se han emitido en torno del tema en estudio.

6.5.2.2 De conformidad con las *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito*

Hasta antes del 24 de agosto de 1990, las afianzadoras tenían la obligación de solicitar autorización a la SHCP para emitir pólizas de este ramo, conforme a la clasificación estipulada en el artículo 5º de la *LFIF*, pero no fue sino hasta tal fecha que el Gobierno Federal por conducto de tal Secretaría y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1º y 39 de la *LFIF*, expidió las *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito*.

Posteriormente y en virtud de la actividad financiera cambiante, dichas Reglas fueron derogadas por las publicadas en el *DOF* el 25 de mayo del 2000, la cuales con el mismo nombre, regulan de manera más adecuada las garantías que se deben obtener por parte del fiado, las primas, la documentación requerida, la vigencia, la contratación de reafianzamiento y cofianzamiento, y la reclamación correspondiente en caso de incumplimiento del fiado.

En las actuales *Reglas de Carácter General para el Otorgamiento de Fianzas que garantizan Operaciones de Crédito* se permiten garantizar las siguientes operaciones crediticias:

- **Compra-venta:** Garantiza que el fiado (comprador) cumpla en el tiempo establecido el pago en dinero adeudado por la adquisición de un bien, servicio o derecho recibido ante el beneficiario de la fianza (el vendedor) que le ha solicitado la póliza por la venta a crédito.

- **Distribución mercantil:** Garantiza que el fiado (distribuidor) cumpla en el tiempo establecido con el pago estipulado por las mercancías recibidas ante el beneficiario de la fianza (distribuyente).
- **Arrendamiento financiero:** Garantiza que el fiado (persona que recibe temporalmente un bien para su uso y goce) cumpla en el tiempo establecido por el contrato de arrendamiento financiero con el pago del precio determinado (pago periódico en dinero), en razón del uso de dicho bien trasladado en posesión, para que posteriormente mediante la acción de compra el arrendatario se convierta en adquirente propietario mediante una compra-venta a precio preferencial.
- **Factoraje financiero:** El factoraje financiero es un contrato por medio del cual una empresa, llamada factor, compra cuentas por cobrar pertenecientes a su particular y su función primordial es apoyar el capital de trabajo mediante la recuperación anticipada de dichas cuentas por cobrar, de las cuales es propietario el usuario del servicio y cede a la empresa factora a descuento, con el fin de allegarse un financiamiento.

Esta fianza garantiza que el fiado (cedente de las facturas) pagará el importe de las facturas cedidas para su cobro en caso de que el beneficiario de la fianza (empresa de factoraje) no pueda hacerlas efectivas.

- **Emisión de papel comercial:** Garantiza que el fiado (empresa emisora de los títulos de crédito) pague el importe del capital y accesorios obtenidos mediante el financiamiento ante el beneficiario de la fianza (la casa de bolsa colocadora), en caso de que llegase a presentarse falta de liquidez o solvencia por parte del emisor.
- **Créditos a importadores y exportadores:** Garantiza que el fiado (ya sea importador o exportador) pague en forma y tiempo convenidos el importe de los créditos obtenidos para la importación o exportación de bienes y servicios ante el beneficiario de la fianza (institución financiera que otorga el crédito), en caso de que el fiado incumpla.
- **Créditos con garantía de certificados de depósito y bonos de prenda:** Garantiza que el fiado (solicitante de un crédito con garantía de certificados y bonos de prenda ante una institución bancaria) pague el importe del capital y los accesorios financieros ante el beneficiario de la fianza (institución bancaria) en caso de que el fiado no pudiere cumplir con su obligación.
- **Adquisición de activos fijos o bienes de consumo duradero:** Garantizan el pago de capital en caso de que el adquirente (fiado) de los activos fijos o bienes de consumo duradero, como casas-habitación, incumplan en el pago.
- **Apoyo a la micro y pequeña empresa:** Garantizan el pago de créditos derivados de programas especiales de apoyo a la micro y pequeña empresa que ejecuten instituciones nacionales de crédito (beneficiario) en el caso de que los solicitantes del crédito (fiado) incumplan con el pago dentro del plazo establecido en el respectivo contrato.

6.5.3 Principales características

Las principales características de este tipo de fianzas se abstraen de las *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito*, las cuales consisten en que:

- A) Sólo pueden ser otorgadas a personas morales (regla quinta).
- B) Debe contratarse previamente un seguro de daños a favor de la institución de fianzas por todo el tiempo que dure la fianza, respecto de los bienes por los que se expida la fianza y un seguro de vida para el fiado con endoso preferente a la institución afianzadora, cuando menos por el saldo insoluto del crédito garantizado con fianza (regla séptima).
- C) Las instituciones de fianza deberán obtener previamente garantías de recuperaciones suficientes y comprobables (regla octava).
- D) La vigencia de las fianzas siempre será determinada y no podrá operar en forma automática su renovación o prórroga (regla decimoprimerá).
- E) En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el beneficiario debe suspender las operaciones objeto de la fianza, ya que en caso contrario, las nuevas operaciones no quedan garantizadas salvo que la afianzadora otorgue por escrito su consentimiento (regla decimosegunda).
- F) Los beneficiarios al presentar sus reclamaciones deberán hacerlo por escrito.
- G) El derecho para reclamar las fianzas de crédito caduca en el plazo que de común acuerdo convengan con la institución de fianzas, sin que dicho plazo pueda exceder de ciento ochenta días naturales, contados a partir del día siguiente a aquel en que el fiado debió haber cumplido la obligación o del vencimiento de la vigencia de la póliza, caso en que se cancelará automáticamente (Regla Décimo Cuarta).
- H) Las operaciones antes mencionadas no se adecuan a la clasificación ambigua que actualmente se encuentra en la fr. IV del artículo 5º de la *LFIF*, lo que implica que el usuario que las requiera deba examinar las Reglas especiales que fueron creadas para este ramo.

En consideración de lo anterior, se desprende que este tipo de fianzas se encuentran reguladas de manera especial por disposiciones de orden público, de tal manera que las partes se encuentran limitadas en cuanto a sus condiciones de expedición, operación y efectividad por los preceptos legales irrenunciables en contexto, lo que a la vez podría generarles mayor certidumbre de sus derechos y obligaciones en caso de conflicto.

6.6 Fideicomiso de garantía

Una de las figuras jurídicas que como mecanismo de garantía más recientemente ha sido regulado es la del fideicomiso de garantía.

6.6.1 Concepto

Como en un capítulo previo fue mencionado, la palabra “fideicomiso” proviene de los vocablos *fideicommissum*, del latín *fides* que significa “fe” y *commissus* que significa “comisión”, el cual era utilizado en el Derecho Romano como un acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero, que a su vez adquiría la obligación de transmitirlo a un tercero.⁸⁷

Desde sus orígenes, el objeto del fideicomiso ha sido el de la administración de ciertos bienes a favor de una persona llamada “fiduciario”, situación que se adoptó en nuestro sistema jurídico, de tal manera que en el artículo 381 de la *LGTOC* se determina: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

Tratándose del fideicomiso de garantía no existe una definición legal, pero derivado de las prácticas comerciales se desprende que consiste en un mecanismo para brindar seguridad con el fin de que ciertas instituciones financieras puedan ofrecer al mercado un instrumento de garantía que asegure operaciones no sólo a favor de un tercero, sino a favor de las mismas instituciones cuando actúen con el carácter de fideicomisarias en obligaciones adquiridas por el fideicomitente, a través de la correcta administración de los bienes sujetos a fideicomiso.

El fideicomiso de garantía podría conceptuarse como un contrato mediante el cual se transmiten por parte del fideicomitente ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una o varias obligaciones.

Derivado de lo anterior se desprende que el fideicomiso de garantía es en sí un mecanismo de garantía y que a pesar de que dicha figura sea una forma de garantía de recuperación a favor de las afianzadoras, o con independencia de que las instituciones de fianzas puedan fungir como fiduciarias a favor de terceros a través de dicho medio, por su propia forma de operación tal figura jurídica no debe de ser confundida con la fianza.

6.6.2 Clasificación

La clasificación del fideicomiso para efectos de la presente obra y con sustento en lo dispuesto en la fracción V del artículo 5º de la *LFIF* se divide en dos:

- A) Fideicomiso de garantía relacionado con pólizas de fianza.
- B) Fideicomisos de garantía sin relación con pólizas de fianza.

⁸⁷ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 466 y 493.

6.6.2.1 Relacionados con pólizas de fianza

El fideicomiso de garantía puede estar relacionado con pólizas de fianzas, a efecto que se asegure el monto que derivado del incumplimiento de la obligación garantizada tuvieran que erogar las afianzadoras, resultando en dicho caso una garantía de recuperación a su favor.

Lo anterior, como ha sido analizado, tiene su antecedente a que con fecha 10 de noviembre de 1999 fue reformado el artículo 16 de la *LFIF*, adicionándose la fracción XV, para establecer que las compañías afianzadoras podrán actuar como instituciones fiduciarias y fideicomisarias en fideicomisos de garantía, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones, situación en la cual sólo se aceptan como garantías sujetas al fideicomiso, bienes o derechos presentes no sujetos a condición (art. 29, *LFIF*).

En la constitución del fideicomiso podrá convenirse el procedimiento para la venta de los bienes o derechos afectos al mismo cuando la afianzadora deba pagar el monto reclamado y tenga derecho a la recuperación correspondiente, o bien, en el caso de que las partes convengan sujetarse a lo establecido en la *LFIF*, la operación de fideicomiso se deberá sujetarse a las reglas de carácter general que en su caso emita el Banco de México (art. 16, fr. VX, *LFIF*).

6.6.2.2 Sin relación con pólizas de fianza

El fideicomiso sin relación con pólizas de fianza es aquel que concierne a la actividad que las afianzadoras pueden llevar a cabo como instituciones financieras, con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercer fideicomisario.

Asimismo sus antecedentes derivan de una reforma realizada a la *LFIF* el 10 de noviembre de 1999, con la cual se adicionó al artículo 16 la fracción XV para establecer que las compañías podrán actuar como institución fiduciaria, pero sólo en el caso de fideicomisos de garantía, con la facultad de administrar los bienes fideicomitados en los mismos, los que podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianza que expidan.

La citada reforma tiene relación directa con el *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito* publicado en el *DOF* el 23 de mayo del 2000, mediante el cual se adicionó a la *LGTOC* la Sección Segunda, del Título Segundo, Capítulo V, denominado "Del fideicomiso de garantía" (arts. 395 a 407); mientras que paralelamente en el *CCom* se adicionó el Título Tercero Bis, Capítulo I; artículos 1414 Bis 1 a 1414 Bis 6 y Capítulo II, artículos 1414 Bis 7 a 1414 Bis 20, del Libro Quinto, en donde se reguló el procedimiento de ejecución tanto judicial como extrajudicial de las garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía.

A partir de las citadas reformas, las instituciones de fianzas pueden actuar como fiduciarias en los fideicomisos traslativos de dominio sobre los bienes fideicomitados que tengan como finalidad servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas (art. 16, fr. XV, *LFIF*), de conformidad con las disposiciones contenidas en la *LGTOC*, el *CCom*, la propia *LFIF* y disposiciones conexas.

En el caso de que las instituciones de fianzas actúen como fiduciarias para administrar los bienes fideicomitados a favor de terceros fideicomisarios, se encuentran sujetas a las siguientes reglas:

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- Las instituciones de fianzas podrán recibir en fideicomiso cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según el requerimiento del fideicomitente o adquirir ese tipo de activos con los recursos fideicomitados, siempre que tales operaciones se realicen exclusivamente en cumplimiento del objeto del fideicomiso.
- Deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero que les confíen y los demás bienes, valores o derechos con los que se incrementen los recursos originalmente afectos al fideicomiso, así como los incrementos o disminuciones correspondientes, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de fianzas con las contabilidades especiales. En ningún caso los recursos, bienes o derechos indicados estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra ellos correspondan a terceros.
- Las instituciones de fianzas deberán desempeñar su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios, quienes deberán satisfacer los requisitos de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, considerándose que carecen de honorabilidad si se ubican en uno de los supuestos previstos en el inciso d) del numeral 3 de la fracción VIII Bis del artículo 15 de la *LFIF*. Las instituciones responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos referidos en el fideicomiso. En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un Comité Técnico, dar reglas para su funcionamiento y fijar facultades. Cuando la institución obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad.
- Cuando la institución de fianzas al ser requerida no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles o cuando sea declarada por la sentencia ejecutoriada culpable de las pérdidas del menoscabo que sufran los recursos dados en fideicomiso, procederá su remoción como fiduciaria.
- Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad y remoción de la institución fiduciaria, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y a falta de éstos al Ministerio Público sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción. En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la *LGTOC*.
- Los recursos recibidos por las instituciones de fianzas con cargo a contratos de fideicomiso no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que dichas instituciones deben constituir de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, ni podrán considerarse para efecto alguno como parte de los cómputos relativos al requerimiento mínimo de capital base de operaciones previsto en el artículo 18 de la misma.
- La SHCP, escuchando la opinión de la CNSF y del Banco de México, determinará mediante reglas de carácter general el monto máximo de recursos que una institución de fianzas podrá recibir en fideicomiso,

considerando su capital pagado, su requerimiento mínimo de capital base de operaciones y cualquier otro elemento que apoye su solvencia.

- Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal de interés público a través de la SHCP, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la *LGTOC*. En lo no previsto, a las instituciones de fianzas fiduciarias les será aplicable lo establecido en la *LGTOC*.

6.6.3 Principales características

- A) El fideicomiso de garantía es un mecanismo de garantía que no debe ser confundido con la fianza, de tal manera que resulta incorrecto que se clasifique como un ramo de fianzas dentro del artículo 5o de la *LFIF*.
- B) Como contrato, los fideicomisos de garantía pueden estar relacionados con pólizas de fianzas, a efecto que se asegure el monto que derivado del incumplimiento de la obligación garantizada tuvieran que erogar las afianzadoras, resultando en dicho caso como una garantía de recuperación a su favor; en tanto que los fideicomisos que no se relacionen con las pólizas de fianza, se encuentran concatenados con la actividad que las afianzadoras como instituciones financieras pueden llevar a cabo a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercer fideicomisario para el caso de incumplimiento de la obligación.
- C) Derivado de las reformas efectuadas mediante *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito*, publicado el 23 de mayo del 2000, el fideicomiso de garantía resulta ser una figura sobrerregulada en diversos ordenamientos jurídicos como resultan ser la *LGTOC*, el *Ccom*, la *LIC* y la *LFIF*, entre otros.

Una vez analizados los diversos ramos y subramos de la fianza de empresa, continúa el estudio de sus diversas causas de extinción, las cuales podrán particularizarse de acuerdo con cada tipo de fianza y la regulación que les resulta aplicable.

CAPÍTULO VII

CAUSAS DE EXTINCIÓN

7.1 ¿Qué son las causas de extinción de la fianza de empresa?

Las causas de extinción de la fianza de empresa son aquellas situaciones que provocan que la obligación guardada por la institución de fianzas como garante frente al beneficiario fenezca total o parcialmente.

La institución de fianzas queda liberada totalmente de su obligación como garante, cuando se configuran situaciones en las que no resulta posible cobrar el monto total estipulado en las pólizas, derivado de causas como el haber operado la caducidad sobre la garantía; o bien, la extinción operará de manera parcial en situaciones en que resulte factible el cobro sobre parte del monto garantizado en la póliza, como en el caso en que opere la proporcionalidad del cobro de la fianza en relación con el incumplimiento de la obligación garantizada.

Una vez que proceda la total extinción de la fianza, consecuentemente ésta será cancelada y por tanto de ella no derivará ninguna obligación a cargo de la afianzadora.

Ahora bien, el presente capítulo se divide en dos grandes apartados que consisten en las causas de extinción generales por un lado, y en las causas de extinción propias de la fianza de empresa por el otro, en virtud de que conviene precisar que algunas causas de extinción resultan aplicables a todo tipo de obligaciones como resultan ser entre otras las adquiridas por las instituciones de fianzas, las cuales como será analizado se encuentran reguladas en el *CCF*; en tanto que las segundas resultan aplicables de manera especial en cuanto a su operatividad para esta figura jurídica, tal como deriva de la ley especial de la materia, a decir, de la *LFIF*.

7.2 Generales

Como fue mencionado, las causas generales de extinción de la fianza son aquellas que coinciden con las causas generales de extinción de las obligaciones, por tanto, no resultan causas de extinción propias o exclusivas de la fianza de empresa.

Entre ellas encontramos el cumplimiento de la obligación, compensación, remisión de deuda, quita, transacción, novación, cesión de deudas, simulación y confusión, figuras establecidas en el *CCF* aplicables de manera supletoria conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la *LFIF*.

7.2.1 Cumplimiento de la obligación

Al constituir la fianza una obligación accesoria, la más lógica causa de extinción de la obligación de la afianzadora será la que derive del cumplimiento de la obligación por parte del fiado, en virtud de la característica de accesoriedad que guarda la obligación estipulada en la póliza sobre la obligación principal estipulada en el documento fuente, por lo que si la obligación principal se extingue, la obligación accesoria también se extinguirá (art. 2842, *CCF*).

En otras palabras, la accesoriedad significa "...aceptar el nexo de subordinación a la obligación principal. Ello se ve reflejado en la necesidad de que exista y se encuentre válidamente constituida la obligación garantizada y en que las vicisitudes de dicha obligación repercutan inevitablemente en la fianza".⁸⁸

Del carácter accesorio de la fianza se deriva que ésta sólo puede existir sobre una obligación válida. Si la obligación principal se adecua a una causa de nulidad prevista en la ley aplicable, la institución garante podrá hacer valer esta nulidad y no quedará obligada al no existir deuda principal (art. 2797, *CCF*).

7.2.2 Compensación

Esta causa de extinción se funda en que nadie puede pretender el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el monto de su deuda, extinguiéndose al efecto las dos deudas con la entrega del remanente a la parte que tenga en su favor un crédito mayor (art. 2186, *CCF*).

En este sentido, el artículo 118 Bis establece: "...La institución de fianzas en todo momento tendrá derecho a oponer al beneficiario la compensación de lo que éste deba al fiado, excepto cuando el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ella".

Al respecto, Treviño García⁸⁹ manifiesta: "La razón de que el fiador sí pueda utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor consiste en que, cuando las partes reúnen las cualidades de acreedor y deudor recíprocamente y por su propio derecho, opera la compensación por ministerio de ley y... se extingue la obligación principal con todas las correlativas".

La compañía de fianzas sólo podrá oponer al acreedor la compensación hasta el momento de ser demandada (art. 2198, *CCF*) y no podrá hacerlo sobre lo que el beneficiario le deba a la propia institución de fianzas, sino exclusivamente sobre lo que se le deba al fiado (art. 2199, *CCF*).

7.2.3 Remisión de deuda

La remisión de la deuda consiste en la renuncia expresa por parte del acreedor al derecho de reclamar las prestaciones que le son debidas y, por tanto, la institución afianzadora quedará liberada siguiendo la suerte de lo principal (art. 2209, *CCF*).

Al respecto, Treviño García⁹⁰ afirma: "La remisión de la obligación principal extingue la deuda y también la fianza, aun cuando el deudor no la acepte".

No obstante, si la obligación accesoria es condonada, es decir la fianza, no sucederá lo mismo con la principal (art. 2210, *CCF*).

⁸⁸ Reyes López, María José. *Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Editora General de Derecho, S.L., Valencia, 1996, p. 136.

⁸⁹ Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 5ª ed., Serie Jurídica Mc Graw Hill, México, 1995, p. 675.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 676.

7.2.4 Quita

La quita consiste en la remisión de la deuda en forma parcial, por tanto, la fianza será reducida en forma proporcional a lo que fue la obligación principal, por lo que con ella no será extinguida totalmente la fianza, sino que simplemente será reducida, pero dará motivo a la extinción de la fianza si en virtud de ella la obligación principal se sujeta a nuevos gravámenes o condiciones (art. 2847, *CCF*).

Lo anterior es así en virtud de que las condiciones a las que se sometió la institución fiadora se hacen constar en la póliza de fianza y éstas no pueden cambiar sin que previamente manifieste su consentimiento.

7.2.5 Transacción

La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura (art. 2944, *CCF*).

La transacción entre el acreedor y el deudor principal beneficia a la institución fiadora, de manera similar a como la celebrada entre la institución fiadora y el acreedor-beneficiario aprovecha al deudor principal (art. 2826, *CCF*).

7.2.6 Novación

La novación se da cuando las partes convienen en la alteración sustancial de un contrato previamente celebrado, sustituyendo con una obligación nueva a la antigua (art. 2213, *CCF*).

La novación extingue la obligación principal y por consecuencia hace lo mismo con la fianza como obligación accesoria, en los casos en que la obligación principal garantizada haya sido novada sin consentimiento de la institución fiadora (arts. 2220 y 2221, *CCF*).

El consentimiento de la afianzadora será propiamente el otorgamiento de una nueva póliza para garantizar la obligación nueva que nace al novarse la deuda primitiva.

7.2.7 Cesión de deudas

La cesión de deudas es una forma de transmitir las obligaciones a través de la sustitución de la persona deudora por persona distinta, con el consentimiento expreso o tácito del acreedor.

La cesión es expresa cuando a través de un documento se hace constar el consentimiento tanto por del cedente como por el aceptate de la transmisión de las deudas, a efecto de hacerlo de conocimiento del acreedor.

La cesión es tácita cuando el acreedor permite que otro ejecute actos que debía realizar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor original (arts. 2051 y 2052, *CCF*).

En ambos casos, el deudor sustituto queda obligado en los términos y condiciones en que estaba el anterior, cesando la garantía dada por la institución garante a menos que ésta manifieste su consentimiento en garantizar la obligación cedida (art. 2055, *CCF*).

7.2.8 Simulación

Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas (art. 2180, *CCF*). En otras palabras, la simulación es un trastorno de la realidad que afecta en forma esencial el consentimiento de la institución afianzadora, la cual en la práctica se encuentra sometida muchas veces al ingenio de defraudadores para cobrar los montos garantizados en las pólizas.

La simulación va de la mano del error en que incurre la institución garante con respecto a la realidad de la operación garantizada, en virtud de maquinaciones dolosas articuladas por el solicitante de la fianza, sujetando al contrato a un vicio del consentimiento que podría anular el acuerdo de voluntades si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró en el falso supuesto que motivó su celebración (arts. 1813, 2181 y 2183, *CCF*).

Los eventos más comunes de simulación en relación con el tema en estudio ocurren cuando:

- A) Se redactan documentos sobre la existencia de un contrato, el cual se configura entre el fiado y el beneficiario con el fin de cobrar la fianza.
- B) Los documentos con los que se acredita el incumplimiento se encuentran previamente elaborados por el beneficiario de la póliza.
- C) Se otorgan garantías de recuperación que no existen, para que la institución garante expida la póliza y en dado momento al incumplimiento del fiado no tenga bienes que ejecutar.
- D) Las partes indican fechas de vencimiento de la obligación diversa a las reales a efecto de que el fiador no perciba que ya fue incumplido el contrato.
- E) Las partes manifiestan que un incumplimiento aún no ha tenido lugar, siendo que en realidad éste ya se dio y es de su pleno conocimiento para dar a conocer una fecha posterior de incumplimiento a la afianzadora.
- F) Se celebra un contrato ocultando a la institución de fianzas que el beneficiario y el fiado son parte de un mismo grupo (social, económico o político), de modo tal que el incumplimiento del fiado lo favorece tanto a él como al beneficiario.

7.2.9 Confusión

La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona (art. 2206, *CCF*).

El jurista Treviño García⁹¹ expresa: “Si se confunden en una misma persona las calidades del acreedor y deudor, se extingue la obligación principal, y por consiguiente, la fianza; pero si la confusión cesa, la obligación renace y también la garantía”.

En otras palabras, el beneficiario perderá el derecho a hacer efectiva la fianza por confusión, puesto que al mismo tiempo que es “acreedor” de la garantía, resulta el “deudor” de la obligación garantizada.

7.3 Propias de la fianza de empresa

Las causas de extinción propias de la fianza de empresa son aquellas que resultan aplicables de manera exclusiva en su forma para este tipo de garantía.

Si bien, algunas causas de extinción aplican de manera genérica a las obligaciones, como ocurre con las figuras de la caducidad o de la prescripción, su forma de aplicación resulta singular de acuerdo con lo establecido en la *LFIF*; en tanto que existen otras causas de extinción que no resultan aplicables a otras obligaciones, como resultan ser la prórroga o la espera, por lo que resultan causas de extinción propias de la fianza de empresa, situación en la cual y en todos estos casos, la forma de extinción se encuentra o deriva de la ley especial de la materia, es decir, de la *LFIF*, resultando causas de extinción propias de la fianza de empresa.

7.3.1 Caducidad

La fianza de empresa se extingue por caducidad cuando el beneficiario omite o se abstiene de reclamar el monto garantizado a su favor en forma directa a la institución afianzadora, dentro de los términos convencionales o legales establecidos.

Para su aplicación, en la *LFIF* se distingue entre “las fianzas por tiempo determinado”, refiriéndose a aquellas en que las partes convinieron el límite de tiempo para hacerse exigible el monto en ellas consignadas; y “las fianzas por tiempo indeterminado”, en referencia a aquellas que al no haberse acordado por las partes el plazo para hacerlas exigibles, se aplicará el plazo establecido en la ley (art. 120, *LFIF*).

Tratándose de “las fianzas por tiempo determinado” se establece que la institución garante “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”, lo que implica que al momento de la recepción de la demanda queda sujeto a la interpretación de la afianzadora o del juzgador, el considerar el plazo límite antes de que caduque el derecho de reclamo, es decir,

⁹¹ Treviño García, Ricardo, *Op. cit.*, p. 676.

el que convinieron las partes en la póliza o en su defecto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes al establecido como para que expire la vigencia de la fianza.

Tratándose de fianzas por tiempo indeterminado, el beneficiario cuenta con un plazo de ciento ochenta días naturales para exigir el monto garantizado a su favor, contados a partir de que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado.

Cabe precisar que se han emitido gran diversidad de criterios respecto del plazo en que comienza a correr la caducidad y la aplicación de la misma en los distintos ramos de fianzas, lo que ha producido la distinción de los procedimientos de requerimiento y de reclamación de pago, los cuales serán analizados en siguiente capítulo.

7.3.2 Prescripción

Una vez realizada en tiempo la conducta impuesta por la ley o convenida por las partes, el beneficiario que no haya visto SATisfecho su crédito podrá reclamar el monto garantizado en la póliza ante las autoridades judiciales competentes, quedando ahora la obligación fiadora sujeta a la figura de la prescripción (art. 120, pf. 3º, *LFIF*).

La institución garante puede liberarse de su obligación como fiadora, ya sea por vía directa o por vía de consecuencia.

Por vía directa, cuando transcurra el plazo legal de tres años contados a partir de la presentación de la reclamación (art. 120, pf. 3º, *LFIF*).

Por vía de consecuencia, en razón de que la prescripción que aplica a favor del deudor principal, aprovecha también a los fiadores (arts. 120, pf. 3º, *LFIF* y 1147, *CCF*)

Art. 120, *LFIF*. "...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 quedará 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 cual resulte menor...".

Las acciones derivadas de la fianza prescriben en tres años o en el plazo de prescripción de la obligación garantizada si es menor al indicado, aunque, como será a profundidad analizado en el próximo capítulo, se han emitido diversos criterios de interpretación sobre su aplicación.

7.3.3 Prórroga o espera

La prórroga o espera concedida al deudor principal sin consentimiento de la institución de fianzas extingue la fianza (art. 119, *LFIF*).

La prórroga ocurre cuando el beneficiario de la póliza, antes de llegado el plazo del cumplimiento de la obligación garantizada, concede al deudor principal mayor tiempo de aquel que había sido estipulado en la póliza de fianza.

La espera consiste en la autorización por parte del beneficiario para que el deudor principal cumpla su obligación después que fenezca el plazo que se tenía estipulado para ello.

En otras palabras, la prórroga es la prolongación del plazo antes de que éste venza y se pueda exigir el cumplimiento de la obligación garantizada; mientras que la espera es la concesión del plazo *a posteriori* para cumplir la obligación vencida.

A efecto de que tal causa de extinción trascienda, en ambos casos se requiere la prueba expresa de la voluntad del acreedor de conceder la prórroga, o bien, la espera a su deudor, pues en ninguna se puede presumir su existencia derivado de una conducta omisa del acreedor en exigir el pago o cumplimiento del contrato, máxime que aquél puede exigirlo en cualquier momento o constituir en mora al deudor siempre que no se haya consumado el término para que opere la caducidad o la prescripción.

7.3.4 Sustitución con efectos subrogatorios

La sustitución es una forma de extinción de obligaciones efectuada por un tercero (institución de fianzas) mediante la cual y con las facultades que otorga la ley opta por cumplir la obligación de dar o de hacer por sí o constituyendo fideicomiso en el caso de que el fiado incumpliere. Es decir, en caso de incumplimiento del fiado sobre una obligación garantizada, la fiadora tiene dos alternativas: pagar el monto garantizado en la póliza o sustituir al deudor en el cumplimiento de la obligación de modo directo o mediante la constitución de un fideicomiso (art. 121, *LFIF*).

La sustitución que haga la institución afianzadora sobre la obligación garantizada extingue la deuda y consecuentemente la subroga por ministerio de ley en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación (art. 122, *LFIF*).

Carlos Alberto Villegas⁹² expone: “El pago con subrogación es el que realiza un tercero y en virtud del cual se sustituye al acreedor en la realización de éste con el deudor. El pagador sustituye así al acreedor y lo reemplaza en todos sus derechos frente al deudor. De este modo, el pagador recibe también los beneficios y preferencias que tenía el crédito en el que se sustituye, obteniendo los privilegios, preferencias y garantías anexas a aquél”.

Si bien existe una gran amplitud de obligaciones que pueden garantizarse por medio de la fianza, la sustitución sólo podrá aplicarse en aquellos casos en los cuales la obligación del fiado tiene por objeto un dar o un hacer, pues natural y jurídicamente hablando no puede aplicar en aquellos casos en los que el objeto de la obligación sea un no hacer; posibilidad que también queda excluida en aquellos casos en que la obligación sea *intuito personae*, es decir, en aquellos casos en que solamente el deudor con el que se contrató la obligación principal pueda cumplirla por haberse tomado en consideración su persona o habilidad.

⁹² Villegas, Carlos Gilberto, *Las garantías de crédito*, T. I, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, p. 430.

La sustitución resulta una norma natural de la póliza de fianza, es decir, se tiene por inserta en el texto de la póliza aunque ésta no se manifieste de manera expresa, en virtud de que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que sean renunciadas de manera expresa, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia (art. 7º y 1839, *CCF*).

Si la institución de fianzas se encuentra impedida o le resulta imposible la subrogación por causa imputable al beneficiario de la póliza podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones (art. 122, pf. 2º, *LFIF*).

7.3.5 Proporcionalidad

Las obligaciones garantizadas en las pólizas de fianza son accesorias a las estipulas en los contratos garantizados, de manera que si la obligación principal es susceptible de cumplirse en parcialidades por considerarse divisible, lo correcto es que sólo se exija a la institución fiadora la proporción correspondiente al incumplimiento del obligado principal.

No obstante, cuando la obligación principal es indivisible en razón de su objeto, o bien, porque las partes al momento de contratar así lo estipulen, entonces la fianza será exigible en su totalidad debido a la imposibilidad de cumplimiento parcial de la obligación de naturaleza indivisible.

Lo anterior como ha sido sustentando mediante la jurisprudencia intitulada **FIANZA QUE GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO EN EL QUE LAS PARTES EXPRESAMENTE PACTARON SU CUMPLIMIENTO TOTAL. DEBE EXIGIRSE EN SU INTEGRIDAD.**⁹³

De lo citado se desprende que, si bien la obligación de la institución fiadora no puede exceder de lo que deba el deudor ni ser contraída en condiciones más onerosas (art. 2799, *CCF*) no obstante, si las partes lo convienen sí puede ser exigida en mayor proporción al del incumplimiento del fiado.

7.3.6 Devolución de la póliza

La devolución de la póliza a la compañía afianzadora que la otorgó establece la presunción de que la obligación fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario (art. 117, *LFIF*), es decir, por ser la póliza de fianza el documento por medio del cual se demuestra la obligación asumida por la institución garante, su devolución establece una presunción *iuris tantum* de liberar a la afianzadora de su responsabilidad como garante, a menos que en caso de pérdida o extravío el beneficiario exija a la institución que le proporcione, a su costa, un duplicado de la misma.

En consideración de lo anterior, habra que considerar que mientras que el beneficiario cuente con documentos que pueden demostrar que la póliza fue expedida, podrá exigir su duplicado, y con ello, los derechos que deriven de la misma.

⁹³ 9a. Época; SJF y su Gaceta; XXII, julio del 2005; p. 1067; [J]; Registro No. 177962.

7.3.7 Inobservancia de reglas generales

Esta causa de extinción resulta aplicable a las fianzas que garantizan operaciones de crédito de acuerdo con las reglas de carácter general publicadas el 25 de mayo del 2000 en el *DOF*.

El beneficiario de este tipo de fianzas debe cumplir con ciertos requisitos para adecuarse a lo establecido en las Reglas y poder reclamar el correspondiente monto garantizado, pues de su inobservancia derivan causas liberatorias para la institución garante como resultan ser:

- No acreditar la contratación de un seguro de daños (durante todo el tiempo que dure la fianza) a favor de la institución de fianzas sobre los bienes materia del contrato o no acreditar, en su caso, la contratación de un seguro de vida sobre el fiado menor de sesenta y cinco años para cubrir a la afianzadora mediante endoso preferente del mismo, cuando menos por el saldo insoluto del crédito garantizado con fianza (regla séptima).
- En caso de incumplimiento, que el beneficiario no haya suspendido las operaciones objeto de la fianza (regla duodécima).
- No haya obtenido autorización expresa de la afianzadora para renovar operaciones con el fiado, una vez ocurrido cualquier incumplimiento de la obligación afianzada (regla decimosegunda).
- No presentar las reclamaciones por escrito, acompañando los documentos originales que acrediten la existencia y exigibilidad del crédito afianzado, así como un informe acerca de las gestiones de cobro realizadas por el beneficiario hasta ese momento (regla decimotercera).
- No presentar la reclamación antes de que opere la caducidad, dentro del plazo que de común acuerdo convengan la institución de fianzas, sin que dicho plazo pueda exceder de ciento ochenta días naturales contados a partir del día siguiente a aquel en que el fiado debió haber cumplido la obligación o del vencimiento de la de la póliza (regla décimocuarta).

7.3.8 Incumplimiento del pago de la prima

La fianza de empresa siempre es onerosa y el pago de la prima es la contraprestación a la obligación asumida por la institución garante. En este sentido habrá que recordar que la prima puede ser pagada por el el fiado, por el beneficiario, o bien, por un tercero con interés en la expedición de la garantía.

Por regla general y al incumplimiento del fiado dentro del plazo estipulado en la póliza, la fianza al ser reclamada debe ser pagada con independencia del pago de la prima, a menos que la relación contractual se hubiese celebrado entre el beneficiario y la institución garante y la póliza no se hubiese pagado dentro del plazo convenido, como pudiera darse en un supuesto de efectividad de una fianza de fidelidad.

En la práctica generalmente las pólizas de fianza son expedidas cuando han sido cubiertos los pagos de las primas, pero tratándose de clientes considerados frecuentes, es usual que se les expidan anticipadamente por la confianza que les guardan y bajo las condiciones estipuladas en los clausulados unicos de fianzas de fidelidad, por medio de los cuales se prevee que la póliza podrá ser cancelada si dentro del plazo estipulado en tales documentos no se cubre el monto de la prima.

En tales casos, al hacerse efectiva la garantía las afianzadoras podrán oponer la excepción *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido, de tal manera que si en una fianza de fidelidad el patrón-solicitante no pagó la prima dentro del plazo acordado y pasado éste se configuró la eventualidad por la que uno de sus trabajadores le produjo un daño patrimonial, la afianzadora podrá quedar liberada de su obligación por tal circunstancia.

Lo anterior es así, en razón de que la fianza de empresa contiene como elementos esenciales la obligación de la institución de fianzas dirigida al beneficiario de pagar en defecto del cumplimiento del deudor y el correlativo derecho de cobrar al solicitante una prima; que para este tipo de fianzas, al resultar el patrón el mismo solicitante de la fianza y beneficiario no se afectarían derechos de terceros y porque resulta aplicable el principio consagrado en el artículo 1949 del CCF en el que se establece: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas".

En los otros ramos de fianza en los que el solicitante de la fianza resulta ser el propio fiado, o bien, un tercero con interés en la expedición de la póliza, si el beneficiario reclama, la afianzadora no podría oponer la excepción de no pago de la prima, en tanto que no es imputable a tales contratantes la falta de pago, y la póliza de fianza haría prueba plena a su favor de las obligaciones garantizadas.

Ahora bien, una vez estudiadas las causas de extinción de la fianza de empresa, a continuación serán analizados los diversos procedimientos con los que cuentan los distintos beneficiarios (particulares y autoridades) para hacer efectivos los montos que les han sido garantizados.

CAPÍTULO VIII

PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN, REQUERIMIENTO, DEMANDA, CONVENCIONALES Y ARBITRALES PARA EL COBRO DEL MONTO GARANTIZADO EN LA PÓLIZA

8.1 Antecedentes

En relación con la actual *LFIF* emitida el 26 de diciembre de 1950, resulta conveniente analizar las modificaciones que ha tenido el artículo 120 de la *LFIF* a efecto de comprender las causas que distinguen al procedimiento de requerimiento, del procedimiento de reclamación, para hacer efectivos los montos garantizados en las pólizas que deben ejercitar los distintos beneficiarios ante la institución de fianzas, cuando éstos se han hecho exigibles derivado del incumplimiento del fiado.

Antes de la reforma efectuada en el año de 1993 sobre la *LFIF* de 1950, únicamente se regulaba dentro del artículo 120 la figura de la prescripción, la cual se relacionaba con el término “requerir” para referirse al plazo dentro del cual los distintos beneficiarios, tanto una persona física como moral, del sector público o privado, pudiesen ejercitar su derecho de cobro, tal como se transcribe a continuación:

Art. 120, *LFIF*. “Las acciones que deriven de la fianza prescribirán en 3 años. El requerimiento escrito de pago, o en su caso la presentación de la demanda, interrumpen la prescripción.”

El artículo 120 de la *LFIF* tenía el defecto de que si bien sujetaba a los distintos beneficiarios a un plazo de prescripción para que presentaran su escrito de requerimiento o demanda, por otro lado, en el caso del primer supuesto, es decir para el caso del requerimiento, se omitía establecer un plazo para que continuaran los trámites de cobro del monto garantizado una vez interpuesta la misma, lo cual implicaba una laguna que trató de cubrirse mediante el *Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LFIF* de fecha 12 de julio de 1993 y publicado en el *DOF* el 14 de julio de 1993, quedando el artículo en cita de la siguiente manera:

Art. 120 *LFIF*. “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 hubiere 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 quedará sujeto a la

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.”

Si bien, de acuerdo con la exposición de motivos⁹⁴ se manifestó en lo general que el fin de la reforma fue el de propiciar el desarrollo y crecimiento del sector afianzador y, en específico, el de establecer mecanismos con los que se recuperen más rápidamente los recursos de las autoridades, en un análisis comparativo del precepto modificado se desprende que se regularon de manera conjunta las figuras jurídicas de la caducidad y de la prescripción; se eliminó la facultad para interponer directamente una demanda cuando la fianza se hiciese exigible por incumplimiento del fiado; se regularon las pólizas “por tiempo determinado” e “indeterminado”, y se redujo el plazo de tres años de prescripción, al de ciento veinte días de caducidad.

Cabe precisar que a la reforma del año de 1993, le continuó otra publicada en el *DOF* el día 3 de enero de 1997, en la que se modificó el cuarto párrafo del artículo en cita para quedar como sigue:

Art. 120 *LFIF*. “...Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente”.

De lo transcrito puede observarse que fue cambiado el término de “suspende” por el de “interrumpe”, implicando con ello que presuntamente se deje sin efectos el tiempo que anteceda a la presentación de la reclamación u requerimiento, y a la vez se renueve el cómputo del plazo por completo para empezar a contarse de nuevo.

En una interpretación global de las citadas reformas, se puede apreciar que la intención del legislador fue la de crear mecanismos por los que se mejore la forma de operar del sector afianzador, reduciéndose para ello el plazo de prescripción que era antes de la reforma de 1993 de tres años, a un plazo de ciento ochenta días naturales y estableciéndose otro de prescripción posterior a la presentación de la reclamación, con el fin de cubrir la laguna del plazo en que el beneficiario pudiese continuar con sus trámites de cobro.

Ahora bien, si resulta que las palabras “requerimiento” y “reclamación” circunscriben un significado tan semejante que antes de la reforma del año de 1993 sobre el artículo 120 de la *LFIF* se utilizaba la palabra de “requerir” para referirse al plazo límite por el que cualquier beneficiario podía solicitar el monto garantizado en las pólizas de fianza a su favor antes de que su derecho prescribiera; en la exposición de motivos de la citada reforma no se detecta la intención del legislador de diferenciar la utilización de las palabras “requerir” y “reclamar”; y, que por citar un ejemplo, en la fracción I del artículo 93 de la *LFIF*, a dichas palabras se les utiliza como sinónimos al indicarse: “En las reclamaciones en contra de las instituciones de fianzas se observará lo siguiente: I. El beneficiario requerirá por escrito...”, por lo contrario, para los diversos tribunales de la nación, incluyendo a la SCJN, dichos conceptos han resultado de sumo antagónicos.

⁹⁴ *Cfr. www.SCJN.com.mx*, en la exposición de motivos localizable en el registro 16/43, número y sección de publicación 10, cuaderno 2, págs. 4 –15, sección de “procesos legislativos” con número de registro 1 de 6.

Desde su reforma en el año de 1993, se han emitido en torno al artículo 120 de la *LFIF* diversos criterios jurisprudenciales por medio de los cuales se ha precisado que toda vez que en el artículo 95 de la *LFIF* se indica en todo momento que la “autoridad ejecutora” proceda a formular “requerimiento de pago”, tratándose de fianzas expedidas a favor de autoridades, se utiliza de manera exclusiva el término “requerir”, y toda vez que en el vigente artículo 120 de la *LFIF* no se regula de manera explícita un plazo de caducidad aplicable a los “requerimientos de pago” se ha resuelto que a las autoridades no les resulta aplicable la figura de la caducidad cuando deciden someterse a dicho procedimiento; en tanto que los que no tengan tal carácter, al encontrarse sometidos al procedimiento establecido en el artículo 93 de la *LFIF* en relación con el artículo 120 del mismo ordenamiento, se ha resuelto que los mismos se encuentran sujetos a un plazo límite para presentar sus reclamaciones de pago antes de que se configure la figura de la caducidad en su perjuicio, por lo que de manera genérica se puede clasificar a los beneficiarios de las pólizas de fianza en dos grandes rubros:

1. Aquellos “beneficiarios particulares” que se encuentran obligados para presentar su reclamación conforme a lo estipulado en el artículo 93 de la *LFIF* y disposiciones conexas, sujetos a la caducidad a que alude el artículo 120 de la *LFIF*.
2. Los “beneficiarios autoridades” como resultan ser la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, así como organismos con facultades de autoridad fiscal, los cuales se encuentran facultados de interponer el procedimiento de requerimiento regulado en el artículo 95 de la *LFIF* y disposiciones conexas.

A efecto de destacar lo indicado resulta trascendente la transcripción del siguiente criterio jurisprudencial resuelto por contradicción de tesis, en donde se especifica la facultad de la autoridad para instar un procedimiento de requerimiento de pago al que no le resulta aplicable la figura de la caducidad, en comparación del particular que se encuentra sometido a lo dispuesto en el artículo 93 de la *LFIF* al que contrariamente y de manera infalible le resulta aplicable la caducidad:⁹⁵

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

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 86/95, de la que derivó la jurisprudencia 2a./J. 33/96, de rubro: “FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVÉ LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES”, interpretó el contenido de los artículos 93, 93 Bis y 95 de la citada ley, en el sentido de que cuando los beneficiarios de una fianza son la Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios, siempre que, tratándose de la primera entidad citada no se hayan garantizado obligaciones fiscales a cargo de terceros, para hacer efectivas las fianzas es opcional para las entidades beneficiarias seguir los trámites previstos en los dos primeros preceptos legales mencionados, mediante la presentación de la reclamación respectiva ante la

⁹⁵ 9a. Época; Pleno; SJF y su Gaceta; XII, diciembre de 2000; p. 12; [J]; No. Registro 190713.

afianzadora como acto previo y necesario, para que, en caso de inconformidad con la improcedencia del pago que comunique aquélla, el beneficiario acuda al arbitraje ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o a los tribunales ordinarios, o bien, hacer efectiva la fianza a través del procedimiento consagrado en el diverso numeral 95 del propio ordenamiento, por conducto de la autoridad ejecutora correspondiente. Asimismo, se estableció que la "reclamación" ante la institución fiadora, como requisito para interrumpir la caducidad y hacer efectiva la fianza, es únicamente aplicable al procedimiento ordinario o general regulado por los artículos 93 y 93 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Lo anterior lleva a la conclusión de que el artículo 120 de la ley de referencia que contempla la figura de la caducidad, será aplicable a las fianzas que garanticen obligaciones diversas de las fiscales federales otorgadas en favor de las entidades descritas, solamente cuando el beneficiario haya optado por exigir su pago mediante el procedimiento regulado en los numerales 93 y 93 Bis invocados, mas resulta inaplicable cuando se haya acudido al previsto en el artículo 95 de la propia ley".

Dicho criterio resulta trascendente en virtud de haber sido emitido por el pleno de la SCJN y que por tal tiene carácter de obligatorio para los diversos tribunales de la nación de conformidad con el artículo 192 de la LA.

De manera general, los beneficiarios tienen derecho de resolver sus controversias en vías convencionales, arbitrales, incidentales o judiciales, pero en virtud de que el beneficiario con carácter de autoridad es el único facultado de instar el procedimiento de requerimiento (procedimiento administrativo de ejecución), dicho mecanismo de efectividad como una excepción a la regla, será analizado en el penúltimo apartado del presente capítulo.

8.2 Del procedimiento de reclamación ante la institución afianzadora

El procedimiento de reclamación constituye un procedimiento genérico que pueden interponer todos los beneficiarios, pero en consideración de que para la autoridad es un procedimiento opcional, en tanto que para el particular es un procedimiento obligatorio, éste en la práctica sólo es interpuesto por los beneficiarios particulares.

Los beneficiarios en su carácter de particulares constituyen todas aquellas personas físicas o morales que por exclusión no son autoridades y que, por tanto, no gozan de instar el procedimiento de requerimiento al que no le es aplicable la figura de la caducidad, entendiéndose por autoridades a la Federación, los Estados y los Municipios, así como a organismos con facultades de autoridad.

Entre las fianzas que se expiden a favor de beneficiarios particulares y tomando como base el artículo 5° de la LFIF, se encuentran aquellas que se conocen como fianzas de fidelidad dentro del ramo I; las fianzas judiciales del ramo II, excepto las fianzas judiciales penales; las fianzas administrativas del ramo III, con excepción de las fianzas fiscales, así como las fianzas de crédito ubicadas en el ramo IV.

El procedimiento de reclamación se encuentra configurado por una serie de pasos o periodos que implican un análisis profundo en tanto que son diversas disposiciones las relacionadas con el tema, y algunas expresiones utilizadas en la ley son algunas veces confusas y otras tantas contradictorias, por tanto, por cuestiones prácticas y

apegándose en lo posible a lo que alude la ley al respecto, se puede dividir primordialmente en cuatro periodos al procedimiento de reclamación:

- Periodo de exigibilidad de la fianza.
- Periodo de presentación del escrito de reclamación.
- Periodo de integración de la reclamación.
- Periodo de efectividad de la póliza.

8.2.1 Periodo de exigibilidad de la fianza

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 una vez que la póliza se hace exigible por incumplimiento del fiado y dentro del plazo de su vigencia (art. 93, p. 1º, *LFIF*).

El artículo 120 de la *LFIF* en su segundo párrafo estipula: “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”, artículo por el que se desprende que la fianza se hace exigible desde el momento en que el fiado incumple con su obligación.

De lo anterior se desprende que la exigibilidad de la fianza consiste en la consecución del incumplimiento del fiado a la obligación garantizada por la institución afianzadora y dentro de la vigencia estipulada en la póliza, a efecto de que el beneficiario ejercite el derecho de instar la reclamación de pago, la cual para efectos de computar la caducidad empieza a correr desde el momento en que el fiado incumple con su obligación y termina con la presentación del escrito de reclamación.

8.2.2 Periodo de presentación del escrito de reclamación

La reclamación consiste en la solicitud escrita de pago por parte del beneficiario a la institución afianzadora, la cual, como presupuesto procesal para hacer efectivo el cobro garantizado en una póliza de fianza, se puede ejercer a partir de que el monto garantizado en la póliza se hace exigible por incumplimiento del fiado y hasta antes de que caduque el derecho para ello.

El periodo de presentación del escrito de reclamación consta de un solo acto: el propio acto de presentar el escrito de reclamación, pero no por ello se trata de un acto carente de importancia, pues de acuerdo con lo estipulado en el artículo 120 de la *LFIF* analizado a *contrario sensu*, dicho acto tiene la trascendencia de interrumpir la caducidad.

Art. 120, *LFIF*. “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.

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 siguiente a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado...”.

Para efectos de tener certeza sobre el momento en que se interrumpe la caducidad, la reclamación debe presentarse siempre por escrito (art. 93, *LFIF*).

Determinar el momento en que un beneficiario puede reclamar el pago garantizado en una póliza de fianza al hacerse exigible la misma, establece el momento exacto en que el término de caducidad empieza a correr, el cual puede ser interrumpido por la presentación del escrito de reclamación por parte del beneficiario de la fianza.

8.2.3 Periodo de integración de la reclamación

La disposición tercera de la *Circular F-10.1.4*, en relación con el artículo 93 de la *LFIF*, indica que las afianzadoras contarán con un plazo de quince días naturales, contados a partir de la fecha en que se recibió la reclamación, para que soliciten al beneficiario la información o documentación necesaria relacionada con la fianza.

Si faltare alguno de los datos o documentos antes mencionados, se le notificará al beneficiario indicándole que dispone de quince días naturales contados a partir de que reciba la solicitud respectiva para proporcionar la información requerida y de no hacerlo se tendrá por integrada la reclamación.

Presentada la reclamación sin que el beneficiario haya entregado la documentación solicitada por la afianzadora, fungirá como un factor para que ésta declare la improcedencia de la reclamación, pues consciente de que en su caso falta algún dato o documento que acredite el incumplimiento del fiado, le dará seguridad para que en caso de irse a juicio, demostrar ante la autoridad jurisdiccional que el beneficiario no exhibió sin justa causa el documento que diera soporte a las manifestaciones vertidas.

En otro supuesto se desprende que si las instituciones de fianzas no hacen uso del derecho de solicitar la documentación faltante dentro de los quince días naturales, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario, situación que en este caso podría afectar a la institución de fianzas, pues al no ejercer tal derecho, se presumiría ante el órgano jurisdiccional que el beneficiario integró debidamente su reclamación y que, por tanto, debiera resultar procedente su reclamo.

Lo anterior permite distinguir dos supuestos generales con respecto al momento en que se tendría por integrada la reclamación en consideración del tiempo con el que dispone la institución de fianzas para solicitar información o documentación al beneficiario de la póliza:

- A) La institución de fianzas omite notificar al beneficiario, dentro de los quince días naturales que tiene para ello, que falta documentación o información en la integración de su reclamación.
- B) Notifica al beneficiario que aclare o exhiba alguna documentación con respecto a la reclamación dentro de los quince días naturales que cuenta para ello.

El primer supuesto implica que se tenga por integrada la reclamación al día siguiente en que hayan pasados los quince días en que fue presentado el escrito de reclamación.

En el segundo supuesto se puede dar a la vez dos hipótesis:

B.1) Que el beneficiario no presente la información o documentación solicitada por la institución de fianzas dentro de los quince días naturales que tiene para ello.

B.2) Que el beneficiario presente la información o documentación solicitada por la institución de fianzas dentro de los quince días que tiene para ello.

En los supuestos antes citados, el tiempo en que se tenga por integrada la reclamación dependerá del momento, dentro de los quince días naturales que tiene para ello, en que la institución de fianzas solicite la información al beneficiario, para que de ahí de conformidad al inciso B.1) pasen otros quince días naturales sin que el beneficiario haya presentado la información solicitada y por tal motivo al día siguiente se tenga por integrada la reclamación; o bien, de conformidad con el inciso B.2) se tendrá por integrada la reclamación, el día en que el beneficiario entregue su documentación a la institución de fianzas, siempre y cuando sea antes de que concluyan los quince días naturales que por derecho cuenta para ello.

Conforme a lo citado, se tiene preciso que el periodo de integración de la reclamación comienza con el plazo de quince días naturales, contados a partir de la fecha en que se recibió la reclamación, para que la afianzadora solicite al beneficiario la información o documentación relacionada con la fianza motivo de la reclamación, pero por otro lado resulta variable el momento en que se considere concluido dicho periodo, el cual, en suma del plazo con el que cuenta el beneficiario para entregar la información solicitada por la institución de fianzas, no podrá exceder de treinta días naturales.

Una vez que se tenga por integrada la reclamación, la institución de fianzas contará con otro plazo de treinta días naturales para proceder al pago parcial o total, o en su caso notificar por escrito al beneficiario las razones o motivos de su improcedencia, pues de lo contrario y concluido dicho plazo, deberá pagar al acreedor, en caso de que éste pruebe su derecho, una indemnización por mora (art. 95 Bis, *LFIF*).

En consideración de lo anterior, la integración de la reclamación consiste en los diversos supuestos para que se configure el plazo límite por el que las instituciones de fianzas empiecen con un cómputo especial de treinta días para proceder a pagar parcial o totalmente la fianza, o bien, indiquen al beneficiario la razón o razones de la improcedencia de la misma.

8.2.4 Periodo de efectividad de la póliza

El periodo de efectividad consiste en un conjunto de actividades posteriores a la presentación del escrito de reclamación, encaminadas a demostrar que el monto garantizado en la póliza de fianza debe ser declarado procedente y cobrado por el beneficiario.

De acuerdo con el párrafo 3º del artículo 120 de la *LFIF*, una vez presentado el escrito de reclamación, se tiene derecho “para hacer efectiva la póliza”.

Art. 120, pf. 3º, *LFIF*. “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...”.

En consideración de lo anterior, el derecho para “hacer efectiva la póliza” debe ser entendido como el derecho para seguir los trámites de cobro sobre el monto garantizado en la póliza de fianza, el cual requiere como presupuesto procesal de la presentación del escrito de reclamación ante la institución garante.

Cabe considerar que hubiera sido conveniente que el legislador utilizara un concepto más apropiado que el relacionado con la efectividad de la fianza, ya que con dicha expresión sólo se deja a interpretación lo que se quiso indicar, en razón de que el término “hacer efectiva la póliza” supone el momento en que se cumple la hipótesis del incumplimiento del fiado en que se torna el derecho de cobrar el monto garantizado en la póliza de fianza y no a un momento posterior al de la presentación de la reclamación.

Si se entiende “hacer efectiva la póliza” como el acto por el cual se ejerce el derecho del beneficiario para seguir con los trámites de cobro del monto garantizado en la póliza de fianza con posterioridad a la presentación del escrito de reclamación, se desprende que con posterioridad, el beneficiario se encuentra facultado para recurrir a diversos procedimientos para obtener su pago.

Una vez que haya sido presentada la reclamación y ésta haya sido declarada procedente o parcialmente procedente por parte de la institución afianzadora, el beneficiario contará con el derecho de optar por el procedimiento que se ejercita ante la CONDUSEF, órgano que se encuentra facultado para actuar como conciliador, como árbitro en amigable composición o en estricto derecho entre la institución de fianzas y el beneficiario; o bien, aquel procedimiento que se ejercita en vía de jurisdicción concurrente, ante los tribunales del fuero federal o local, según convenga (art. 93, *LFIF*).

De lo anterior se colige que los procedimientos para hacer efectivas las pólizas de fianza a favor de los particulares pueden ser optativos entre un procedimiento conciliatorio ante la CONDUSEF, o bien, ante los tribunales competentes, pero nunca a través del procedimiento de requerimiento.

8.3 Procedimiento conciliatorio y arbitral ante la CONDUSEF, previsto en el artículo 93 de la *LFIF*

Los beneficiarios tienen derecho a acudir ante los tribunales judiciales, o bien, ante la CONDUSEF para hacer valer sus derechos cuando la afianzadora no haya contestado dentro del término de treinta días naturales que la ley le otorga, contados a partir de que se tenga por integrada la reclamación o haciéndolo declare improcedente o parcialmente procedente la reclamación (art. 93, *LFIF*). Para el caso en concreto, en la *LPDUSF* se faculta a la CONDUSEF para actuar como conciliadora o árbitro en las controversias entre los beneficiarios de las pólizas de fianza y las instituciones afianzadoras.

8.3.1 Procedimiento conciliatorio

El procedimiento conciliatorio fue creado con el objetivo de evitar el proceso jurisdiccional a través de que las partes lleguen a un acuerdo, logrando en su caso que cada parte sacrifique parcialmente sus pretensiones, con el fin de evitar un conflicto mayor. Si no se logra llegar a un acuerdo entre las partes, las constancias podrán servir como un antecedente de los hechos circunscritos a la reclamación como elemento presuncional y previo a la instancia de demanda.

El procedimiento conciliatorio se inicia con la reclamación del beneficiario, ya sea por comparecencia, por escrito o por cualquier otro medio idóneo en el cual se manifiesten los datos del reclamante o en su caso el documento que legitime al representante, descripción de la fianza que se reclama, relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación y la denominación social de la institución de fianzas contra la que se presenta la reclamación.

En la *LPDUSF* se indica que las reclamaciones deberán presentarse dentro del término de dos años contados a partir de que se presente el hecho que les dio origen o, en su caso, a partir de la negativa de la institución de fianzas a satisfacer las pretensiones del usuario (art. 65, *LPDUSF*), la cual por su sola presentación interrumpirá la prescripción de las acciones legales correspondientes durante el tiempo que dure el procedimiento (art. 66, *LPDUSF*).

De lo citado se desprende la contradicción entre lo redactado en la *LPDUSF* y los artículos 93 y 120 de la *LFIF*. En relación con el artículo 93 de la *LFIF*, porque dicho artículo establece que primero el beneficiario deberá presentar su reclamación directamente ante la institución de fianzas y si ésta le contesta en negativa, es entonces cuando podrá solicitar la intervención de la CONDUSEF, pero no antes como erróneamente se permite en la *LPDUSF*. Por cuanto al artículo 120 de la *LFIF*, se debe observar que mientras que en la *LPDUSF* se establece un plazo de dos años para presentar la reclamación ante la CONDUSEF una vez que la empresa afianzadora indique la negativa de pago, en el tercer párrafo del artículo 120 de la *LFIF* se estipula un plazo de prescripción de tres años, o si resulta menor, el plazo en que la obligación garantizada se tenga por prescrita, por lo que se coligen tres hipótesis discordantes entre los ordenamientos relacionados.

Una vez presentada la reclamación, dentro de los ocho días hábiles siguientes la CONDUSEF debe correr traslado de la misma y de los documentos que la integraron a la institución de fianzas, así como indicar fecha para la celebración de la audiencia conciliatoria con apercibimiento de sanción pecuniaria en caso de no asistir, la cual deberá celebrarse dentro de los veinte días hábiles siguientes de recibida la reclamación.

La institución 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, con el que deberá responder de manera razonada a todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación. La falta de presentación del informe no podrá ser causa para suspender o diferir la audiencia referida y ésta deberá darse por concluida el día indicado para su celebración, salvo que por cualquier circunstancia no pueda celebrarse en la fecha indicada, caso en el cual se deberá verificar dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En la audiencia respectiva se exhortará a las partes a conciliar sus intereses y, para tal efecto, el conciliador formulará propuestas de solución y procurará que la audiencia se desarrolle en forma ordenada y congruente.

La audiencia puede terminar con el acuerdo conciliado entre las partes, por el cual la CONDUSEF hará constar el mismo por escrito y la forma en que se le dará cumplimiento, o bien, si las partes no llegan a una conciliación, a la posibilidad de someterse a arbitraje en amigable composición o en estricto derecho, ya que en caso de no someterse la partes al arbitraje, se dejarán a salvo los derechos del beneficiario para que los hagan valer ante los tribunales competentes.

En el evento de que la institución afianzadora no asista a la junta de conciliación o las partes rechacen el arbitraje, siempre que del expediente se desprendan elementos que a juicio de la Comisión permitan suponer la procedencia de lo reclamado, ésta podrá emitir, previa solicitud por escrito del beneficiario, un dictamen técnico que contenga su opinión. Para la elaboración del dictamen, la CONDUSEF podrá allegarse todos los elementos que juzgue necesarios.

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 deberá explicar al beneficiario los efectos y alcances de dicho acuerdo, y si decide aceptarlo, éste se firmará por ambas partes y por la Comisión, fijándose un término para acreditar el cumplimiento de lo acordado. El convenio firmado por las partes tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada ejecución.

La carga de la prueba con respecto al cumplimiento del convenio corresponde a la institución de fianzas y en caso de omisión se hará acreedora de una multa que administrativamente fije la Comisión.

Concluida la audiencia conciliatoria y en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la Comisión ordenará a la empresa afianzadora correspondiente que registre el pasivo contingente que derive de la reclamación. Ese registro contable podrá ser cancelado por la institución de fianzas, 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.

En el caso de que el beneficiario no acuda a la audiencia de conciliación y no se presente dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para su celebración a efecto de justificar su inasistencia, se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la Comisión por los mismos hechos.

8.3.2 Procedimiento arbitral

Como fue mencionado, si las partes no llegan a una conciliación, el representante de la CONDUSEF los invitará a que, de común acuerdo, designen como árbitro para resolver su controversia a la propia Comisión 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 en estricto derecho, lo cual deberá hacerse constar en el acta que al efecto se firme.

De esta manera, el arbitraje puede ser en amigable composición, o bien, en estricto derecho como será analizado a continuación.

8.3.2.1 Arbitraje en amigable composición

En el caso de que el arbitraje sea en amigable composición, las partes fijarán de común acuerdo las etapas, formalidades, términos y plazos a que deba sujetarse el arbitraje, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en el *CCom* (art. 73, *LPDUSF*).

8.3.2.2 Arbitraje en estricto derecho

Si se trata de arbitraje en estricto derecho, las partes facultarán a su elección a la CONDUSEF o a alguno o algunos de los árbitros propuestos por ésta para resolver la controversia planteada con estricto apego a las disposiciones legales aplicables, a efecto de que a la resolución le surtan efectos de mandamiento en forma.

8.4 Convencional y arbitral regulado en el artículo 103 Bis de la *LFIF*

Con independencia de que en caso de conflicto las partes puedan someterse a la competencia de la CONDUSEF para llevar a cabo la solución de la controversia en un medio conciliatorio, o bien, a través de arbitraje en estricto derecho u amigable composición, de conformidad con el artículo 103 Bis de la *LFIF*, existe la posibilidad de que en las pólizas de fianza, en los contratos-solicitud, o en documentos por separado ratificados ante notario, corredor público o ante la CNSF, y previo al conflicto, se estipule un acuerdo expreso para someterse a procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros elegidos por las partes, bien sea para establecer la forma de hacer efectivas las garantías de recuperación emitidas a favor de las afianzadoras por parte del solicitante, fiado, obligado solidario o contrafiador, o para determinar los derechos y obligaciones de la afianzadora frente al beneficiario de la póliza.

Asimismo, el acuerdo convencional o arbitral podrá pactarse en cualquier estado del juicio ante el juez que conozca de la demanda que se hubiere interpuesto en los términos del artículo 94 de la *LFIF* o durante el procedimiento seguido ante la CNSF, conforme al artículo 93 Bis del mismo ordenamiento.

Los tribunales y, en su caso, la citada Comisión, se ajustarán al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado y a su petición podrán dar por terminado el juicio o el procedimiento arbitral.

El procedimiento convencional podrá acordarse por separado con el fiado o con cualquiera de los obligados solidarios o contrafiadores sin que surta efecto para los que no lo hubieren celebrado.

Por lo que se refiere a los procedimientos convencionales con los beneficiarios de las fianzas, bastará que conste el acuerdo en el texto de las propias pólizas de fianza o en documentos adicionales a las mismas, celebrados conforme al artículo 117 de la *LFIF*. Se considerarán aceptados los procedimientos convencionales por parte del beneficiario, cuando la institución de fianzas de que se trate no reciba negativa de observaciones a los mismos, dentro del plazo de diez días naturales, contados a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza de fianza y en su caso, los documentos adicionales a la misma en que se contenga el procedimiento convencional a que se sujetará la reclamación de la fianza.

8.5 En vía de demanda, previsto en el artículo 94 de la *LFIF*

Al procedimiento regulado en el artículo 94 de la *LFIF* se le suele denominar como “juicio especial de fianzas”, en razón de que al no tratarse de un juicio ordinario o ejecutivo mercantil, se clasifica, de conformidad con el artículo 1055 del *CCom*, como “juicio especial”.

El juicio especial de fianzas no es un juicio ejecutivo mercantil, en tanto que la póliza de fianza como documento base de la acción no constituye un título de crédito, lo que implica además que los particulares no puedan solicitar procedimiento de embargo en contra de las afianzadoras, sino hasta dictarse sentencia ejecutoria.

Usualmente las partes en la póliza prevén que en caso de conflicto se someterán a una jurisdicción territorial determinada, pudiendo conocer por jurisdicción concurrente, jueces federales o locales para el trámite del juicio (art. 94, pf. 7º, *LFIF*).

Los requisitos esenciales que en general debe contener la demanda son:⁹⁶

- El tribunal ante el cual se promueve.
- El nombre y domicilio del actor.
- El nombre y domicilio del apoderado o representante legal y carácter con que promueve, en su caso.
- El nombre y domicilio del demandado.
- Los fundamentos de derecho, procurando citar los preceptos legales, doctrinas o principios aplicables.
- Una relación clara y sucinta de los hechos en que el actor funde su demanda, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa, y quede establecido cual es el título o la causa de la acción que se ejercitó, que en el presente caso sería la póliza de fianza primordialmente.
- La enumeración precisa y concreta de las peticiones que se someten al fallo del tribunal.

En juicio, el beneficiario podrá reclamar el monto total o parcial garantizado en la póliza; los intereses moratorios; en su caso, los gastos y costas, así como los daños y perjuicios que se causaran debidamente comprobables por la falta de pago oportuno.

El procedimiento por vía judicial se lleva a cabo de la siguiente manera (art. 94, *LFIF*):

Art. 94, *LFIF*. “...I.- Se emplazará a la institución y se le correrá traslado de la demanda para que la conteste en un plazo de cinco días hábiles, aumentados con los que correspondan por razón de la distancia.

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

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

⁹⁶ Cfr. Estrada Padrés, Rafael, *Sumario Teórico Práctico de Derecho Procesal Mercantil*, 4ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 8.

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

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

Por lo que respecta a la primera fracción, es de comentar que en la contestación de demanda se establece la *litis* o puntos de conflicto a dilucidar en relación con la obligación que asumió como garante en la póliza de fianza, por ello, deben hacerse notar dos elementos que pudieran determinar la absolución de las pretensiones reclamadas a la afianzadora si se hacen valer correctamente al contestar la demanda, como resultan ser las excepciones y la denuncia del pleito al fiado.

Las empresas afianzadoras tienen derecho de manifestar los motivos por los que consideran que el juzgador debe declarar improcedente la reclamación del demandante, es decir, tienen derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de fianza (art. 94, fr. VIII, *LFIF*) y para ello pueden aplicarse de manera supletoria, con lo dispuesto en el *CCom*, en el *CFPC*, así como en el *CCF* (arts. 94, fr. VI y 113, *LFIF*).

Bucio Estrada⁹⁷ considera que las excepciones consisten en “...el derecho de contradicción que tiene el demandado y que se dividen en perentorias y dilatorias, donde las primeras tienden a destruir la acción y las segundas a retardarla o posponerla”.

Las excepciones procesales son aquellas que dilatan el procedimiento y no atacan el fondo de la acción, por lo cual también son llamadas “excepciones dilatorias”, las cuales se promueven y sustancian en forma incidental y son resueltas a través de un pequeño juicio, dentro del juicio principal con plazos de prueba y una sentencia denominada “incidental” o “interlocutoria”. Entre las excepciones dilatorias se localizan (art. 1122, *CCom*) la incompetencia del juez; litispendencia; conexidad de la causa; falta de personalidad del actor o del demandado, falta de capacidad en el actor; falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeta la acción intentada, e improcedencia de la vía (arts. 1122, 1130 y 1349, *CCom*).

Las excepciones perentorias que trascienden al resultado del fallo, absolviendo parcial o totalmente las prestaciones reclamadas se resuelven en la sentencia definitiva (art. 1119, *CCom*), como ejemplo se encuentran: la compensación (art. 2199, *CCF*), la remisión de deuda (arts. 2209 y 2211, *CCF*), la quita (art. 2847, *CCF*), la transacción (art. 2944, *CCF*), la novación (art. 2220, *CCF*), la cesión de deudas (arts. 2051 y 2052, *CCF*), la simulación (arts. 1813, 2180 y 2181, *CCF*), la confusión (art. 2206, *CCF*), la prórroga (art. 119, *LFIF*), la espera (art. 119, *LFIF*), la prescripción (art. 120, p. 4º, *LFIF*) y la caducidad (art. 120, p. 1º y 2º, *LFIF*).

Ahora bien, en la contestación de la demanda se podrá denunciar el pleito al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea conveniente. Si no es localizado el fiado en el domicilio indicado dentro del contrato fuente o en

⁹⁷ Bucio Estrada, Rodolfo, *La Ejecución de Sentencias Civiles en México*, Porrúa, México, 2004, p. 64.

algún otro documento relacionado con la obligación garantizada, entonces la institución afianzadora podrá solicitar se giren oficios a diversas dependencias gubernamentales para que informen si dentro de sus registros se encuentra algún domicilio en el que el fiado pueda ser localizado; de no ser así, la afianzadora puede solicitar a su costa que se le notifique al deudor principal por edictos, con el fin de que la sentencia que llegase a dictarse también le pare perjuicio (arts. 1068, fr.IV, *CCom*; 96 y 118 Bis, *LFIF*).

En relación con la segunda fracción, se indica que se establece una dilación probatoria de diez días hábiles, transcurrido el cual, actor y demandado, sucesivamente, gozarán de un plazo de tres días hábiles para alegar por escrito. Al respecto, es de precisar que la prueba consiste en "...la producción de actos o elementos de convicción que somete el litigante en la forma que la ley previene, ante el juez de litigio y que son propios, según derecho, para la verdad de los hechos alegados en el pleito";⁹⁸ en tanto que los alegatos son argumentos que exponen las partes después de la presentación de las pruebas en un intento de convencer al juzgador para que otorgue la razón jurídica a una de las partes, con fundamento en las normas aplicables y en razón de las constancias procesales.

En la práctica, el plazo de diez días establecido en la *LFIF* usualmente es superado, pues hay ocasiones en que son ofrecidas pruebas confesionales, testimoniales y periciales que requieren de un mayor tiempo de preparación y desahogo, o bien, derivado de la alta carga del trabajo de los juzgados. Aunado a ello y de acuerdo con el artículo 1207 del *CCom*, la prolongación del término de pruebas puede ser solicitado a instancia de parte, siempre y cuando dicha solicitud se presente dentro del propio término de ofrecimiento de pruebas y la contraria manifieste su conformidad o se abstenga de oponerse a dicha prórroga dentro del término de tres días.

Las pruebas deben ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se trata de demostrar con las mismas, así como las razones por las que el oferente considera que se demostrarán sus afirmaciones. Si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas (art. 1198, *CCom*).

Entre las pruebas que las partes pueden ofrecer se encuentran la confesión, ya sea judicial o extrajudicial, los instrumentos públicos o privados, la pericial, el reconocimiento o inspección judicial, la testimonial, la fama pública, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucción de hechos, y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad de los hechos (art. 1205, *CCom*).

Una vez desahogadas las pruebas, el tribunal deberá dictar sentencia dentro de un plazo de cinco días hábiles, precisándose que una sentencia es "...una resolución o acto jurisdiccional en donde el juez emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o niega a actuar dicha pretensión".⁹⁹

En caso de que la compañía afianzadora perdiera el juicio, el juzgador de oficio deberá condenar a las prestaciones accesorias como lo son los intereses moratorios (art. 95 Bis, fr. VII, *LFIF*).

De acuerdo con la fracción séptima, contra las sentencias procederá el recurso de apelación en ambos efectos en tanto que contra las demás resoluciones procederán los recursos que contempla el *CCom*.

⁹⁸ Estrada Padrés, Rafael, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁹ Bucio Estrada, Rodolfo, *op. cit.*, p. 16.

Si el que conoce el asunto fuere un juez local, la apelación en contra de la sentencia definitiva deberá interponerse por escrito dentro de nueve días hábiles improrrogables y, en dicho escrito, se expresarán por el recurrente los agravios para que los conozca una Sala del Tribunal de Justicia de la entidad en la que se lleve a cabo el juicio (art. 1344, *CCom*); salvo que, como excepción, el monto de la suerte principal en el juicio no exceda del monto establecido en el artículo 1340 del *CCom*, vigente a la fecha de la interposición de la demanda, caso en el cual el afectado deberá interponer amparo directo en contra de la sentencia definitiva ante los Tribunales Colegiados de Circuito y dentro de los quince días siguientes a aquel en que haya surtido efectos la notificación de la resolución.

Por otro lado, si el asunto se tramitó ante instancia federal, es decir, ante un juez de Distrito, conocerá de la apelación un Tribunal Unitario de Circuito.

En el caso de que la sentencia haya causado estado a favor del beneficiario, en vía de apremio primeramente se apercibirá a la compañía afianzadora con el fin de que dentro de las setenta y dos horas de habersele notificado, acredite haber dado cumplimiento a la ejecutoría, ya que en su negativa se le rematarán valores.

8.6 En vía incidental, previsto en el artículo 94 Bis de la *LFIF*

En la *LFIF* se permite a los beneficiarios de fianzas otorgadas ante autoridades judiciales, siempre y cuando no sean del orden penal, que las reclamen directamente ante el órgano judicial en que fueron exhibidas en vía incidental.

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

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

Entre las fianzas judiciales más solicitadas se encuentran aquellas que garantizan los posibles daños y perjuicios que el quejoso pueda ocasionarle a un tercero perjudicado derivado de la suspensión del acto reclamado dentro de un juicio de amparo, las cuales se tramitarán ante la autoridad que conozca del juicio en vía incidental, en los términos prevenidos por el *CFPC*.

El incidente para hacer efectiva la garantía, deberá promoverse dentro de los seis meses siguientes al día en que se notifique a las partes la ejecutoria de amparo, en la inteligencia de que de no presentarse la reclamación dentro de ese término, se procederá a la devolución o cancelación, en su caso, de la garantía o contragarantía, sin perjuicio de que pueda exigirse dicha responsabilidad ante las autoridades del orden común (art. 129, *LA*).

8.7 De los procedimientos de requerimiento

Como ha sido mencionado, el beneficiario que cuente con carácter de autoridad es el único facultado de instar el procedimiento de requerimiento de pago, el cual se encuentra regulado en el artículo 95 de la *LFIF*, al que se le ha denominado como “procedimiento privilegiado” en razón de haberse determinado que no le resulta aplicable la figura de la caducidad; o bien, como “procedimiento administración de ejecución” en consideración de las facultades coactivas con las que cuenta la autoridad para proceder al cobro sin necesidad de vencer previamente a las instituciones de fianzas en juicio.

En relación con el procedimiento administrativo de ejecución, es de destacar que los altos tribunales de la nación han resuelto que las facultades de ejecución con las que cuenta la autoridad no son violatorias de garantías constitucionales, lo que se corrobora con el criterio jurisprudencial intitulado **FACULTAD ECONÓMICO COACTIVA. SU EJERCICIO NO PUEDE CALIFICARSE DE VIOLENCIA NI PUGNA CON LA CONSTITUCIÓN**,¹⁰⁰ en donde se indica: “La violencia prohibida por el artículo 17 del Código Supremo consiste en el empleo ilegítimo de la amenaza o de la fuerza, y no puede calificarse de ilegítima la conducta de una autoridad hacendaría cuando, dentro de los límites de su competencia legal, y apegándose a las normas jurídicas aplicables, finca un crédito fiscal o tramita el procedimiento para hacerlo efectivo. La actividad desenvuelta a través del procedimiento económico coactivo no entraña la confiscación de bienes que prohíbe el artículo 22 de la misma Carta Magna, pues el cobro de los créditos referentes a impuestos o multas es lícito llevarlo a cabo, sin solicitar el auxilio del órgano jurisdiccional, mediante disposiciones que tienen carácter ejecutivo, y que si bien, por supuesto, pueden someterse, a solicitud de los afectados a revisión judicial, no requieren, para su validez, de la previa aprobación de los tribunales”.

El tratadista Gabino Fraga¹⁰¹ considera que un procedimiento administrativo de ejecución consiste en “...la potestad necesaria para su realización fáctica coactiva, en el caso de que el sujeto pasivo no la cumpla voluntariamente”; en tanto que por autoridad debe entenderse a “todo órgano del Estado que tiene atribuidas por el orden jurídico, facultades de decisión o de ejecución o alguna de ellas por separado,”¹⁰² de lo que se desprende de conformidad con los distintos ordenamientos jurídicos que los regulan, que son “beneficiarios autoridades”, los organismos que forman parte del Gobierno Centralizado Federal, del Distrito Federal, Estatal o Municipal con facultades de decisión y ejecución; así como los organismos descentralizados que por excepción gozan de autonomía y autoridad fiscal, como en su caso lo son el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto Nacional de la Vivienda para los Trabajadores al Servicio del Estado (INFONAVIT) tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros.

Entre las fianzas que son expedidas a favor de “beneficiarios autoridades” y conforme a la clasificación regulada en el artículo 5º de la *LFIF*, se encuentran las fianzas judiciales penales, con excepción de las que se expiden para garantizar la reparación del daño a un particular ofendido; y las fianzas administrativas, entre las que se encuentran las que garantizan contratos de obra, proveeduría y arrendamiento. Asimismo, se localizan como subramo dentro de las fianzas administrativas, las fianzas que se otorgan en favor de la Federación y de organismos con facultades de

¹⁰⁰ 7a. Época; T.C.C.; Ap. 1995; T. III, Parte T.C.C.; p. 644; [J]; Registro No. 391732.

¹⁰¹ Acosta Romero Miguel, cita a Gabino Fraga, *op. cit.*, p. 371.

¹⁰² Acosta Romero Miguel, cita a Gabino Fraga, *op. cit.*, p.376.

autoridades fiscales, como resultan ser el IMSS o el INFONAVIT, cuando se garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros.

En razón de los distintos tipos de fianzas que pueden ser emitidas a favor de los beneficiarios con carácter de autoridad, se puede clasificar a los distintos procedimientos de requerimiento de pago en:

- A) Procedimiento opcional de requerimiento que ejercita la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, sujetos al artículo 95 de la *LFIF* y su Reglamento, siempre y cuando se trate de fianzas que no garanticen créditos fiscales a cargo de terceros.
- B) Procedimiento de requerimiento que ejercita la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, tratándose de fianzas judiciales de orden penal reguladas dentro de los artículos 95 y 130 de la *LFIF*.
- C) Procedimiento de requerimiento que ejercita la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como organismos con facultades ejecutoras como el IMSS o el INFONAVIT, tratándose de fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros previsto en el artículo 95 de la *LFIF* y regulado en el artículo 143 del *CFF*.

Cabe precisar que es el artículo 95 de la *LFIF* donde se regula el procedimiento de requerimiento; asimismo se permite a la autoridad optar para hacer efectivas las fianzas expedidas a su favor, además del procedimiento de requerimiento, siguiendo el procedimiento de reclamación ante los tribunales competentes o los procedimientos conciliatorios o arbitrales ante la CONDUSEF, siempre y cuando las fianzas no garanticen un interés fiscal a cargo de terceros.

8.7.1 Procedimiento general regulado en el artículo 95 de la *LFIF*

El artículo 95 de la *LFIF* establece que las fianzas se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93 Bis de dicha ley, o bien, de conformidad con las bases que fije el reglamento del propio artículo.

Entre estas fianzas se localizan aquellas que se encuentran reguladas en el ramo III del artículo 5º de la *LFIF*, es decir, las fianzas administrativas que garantizan contratos de obra, proveeduría y arrendamiento celebradas entre particulares como contratistas, con algún órgano de gobierno, con excepción de las fianzas que garanticen créditos fiscales. En tales supuestos y, de conformidad con el artículo 95 de la *LFIF*, se faculta a la autoridad de elegir entre dos medios para lograr hacer efectivo el cobro de los montos garantizados a su favor:

- 1) A través del procedimiento de reclamación al que se encuentran sometidos los beneficiarios particulares regulado dentro del artículo 93 de la *LFIF* (mismo que ha sido analizado).
- 2) A través del procedimiento de requerimiento, de conformidad con las bases que fija el reglamento del artículo 95 de la *LFIF*, y que remite en caso de controversia a la jurisdicción del TFJFA.

El procedimiento del requerimiento regulado en el artículo 95 de la *LFIF* al que se encuentran privilegiadamente facultados de instar las autoridades de Gobierno Federal, del Distrito Federal, Estatal o Municipal, se lleva a cabo de la siguiente manera (art. 95, *LFIF*):

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

Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o 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 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 TFJFA.

La autoridad ejecutora facultada para ello en los términos de las disposiciones que le resulten aplicables, procederá a requerir de pago, en forma personal o por correo certificado con acuse de recibo a la institución fiadora, de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado y en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y Municipios, el requerimiento de pago lo llevarán a cabo en los términos anteriores las autoridades ejecutoras correspondientes. En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello.

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

Dentro del plazo de treinta días naturales indicados en el requerimiento, la institución de fianzas deberá comprobar ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o que demandó la improcedencia del cobro como se hace referencia en el párrafo siguiente. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate solicitará a la CNSF se rematen en la Bolsa valores propiedad de la institución, bastantes para cubrir el importe de lo reclamado.

En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de treinta días naturales demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del TFJFA de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma.

En consideración de lo anterior se destaca que en caso de conflicto sobre una fianza emitida a favor de una autoridad que presente su requerimiento de pago, será competente para conocer del asunto el TFJFA, tal como se transcribe a continuación:

Art. 14, *LOTFJFA*. “El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

...Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, así como de sus entidades paraestatales...”

Al dictarse la sentencia correspondiente, si la afianzadora considera que con la resolución se afectaron sus intereses, puede promover un juicio de amparo directo, del cual conocerá un Tribunal Colegiado.

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

- Por pago voluntario.
- Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa.
- Por sentencia firme del TFJFA, que declare la improcedencia del cobro.
- Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.

8.7.2 Tratándose de fianzas que se otorgan ante autoridades judiciales del orden penal

Entre las fianzas que garantizan obligaciones a favor de “beneficiarios autoridades”, se localizan las fianzas que se otorgan ante autoridades judiciales del orden penal, clasificadas dentro de las fianzas judiciales del ramo II, inciso a) del artículo 5º de la *LFIF*.

Estas fianzas que son expedidas con el fin de conceder al procesado o condenado en su caso la llamada libertad provisional, la condena condicional o la libertad preparatoria, se hacen efectivas desde el día hábil siguiente al vencimiento del plazo fijado a la afianzadora para la presentación del fiado (art. 130, fr. III, *LFIF*), para lo cual el juez podrá establecer un plazo límite y no mayor de treinta días tratándose de delitos de fuero federal (art. 416, *CFPP*) o de quince días, tratándose de delitos de fuero local para ello (art. 573, *CPPDF*).

Si dentro del plazo concedido por la autoridad judicial no se presentare el fiado, lo comunicará a la autoridad ejecutora federal o local según sea el caso para que proceda en los términos del artículo 95 de la *LFIF*, acompañándose constancia fehaciente de la diligencia de requerimiento.

Toda vez que el procedimiento a seguir para hacer efectivo el cobro del monto garantizado sobre este tipo de fianzas se encuentra regulado en el artículo 130, en relación con el artículo 95 de la *LFIF*, ha sido resuelto mediante diversos criterios jurisprudenciales que tampoco les resulta aplicable la figura de la caducidad.

Lo anterior queda sustentado con la solicitud de modificación de jurisprudencia intitulada: **FIANZAS PENALES. LA CADUCIDAD A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS NO LES ES APLICABLE, EN VIRTUD DE QUE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA SU COBRO, PREVISTO EN EL DIVERSO ARTÍCULO 95 DE LA PROPIA LEY, NO CONTEMPLA ESA FIGURA**¹⁰³, en donde se indica: “Las fianzas penales, de acuerdo con la excepción prevista en el artículo 94 Bis, párrafo primero, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no pueden hacerse efectivas a través de los procedimientos especial y ordinario contemplados en los artículos 93 y 94 de la ley referida, sino que según el diverso artículo 130, fracción II, del indicado ordenamiento, necesariamente debe procederse en términos del dispositivo 95, esto es, acudir al procedimiento administrativo de ejecución. Bajo esas condiciones, tratándose de dichas fianzas no opera la caducidad prevista en el artículo 120 de la ley citada, pues dicha institución procesal sólo es aplicable en los mencionados procedimientos especial y ordinario.”

El problema en la interpretación del criterio jurisprudencial arriba citado estriba, en que si bien la fracción II, del artículo 130 de la *LFIF* remite a lo dispuesto en el artículo 95 del mismo ordenamiento, éste último permite al beneficiario autoridad conducirse conforme al procedimiento en él establecido, o bien, conforme al procedimiento dispuesto en el artículo 93, el cual si bien no resultaría de conveniencia a la autoridad al encontrarse sujeto a un plazo de caducidad, tampoco existe en realidad impedimento para que ello sucediera, por lo que la causa de la no aplicación de la figura de la caducidad estriba en la voluntad de la autoridad de interponer el procedimiento de requerimiento dispuesto en el artículo 95 de la *LFIF*, y no en la exclusión del artículo 130 en comento para aplicar exclusivamente el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 93 del mismo ordenamiento.

Aunado al anterior criterio, fue emitida la jurisprudencia intitulada **FIANZAS PENALES. NO ES NECESARIO QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL SE PRONUNCIE DE INMEDIATO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA AFIANZADORA DE PRESENTAR AL FIADO, EN VIRTUD DE QUE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL COBRO DE AQUÉLLAS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 95 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, NO ESTÁ SUJETO AL PLAZO DE CADUCIDAD A QUE SE REFIERE EL NUMERAL 120 DE LA PROPIA LEY**¹⁰⁴, por la cual se indica que en virtud de que necesariamente debe procederse en términos del dispositivo 95, es decir, acudir al procedimiento administrativo de ejecución, y que por ello, tratándose de dichas fianzas no opera la caducidad prevista en el artículo 120 de la ley citada, “es evidente que no existe premura para que la autoridad judicial se pronuncie de inmediato sobre el incumplimiento de la afianzadora de presentar al fiado y de comunicarlo lo más pronto posible a la autoridad fiscal ejecutora, toda vez que a fin de hacer efectiva la fianza correspondiente, aquélla no está sujeta al plazo a que se refiere el artículo 120, segundo párrafo, de la citada legislación federal.”

Lo anterior implica que las autoridades penales puedan instar a la autoridad ejecutora, es decir, a la Tesorería Federal, Estatal, del Distrito Federal o Municipal para que proceda a hacer efectivas las pólizas expedidas a favor del Gobierno cuando lo consideren pertinente.

¹⁰³ 9a. Época; Pleno; SJF y su Gaceta; XXVII, junio del 2008; p. 6; [J]; No. registro 169496.

¹⁰⁴ 9a. Época; Pleno; SJF y su Gaceta; XXVII, junio del 2008; p. 6; [J]; No. registro 169495.

8.7.3 Tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros

En un capítulo previo fue analizado que este tipo de fianzas se expiden para garantizar a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, el interés fiscal que deben los particulares en su carácter de contribuyentes frente al Estado, en su carácter de fisco o titular de la Hacienda Pública; o bien, ante organismos que cuenten con facultades de autoridad fiscal autónomas y por tanto ejecutoras, como lo son el IMSS o el INFONAVIT, a efecto de detener un procedimiento administrativo de ejecución a través de los diversos medios de defensa con los que cuenta por ley el gobernado.

A diferencia de las demás fianzas administrativas, como las que sirven para garantizar contratos de obra, adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados de conformidad con la *LAASSP*, la *LOPSR* y sus respectivos reglamentos, las cuales se hacen efectivas por la Tesorería de la Federación, de los Estados o Municipios según sea el caso, tratándose de las fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros, éstas se aceptan y hacen efectivas a través del SAT, de tal manera que en el artículo 25 del *RISAT* se otorga la facultad para llevar el procedimiento administrativo de ejecución a la Administración General de Recaudación; o bien, en el caso de organismos descentralizados con facultades de autoridad fiscal como resultan ser el IMSS y el INFONAVIT, las fianzas son expedidas a su favor y se harán efectivas por ellas mismas a través de sus órganos de ejecución. En el caso del IMSS, dicha facultad se encuentra contenida a los jefes de las oficinas para cobros (art. 277, *LIMSS*) y en el caso del INFONAVIT, en un organismo de carácter similar (art. 30, fr. IX, *LINFONAVIT*).

Por remisión expresa del artículo 95 de la *LFIF*, el procedimiento para hacer efectivas este tipo de fianzas se encuentra regulado en el *CFF*, el cual se puede resumir de la siguiente manera (art. 143, *CFF*):

- La autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora, acompañando copia de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad. 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 SHCP que remate en la 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, a menos que se interpongan medios de defensa ante el TFJFA.
- En caso de que la institución garante no obtuviese 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, se causarán recargos por concepto de indemnización al fisco federal por falta de pago oportuno, mismos que se calcularán sobre las cantidades garantizadas actualizadas, 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, recargos que se podrán generar hasta por un periodo límite de cinco años.

En relación a la aplicación de la figura de la caducidad, es de precisar que si bien el artículo 95 de la *LFIF* remite a lo dispuesto en el *CFF*, tratándose de este tipo de fianzas, en ninguno de dichos ordenamiento se establece el plazo límite para que la institución afianzadora pueda quedar libertada de su obligación por caducidad.

Como ha sido analizado, la caducidad regulada en la *LFIF* se refiere a los casos en que las instituciones de fianzas se liberaran de cumplir sus obligaciones como garantes cuando el beneficiario no presenta su reclamación dentro del plazo límite para ello y la misma como regla general opera una vez cumplidos ciento ochenta días naturales siguientes a que la obligación se hubiere hecho exigible por incumplimiento del fiado (art. 120, pf. 1º y 2º, *LFIF*); en tanto que en materia fiscal, la caducidad tiene un fin específico: "La extinción de las facultades de la autoridad hacendaria para determinar la existencia de obligaciones fiscales..."¹⁰⁵, la cual opera a favor del contribuyente una vez que hayan transcurrido un plazo de cinco o de diez años según sea el caso (art. 67, *CFF*), por lo que toda vez que el artículo 95 de la *LFIF* remite al *CFF* para hacerlas efectivas y dentro de este último se dispone un procedimiento de requerimiento y no de reclamación, se ha resuelto la no aplicabilidad de la figura de la caducidad regulada en el artículo 120 de la *LFIF*, lo que se sustenta con el criterio resuelto por contradicción de tesis intitulado: **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 PREVE LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES**,¹⁰⁶ en donde se establece:

"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 garantizada. 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,

¹⁰⁵ Rodríguez Lobato, Raúl, *op. cit.* p. 175.

¹⁰⁶ 9a. Época; 2a. Sala; SJF y su Gaceta; IV, agosto de 1996; p. 203; [J]; No. registro 200556.

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.”

Ahora bien, derivado de que dentro del artículo 67 del *CFF*, que habla de los distintos supuestos en los que es aplicable la figura de la caducidad, así como en relación con el artículo 147 del *CFF* en que se establece los distintos supuestos en que se configura la figura jurídica de la prescripción, no se localiza ninguna fracción que haga alusión al plazo para que la autoridad hacendaría presente el requerimiento de cobro del monto garantizado en las pólizas de fianza, se ha determinado que resultan inaplicables dichas figuras jurídicas reguladas en el *CFF* para la efectividad de las fianzas, lo que se corrobora mediante criterio jurisprudencial intitulado: **FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, SON INAPLICABLES LOS ARTÍCULOS 67 Y 146 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, EN CUANTO A LAS FIGURAS JURÍDICAS DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN**¹⁰⁷ en el que se establece:

“Tratándose del procedimiento para hacer efectivas las fianzas otorgadas en favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, el artículo 95 de la ley que rige la materia, remite al Código Fiscal de la Federación. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, que por lo que se refiere a ese tipo de garantías, la figura de la caducidad a que alude el dispositivo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no es aplicable, porque el beneficiario es la Federación. En igual forma, determinó que las figuras jurídicas de la caducidad y de la prescripción, que prevén los artículos 67, fracción II, y 146 del Código Fiscal de la Federación, tampoco son aplicables, porque la primera sólo hace referencia a la extinción de las facultades de las autoridades fiscales para determinar contribuciones omitidas y sus accesorios, así como para imponer sanciones por omisiones a las disposiciones relativas; y la segunda, por su particular regulación. Por tanto, no es jurídicamente aceptable que se estime que opera la caducidad de esta facultad en el plazo de cinco años, conforme al artículo 67, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, pues dicha disposición legal no es exactamente aplicable al caso, dado que no se configura la hipótesis jurídica que contempla, como se estableció al resolver la contradicción de tesis número 86/95 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 203, Tomo IV, agosto de 1996, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación de rubro: "FIANZAS OTORGADAS EN FAVOR DE LA FEDERACIÓN PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVÉ LA CADUCIDAD EN FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES”.

En consideración de lo anterior, se desprende que ni en la *LFIF* ni en el *CFF* se regula un plazo de caducidad o de prescripción para que el beneficiario en su carácter de autoridad fiscal presente su requerimiento de pago ante las instituciones de fianzas, lo que implica que aunado a los diversos criterios jurisprudenciales en cita dispongan del plazo que deseen para hacer efectivos los créditos garantizados.

¹⁰⁷ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; IX, abril de 1999; p. 361; [J]; No. registro 194194.

8.7.4 Tratándose de fianzas para garantizar obligaciones derivadas de contratos de obra pública

Las garantías que reciban las dependencias de la administración pública federal centralizada por contratos administrativos, derivados de licitaciones de obras y adquisiciones, así como de anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, deben otorgarse a favor de la Tesorería de la Federación, que es la autoridad ejecutora para hacerlas efectivas (art. 48, *LSTF*).

En cuanto al plazo para su cobro, estas garantías resultan ser una excepción a la regla de que a las fianzas emitidas a favor del beneficiario autoridad no le resulta aplicable la figura de la caducidad, pues contrariamente a una homogeneidad de criterios se ha establecido que legalmente procede hacer efectiva la garantía a partir de que se le notifique al fiado la rescisión del contrato respectivo, lo que se corrobora con el criterio jurisprudencia resuelto por contradicción de tesis intitulado **FIANZAS PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES DERIVADAS DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. SU CADUCIDAD DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA NOTIFICA LA RESCISIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA**,¹⁰⁸ en donde se establece:

“Conforme al artículo 72, fracción II, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (abrogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y derogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en lo relativo a la materia de obra pública, ambos ordenamientos publicados en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de enero de dos mil), las autoridades estaban facultadas para declarar la rescisión del contrato de obra pública en caso de incumplimiento del contratista y posteriormente exigir el pago de garantías, por lo que los supuestos previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deben interpretarse conjuntamente con el citado artículo 72, toda vez que la voluntad del Estado no es autónoma y, por tanto, no puede considerarse únicamente al contrato como expresión de la misma. Consecuentemente, en el supuesto de que las autoridades administrativas hubieran declarado la rescisión administrativa de un contrato de obra pública, la caducidad de la fianza que lo garantiza se computará a partir de la notificación al fiado de esta declaración y no del momento en que el contratista incurrió en incumplimiento, o cuando se extinguió la póliza de fianza, pues previamente a dicha notificación, las autoridades estaban impedidas legalmente para exigir a la afianzadora el pago del monto correspondiente.”

En relación con lo anterior, ha sido resuelto por contradicción de tesis que las **FIANZAS OTORGADAS EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. SON EXIGIBLES AUN CUANDO EN EL MEDIO IMPUGNATIVO CORRESPONDIENTE NO SE HAYA RECONOCIDO, POR RESOLUCIÓN FIRME, LA VALIDEZ DE LA RESCISIÓN DECRETADA POR INCUMPLIMIENTO DEL OBLIGADO PRINCIPAL, SALVO CUANDO EL DEUDOR PRINCIPAL OBTENGA LA SUSPENSIÓN O CUANDO EN LA PÓLIZA SE PACTE LO CONTRARIO Y LA LEY PERMITA CONVENIR SOBRE ESE ASPECTO**,¹⁰⁹ lo que se corrobora con la transcripción del criterio en comento, en el que se establece:

¹⁰⁸ 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su Gaceta; XXII, octubre del 2005; p. 254; [J]; Registro No. 177001.

¹⁰⁹ 9a. Época; 2a. Sala; SJF y su Gaceta; XXII, noviembre del 2005; p. 49; [J]; Registro No. 176708.

“La exigibilidad de la obligación principal a que se refieren los artículos 93 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como presupuesto para reclamar el pago de las fianzas, surge a partir de que se notifica la rescisión decretada por incumplimiento del contratista, conforme a los artículos 72, fracción II, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (derogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en lo relativo a la materia de obra pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero del 2000) y 62, fracción II, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, con la diferencia de que en términos de esta Ley, la fianza es exigible después de la notificación de la rescisión, previo pago del finiquito correspondiente; tal exigibilidad no desaparece aun cuando el beneficiario de la fianza haya reclamado el pago de la cantidad garantizada por la institución afianzadora y la obligación principal se encuentre sub júdice, debido a que el fiado -obligado principal- haya hecho valer algún medio de defensa en contra de la rescisión y la autoridad judicial o administrativa aún no emita resolución firme que reconozca la validez del acto administrativo, salvo en aquellos casos en que, expresamente, en la póliza de fianza se haya pactado que la exigibilidad de la fianza estará supeditada a que en los medios de defensa atinentes se emita decisión firme sobre la obligación principal y, además, la ley permita convenir sobre ese aspecto. Lo anterior es así, porque conforme a los artículos 8º y 9º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, al ser un acto administrativo, la rescisión debidamente notificada es eficaz y exigible mientras no se declare su invalidez por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso; sin embargo, debe tomarse en cuenta que cuando el acto rescisorio sea combatido y el impugnante obtenga la suspensión de su ejecución, ya sea en el recurso administrativo o en el juicio contencioso correspondiente, dicha medida evitará también, por regla general, que la obligación accesoria sea cumplida por el fiador. Además, en caso de ejecutarse el cobro de la fianza, si la rescisión llega a invalidarse por determinación firme, la institución afianzadora que haya efectuado alguna erogación con cargo a la póliza de fianza no quedará en estado de indefensión, pues como la determinación de nulidad produce efectos retroactivos, en términos del artículo 6º del último ordenamiento citado, aquélla tendrá derecho a que la cantidad pagada a la entidad beneficiaria le sea devuelta.”

Como se desprende de lo anterior, existe una contradicción entre las interpretaciones relacionadas con las fianzas que sirven para garantizar obligaciones derivadas de contratos de obras públicas, de aquellas que sirven para garantizar créditos fiscales a cargo de terceros u obligaciones penales, en las que como ha sido analizado, se ha determinado que al beneficiario en su carácter de autoridad no le resulta aplicable la figura de la caducidad en virtud de que el artículo 95 de la *LFIF* en relación con el artículo 120 del mismo ordenamiento no lo disponen expresamente, a comparación de este tipo de fianzas en las que ha sido resuelto que el plazo de caducidad comenzará a correr a partir del plazo en que se haya notificado al fiado la rescisión de contrato por causas imputables al contratista y con independencia de que se trate de una fianza exigible por un beneficiario con el carácter de autoridad.

Una vez que se han analizado los diversos supuestos procedimentales para hacer efectivas las fianzas, es de destacar que si la afianzadora no pago en el momento procesal oportuno, la misma e independientemente al tipo de fianza, se encontrará obligada a pagar al beneficiario una indemnización por mora como se analiza a continuación.

8.8 Indeminización por mora

El artículo 95 Bis de la *LFIF* prevé como sanción para aquellas afianzadoras que incurran en mora en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la expedición de una póliza en el pago de una indemnización a favor del beneficiario, cuyo monto se computará a partir del mes siguiente en que se hizo exigible la póliza y hasta aquel en que se efectúe el pago; por lo cual si en el juicio respectivo resulta procedente la reclamación u requerimiento de pago, aun cuando no se hubiere demandado dicho importe, además del monto que resulte de la obligación asumida en la póliza de fianza, deberá condenársele al pago de dicho concepto y, una vez hecho ello, si la institución de fianzas dentro de los plazos o términos legales no efectúa el pago de las indemnizaciones a que estuviere obligada, la CNSF deberá imponerle una multa de conformidad con lo establecido en la *LPDUSF*.

La indemnización a que tiene derecho el beneficiario derivados de la mora en el pago comprende tanto la actualización, como los intereses moratorios generados durante el tiempo de incumplimiento y su sistema de cálculo para cualquier tipo de fianza se encuentra establecido en las fracciones I, II y III del referido artículo 95 Bis; excepto para las fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros, en cuyo caso se estará al sistema de actualización y determinación de intereses moratorios previsto en los artículos 17-A y 21 del *CFF*, situación que correspondientemente pasa a ser analizado a continuación.

8.8.1 Derivado de obligaciones de carácter no fiscal

Tratándose de todo tipo de fianzas, salvo de aquellas en las que se garantizan créditos fiscales a cargo de terceros, si la institución de fianzas no cumple con las obligaciones asumidas en la póliza de fianza dentro de los plazos con que cuenta legalmente para ello, deberá pagar al acreedor una indemnización por mora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 Bis de la *LFIF*, de acuerdo a las siguientes reglas:

- Los intereses moratorios se denominarán en UDIS y su pago se hará en moneda nacional al valor que las mismas tengan a la fecha en que se efectúe el mismo, cuya tasa será igual al resultado de multiplicar por 1.25 el costo de captación a plazo de pasivos denominados en UDIS de las instituciones de banca múltiple del país, publicado por el Banco de México en el *DOF*, correspondiente a cada uno de los meses en que exista mora.
- Cuando la obligación asumida en la póliza de fianza se denomine en moneda extranjera, la afianzadora estará obligada a pagar un interés moratorio que se calculará aplicando al monto de la propia obligación el porcentaje que resulte de multiplicar por 1.25 el costo de captación a plazo de pasivos denominados en dólares de Estados Unidos de América de las instituciones de banca múltiple del país, publicado por el Banco de México en el *DOF*, correspondiente a cada uno de los meses en que exista mora. En caso de que no se publiquen las tasas de referencia para el cálculo del interés moratorio, el mismo se computará multiplicando por 1.25 la tasa que las sustituya, conforme a las disposiciones aplicables.

Las tasas de referencia deberán dividirse entre trescientos sesenta y cinco y multiplicar el resultado por el número de días correspondientes a los meses en los que persista el incumplimiento.

El derecho a las indemnizaciones surgirá por el solo incumplimiento de la obligación de la afianzadora, aunque la obligación asumida en la póliza de fianza no sea líquida en el momento de la reclamación u requerimiento;

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

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

8.8.1 Derivado de obligaciones de carácter fiscal

De conformidad con el artículo 3º del *CFF*, en relación con lo dispuesto en el artículo 21 del mismo ordenamiento y de la fracción VIII del artículo 95 Bis de la *LFIF*, la indemnización por falta de pago oportuno derivado de fianzas que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros son considerados por la ley como aprovechamientos a favor del fisco federal. Al respecto, el artículo 3º de referencia se señala lo siguiente:

Art. 3º, *CFF*. “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...”

Ahora bien, de conformidad con el artículo 17-A del *CFF*, el monto de los aprovechamientos se actualizan por el transcurso del tiempo y con motivo de los cambios de precios en el país, para lo cual se aplicará el factor de actualización a las cantidades que se deban actualizar. Dicho factor se obtendrá dividiendo el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes anterior al más reciente del periodo entre el citado índice correspondiente al mes anterior al más antiguo de dicho periodo.

En los casos en que el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes anterior al más reciente del periodo no haya sido publicado por el Banco de México, la actualización de que se trate se realizará aplicando el último índice mensual publicado.

Las cantidades en moneda nacional se actualizarán cuando el incremento porcentual acumulado del Índice Nacional de Precios al Consumidor desde el mes en que se actualizaron por última vez exceda de 10%. Dicha actualización se llevará a cabo a partir del mes de enero del siguiente ejercicio a aquel en el que se haya dado dicho incremento. Para la actualización mencionada se considerará el periodo comprendido desde el mes en el que éstas se actualizaron por última vez y hasta el último mes del ejercicio en el que se exceda el porcentaje citado. Para estos efectos, el factor de actualización se obtendrá dividiendo el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes inmediato anterior al más reciente del periodo entre el Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al mes anterior al más antiguo de dicho periodo.

El SAT se encarga de realizar las operaciones aritméticas y publicar el factor de actualización, así como las cantidades actualizadas en el *DOF*.

Para determinar el monto de las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, se considerarán, inclusive, las fracciones de peso; no obstante, dicho monto se ajustará para que las cantidades de 0.01 a 5.00 pesos en exceso de una decena, se ajusten a la decena inmediata anterior y de 5.01 a 9.99 pesos en exceso de una decena, se ajusten a la decena inmediata superior.

Cuando de conformidad con las disposiciones fiscales se deban realizar operaciones aritméticas, con el fin de determinar factores o proporciones, las mismas deberán calcularse hasta el diezmilésimo.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 21 del *CFF* deben pagarse recargos por concepto de indemnización al fisco federal por la falta de pago oportuno. Dichos recargos se calcularán aplicando al monto de los aprovechamientos actualizados por el periodo a que se refiere este párrafo, la tasa que resulte de sumar las aplicables en cada año para cada uno de los meses transcurridos en el periodo de actualización de la contribución o aprovechamiento de que se trate. La tasa de recargos para cada uno de los meses de mora será la que resulte de incrementar en 50% a la que mediante ley fije anualmente el Congreso de la Unión.

En los casos de garantía de obligaciones fiscales a cargo de terceros, los recargos se causarán hasta por cinco años sobre el monto de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado cuando no se pague dentro del plazo legal.

Los recargos se causarán por cada mes o fracción que transcurra a partir del día en que debió hacerse el pago y hasta que el mismo se efectúe.

Cuando los recargos determinados por el contribuyente sean inferiores a los que calcule la oficina recaudadora, ésta deberá aceptar el pago y procederá a exigir el remanente, y en el caso de que el pago hubiera sido menor al que corresponda, los recargos se computarán sobre la diferencia.

El cheque que como forma de pago sea recibido por las autoridades fiscales y no sea pagado, dará lugar al cobro del monto del cheque y a una indemnización que será siempre de 20% del valor de éste, y se exigirá

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

independientemente de los demás conceptos. Para tal efecto, la autoridad requerirá al librador del cheque para que, dentro de un plazo de tres días, efectúe el pago junto con la mencionada indemnización de 20%, o bien, acredite fehacientemente con las pruebas documentales procedentes que se realizó el pago o que dicho pago no se realizó por causas exclusivamente imputables a la institución de crédito. Transcurrido el plazo sin que se obtenga el pago o se demuestre cualquiera de los extremos antes indicados, la autoridad fiscal requerirá y cobrará el monto del cheque, la indemnización mencionada y los demás accesorios que correspondan mediante el procedimiento administrativo de ejecución, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso procediere.

Si se obtiene autorización para pagar a plazos, ya sea en forma diferida o en parcialidades, se causarán además los recargos que establece el artículo 66 del *CFF* por la parte diferida.

En ningún caso las autoridades fiscales podrán liberar a los contribuyentes de la actualización de las contribuciones o condonar total o parcialmente los recargos correspondientes.

El conflicto que se suscite sobre el cobro de los recargos e intereses generados por la falta de pago oportuno, será competente de resolverlo el TFJFA (art. 14, *LOTFJA*).

Una vez analizados los procedimientos con los que cuentan los beneficiarios para hacer efectivas las fianzas, incluyéndose los intereses y demás accesorios legales, se procede al análisis del procedimiento jurisdiccional para que las instituciones de fianzas recobren a través de las garantías emitidas a su favor los montos erogados en ausencia de su fiado.

CAPÍTULO IX

PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL PARA HACER EFECTIVAS LAS GARANTIAS DE RECUPERACIÓN A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS

9.1 Reglas generales

Previamente fue analizado que en el contrato de fianza surgen dos tipos de vinculación jurídica: la que se deriva entre la institución afianzadora y el acreedor, por la que la primera tiene la obligación de pagar al segundo cuando el deudor principal o fiado no lo haga; y la que se verifica entre la institución afianzadora y su fiado o aquel que haya constituido garantías de recuperación a favor de la afianzadora, a efecto de que éstas se hagan efectivas conforme a las siguientes reglas.

De conformidad con el artículo 118 Bis de la *LFIF*, las instituciones de fianzas al ser requeridas o demandadas por el acreedor podrán denunciar el pleito a su fiado o, en su caso, al solicitante, obligados solidarios o contrafiadores para que rindan las pruebas que crean convenientes, así como todos los elementos y documentación que sean necesarios para determinar la procedencia y, en su caso, la cuantificación de la reclamación, o bien, su improcedencia, incluyéndose en este caso las excepciones relacionadas con la obligación principal que ésta última pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza; o, cuando se considere que la reclamación es total o parcialmente procedente tienen la obligación de proveer a la institución de fianzas, las cantidades necesarias para que ésta haga el pago de lo que se reconozca al beneficiario.

Respectivamente y en caso de que no salgan al juicio para el indicado objeto, les perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas, lo que será aplicable cuando se proceda en arbitraje o en procedimiento conciliatorio, que en su caso se hubiese acordado previamente en la póliza de fianza en los contratos-solicitud, o en documentos por separado ratificados ante notario o corredor público (art. 103, *LFIF*).

En la situación de que la afianzadora no reciba los elementos y la documentación o los pagos parciales antes referidos, podrá decidir realizar el pago de la reclamación y, en este caso, el fiado, el solicitante, los obligados solidarios o los contrafiadores estarán obligados a reembolsar a la institución de fianzas lo que a ésta le corresponda, sin que pueda oponerse a la institución fiadora, las excepciones que el fiado tuviera frente a su acreedor, incluyendo la del pago de lo indebido, por lo que no serán aplicables en ningún caso, los artículos 2832 y 2833 del *CCF*.

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

Para hacer efectivas las garantías de recuperación y con independencia de los procedimientos convencionales o arbitrales que previamente las partes hubieren acordado, las afianzadoras podrán acudir en vía ejecutiva mercantil y en jurisdicción concurrente a hacer valer su derecho.

En virtud de que no existe disposición expresa del plazo límite en que la institución de fianzas pueda demandar en la vía ejecutiva mercantil las cantidades que le fueran debidas por parte del fiado, ha sido resuelto mediante la jurisprudencia intitulada **FIANZA. LA ACCIÓN EJECUTIVA QUE TIENE LA AFIANZADORA POR HABER PAGADO AL BENEFICIARIO DE LA PÓLIZA RESPECTIVA, PRESCRIBE CONFORME AL PLAZO GENÉRICO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1047 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**,¹¹⁰ que aplica supletoriamente el plazo genérico de diez años establecido en el artículo 1047 del *CCom*, antes de que el mismo prescriba, lo que se corrobora con la transcripción del criterio en comento:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1391 del Código de Comercio, el procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en un documento que traiga aparejada ejecución, como lo es aquel que consigna la obligación del fiado, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas, de que ésta efectuó el pago de la obligación garantizada al beneficiario, en términos de la fracción VIII del aludido precepto legal, en relación con el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; empero, el hecho de que esa ley atribuya el carácter de ejecutiva a la acción que tiene la compañía afianzadora contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, no es indicativo de que prescriba en el plazo de tres años que establece el artículo 165 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que este término sólo rige para el ejercicio de la acción cambiaria que se funda en un título de crédito, según lo establecido en el artículo 150 de esa misma legislación, que es otra de las hipótesis de la vía ejecutiva de acuerdo con la fracción IV del citado artículo 1391; por lo que al respecto debe observarse el plazo genérico de diez años previsto en el artículo 1047 del Código de Comercio, ya que dicha acción no se encuentra contemplada en ninguno de los supuestos que prevén un lapso inferior para que opere tal figura procesal; sin que para estimar aplicable al respecto este último precepto legal, sea óbice que haga mención a una prescripción ordinaria, pues no implica que se refiera al juicio ordinario mercantil, dado que la interpretación de esa disposición revela que tuvo su razón de ser en que el legislador empleó el vocablo "ordinaria", refiriéndose a algo general, común, habitual, frecuente, es decir, como sinónimo de dichas palabras, pero no para encuadrar esa figura en los juicios ordinarios mercantiles, lo que se corrobora atendiendo a que ese artículo 1047 no se encuentra comprendido en el libro quinto, denominado "De los juicios mercantiles", título segundo "De los juicios ordinarios", del Código de Comercio, por lo que es inconcuso que tal dispositivo legal no es de aplicación exclusiva a los juicios ordinarios mercantiles. Tampoco representa obstáculo para la conclusión apuntada que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas contemple también la figura de la prescripción, en tanto únicamente la prevé en relación con las reclamaciones que se pueden efectuar a una institución afianzadora con motivo de una póliza de fianza, al señalar de manera especial que éstas prescribirán cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, según el que resulte menor,

¹¹⁰ 9a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta; XVII, abril del 2003; p. 1086; [T.A.]; No. Registro 184485.

sin que precise cuándo se actualiza dicha figura procesal en el supuesto de que la compañía afianzadora sea quien solicite la indemnización antes referida.”

De lo anterior se desprende que los elementos principales que deben observar las instituciones de fianzas en los procedimientos de recuperación consisten en: la vía a acudir, el plazo con el que cuentan para ello antes de que prescriba su derecho, y los documentos base de la acción, los cuales serán analizados a continuación.

9.2 Documentos base de la acción

Para que la institución de fianzas pueda hacer valer su derecho de pago sobre las garantías de recuperación, en el artículo 96 de la *LFIF* se prevé que el ejercicio de la acción ha de fundarse en el documento en el que se consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario; copia simple de la póliza de fianza; la certificación de la o las personas facultadas por el Consejo de Administración de Fianzas de que ésta pagó al beneficiario. Aunado a ello, el documento en el que conste el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 Bis de la *LFIF*, es decir, el documento en el que conste que la afianzadora al recibir la reclamación, avisó al fiado o en su caso al solicitante, obligados solidarios o contrafiadores de dicha situación para que alegaran lo que a su derecho conviniera.

En relación con este último requisito, resulta conveniente citar el criterio jurisprudencial intitulado: **FIANZA MERCANTIL. PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE COBRO, LA AFIANZADORA DEBE ACREDITAR QUE AVISÓ AL FIADO O, EN SU CASO, AL SOLICITANTE, OBLIGADOS SOLIDARIOS O CONTRAFIADORES, DE LA RECLAMACIÓN DE PAGO EFECTUADA POR EL BENEFICIARIO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 118 BIS DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS**,¹¹¹ en donde se indica: “El hecho de que las reclamaciones de pago referidas se presenten directamente ante las afianzadoras permite cumplir la obligación establecida en el artículo 118 Bis de la Ley señalada, consistente en que "cuando las instituciones de fianzas reciban la reclamación de sus pólizas por parte del beneficiario, lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores". Así, de la interpretación conjunta de los citados preceptos legales se advierte que para que proceda la acción de cobro intentada por una afianzadora, ésta debe acreditar que avisó al fiado o, en su caso, al solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, de la reclamación de pago efectuada por el beneficiario, en términos del mencionado artículo 118 Bis. Lo anterior es así, porque el aviso referido permite que los fiados -o a quienes corresponda conforme a la ley- puedan intervenir en los procedimientos de reclamación respectivos, alegando lo que a sus derechos e intereses convenga, pues sólo cuando no proporcionen a las afianzadoras la información, pruebas o documentos necesarios para hacerlos valer frente a los beneficiarios, éstas podrán decidir libremente si efectúan o no los pagos reclamados. Además, no avisar a los fiados de las reclamaciones hechas por los beneficiarios puede originar el cobro indebido de pólizas de fianza, sea porque los deudores ya hubieren cumplido sus obligaciones o por tratarse de pagos improcedentes.”

En consideración de lo transcrito se colige que para que la afianzadora ejerza su derecho de ejecución sobre las garantías de recuperación en contra del fiado, solicitante, contrafiador u obligado solidario, según sea el caso, resulta indispensable que pruebe haberles hecho de conocimiento la reclamación que le fue interpuesta, a efecto de que manifiesten lo que convenga, pues a pesar de que tal requisito no se encuentra establecido en el artículo 96 de la

¹¹¹ 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su Gaceta; XXIX, enero del 2009; p. 320; [J]; Registro No. 168134.

materia, su omisión produciría la posibilidad de que el demandado presente excepciones sustanciales que demuestren que ya estaba extinguida la obligación principal.

Asimismo y en relación con el requisito en comento fue emitida la jurisprudencia denominada **FIANZA MERCANTIL. EL AVISO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 118 BIS DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS ES UNA CONDICIÓN PREVIA QUE DEBE CUMPLIRSE PARA PODER HACER VALER EL TÍTULO EJECUTIVO A QUE ALUDE EL NUMERAL 96 DEL PROPIO ORDENAMIENTO**,¹¹² en donde se indica: "El citado artículo 118 Bis, al señalar categóricamente que cuando las instituciones de fianzas reciban la reclamación de sus pólizas por parte del beneficiario, lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, no da margen a una interpretación en contrario, pues de haber sido así, el legislador lo hubiese establecido como una simple aptitud de hacer, lo cual no acontece. Ahora bien, dicho precepto no contraviene el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues si bien es cierto que éste señala que "el documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente", también lo es que conforme al mencionado artículo 118 Bis, la obligación de la afianzadora de dar aviso al fiado de la reclamación de pago presentada por el beneficiario es una condición previa que debe cumplirse para que aquélla pueda hacer valer -en la vía ejecutiva mercantil- el documento a que alude el indicado artículo 96, el cual trae aparejada ejecución, pues de lo contrario, dicho documento estaría viciado de origen al no actualizarse el supuesto legal de procedencia de la acción de cobro."

Por lo anterior se desprende que si la institución garante hace el pago sin notificárselo a su fiado, al momento de demandarlo con sustento únicamente en los documentos referidos en el artículo 96 de la *LFIF*, éste podría oponer contra la institución afianzadora todas las excepciones que podría haber opuesto al acreedor al tiempo de hacer el pago (art. 2832, *CCF*), situación que resulta en tanto de suma importancia para ser observado como un elemento indispensable para la procedencia de la demanda.

9.3 Procedimiento jurisdiccional

En virtud de que la vía que deben interponer las afianzadoras para hacer efectivas las garantías de recuperación a su favor lo es la ejecutiva mercantil, el procedimiento se rige por lo dispuesto en el Título Tercero denominado "De los Juicios Ejecutivos", establecido entre los artículos 1391 a 1414 del *CCom*, y en su defecto, en lo relativo a los incidentes en los juicios ordinarios mercantiles y a falta de uno u otro, a lo dispuesto en el *CFPC*, o bien, de la ley procesal de la Entidad Federativa correspondiente (art. 1414, *CCom*).

De manera genérica, el procedimiento en la vía ejecutiva mercantil se puede concretizar en las siguientes etapas:

1. Embargo, el cual se inicia con la presentación de la demanda que faculta al juez para que dicte auto de ejecución, para que en caso de que el deudor se niegue a efectuar el pago solicitado se proceda al embargo de bienes suficientes para satisfacerlo.

¹¹² 9a. Época; 1a. Sala; *SJF* y su Gaceta; XXIX, enero del 2009; p. 301; [J.]; Registro No. 168135.

2. Pago u oposición, en virtud de que el demandado puede adoptar dos actitudes una vez hecho el requerimiento: acudir al tribunal a efectuar el pago y con ello extinguir la acción u oponerse a realizar el pago por medio de la exposición de excepciones jurídicas que lo protejan.
3. Sentencia de absolución o de remate y ejecución para el caso de que el demandado gane o pierda el juicio respectivamente.

9.3.1 Demanda y emplazamiento

La demanda deberá contener los requisitos formales establecidos en el artículo 322 del *CFPC* y se acompañará del documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario; una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el Consejo de Administración de la institución de fianzas de que se trate de que ésta pagó al beneficiario; así como la constancia de que la afianzadora dio aviso al fiado, o bien, al solicitante, contrafiador u obligado solidario, según sea el caso, de la reclamación de pago presentada por el beneficiario, a efecto de que una vez hecho ello, el juez inmediatamente provea auto con efectos de mandamiento para que el deudor sea requerido de pago y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y las costas (art. 1392 *CCom*).

Se realizarán búsquedas del demandado en el domicilio indicado por el actor y si en la primera diligencia no se encuentra, se le dejará citatorio fijándole hora hábil para que aguarde en un lapso entre las seis y setenta y dos horas siguientes. En caso de que no atienda la disposición, se practicará el embargo con cualquier persona que habite el domicilio establecido (art. 1393, *CCom*).

La segunda visita dará cabida al embargo y se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, el cual de no hacerse, se requerirá al demandado, su representante o a la persona con quien se entienda la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndose que de no hacerlo, el derecho para hacerlo pasará al actor (art. 1394, *CCom*).

En el artículo 1395 del *CCom* se indica el orden que se seguirá en el embargo sobre los bienes, como resultan ser:

- I. Las mercancías.
- II. Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor.
- III. Los demás muebles del deudor.
- IV. Los inmuebles.
- V. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.

Por su parte, en el artículo 1393 del *CCom* se prevé que las lagunas que éste pudiera tener respecto del procedimiento de embargo, serán sustanciadas con lo dispuesto en el *CFPC*, mismo que establece bienes que no podrán embargarse por ningún motivo, como resultan ser (art. 434, *CFPC*):

- El patrimonio de familia (inscrito en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio).

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- El lecho cotidiano, vestidos y muebles de uso ordinario del deudor, de sus hijos o cónyuge (cuando no sean de lujo).
- Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor se dedique.
- Los instrumentos y animales que ayuden al cultivo agrícola, a menos que se embarguen junto con la finca.
- Los derechos de uso, habitación y usufructo.

La diligencia no se podrá suspender por ningún motivo, y una vez llegado su fin se notificará al deudor o a la persona con la que se haya practicado, para que dentro de los siguientes ocho días comparezca a hacer el pago por la cantidad demandada y las costas originadas u oponga las excepciones que le asistan (art. 1396, *CCom*).

Hecho el emplazamiento el demandado podrá optar por cualquiera de las actitudes expuestas en el siguiente apartado.

9.3.2 Actitudes del demandado

Así como se concede a una persona el derecho de presentar ante un órgano del Estado peticiones que considere debe cumplir otra parte (art. 17, *CPEUM*), también se reconoce la facultad de defenderse y probar que no tiene que someterse a lo solicitado por la contraparte, pues existe una garantía individual que prevé que nadie podrá ser privado de sus posesiones, derechos, propiedades, sino mediante juicio seguido ante tribunales preestablecidos, es decir, cada persona cuenta con el derecho de ser oído y vencido en juicio en legítima defensa (art. 14, *CPEUM*).

Las actitudes a asumir frente a la demanda son muy variadas; sin embargo, se puede generalizar en contestar o no la demanda.

En caso de que el demandado conteste la demanda, puede optar por cualquiera de las siguientes actuaciones:

- A) Allanarse, que significa someterse a las pretensiones de la contraparte.
- B) Confesar, que implica reconocer que los hechos citados por la contraparte son ciertos.
- C) Oponerse a la demanda, en razón de que se carece de deseos de cumplir las pretensiones de la contraparte por considerarse que carecen de fundamento jurídico, lo cual se hace valer mediante defensas y excepciones.
- D) Contrademandar o reconvenir, por medio del cual la parte demanda considera que tiene un mejor derecho para exigir de su contraparte una prestación o conducta, situación por la cual el demandado en lo principal funge como actor en la reconvención.

9.3.2.1 Allanamiento y confesión

Existen formas alternativas de dar solución a un litigio sin que sea precisamente el juzgador el que determine cuál de las partes tiene la razón. Dentro de estas formas llamadas autocompositivas encontramos al allanamiento, por medio del cual el demandado decide voluntariamente acceder a las pretensiones incluidas en la demanda y de esta forma poner fin al procedimiento sin tener que cumplirse todas las etapas procesales, pues se considera una clara manifestación de la voluntad del demandado para renunciar a su derecho de defensa en juicio.

Si el demandado se allanara a la demanda y solicitara término de gracia para el pago de lo reclamado, el juez dará vista al actor para que dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a las proposiciones de las partes (art. 1405, *CCom*).

Cabe mencionar que el allanamiento no es una conducta procesal exclusiva del demandado, pues el actor puede hacer uso del mismo al recibir la contestación de la demanda y decidir libremente cumplir con las pretensiones que haya incluido su contraparte en la reconvención. No importa quien decida allanarse, pues según nuestro ordenamiento legal, inmediatamente después que alguna de las partes se allane, se citará a éstas para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente (art. 274, *CPCDF*).

Es importante destacar que el allanamiento no es sinónimo de confesión, pues la primera reconoce el derecho sin necesariamente aceptar los hechos; mientras que la segunda hace lo propio con los hechos sin hacer mención del derecho, pero nada impide que puedan darse ambas figuras procesales dentro de la contestación de la demanda, de hecho es lo más común en la práctica y es por eso que se incluyen en un solo apartado.

9.3.2.2 Oposición de excepciones

Como previamente ha sido mencionado, las excepciones consisten en “el derecho de contradicción que tiene el demandado y que se dividen en perentorias y dilatorias, donde las primeras tienden a destruir la acción y las segundas a retardarla o posponerla”.¹¹³

Al respecto, no se omite precisar que de conformidad con el artículo 81 del *CCom*, resultan aplicables a los actos mercantiles las disposiciones de derecho civil acerca de las excepciones y causas que rescinden o invaliden a los contratos, situación por la cual el demandado podrá hacer valer cualquier excepción cuando no desee someterse a la voluntad de su contraparte, siempre que estén fundadas en derecho y se ajusten a la situación jurídica controvertida.

Las excepciones procesales son aquellas que dilatan el procedimiento y no atacan el fondo de la acción, por lo cual también son llamadas “excepciones dilatorias”, las cuales se promueven y sustancian en forma incidental y son resueltas a través de un pequeño juicio, dentro del juicio principal, con plazos de prueba y una sentencia denominada “incidental” o “interlocutoria”. Entre las excepciones dilatorias se encuentran la incompetencia del juez; litispendencia, conexidad de la causa, falta de personalidad del actor o del demandado, falta de capacidad en el actor, falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeta la acción intentada e improcedencia de la vía (arts. 1122, 1130 y 1349, *CCom*).

¹¹³ Bucio Estrada, Rodolfo, *Op. cit.*, p. 64.

Por otro lado, las excepciones perentorias o también llamadas “de fondo” son aquellas que tienen que ver con la pretensión principal en cuestión, por eso suele llamárseles también como “excepciones sustanciales”. Estas excepciones que trascienden al resultado del fallo, absolviendo parcial o totalmente las prestaciones reclamadas, se resuelven en la sentencia definitiva (art. 1119, *CCom*) y como ejemplo se encuentran de conformidad con el artículo 1403, el pago, la falsedad del título o del contrato contenido en él, prescripción, caducidad, compensación, remisión, quita, o novación de contrato.

9.3.2.3 Reconvención

Una vez que el demandado optó por la defensa materializada en la demanda, también puede contraatacar al actor, lo cual podrá realizar mediante la reconvención, que consiste en una reclamación de prestaciones que se hace a la persona que originalmente inició el procedimiento, sujeto a las mismas formalidades previamente enunciadas para la demanda (art. 1061, fr. V, *CCom*).

En este supuesto, el actor, que ahora funge como demandado en la reconvención, tendrá que alegar lo que a su derecho convenga a través de la interposición de excepciones, pruebas y alegatos correspondientes, a efecto de que el juicio principal y la reconvención se discutan al mismo tiempo y se decidan en la misma sentencia (art. 1380, *CCom*).

En todos los casos, es juez competente para conocer de la reconvención, aquel que conoce de la demanda principal (Art. 1096, *CCom*).

9.3.3 Pruebas

Es necesario que las prestaciones exigidas por las partes tengan fundamento jurídico y más allá que la aplicación de esas normas tenga que ver con los sucesos acontecidos en la realidad, es decir, que se exija la aplicación de una norma sólo cuando la otra parte efectivamente se adecuó a una conducta establecida por la ley. Desafortunadamente no siempre las personas acuden ante tribunales diciendo la verdad, sino que inventan hechos para poder exigir ciertos derechos, de ahí surge la necesidad del juzgador para exigir que se pruebe que los hechos manifestados por las partes son reales.

En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que tuvieren; así como los de sus peritos y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver y todas las demás pruebas que permitan las leyes (art. 1401, *CCom*).

Desahogada la vista o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, abriendo el juicio a desahogo de pruebas hasta por un término de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo, puntualizando las fechas necesarias para su recepción.

Las pruebas que se reciban fuera del término concedido por el juez o su prórroga si la hubiere decretado serán bajo la responsabilidad de éste, quien podrá mandarlas a concluir en una sola audiencia que se celebrará dentro de los diez días siguientes.

Concluido el término de pruebas, se pasará al periodo de alegatos, que será de dos días comunes para las partes (art. 1406, *CCom*).

9.3.4 Alegatos

Los alegatos son argumentos jurídicos que exponen las partes después de la presentación de las pruebas, mediante los cuales se intenta convencer al juzgador para que otorgue la razón jurídica a una de las partes, con fundamento en las normas aplicables, sustentadas en las constancias procesales y con estricto apego al valor de cada una de las pruebas aportadas.

Presentados los alegatos o transcurrido el término para hacerlo, previa citación y dentro del término de ocho días, se pronunciará la sentencia (art. 1407, *CCom*).

9.3.5 Sentencia

La palabra “sentencia” proviene del latín *sentire* que significa “sentir”, pues expresa el sentir o la idea creada en el juez durante el desarrollo del proceso, en donde cada parte intentó convencerle de que tenía la razón y que las pretensiones que hizo valer a su contraparte se encontraban completamente fundadas en derecho.

Es de mencionar que para la validez de una sentencia se deben cubrir dentro de ella ciertos requisitos tanto de forma como de fondo.

Dentro de los requisitos de fondo encontramos el preámbulo, que incluye la fecha y los vistos para resolver; los resultandos, donde el juez analiza y hace un resumen de todo el procedimiento; los considerandos, donde el juez expresa lo que le convenció en torno de cada hecho y pretensión planteados, y los puntos resolutivos donde determina a que parte le asiste la razón.

Los requisitos de fondo con que debe contar son: la congruencia, pues toda sentencia debe ser acorde a las pretensiones y hechos planteados; la motivación, en virtud de que el veredicto debe sustentarse en razones válidas que tengan que ver con el análisis de los hechos y sus pruebas, y la exhaustividad, pues debe darse respuesta a cada punto en controversia.

La falta de cualquiera de los requisitos anteriores puede dar lugar a que la parte que no fuere favorecida ataque válidamente lo dictado por el juez en la sentencia, a través de los diversos medios de impugnación que para el caso concreto resulten aplicables.

9.3.6 Medios de impugnación

Los medios de impugnación consisten en actos procesales que pueden llevar a cabo cualquiera de las partes, con la intención de obtener un nuevo examen, total o parcial sobre determinadas controversias, en virtud de que el impugnador no considera que la resolución judicial se encuentre apegada a derecho.

Existen diversos recursos de impugnación dependiendo del objeto en controversia, tales como la apelación, la queja y la revocación.

9.3.6.1 Apelación

La apelación se interpone contra la resolución dictada por un juez de primera instancia para que un tribunal de grado superior la revoque o modifique (art. 1335, *CCom*).

El plazo para hacer uso de este recurso es de seis días cuando se trata de autos o sentencias interlocutorias y de nueve días contra sentencias definitivas (art. 1339, *CCom*), siempre y cuando las sentencias no hayan causado estado, recaigan sobre negocios que excedan del monto establecido en el artículo 1339 del *CCom* y de los cuales por su cuantía no hayan conocido jueces de Paz o de Cuantía Menor (art. 1340, *CCom*).

En el escrito de interposición deberán expresarse los agravios que se causen al apelante, entendiéndose por ellos a los daños o perjuicios que deriven por la resolución dictada.

El propio *CCom* prevé en su artículo 1337 quiénes pueden apelar una sentencia:

Art. 1337, *CCom*. "Pueden apelar de una sentencia:

- I. El litigante condenado en el fallo, si creyere haber recibido algún agravio.
- II. El vencedor que, aunque haya obtenido en el litigio, no ha conseguido la restitución de frutos, la indemnización de daños y perjuicios, o el pago de las costas.
- III. La parte que venció puede adherirse a la apelación interpuesta al notificársele la admisión de ésta, o dentro de los tres días siguientes a esa notificación. En este caso la adhesión al recurso sigue la suerte de éste.
- IV. El tercero con interés legítimo, siempre y cuando le perjudique la resolución."

La resolución del tribunal superior con respecto a los actos sometidos a su criterio puede darse en tres sentidos: confirmar, revocar o modificar lo impugnado.

9.3.6.2 Queja

El recurso de queja contra resoluciones del juez se interpondrá ante éste dentro de los tres días siguientes al acto reclamado, expresando los motivos de inconformidad.

Dentro del tercer día en que se tenga por interpuesto el recurso, el juez de los autos remitirá al superior informe con justificación y acompañará, en su caso, las constancias procesales respectivas. El superior, dentro del tercer día, decidirá lo que corresponda (art. 725, *CPCDF*).

Como ejemplos de la aplicación de este recurso tenemos cuando se desconoce de oficio la personalidad de un litigante antes del emplazamiento, se desecha la demanda, no se admite el recurso de apelación y en contra de las sentencias interlocutorias que se dicten para ejecutar la sentencia (arts. 47 y 723, *CPCDF*).

9.3.6.3 Revocación

Este recurso se interpone dentro de los tres días siguientes a que surta efectos la notificación de una resolución y se hará ante el mismo órgano del cual emana. Las resoluciones susceptibles de resolverse por este medio son los decretos y los autos no apelables (art. 1334, *CCom*).

Es destacable el hecho de que el recurso de revocación recibe este nombre cuando es contra una decisión tomada en primera instancia, en caso de que se haga en la segunda, recibe el nombre de reposición (art. 1335, *CCom*).

9.3.7 Ejecución de sentencia

En la sentencia debe decidirse sobre los derechos controvertidos, y si hay lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago a la demandante (art. 1408, *CCom*). En este sentido se procederá a la venta de los bienes secuestrados, previo avalúo hecho por dos corredores o peritos y un tercero en caso de discordia, nombrados aquéllos por las partes y éste por el juez (art. 1410, *CCom*).

Presentado el avalúo y notificadas las partes para que ocurran al juzgado a imponerse de aquél, se anunciará en la forma legal la venta de los bienes, por tres veces, dentro de tres días si fuesen muebles y dentro de nueve si fuesen raíces, rematándose en seguida en pública almoneda y al mejor postor conforme a derecho (art. 1411, *CCom*).

No habiéndose presentado postor a los bienes, la parte actora podrá pedir la adjudicación de ellos por el precio que para subastarlos se les haya fijado en la última almoneda (art. 1412, *CCom*).

Cuando el monto líquido de la condena fuere superior al valor de los bienes embargados, previamente valuados en términos del artículo 1410, y del certificado de gravámenes no aparecieren otros acreedores, el ejecutante podrá optar por la adjudicación directa de los bienes que haya en su favor al valor fijado en el avalúo (art. 1412 Bis, *CCom*).

Tratándose del remate y adjudicación de inmuebles, el juez y el adjudicatario, sin más trámite, otorgarán la escritura pública correspondiente ante fedatario público (art. 1412 Bis 1, *CCom*).

CAPÍTULO X

PROPUESTAS EN TORNO A LA FIANZA DE EMPRESA

10.1 Propuestas de reformas a la *LFIF*

Las propuestas que se ofrecen en el presente apartado derivan de las reflexiones que a lo largo de la presente investigación se han expuesto sobre la indebida redacción de diversos preceptos legales relacionados con la materia y que dejan ya sea por falta del uso de una lexicología adecuada, por lagunas o por contradicción, a interpretación los mecanismos de operatividad de la fianza de empresa, mismas que se exponen de acuerdo con el orden de los artículos sujetos a observación y del proceso natural de la vida, exigencia y extinción de una fianza de empresa.

10.1.1 En relación con los datos que deben contener las pólizas de fianzas

Como previamente se ha analizado, a pesar de la importancia que tienen las pólizas de fianza, al ser los documentos base con los que se perfecciona el contrato de garantía y en donde se estipulan las condiciones para hacer efectivos los montos en ellas estipuladas, en la *LFIF* no se establecen ordenada e irrestrictamente los datos que estos documentos deben contener, por lo que en la práctica, tal omisión se ha subsanado con las políticas internas de las empresas afianzadoras, las cuales, emiten sus propios esquemas de pólizas generalmente con los siguientes datos:

- A) Denominación y domicilio de la institución afianzadora.
- B) Nombre del fiado.
- C) Nombre del beneficiario.
- D) Fecha de expedición de la fianza.
- E) Fecha de vigencia de la fianza.
- F) Descripción de la obligación garantizada.
- G) Monto o cantidad garantizada.
- H) Importe de la prima.
- I) Número de póliza.
- J) Indicaciones que administrativamente fije la SHCP y la CNSF.
- K) Firma del representante legal de la institución.

En consideración de lo anterior y sin la necesidad de ahondar más en los puntos referidos, por haber sido previamente analizados, se enfatiza la conveniencia de integrar en la *LFIF* los datos enlistados como un requisito legal a contemplarse en las pólizas, a efecto de contar con un esquema homogéneo en donde prepondere la seguridad de la información en el sistema afianzador mexicano a favor, tanto de los beneficiarios y solicitantes de las pólizas, como de las propias instituciones de fianzas.

10.1.2 En relación con los ramos y subramos de fianzas

Previamente ha sido analizado cómo en el artículo 5º de la *LFIF* se mencionan los distintos ramos y sus respectivos subramos de fianzas, como resultan ser el Ramo I de fianzas de fidelidad, con sus subramos de fianzas individuales y colectivas; el Ramo II de fianzas judiciales, con sus subramos de fianzas judiciales penales, judiciales no penales y judiciales que amparen a los conductores de vehículos automotores; el Ramo III de fianzas administrativas, con sus subramos de fianzas de obra, de proveeduría, fiscales y de arrendamiento; el Ramo IV de fianzas de crédito, con sus subramos de fianzas de suministro, de compraventa y financieras y el Ramo V de fideicomiso de garantía, con sus subramos de fideicomisos relacionados con pólizas de fianza y sin relación con pólizas de fianza.

No obstante y como será a continuación analizado, dicha clasificación resulta obsoleta e inadecuada en razón de las siguientes consideraciones:

En el caso del Ramo IV, es decir, tratándose de fianzas de crédito, su clasificación se encuentra superada y la forma de operar divergentemente regulada, en virtud de que paralelamente a la clasificación establecida en el artículo 5º de la *LFIF*, en donde se indica como subramos a las fianzas de suministro, fianzas de compraventa y fianzas financieras, se han emitido las denominadas *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito*, las cuales fueron publicadas en el *DOF* el 25 de mayo del 2000, y en las que se permiten garantizar las siguientes operaciones:

- Compra-venta.
- Distribución mercantil.
- Arrendamiento financiero.
- Factoraje financiero.
- Emisión de papel comercial.
- Créditos a importadores y exportadores.
- Créditos con garantía de certificados de depósito y bonos de prenda.
- Adquisición de activos fijos o bienes de consumo duradero.
- Apoyo a la micro y pequeña empresa.

Aunado a lo anterior, es de recordar que en dichas reglas especiales para las fianzas que garantizan operaciones de crédito, se precisan entre otras particularidades:

- Que las fianzas de crédito sólo pueden ser otorgadas a personas morales;
- Que debe de contratarse previamente un seguro de daños a favor de la institución de fianzas por todo el tiempo que dure la fianza con respecto a los bienes por los que se expida la fianza y un seguro de vida para el fiado con endoso preferente a la institución afianzadora cuando menos por el saldo insoluto del crédito garantizado con fianza.
- Que la vigencia de las fianzas siempre será determinada y no podrá operar en forma automática su renovación o prórroga.

- Que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el beneficiario debe suspender las operaciones objeto de la fianza, ya que en caso contrario, las nuevas operaciones no quedarán garantizadas salvo que la afianzadora otorgue por escrito su consentimiento, entre otras.

Lo anterior conlleva a reflexionar que en la *LFIF* no se contemplan la totalidad de los subramos de fianzas de crédito que pueden ser utilizados por los beneficiarios, así como que en las citadas reglas se establecen mayores requisitos a los indicados en ley, lo que podría provocar un conflicto de jerarquía de normas entre las reglas especiales y las dispuestas en la ley, y la problemática que conlleva para los usuarios de estos servicios financieros tener que acudir a diversos ordenamientos jurídicos para conocer los requisitos y modos de operar de este ramo de fianzas..

En consideración de lo anterior, se sugiere que con el fin de evitar un conflicto de jerarquía de normas y un adecuado orden de normas, que el contenido de las reglas especiales para las fianzas de crédito se encuentre contemplado en la propia ley de la materia.

Por otro lado, en el artículo 5º de la *LFIF* se nombra al fideicomiso de garantía, como el Ramo de fianzas V, cuando en realidad resulta inadecuada tal clasificación, en virtud de que dicha figura jurídica es en sí un tipo de garantía distinto al de la fianza, el cual, como ha sido previamente analizado, guarda su propia forma de constitución, operación y extinción.

Con independencia de que el fideicomiso de garantía se encuentra divididamente regulado tanto en el *CCom* (arts. 1414 Bis a 1414 Bis 20), como en la *LGTOC* (arts. 395 a 407), en tanto que la fianza de empresa en la *LFIF* primordialmente, el fideicomiso de garantía consiste en un contrato por el que se transmiten por parte del fideicomitente, ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una o varias obligaciones; mientras que la fianza de empresa es un contrato perfeccionado formalmente a través de una póliza, por el cual la institución de fianzas se constituye fiadora a efecto de pagar con su propio patrimonio, en caso de incumplimiento de la obligación de su fiado.

Es de destacar que de acuerdo a la *LFIF*, la fianza de empresa guarda sus propias causas de extinción y, por tanto, sólo compartirá algunas de ellas con el fideicomiso de garantía, como lógicamente resulta la derivada del cumplimiento de la obligación garantizada, mas no en la aplicación de las figuras de la caducidad o de la prescripción reguladas en el artículo 120 de la citada ley, o bien, en la prórroga o espera a que alude el artículo 119 del mismo ordenamiento, por citar algunos ejemplos.

Tras las indicadas precisiones y a efecto de hacer uso de una adecuada terminología jurídica, resulta conveniente que al hacerse alusión en la *LFIF* a la figura del fideicomiso de garantía relacionado con pólizas de fianza, es decir, como un tipo de garantía de recuperación a favor de las instituciones de fianza como fideicomisarias; o bien, al fideicomiso de garantía sin relación con pólizas de fianzas, como otra actividad que se encuentran facultadas de efectuar las instituciones de fianza, por precisión jurídica tales supuestos debieran únicamente estar desarrollados en el artículo 16, fracción XV, de la *LFIF*, o en algún otro artículo relacionado para estos efectos, y suprimirse del artículo 5º de la *LFIF*, la indebida expresión de que el fideicomiso de garantía constituye el Ramo V de fianzas, pues como resulta ser y se reitera el fideicomiso de garantía no es una fianza.

Tratándose de fianzas administrativas, es de reflexionar que su clasificación carece de practicidad, pues tras la emisión de los diversos criterios jurisprudenciales antes citados en torno de las figuras de la caducidad y de la prescripción, se desprende que los diversos subramos de este ramo de fianzas, a decir, el subramo de fianzas fiscales, el subramo de fianzas de obra, el subramo de fianzas de proveeduría y el subramo de fianzas de arrendamiento, no guardan relación entre sí, pues en tanto que las primeras se sujetan para su exigibilidad a lo establecido en el *CFF*, las de obra, proveeduría y arrendamiento dependiendo del beneficiario, a un procedimiento de reclamación, o bien, de requerimiento de pago, con plazos, mecanismos de exigibilidad y autoridades que conocerían de la controversia distintos.

En consideración de lo anterior y tras confirmarse la falta de una adecuada regulación en torno de los ramos y subramos de fianzas, se concluye que los denominados “subramos” de fianza se encuentran dispersos en otros ordenamientos relacionados, superados en cuanto a su aplicación y poco prácticos para haber sido así clasificados, por lo que sumando la mala integración de la figura del fideicomiso de garantía como otro ramo de fianza, se sugiere sintetizar el artículo 5º de la *LFIF* y únicamente mencionar los primeros cuatro ramos de fianza para quedar su texto de la siguiente manera:

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

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

- I.- Fianzas de fidelidad.
- II.- Fianzas judiciales.
- III.- Fianzas administrativas.
- IV.- Fianzas de crédito”

Lo anterior, con independencia de que se establezca en la *LFIF*, o bien, en una ley que regule al contrato de fianza como será posteriormente propuesto, un capítulo especial por cada ramo de fianza en donde se desarrollen de manera específica los mecanismos de constitución, operación, efectividad y extinción de cada subramo en particular.

Por lo anterior, es de reflexionar que si bien se han efectuado múltiples modificaciones entre reformas y derogaciones a diversos artículos de la ley en comento, lo cierto es que tales cambios no han sido afortunados para corregir las diversas lagunas y contradicciones entabladas, lo que asimismo queda reafirmado con las siguientes consideraciones de propuestas de reforma.

10.1.3 En relación con la figura de la sustitución prevista en el artículo 121 de la *LFIF*

Previamente fue analizada la figura de la sustitución con efectos subrogatorios, como otra forma en la que puede extinguirse la fianza y cuya nobleza estriba en que, por un lado, se da cumplimiento a la obligación garantizada a favor del acreedor (beneficiario de la fianza) y, por la otra, la afianzadora se subroga en los derechos del fiado; todo ello sin la necesidad de que se resuelva una controversia ante autoridades jurisdiccionales.

No obstante, al encontrarse la sustitución escasamente regulada, en la práctica resulta ser una figura poco aprovechada, pues en la ley no se establece el plazo y las condiciones para que las partes acuerden la posible sustitución, y los mecanismos para que las instituciones de fianzas garanticen su cumplimiento.

Al respecto, es de precisar que el único artículo que hace referencia a la figura de la sustitución, es el artículo 121 de la *LFIF*, en el cual se establece:

Art. 121, *LFIF*. “Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso...”

De lo transcrito se desprende que por sustitución debe entenderse una forma de extinción de obligaciones efectuada por un tercero, en este caso la institución de fianzas, a efecto de que ésta cuente con la opción de cumplir la obligación de dar o de hacer por sí o constituyendo fideicomiso.

Carlos Alberto Villegas¹¹⁴ expone: “El pago con subrogación es el que realiza un tercero y en virtud del cual se sustituye al acreedor, en la realización de éste con el deudor. El pagador sustituye así al acreedor y lo reemplaza en todos sus derechos frente al deudor. De este modo, el pagador recibe también los beneficios y preferencias que tenía el crédito en el que se sustituye, obteniendo los privilegios, preferencias y garantías anexas a aquél”.

En otras palabras y para el caso en concreto, la sustitución conlleva a que si la institución de fianzas cumple la obligación de dar o de hacer incumplida por el fiado, ésta se subrogará en todos sus derechos.

En consideración de lo anterior y a efecto de enriquecer la regulación de esta importante figura jurídica, se propone que sea modificado el artículo 121 de la *LFIF* a efecto de que quede con la siguiente redacción:

Art. 121, *LFIF*. “Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán substituir al deudor principal en el cumplimiento de la obligación por sí o constituyendo fideicomiso.

Las condiciones para el cumplimiento de la obligación sustituta las podrá proponer la afianzadora al beneficiario y con conocimiento del fiado, dentro del plazo de quince días en que se hubiese integrado la reclamación, o bien, el requerimiento de pago, a efecto de que éste manifieste dentro de los

¹¹⁴ Villegas, Carlos Gilberto, *Las garantías de crédito*, T. I, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, p. 430.

siguientes quince días de recibida la propuesta su aceptación o negación y en este último caso las causas justificadas de la negativa.

En el caso de que la institución de fianzas no reciba respuesta dentro del plazo antes indicado, se presumirá que el beneficiario acepta la propuesta.

El tiempo para el cumplimiento de la obligación sustituta será acordado por las partes dependiendo de la naturaleza de la misma, sin que en ningún caso exceda de seis meses contados a partir de su aceptación.

Una vez fenecido el plazo referido y sin que la obligación sustituta haya sido cumplida, el beneficiario tendrá derecho de demandar las penas convencionales acordadas por la falta de entrega oportuna, o bien, los intereses moratorios que se hubieren generado contados desde el momento de haberse presentado la reclamación u requerimiento de pago.”

Aunado a lo anterior, es de precisar que en el artículo 122 de la *LFIF* se indica:

Art. 122, *LFIF*. “El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianzas, es impedido o le resulta imposible la subrogación.”

De lo anterior se desprende que el texto propuesto resulta acorde con el transcrito, en virtud de que si la afianzadora obra con buena fe haciendo una propuesta coherente al beneficiario para el cumplimiento de la obligación y éste de manera injustificada se niega a aceptarla, resulta adecuado que se libere a la afianzadora de sus obligaciones como garante.

Por otro lado es de reflexionar que tampoco en importantes y tan socorridas disposiciones como lo son la *LOPSRM* y la *LAASSP* ni en sus respectivos reglamentos se localizan los mecanismos que permitan operar a la figura de la sustitución con efectos subrogatorios, la cual aplicada en las fianzas emitidas a favor de organismos de la administración pública para garantizar, entre otros, contratos de obra, arrendamiento, proveeduría y otros servicios administrativos, permitiría una mayor agilidad y seriedad en el cumplimiento de las obligaciones garantizadas, resultando conveniente que dichas consideraciones sean tomadas en cuenta para modificar lo necesario de los ordenamientos en comento.

Por lo anterior y con independencia de que en las disposiciones antes señaladas se lleven a cabo las modificaciones pertinentes para que la figura de la sustitución tome auge y sea debidamente aprovechada, resultará necesario, cuando ello sea conveniente, que las instituciones de fianzas realicen propuestas coherentes y atractivas para los beneficiarios, quienes podrían entender que resulta más provechoso que el cumplimiento de la obligación se realice en un plazo determinado y prudente, a pesar de exceder del plazo indicado en el contrato principal o documento base, a que se sometan sus exigencias de pago a procedimientos jurisdiccionales cuyo resultado resulte incierto.

10.1.4 En relación con los datos y documentos que deben presentarse en las reclamaciones o requerimientos de pago

Es importante destacar que el legislador omitió especificar en la *LFIF* los datos que debieran formar parte de los escritos de reclamación, por lo que a través de la *Circular F-10.1.4*, la cual fue publicada en el *DOF* el 30 de enero de 2007, se determinó que las instituciones de fianzas deben verificar que dichos escritos sean originales, firmadas por los beneficiarios de las pólizas y que contengan como mínimo los siguientes datos, con objeto de que las instituciones de fianzas cuenten con elementos para la determinación de su procedencia (total o parcial) o improcedencia:

- A) Fecha de la reclamación.
- B) Número de póliza de fianza relacionado con la reclamación recibida.
- C) Fecha de expedición de la fianza.
- D) Monto de la fianza.
- E) Nombre o denominación del fiado.
- F) Nombre o denominación del beneficiario y , en su caso, el de su representante legal debidamente acreditado.
- G) Domicilio del beneficiario para oír y recibir notificaciones.
- H) Descripción de la obligación garantizada.
- I) Referencia del contrato fuente (fechas, número de contrato, etc.).
- J) Descripción del incumplimiento de la obligación garantizada que motiva la presentación de la Reclamación, acompañando la documentación que sirva como soporte para comprobar lo declarado.
- K) Importe originalmente reclamado como suerte principal, que nunca podrá ser superior al monto de la fianza.

Por lo anterior y en consideración de su importancia, resulta necesario que se hagan exigibles tales requisitos en la *LFIF* tanto para las reclamaciones, como convenientemente para los requerimiento de pago, a efecto de homologar los procedimientos y prevenir solicitudes de aclaración, impugnaciones por la falta de exhibición de la información en comento dentro de los plazos a que tienen derecho para ello los distintos beneficiarios, así como para no ir más allá de lo establecido en la ley de la materia.

Ahora bien, tomando en cuenta que el artículo 92 de la *LFIF* se encuentra actualmente derogado y que es el primero establecido en el Capítulo IV intitulado: "Procedimientos especiales", en cual se incluyen tanto los procedimientos de reclamación (art. 93) como a los de requerimiento de pago (art. 95), resulta conveniente que en el mismo se enumeren los datos que deben de integrarse para hacer efectivas las fianzas y, con ello, se evite la ambigüedad o complejidad que resulta para los beneficiarios saber con exactitud los datos que deben de presentar en sus reclamaciones u requerimientos de pago ante las instituciones de fianzas, al encontrarse tales requisitos establecidos en un ordenamiento distinto al de la ley.

Con las propuestas indicadas se cubriría por un lado la deficiencia de regulación en cuanto a que no se establecen en la ley de la materia los requisitos para que todos los beneficiarios presenten sus requerimientos o reclamaciones de pago, y por el otro, se aprovecharía de manera afortunada el espacio de un artículo que se encuentra derogado.

10.1.5 En relación con las figuras de la caducidad y de la prescripción

Previamente fue analizado como desde que fue expedida la actual *LFIF* y hasta antes de la reforma que le fue efectuada en el año de 1993 sobre el artículo 120, el ejercicio de requerir por parte del beneficiario estaba sujeto a la figura de la prescripción, misma que se configuraba a los tres años contados a partir del incumplimiento del fiado; sin embargo, al existir una laguna respecto del tiempo con que contaba el beneficiario para continuar sus trámites de exigencia de pago ante la posterior presentación del requerimiento, se redujo el plazo de tres años de prescripción, al de ciento ochenta días naturales y con ciertas variantes de caducidad, además se estableció otro plazo de prescripción de máximo tres años con que se intentó cubrir tal laguna.

No obstante, derivado de una carencia técnica legislativa con que fue redactado el citado artículo al regularse dos figuras jurídicas completamente diferentes como son la caducidad y la prescripción dentro de un mismo artículo, así como conceptos difusos y algunos otros contradictorios, los tribunales federales han establecido diversas interpretaciones del momento en que dichas figuras se configuran, por lo que, como ha sido previamente analizado, a partir de 1996, tras diversos criterios jurisprudenciales resueltos por contradicción de tesis, la SCJN determinó la inaplicabilidad de la figura de caducidad a ciertos beneficiarios cuando actúan en su carácter de autoridades, al ser las únicas que puede interponer requerimientos de pago, mientras que para otros que se encuentran sometidos a interponer reclamaciones, les resulta uno de los principales medios por el cual no logran cobrar los montos garantizados a su favor, violándose con ello el principio constitucional de igualdad entre las partes.

El principio de igualdad procura la vigencia de un orden económico y social justo, de tal manera que se aprecian en nuestra Constitución diferentes facetas de igualdad, ya sea en un ámbito general o específico. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 1º constitucional contiene una afirmación general del principio de igualdad; el artículo 3º establece la prohibición de discriminar por varios motivos expresamente enumerados que impliquen un menoscabo para la dignidad humana o para los derechos y libertades de las personas; los artículos 13, 14 y 17 garantizan de varios modos la igualdad de las personas sujetas a un proceso jurisdiccional; la fracción IV del artículo 31 impone a los mexicanos la obligación de contribuir para los gastos públicos de manera proporcional y equitativa; mientras que en el ámbito empresarial, en el artículo 25 se prevé que el trato que tenga el Estado frente al sector público y privado debe integrar el impulso y fomento de una justa distribución de la riqueza, bajo sujeción en todo momento del principio de igualdad.

De acuerdo con la tesis titulada **IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO**,¹¹⁵ el derecho a la igualdad no pretende que se genere una igualdad ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la vida, sino a una igualdad de trato ante la ley sujeta a razonamientos prácticos y justificables, tal como se transcribe a continuación:

“El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley. Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador.

¹¹⁵ 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su Gaceta; XXII, noviembre del 2005; p. 40; [T.A.]; Registro No. 176705.

Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "términos de comparación", los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad. Así, la determinación del punto desde el cual se establece cuándo una diferencia es relevante será libre mas no arbitraria, y sólo a partir de ella tendrá sentido cualquier juicio de igualdad."

En consideración del criterio transcrito se dilucida que si bien surgen situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios objetivos que así lo justifiquen, por tanto, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso deberá justificarse plenamente la pretensión de establecer un trato diferente, de tal maneja que con el fin de salvaguardar esta garantía constitucional, la norma que rige la distinción en el tratamiento debe ser fundada y motivada, precisándose las consideraciones por las que su autor efectúa la diferenciación, siendo ésta la manera a través de la cual se ejerce el control de constitucionalidad de las actuaciones de la autoridad.

En razón de que no toda desigualdad de trato supone una violación al principio de igualdad, siempre y cuando ello se base en razones objetivas, la Primera Sala de la SCJN emitió la jurisprudencia intitulada **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL**,¹¹⁶ mediante la cual determinó que la igualdad de trato queda violada cuando la desigualdad queda sin justificación objetiva y razonable, tal como se transcribe a continuación:

"La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador

¹¹⁶ 9a. Época; 1a. Sala; SJF y su Gaceta; XXIV, septiembre del 2006; p. 75; [J]; Registro No. 174247.

debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.”

Con base en los citados criterios se corrobora que ni el legislador al realizar la reforma sobre del artículo 120 de la *LFIF* en el año de 1993 ni la SCJN al interpretar dicho artículo manifestaron las causas que justifiquen el criterio diferenciador de la no aplicabilidad de la figura de la caducidad a las autoridades cuando trámiten sus requerimientos de pago, en comparación del procedimiento de reclamación al que se encuentran sujetos los beneficiarios particulares, a pesar de que la autoridad a lado del particular no es frente a la compañía afianzadora, sino otro beneficiario más de las pólizas de fianza.

No obstante, los beneficiarios en su carácter de particulares se encuentran sujetos a la interpretación que se pueda dar en torno a los plazos establecidos en el artículo 120 de la ley, lo que por otro lado resulta una trasgresión al principio de seguridad jurídica en su perjuicio.

La garantía de seguridad jurídica se manifiesta como la posibilidad de que los gobernados tengan certeza de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares previamente establecidos, tal como se desprende de los artículos 14, 16 y 17 constitucionales, con el fin de prevenir los posibles conflictos que puedan darse, mediante los cuales el solicitante sepa exactamente cuándo y ante quién debe ejercer su derecho, los requisitos que debe reunir para hacerlo y los plazos para ofrecer y desahogar sus pruebas; mientras que la contraparte sabrá cuándo y cómo contestar la demanda, así como cuándo y cómo desahogar sus pruebas.

En el año 2005, el pleno de la Corte emitió la jurisprudencia titulada: **“COMPETENCIA ECONÓMICA. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PREVÉ LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA COMO MEDIDA DE APREMIO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA”**¹¹⁷, en la que se determinó: “El principio de seguridad jurídica consignado en los artículos 14 y 16 constitucionales, se respeta por las autoridades legislativas cuando las disposiciones de observancia general que crean, generan por una parte, certidumbre a los gobernados sobre las consecuencias jurídicas de su conducta y, por otra, tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, acotan en la medida necesaria y razonable tal atribución, en forma tal que se impida a la respectiva autoridad actuar de manera arbitraria o caprichosa.”

Ahora bien, bajo el criterio antes referido será analizado el artículo 120 de la *LFIF*, con el fin de dilucidar la existencia o no de la violación al principio de seguridad jurídica.

¹¹⁷ 9a. Época; Pleno; SJF y su Gaceta; XXII, julio del 2005; p. 5; [J]; Registro No. 178031.

En el párrafo primero del artículo en cita se establece que la presentación del escrito de reclamación interrumpe la caducidad:

Art. 120, *LFIF*. “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 **(1)** dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, **(2)** dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza...”

De lo transcrito resulta evidente la ambigüedad en que el legislador se manifestó al hablar de fianzas “por tiempo determinado”, donde, contrariamente a establecer un momento preciso en que se configure la caducidad, establece dos hipótesis sobre el plazo límite en que un escrito de reclamación puede ser presentado sin aclarar cuál resulta excluyente del otro, esto es **(1)** “dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, **(2)** dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza”, por lo que en la práctica queda a criterio, primeramente de la compañía de fianzas al recibir el escrito de reclamación, o bien, posteriormente del juzgador al recibir la demanda, cuál de los dos supuestos prevalece sobre el otro.

En el segundo párrafo del artículo en comento, se regulan “las fianzas por tiempo indeterminado”, donde el legislador quiso referir que cuando en las pólizas no se establezca un plazo para que se hagan exigibles, se atenderá a lo establecido en la ley:

Art. 120, pf. 2º, *LFIF*. “...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 siguiente a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado...”

Continúa indicándose en el tercer párrafo, la hipótesis para que se configure la prescripción:

Art. 120, pf. 3º, *LFIF*. “...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 quedará 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 cual resulte menor...”

En este contexto, si consideramos que el legislador llevo a cabo la necesaria reforma al artículo 120 de la *LFIF* en el año de 1993, a efecto de que una vez que se tenga por presentado el escrito de reclamación, el cual ahora se encuentra sujeto a la figura de caducidad, se regulara un plazo para que el beneficiario pudiera hacer efectivo el cobro garantizado, regulado en este párrafo como de prescripción, se localiza que contrariamente en los artículos 93 fr. IV y 120 de la *LFIF* en su último párrafo se establece otro acto procesal que fenece por prescripción.

Art. 93, fr. IV, *LFIF*. “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.”

Art. 120, pf. 4º, *LFIF*. “Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.”

Como se desprende de estas transcripciones, se entiende que la presentación de la reclamación interrumpe la prescripción cuando del análisis de las fracciones precedentes y diversos criterios jurisprudenciales se desprende que la figura de la caducidad es la que limita el momento para la presentación del escrito de reclamación, lo que permite suponer que el legislador confundió los términos de caducidad con el de prescripción o se quedó con la idea de seguir regulando a la prescripción tal como se hacía antes de la reforma de 1993, en donde la presentación de los escritos de requerimiento efectivamente se encontraban sujetos a esa figura.

Aunado a lo anterior, es de destacar que en el artículo 65 de la *LPDUSF* se establece: “Las reclamaciones deberán presentarse dentro del término de dos años contados a partir de que se presente el hecho que les dio origen, o en su caso, a partir de la negativa de la Institución Financiera a satisfacer las pretensiones del Usuario.”

Por lo referido, no solamente se desprende lo discordante que se encuentran regulados los párrafos tercero con respecto al cuarto del artículo 120 de la *LFIF* y la laguna en relación con las fianzas que garantizan obligaciones divisibles, sino también las contradicciones con otras leyes relacionadas con la materia, pues mientras que en el artículo 93 de la *LFIF* se establece que el beneficiario primeramente deberá presentar su reclamación directamente ante la institución de fianzas y si ésta no le da contestación dentro del término legal o si existe inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, es entonces cuando el beneficiario podrá solicitar la intervención de la CNSF (hoy CONDUSEF) o de los tribunales competentes, pero no antes como se da a entender en la *LPDUSF*.

En relación con el artículo 120 de la *LFIF* se observa que mientras que en la *LPDUSF* se establece un plazo de dos años para presentar la reclamación ante la CONDUSEF contados a partir de la negativa de la institución de fianzas a satisfacer las pretensiones del usuario, contradictoriamente en el párrafo tercero del artículo 120 de la *LFIF* se estipula un plazo de prescripción de tres años, o si resulta menor, el plazo en que la obligación garantizada se tenga por prescrita.

De lo citado se corrobora la existencia de disposiciones contradictorias que vulneran el principio de seguridad jurídica en perjuicio de los beneficiarios en su carácter de particulares, lo que queda aunado al menoscabo que tienen las instituciones de fianzas al no encontrarse claramente establecido el plazo con el que cuentan los beneficiarios en su carácter de autoridad para efectuar sus requerimientos de pagos.

Cabe precisar que en ninguno de los párrafos del artículo 120 de la *LFIF* u en cualquier otro artículo de la misma disposición se aclara en qué momento se hace exigible una fianza que se expide para garantizar obligaciones divisibles en el caso de que no lo hayan acordado las partes, lo que ha traído consigo otros problemas de interpretación sobre el momento límite para que el beneficiario presente su reclamación, quedando a discreción considerar que el plazo de caducidad empieza a correr desde el primer incumplimiento del fiado, o bien, una vez que ha expirado la vigencia de la póliza de fianza.

En razón de que la aplicación de una ley que se encuentra redactada de manera adecuada conlleva al equilibrio de

una sana relación entre las partes contratantes, así como a una adecuada impartición de justicia, es necesario que se regule el tiempo en que todos los beneficiarios de las pólizas de fianzas pueden presentar sus requerimientos y reclamaciones de pago antes de que se configure la figura jurídica de la caducidad, ya que lo razonablemente correcto es considerar que ninguna obligación quedara sometida de manera perpetua y en perjuicio del deudor hasta que el acreedor decidiera exigir su pago.

Por otro lado, no bastaría que se anexara al artículo 120 de la *LFIF* la expresión de que tanto el requerimiento como la reclamación de pago se encontrarán sujetas a la figura de caducidad, pues además implica que se deberá corregir la redacción en conjunto con las disposiciones conexas como resultan ser el *CFF*, aplicable tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales, y la *LPDUSF*, ya que de lo contrario se seguirá en una inseguridad jurídica del plazo límite en que el beneficiario particular pudiese presentar su reclamación o el beneficiario autoridad su requerimiento, por lo que en consideración a los razonamientos antes expuestos y con independencia de que el que escribe perciba como inadecuada la distinción realizada por los altos tribunales de la nación entre las palabras “requerimiento” y “reclamación”, se propone que el artículo 120 de la *LFIF* sea modificado para quedar en los siguientes términos:

Art. 120, *LFIF*. “El beneficiario de la fianza deberá presentar su reclamación u requerimiento de pago dentro del plazo pactado en la póliza. En caso de que no se haya estipulado en la póliza el plazo para ello, el beneficiario deberá hacerlo dentro de los 180 días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado, pues de lo contrario la compañía afianzadora quedará liberada de cualquier obligación por caducidad.

Tratándose de fianzas en las que se garanticen obligaciones divisibles, éstas deberán hacerse exigibles de manera proporcional al incumplimiento, a partir de que fenezca el plazo contractual de la última entrega, salvo convenio en contrario.

Una vez que se tenga por integrada la reclamación u requerimiento de pago, éstas prescribirán si transcurre el plazo de 2 años para ejercitar sus derechos ante la Comisión Nacional para la Defensa y Protección al Usuario de Servicios Financieros, o bien, ante los tribunales competentes.”

En consideración de lo anterior se dilucidaría claramente el plazo que tiene algún beneficiario para hacer su exigencia de pago o cumplimiento de obligación, es decir, si no se pacto expresamente en la póliza, el de ciento ochenta días naturales para ello y antes de que el derecho caduque, en tanto que resultará aplicable la figura de la prescripción a partir de que se tenga por integrada la reclamación (art. 93, *LFIF*), o bien, el requerimiento de pago (art. 95, *LFIF*), cuando el beneficiario no haya iniciado o continuado con los trámites procesales respectivos en un plazo de dos años ante las autoridades competentes para ello.

Asimismo y a efecto de que no se vulnere la naturaleza mercantil de la fianza de empresa con respecto a las fianzas que sirven para garantizar créditos fiscales a cargo de terceros, en el artículo 132 del *CFF* debiera estipularse que las autoridades fiscales se encontraran sometidas a los plazos de prescripción y de caducidad regulados en el artículo 120 de la *LFIF*.

Por último, también debieran establecerse plazos acordes entre los regulados en la *LFIF* y la *LPDUSF*, simplificándose como es sugerido, un solo plazo de prescripción de dos años.

10.1.6 En relación con las fianzas exigibles en vía incidental

En la *LFIF* se permite a los beneficiarios de fianzas que son otorgadas ante autoridades judiciales, salvo aquellas que sean exhibidas ante autoridades judiciales del orden penal, que reclamen los montos en ellas garantizados directamente y en vía incidental, ante el órgano jurisdiccional en que fueron exhibidas, en los términos del *CFPC*, tal como se transcribe a continuación:

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

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

No obstante, en el *CFPC*, o bien, en el propio artículo 94 Bis de la *LFIF*, se omitió establecer el plazo límite en que el beneficiario pueda reclamar su fianza por esta vía.

Por otro lado, es de precisar que dada su concurrencia y cubriendo la laguna en comento para el caso en particular, en el artículo 129 de la Ley de Amparo se estableció el plazo límite en que el beneficiario pueda iniciar su incidente de pago derivado de la suspensión de los actos reclamados dentro de un juicio de amparo, tal como se transcribe a continuación:

Art. 129, *LA*. “Cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad proveniente de las garantías y contragarantías que se otorguen con motivo de la suspensión, se tramitará ante la autoridad que conozca de ella un incidente, en los términos prevenidos por el Código Federal de Procedimientos Civiles. Este incidente deberá promoverse dentro de los seis meses siguientes al día en que se notifique a las partes la ejecutoria de amparo; en la inteligencia de que, de no presentarse la reclamación dentro de ese término, se procederá a la devolución o cancelación, en su caso, de la garantía o contragarantía, sin perjuicio de que pueda exigirse dicha responsabilidad ante las autoridades del orden común.”

De lo citado se colige que si bien fue cubierta la laguna en que aplica el plazo límite para hacer efectivas las garantías relacionadas en juicios de amparo, dicha situación no se contempla para los demás supuestos en que se pudiera requerirse una fianza o cualquier otra forma de garantía dentro de un proceso jurisdiccional, como a manera de ejemplo pudiera ocurrir en materia civil y mercantil con las fianzas que sirven para garantizar el secuestro de bienes, el arraigo de personas o las gestiones judiciales; o bien, en materia familiar, las que sirvan para garantizar la correcta administración de los bienes o derechos de los representados de los tutores, albaceas o interventores.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

Ahora bien, tomando en consideración lo estipulado en los artículos 129 de la Ley de Amparo y 120 de la *LFIF*, así como lo práctico que resultaría que el beneficiario pudiese hacer efectiva su fianza dentro del propio procedimiento jurisdiccional en que fuere exhibida, se propone que se establezca en el propio artículo 94 Bis de la *LFIF*, un plazo para que el beneficiario de la fianza exhibida ante autoridad judicial (salvo la penal) pueda hacer valer su derecho de cobro en vía incidental, conforme a la siguiente redacción:

Art. 94 Bis, *LFIF*. "Las fianzas que se otorguen ante autoridades judiciales, que no sean del orden penal, se harán efectivas a elección de los acreedores de la obligación principal, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 94 de 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 dentro de los ciento ochenta días naturales en que haya sido dictado el auto mediante el cual se ponga a su disposición la garantía respectiva, y antes de que caduque su derecho, 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, situación en la cual al escrito incidental se acompañarán los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza."

De lo anterior se destaca que una vez transcurrido el plazo de ciento ochenta días naturales sin que el beneficiario haya hecho efectiva la garantía en vía incidental, su derecho habrá caducado, tal como análogamente ocurre con el plazo de ciento ochenta días naturales estipulado como regla general en el artículo 120 de la *LFIF*.

Lo anterior, bajo la certidumbre de que si dentro del respectivo proceso jurisdiccional el beneficiario tenía conocimiento del asunto, resultaría por demás innecesario que se reservarán sus derechos para que los haga valer con posterioridad en la vía especial de fianzas, cuando por el simple transcurso del tiempo propuesto sería demostrada su falta de interés para ello.

Por último y tal como se desprende de la redacción sugerida, sería recomendable que se omita la alusión del artículo 93 Bis a que hace referencia el primer párrafo del artículo 94 de la *LFIF*, en virtud de que dicho precepto ha sido derogado.

10.2 Propuesta de regular la fianza a primer requerimiento

Como previamente ha sido mencionado, en el año de 1964 la Cámara de Comercio Internacional creó un grupo de trabajo cuyo objetivo consistió en redactar reglas que tomaran en cuenta los intereses de los fiados, beneficiarios, y de las afianzadoras o de los organismos que tengan la facultad de llevar a cabo las actividades de garantía que ellas realizan, sean bancos o aseguradoras con tales facultades en otros países, estableciendo los derechos de las partes y creando mecanismos para evitar las reclamaciones abusivas de los clientes, investigación que derivó en la creación de las *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías Contractuales*.

De manera concreta, se ha emitido una modalidad que ha sido aceptada y regulada por el derecho internacional, la cual es conocida como “garantía a primer requerimiento”, cuya operación estriba en que la persona que garantiza una obligación, en este caso la institución afianzadora, se compromete a pagar al beneficiario de manera inmediata al recibir la reclamación, bajo la entrega de la documentación con la que se manifieste el incumplimiento del deudor principal, mecanismo que trae la ventaja de una mayor celeridad de pago a favor del beneficiario, con la consecuente responsabilidad de la fiadora de analizar de manera más responsable a su fiado, así como las garantías de recuperación que le fueren ofrecidas, a efecto de poder resarcirse los gastos derivados del incumplimiento del fiado.

Lo anterior implica que en juicio y que a diferencia de las fianzas convencionales en las que el obligado a probar la exigencia de su pago sea el acreedor-beneficiario, tratándose de la fianza a primer requerimiento la carga de la prueba recaerá en la institución afianzadora, quien como interesada en abstenerse de pagar deberá demostrar que el obligado principal efectivamente cumplió su obligación.

Esta modalidad que denota una mayor seriedad en el cumplimiento de las obligaciones de los entes garantes, ha sido reconocida por la doctrina internacional y por instrumentos de derecho internacional sin embargo, a pesar de lo provechoso que podría resultar esta forma de garantía, la fianza a primer requerimiento escasamente opera en nuestro sistema jurídico, derivado principalmente de que no se encuentra regulada en los ordenamientos nacionales, a decir, específicamente en la *LFIF*.

Si bien la ley especial de la materia no prohíbe este tipo de fianzas en razón de que la voluntad de la partes prepondera en los contratos mercantiles, siempre y cuando no se afecten intereses de terceros, es recomendable que se adicione un artículo a la *LFIF* o convenientemente un apartado especial, en donde se indique que las empresas afianzadoras se encuentran facultadas de expedir fianzas exigibles a primer requerimiento, en qué casos pueden ser expedidas, los requisitos especiales para su emisión y los mecanismos de comprobación de la exigencia y de extinción de la obligación, dado las repercusiones de riesgo que ello conlleva a las afianzadoras.

Por otro lado, lo anterior permitiría ampliar el mercado de los servicios financieros que las instituciones de fianzas ofrecen a sus clientes, a quienes les resulta en diversas ocasiones común sentirse inseguros sobre el cobro de sus reclamaciones, al considerar los trámites que conlleva hacer efectiva la garantía de fianza convencional y quienes en sus posibilidades prefieren respaldar sus obligaciones mediante otros mecanismos de garantía.

10.3 Propuestas de crear una ley que regule el contrato de fianza

Desde el 24 de mayo de 1910, fecha en que se expidió la primera regulación en materia de fianzas de empresa, hasta la creación de la vigente ley de 1950, la *LFIF*, compuesta por ciento treinta artículos, ha sufrido alrededor de quinientas modificaciones, lo que ha conllevado a que tras la falta de una adecuada redacción en sus reformas, se encuentre sujeta a una gran diversidad de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, y a una severa crítica de su falta de orden estructural.

Como ha sido analizado, en dicho ordenamiento prevalecen normas administrativas referidas a la autorización, creación, operación y funcionamiento que las afianzadoras llevan a cabo bajo la supervisión de la SHCP, es decir, dicho ordenamiento se encuentra enfocado en regular a las instituciones de fianzas principalmente, dejando a la relación que se crea entre las instituciones de fianzas con los beneficiarios y los fiados, éste es al contrato de fianza, en un segundo plano. En otras palabras, la *LFIF* contiene dos tipos de normas: las referidas a la estructura orgánica, financiera y de operación de las instituciones de fianzas en una relación de supra-subordinación entre éstas y el Estado y que, por tanto, son consideradas de orden público, y aquellas referidas a los derechos y obligaciones que derivan del contrato de fianza en las relaciones entre el fiado, la fiadora y el beneficiario, estimadas de interés privado.

Si bien es cierto que las empresas afianzadoras requieren ser reguladas de manera especial en la *LFIF*, a través de una norma de orden público que regule su creación, funcionamiento, operación, inspección y vigilancia, con objeto de procurar las condiciones necesarias que les permitan proporcionar adecuadamente un servicio de afianzamiento de manera sistemática, profesional y a título oneroso a los usuarios de los servicios financieros que brindan, asimismo resulta conveniente la creación de una ley especial que regule al contrato de fianza de empresa, mediante el cual se cubran las diversas lagunas que han sido previamente analizadas.

En la propuesta de ley aludida sería conveniente que entre otros se precise en qué consiste el contrato de fianza; los documentos requeridos a los solicitantes de las fianzas para la expedición de la póliza, junto con aquellos datos necesarios para su expedición; los documentos que deben presentarse en las reclamaciones y requerimientos de pago; la adecuada regulación del fideicomiso de garantía y de la sustitución con efectos subrogatorios; la regulación de los ramos y sus respectivos subramos de fianzas en capítulos especiales en donde se desarrollen sus formas de operación en particular; las garantías de recuperación y sus requisitos; los procedimientos de reclamación y requerimiento de pago en los que se cubran las respectivas contradicciones sobre la aplicación de las figuras de la caducidad o de la prescripción; las causas específicas de extinción de la fianza dependiendo de su ramo, y todos aquellos demás elementos que se considerasen convenientes, con lo cual se daría mayor certidumbre jurídica tanto a las instituciones de fianzas, como a los fiados, beneficiarios y demás participantes de la relación contractual.

Es de reflexionar que lo ceñido encuentra sustento al considerar que si la figura del seguro con la cual suele ser confundida la fianza de empresa cuenta con su propia ley que la regula, es decir, la *LSCS*, mientras que la forma de operar de las instituciones y sociedades mutualistas de seguro se encuentra regulada separadamente en la *LGISMS*, porque no tras la apremiante necesidad de ello surge una nueva *Ley del Contrato de Fianza* que renueve esta noble figura y en donde se corrijan los múltiples errores que se desprenden de la ley vigente.

10.4 Propuesta de creación de tribunales especializados

La actividad comercial es vasta, lo que implica que los mecanismos para la búsqueda de la solución de las controversias que de ella se derivan pueda estar rebasando la capacidad de nuestros órganos jurisdiccionales, lo que se denota tras la reflexión de la generación de tan diversos y contradictorios criterios jurisprudenciales en torno del tema de estudio.

En consideración de lo anterior y con el fin de mejorar el sistema de impartición de justicia, surge la propuesta de la creación de tribunales especializados en la aplicación de leyes que regulen al sector financiero, previa selección y capacitación profesional del personal jurídico necesario.

Estos tribunales especializados tendrían competencia para resolver todas las controversias derivadas de las actividades financieras llevadas a cabo por las instituciones y agrupaciones financieras, como resultan ser las mencionadas por el artículo 7o de la *LPRAF*, entre las que se encuentran los almacenes generales de depósito, las casas de bolsa, las casas de cambio, las instituciones de fianzas, las instituciones de seguros, las instituciones de banca múltiple, las sociedades operadoras de sociedades de inversión, las distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, las administradoras de fondos para el retiro, las sociedades financieras de objeto múltiple o cualquier otra a que ésta o cualquier otra disposición financiera determinen, lo que se justifica en razón de que la pericia y especialización que se requiere es semejante.

Por lo anterior, es de considerar lo inadecuado que resulta que las controversias que surgen de las actividades que realizan estas instituciones financieras sean materia de conocimiento de los juzgados de orden común, incluyendo a los de cuantía menor, con la problemática de falta de especialidad de los mismos, quienes resuelven con base en reglas y normas generales, y en la mayoría de los casos con miras solamente a terminar el juicio y continuar con los asuntos que normalmente ocupan sus labores.

En el universo de asuntos que conocen los tribunales del fuero común, si bien esporádicamente llegan a tener contacto con estos asuntos, no se especializan en la materia ni harían un esfuerzo en comprenderlos en su integridad, por lo que al promover la práctica y el dominio constante de los temas se generaría la pericia suficiente para dictar resoluciones adecuadas en materia financiera.

Una vez manifestadas algunas de las propuestas que pudieran derivarse de la *LFIF* y ordenamientos conexos, serán expresadas las conclusiones de la presente investigación, con el fin de que el lector reconozca los elementos más trascendentes en relación al tema en estudio y le sirva de reflexión para considerar el destino e importancia de tan noble figura jurídica, como resulta ser la fianza de empresa.

Conclusiones

PRIMERA.- La fianza fue utilizada desde la aparición de las primeras civilizaciones del mundo, pero fue en Roma en que se le dio un carácter jurídico de contrato de garantía, el cual se perfeccionaba con el uso de ciertos rituales verbales.

SEGUNDA.- En México, los antecedentes de la fianza de empresa, derivan de que con fecha 3 de junio de 1895 fue publicado el decreto por el cual se fijaron las bases para otorgar concesiones a compañías afianzadoras que se interesaran por celebrar contratos onerosos de manera habitual, lo cual fue la base para que posteriormente con fecha 24 de mayo de 1910 se expidiera la primera ley que las regulara, denominada como *Ley sobre Compañías de fianzas*, siguiendo la *Ley sobre Compañías de fianzas* de 1925, la *Ley General de Instituciones de Fianzas* de 1942 y actualmente en vigor, la *LFIF*, la cual fue publicada en el *DOF*, el 29 de diciembre de 1950.

TERCERA.- En la vigente *LFIF* no se encuentra una definición del contrato de fianza de empresa, por lo que con el fin de cubrir dicha deficiencia, se propuso conceptuar al mismo como “aquel en virtud del cual, una institución de fianzas autorizada por la SHCP se compromete a título oneroso mediante el pago de una prima y previa evaluación y aceptación de garantías de recuperación, a cubrir al beneficiario, al incumplimiento del fiado, la obligación garantizada bajo las condiciones que en ella se indiquen”.

CUARTA.- La fianza de empresa es una garantía personal de naturaleza mercantil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º de la *LFIF*, en donde se indica: “Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias...”; en razón de que éstas son expedidas siempre de manera onerosa por empresas especializadas para ello, y toda vez que corresponde al Congreso de la Unión legislar en toda la República en materia de comercio, la ley que la regula es de aplicación federal (art. 73, fr. X, *CPEUM*).

QUINTA.- Son tres los elementos personales principales del contrato de fianza: por un lado, la empresa afianzadora, quien se compromete a cubrir el monto estipulado cuando se incumple la obligación garantizada; el fiado, quien es el deudor principal del contrato garantizado, y el beneficiario, a cuyo favor se expide la póliza y cual en un momento dado puede reclamar o requerir el monto garantizado en la póliza cuando se configure la hipótesis de incumplimiento de la obligación garantizada. No obstante, es de precisar que dependiendo del tipo de fianza, el contratante de la fianza puede serlo el propio fiado, el beneficiario, o bien, un tercero con interés en su celebración.

SEXTA.- La celebración del contrato de fianza se encuentra concatenado con dos periodos: el primero, el de la celebración del mal llamado contrato-solicitud considerado como un acto bilateral consensual, en virtud de que por un lado la afianzadora acuerda las condiciones a que se va a comprometer como garante y el monto de prima, y por el otro, el solicitante manifiesta las garantías de recuperación a favor de la afianzadora; en tanto que el segundo periodo se refleja en la expedición de la póliza de fianza, consistente en un acto unilateral formal, en virtud de ser únicamente expedido por la compañía de fianzas con las formalidades establecidas en la ley, y cuya importancia radica en ser el documento mediante el cual el beneficiario puede hacer efectiva la garantía.

SÉPTIMA.- Las disposiciones administrativas, sustantivas y procesales en torno de la fianza de empresa se localizan en distintos ordenamientos jurídicos como lo son principalmente la *LFIF* y los reglamentos, reglas, circulares y acuerdos que derivan de la misma; disposiciones supletorias como resultan ser el *CCom*, el *CCF* y el *CFF*, y otras conexas como resultan ser la *LPDUSF*, la *LOPSRM*, la *LAASSP*, entre otras, resultando por tanto diseminada su regulación, y en algunos casos contradictoria.

OCTAVA.- A pesar de su relación con diversas ramas del Derecho, la fianza de empresa no debe de ser confundida con otras formas de garantía, como resultan ser: la fianza civil, la prenda, la hipoteca, el fideicomiso de garantía, el crédito documentario *stand by*, el aval, entre otras, en virtud de que su forma de constitución, operación y extinción son propias.

NOVENA.- Los agentes de fianzas son las personas físicas o morales que pueden llevar a cabo la intermediación entre el cliente y la institución financiera para la contratación, administración y modificación de las fianzas.

DÉCIMA.- A efecto de brindar un adecuado servicio a los usuarios de estos servicios financieros de garantía tanto las instituciones de fianzas como sus agentes, se encuentran autorizados, supervisados, regulados y sancionados por la SHCP, la CNSF y la CONDUSEF, conforme a sus respectivas atribuciones.

DECIMAPRIMERA.- Existen diferentes procedimientos para hacer efectiva una fianza de empresa, dependiendo principalmente del tipo de beneficiario y de la obligación garantizada. Esto es, mediante un procedimiento de requerimiento, un procedimiento de reclamación, un procedimiento de demanda, en vía incidental, o bien, mediante procedimientos que hayan acordado las partes en vía convencional, o arbitral.

DECIMASEGUNDA.- Por su parte, las instituciones de fianzas cuentan con la vía ejecutiva mercantil sobre las garantías de recuperación para subsanarse de los montos erogados derivados del incumplimiento del fiado, el cual podrá ser ejercitado mediante el documento en el que se consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario; copia simple de la póliza de fianza; la certificación de la o las personas facultadas por el Consejo de Administración de Fianzas de que ésta pagó al beneficiario, y aunado a ello, el documento en el que conste el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 Bis de la *LFIF*.

DÉCIMA TERCERA.- Existen diferentes causas de extinción de la fianza de empresa, ya sea propias por derivar de la *LFIF*, como resultan ser: caducidad, prescripción, prórroga, espera, sustitución con efectos subrogatorios, proporcionalidad, devolución de la póliza, inobservancia de reglas generales o el incumplimiento del pago de la prima; o bien aquellas causas generales de extinción de las obligaciones derivadas en suplencia conforme a lo establecido en el *CCF*, como son: el cumplimiento de la obligación, la compensación, remisión de la deuda, quita, transacción, novación, cesión de deudas, simulación y confusión.

DÉCIMA CUARTA.- Con el fin de mejorar la operatividad del sistema afianzador mexicano y corregir las diversas lagunas y contradicciones localizadas en la ley, como primer propuesta general se sugirió la conveniencia de reforma la *LFIF*, con el objetivo de que en ella se dispongan: los datos que deben contener las pólizas de fianza; se corrija y actualice la relación de los ramos y subramos de fianzas establecidos en el artículo 5º de la ley; se regulen de manera adecuada las figuras como el fideicomiso de garantía o la sustitución con efectos subrogatorios; se cubra la laguna del plazo para hacer exigibles las fianzas en vía incidental; se indiquen los datos y documentos que deben

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

presentarse en las reclamaciones o requerimientos de pago, y se determine de manera coherente, equitativa y justa el plazo para hacer efectivas las pólizas al incumplimiento del fiado.

DÉCIMA QUINTA.- Como segunda propuesta general, se reflexionó sobre la importancia de regular la figura de la “fianza a primer requerimiento”, con el fin de brindar a los beneficiarios mayor seriedad y celeridad al pago de los montos garantizados en las pólizas de fianzas y, por otro lado, mayor exigencia en la revisión de las garantías de recuperación por parte de las instituciones de fianzas para su expedición.

DÉCIMA SEXTA.- La tercera propuesta se enfocó en la creación de una ley que regule al contrato de fianza, la cual podría denominarse como *Ley del Contrato de Fianza*, en la cual se norme de manera adecuada y cubriendo las diversas irregularidades localizadas en la vigente *LFIF*, al contrato de fianza y a sus diversos ramos y subramos de fianza, sus características especiales, requisitos de constitución y causas de extinción, entre otros aspectos.

DÉCIMA SÉPTIMA. Por último y dada la alta demanda de los asuntos a resolver por las autoridades jurisdiccionales, fue propuesto que sean creados tribunales que de manera especializada se encarguen de resolver controversias en la materia de derecho financiero, en los cuales sería resueltos, entre otros, los asuntos relacionados con los servicios que brindan las instituciones de fianzas.

FUENTES DE CONSULTA

Obras

1. Acosta Romero, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo, Parte General*, Porrúa, México, 1996.
2. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
3. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª ed., Harla, México, 1984.
4. Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, Tomo II, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1985.
5. Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 18ª ed., Porrúa, México, 2001.
6. Bucio Estrada, Rodolfo, *La Ejecución de Sentencias Civiles en México*, Porrúa, México, 2004.
7. Bustamante Morales, Miguel Á., *Los créditos documentarios en el comercio internacional*, Trillas, México, 1998
8. Castrillón y Luna, Víctor Manuel. *Contratos Mercantiles*, Porrúa, México, 2003.
9. Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de Crédito*, 16ª ed., Porrúa, México, 2005.
10. Concha Malo, Ramón, *La Fianza en México*, Futura Editores, México, 1998.
11. Dávalos Mejía, Carlos Felipe. *Títulos y Operaciones de Crédito. Análisis teórico práctico de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y temas afines*. México, Oxford, 3ª ed, 2001.
12. De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, 4ª ed., Tomo II, Porrúa, México, 2002.
13. Díaz Bravo, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 9ª, ed., IURE editores, México, 2008.
14. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Porrúa, México, 1996.
15. Estrada Alonso, Eduardo, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000.
16. Estrada Padrés, Rafael, *Sumario Teórico Práctico de Derecho Procesal Mercantil*, 4ª ed., Porrúa, México, 1996.
17. Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 25a ed., Esfinge, México, 2000.
18. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1994.
19. García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª ed., Porrúa, México, 2002.
20. González Alcocer, Aurelio, *Arbitraje y seguro*, en Ponencias II Congreso Nacional de Derecho de Seguros y Fianzas, Guanajuato, Gto., noviembre, 5,6, y 7 de 1998.
21. Gutierrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 14ª ed., Porrúa, México, 2002.
22. ----- *El Patrimonio*, 7ª ed., Porrúa, México,
23. Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003.
24. León Tovar, Soyla, *Contratos Mercantiles*, UNAM., OXFORD, México, 2004.
25. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.
26. Marcuse, Robert, *Operaciones Bancarias Internacionales*, 6ª ed., Ecoe Ediciones, Bogotá, 2005.
27. Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 9ª ed., Porrúa, México, 2003.
28. Menéndez Romero, Fernando, *Derecho Bancario y Bursátil*, Iure Editores, México, 2008.
29. Molina Bello, Manuel, *La Fianza: Como garantizar sus operaciones con terceros*, Mc- Graw Hill, México, 1994.

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

30. Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Oxford University Press, México, 2007.
31. Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de Infracción Intelectual*, Sista, México, 2007.
32. Reyes López, María José. *Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Editora General de Derecho, S.L., Valencia, 1996.
33. Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo VI. Vol. II, 6ª ed. Porrúa, México, 1997.
34. Roth, Martha T., *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*. Atlanta: Scholars Press, 1995.
35. Ruiz Rueda, Luis, *El contrato de fianza de empresa en el proyecto de código de comercio*, s.e. México, 1960.
36. ----- *La fianza de Empresa a Favor de Tercero*, Arana, México, 1996.
37. ----- *El contrato de fianza de empresa en el proyecto de código de comercio*, Luis Ruiz Rueda Editor. México, 1960.
38. Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús, *El Contrato de Fianza*, Porrúa, México, 2001.
39. Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 5ª ed., Serie Jurídica Mac Graw Hill, México, 1995.
40. Varios autores, *Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento*, Sociedades Biblicas Unidas, Imp. Brazil, 2004
41. Vásquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, Porrúa, México, 2004.
42. Villegas, Carlos Gilberto, *Las garantías de crédito*, T. I, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina.
43. Viruega Olea, René J., *Violación a los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica en los procedimientos de reclamación y de requerimiento de pago de los montos garantizados en las pólizas de fianzas (Propuesta de reforma al artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y disposiciones conexas a fin de canalizar una adecuada solvencia en las instituciones de fianzas*, XIV Premio de Investigación de Seguros y Fianzas 2007, www.cnsf.gob.mx.
44. Vodanovich H., Antonio, *La fianza*, Jurídica, Chile, 1999.

Diccionarios

1. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 9ª ed., Porrúa - UNAM, México, 1996.
2. De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34ª ed., Porrúa, México, 2005.
3. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. España, 2001.
4. Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Porrúa, México, 1998.
5. Huber Olea, *Diccionario de Derecho Romano*, Porrúa, México, 2000.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Leyes

- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

- Ley de la Tesorería de la Federación.
- Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los mismos
- Ley de Propiedad Industrial
- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas
- Ley Federal del Trabajo
- Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria
- Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguro
- Ley General de Sociedades Mercantiles
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- Ley de Instituciones de Crédito
- Ley de Inversión Extranjera
- Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social
- Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal
- Ley Sobre el Contrato de Seguro

Códigos

- Código Federal
- Código de Comercio
- Código Civil Federal
- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- Código Fiscal de la Federación
- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Código Penal Federal

Reglamentos

- Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación
- Reglamento de Inspección y Vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
- Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
- Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público
- Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas

LA FIANZA DE EMPRESA.
PANORAMA GENERAL Y PROYECTIVA DE SU REGULACIÓN

- Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación
- Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los mismos
- Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
- Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público
- Reglamento del artículo 95 de la *LFIF*, 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 a cargo de terceros

Reglas

- *Reglas para la constitución, incremento y valuación de las reservas técnicas de fianzas en vigor y de contingencia de las instituciones de fianzas*, de fecha 18 de diciembre del 2007 y publicadas en el *DOF* el 27 de diciembre del mismo año.
- *Reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garanticen operaciones de crédito* emitidas el 15 de mayo del 2000 y publicadas en el *DOF* el 25 de mayo del mismo año.
- *Reglas generales para operaciones de fianzas y reafianzamientos en moneda extranjera celebradas por instituciones de fianzas*, emitidas el 30 de junio del 2000 y publicadas en el *DOF* el día 21 de agosto del mismo año.

Circulares

- Circular 1/2005, de fecha 1º de junio del 2005 y publicada en el *DOF* el día 23 del mismo mes y año.
- Circular F-2.2, de fecha 8 de noviembre del 2004, publicada en el *DOF* el 26 del mismo mes y año.
- Circular F-2.3, de fecha 10 de febrero de 2009, publicada en el *DOF* el 23 del mismo mes y año.
- Circular F-9.1, de fecha 14 de marzo del 2007 y publicada en el *DOF* el 20 de abril del 2007.
- Circular F-10.1.4, de fecha 12 de enero del 2007, y publicada en el *DOF* el 30 de enero del 2007.
- Circular F-17.2, de fecha 29 de junio del 2007, y publicada en el *DOF*, el 1º de julio del mismo año.
- Circular F-17.3, de fecha 29 de junio del 2007, y publicada en el *DOF*, el 31 de julio del mismo año.
- Circular F-17.4, de fecha 26 de octubre del 2005 y publicada en el *DOF* el 4 de noviembre del mismo año.
- Circular F-17.7, de de fecha 26 de febrero del 2003 y publicada en el *DOF* el 17 de marzo del mismo año.
- Circular F-17.12, de fecha 20 del mayo del 2003, y publicada en el *DOF*, el 30 de mayo del mismo año.

Acuerdos

- El Acuerdo por el que la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas delega en el presidente la facultad de emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga a dicha Comisión y para el eficaz cumplimiento de la misma y de las reglas y reglamentos, emitido el 2 de diciembre de 1998 y publicado en el *DOF* el 4 de enero de 1999.

Manuales

- Manual de Organización General de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

Legislación extranjera

- Código Civil Argentino
- Código Civil de Colombia
- Código Civil Español

Disposiciones internacionales

- *Prácticas y usos uniformes para créditos documentarios (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits)*
- *Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, Publicación 500 (revisión 1993) Cámara de Comercio Internacional, París, Francia, 1993 (versión en español).*

Cibergrafía

- Afianzadora Fiducia: www.afiducia.com.mx
- Afianzadora Insurgentes: www.afianzadora.com.mx
- Comisión Nacional de Seguros y Fianzas: www.cnsf.gob.mx
- Comisión Nacional para la Protección de los Usuarios de Servicios Financieros: www.condusef.gob.mx
- Diario Oficial de la Federación: www.diario-o.com.mx
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es
- Fianzas Monterrey: www.fianzasmonterrey.com.mx
- Fianzas Monterrey: www.fianzanet.com.mx
- Instituto de Investigaciones Jurídicas: www.juridicas.unam.mx
- Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx
- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T14.htm>