

223
203



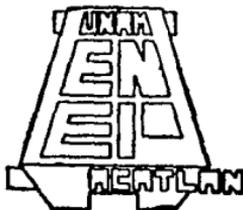
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"

IMPORTANCIA DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO
EN FERROCARRILES NACIONALES DE MEXICO

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

GUILLERMO ERNESTO PALACIOS CHAVEZ



TESIS CON
FALA DE ORIGEN

Acatlán, Estado de México,

1994



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 está 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.

CONTENIDO

	PAG.
INTRODUCCION	1

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES GENERALES DE LA FIANZA

A) ORIGEN Y EVOLUCION DE LA FIANZA	4
B) ANTECEDENTES DE LA FIANZA EN MEXICO.....	12
C) INSTITUCIONES DE FIANZAS EN MEXICO	20
D) EVOLUCION LEGISLATIVA	27

CAPITULO SEGUNDO

CONTRATO DE FIANZA

A) CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES	59
B) FUENTE DE LAS OBLIGACIONES	74
C) CARACTERISTICAS DEL CONTRATO.....	85

CAPITULO TERCERO

IMPORTANCIA DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO

A) CLASIFICACION DE LA FIANZA DE EMPRESA	90
B) IMPORTANCIA DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO.....	103
C) ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL CONTRATO.....	109
D) EFECTOS ENTRE LAS PARTES	114

CAPITULO CUARTO

FUNCIONAMIENTO DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO

A) REQUISITOS PARA SU EXPEDICION.....	120
B) CASOS Y FORMAS DE RECLAMARSE.....	130
C) FORMAS DE EXTINCION	133
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFIA.....	149

A Mi Abuelita +

A ti, a quien debo todo lo que soy,
te dedico especialmente este trabajo
y mi examen profesional,
porque fuiste ejemplo de superación,
esfuerzo y sensibilidad humana,
te voy a recordar siempre
con cariño y admiración.

A Mi Padre: +

Con quien solo pude convivir mis primeros años,
pero con la fortuna de haberlos vivido intensamente a tu lado
porque nos diste lo mejor de tu vida,
hoy, en agradecimiento eterno, te dedico este trabajo,
que es para mi, la mejor herencia que pudiste dejarme.

A Mi Madre:

De quien he recibido todo en la vida,
sin que esperes nada a cambio,
permíteme dedicarte con toda humildad este trabajo
como un homenaje a tu gran esfuerzo que realizaste
para guiarme, seguro de ello, te lo pide tu hijo que se siente
muy orgulloso de ti, con todo cariño.

A Mi Esposa:

A quien nunca cesa es su entusiasmo y tesón
para lograr la superación,
gracias por tu apoyo y cariño incondicional,
hoy eres partícipe de un gran logro
que nos llena de alegría y satisfacción en nuestra vida,
porque obtuvimos una meta común.

A Mis Hijos:

Quienes significan todo en mi vida,
motivo para dar lo mejor de mí,
sabiendo que esperaban este momento
y por el ejemplo que significa para ellos
este trabajo, les ofrezco mi respeto, mi trabajo
y esfuerzo, como un símbolo en su vida futura.

A Mis Hermanos:

CARMELA	Les agradezco su cariño y apoyo
GUILLERMINA	y deseo compartir este gran momento
JOSE LUIS	con ustedes, especialmente con José Luis
PILAR	que no se encuentra con nosotros, esperando
ERNESTO	que estés bien donde quiera que te encuentres
CONCEPCION	en este momento.
ISABEL	

A Mis Sobrinos:

Sin distinción alguna,
les dedico mi trabajo con cariño.

A Mis Suegros:

A quienes los distingue su sencillez
les hago esta dedicatoria como muestra
de su ejemplo y profundo cariño que les tengo,
con respeto y admiración
siempre les estaré agradecido.

A Mis Cuñados (as) y Concuños (as):

Les ofrezco este trabajo en señal de respeto y cariño.

A MI Directora de Tesis:

Lic. Alicia Dueñas Garcés,
quien tiene por principio la honestidad
como Catedrática siempre dando su mayor esfuerzo
para formar gente de bien en nuestra Máxima Casa de
Estudios, mi más alto reconocimiento y gratitud
por su ayuda desinteresada.

A Mi Amigo:

Lic. Guillermo Pérez de León,
quien gracias a su ejemplo
he logrado reafirmar mis valores humanos
mi respeto y afecto incondicional siempre
por su ayuda y comprensión.

A la U.N.A.M.

**La máxima casa de estudios de México,
le ofrezco mi agradecimiento y lealtad;
a sus catedráticos, quienes realizan
una destacada labor con su esfuerzo
y dedicación, siempre con la responsabilidad
de formar mejores profesionales en
beneficio del país, a ellos,
les otorgo hoy mi más
alto reconocimiento.**

Por mi raza hablará el espíritu.

INTRODUCCION

El aspecto fundamental de este trabajo, es demostrar y apoyar la imperiosa necesidad que existe de mantener vigente, como un medio adecuado y además eficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los pedidos y contratos de suministro y obra pública a la fianza de cumplimiento.

El sistema afianzador en nuestro país, tiene como objetivo principal el de garantizar el fiel y exacto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas, en beneficio tanto del acreedor como del deudor, a través del otorgamiento de todo género de fianzas, garantías y demás obligaciones, que legalmente pueden encontrarse en los sectores, Público, Privado y Social, a cambio del cobro de la prima correspondiente, a costos inferiores, comparativamente con ventajas y facilidades que otros tipos de garantías.

De acuerdo con las condiciones de cambio que se están generando en el Sistema Financiero Nacional, se requiere que las instituciones de fianzas legalmente autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para prestar el servicio de afianzamiento a título oneroso, evolucionen uniformemente dentro del marco de eficiencia y seguridad, además de proporcionar su mayor desarrollo y crecimiento.

La fianza de empresa se ha agrupado por tipo de fianza en forma enunciativa, no limitativa, dentro de los cuales en el Ramo III, fianzas diversas y administrativas se encuentra la fianza de cumplimiento, materia del presente trabajo, cuyo objetivo es: " La adquisición de equipo, maquinaria, la obra pública de acuerdo con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que generalmente precisan de concurso para otorgamiento de contratos y pedidos ". Estas fianzas proceden a los que garantizaran anticipos, cumplimiento de contratos y pedidos adjudicados al mejor proponente, por precio, tiempo de entrega, calidad, etc.

Los conceptos de cumplimiento, calidad, conservación, buen funcionamiento, si bien pueden ser garantizados de manera independientes, se comprenden en una fianza que primero surte efecto para el cumplimiento y después para la calidad o la conservación aplicable a construcción de obras publicas, contratos y pedidos; el buen funcionamiento se entiende inherente a maquinaria y equipo. En las obras públicas, contratos y pedidos del mismo origen, la gran mayoría de fianzas cubren ambos aspectos; de cumplimiento y calidad o buen funcionamiento, entendiéndose lo primero como el acto de sujetarse a plazos de ejecución o entrega, a especificaciones de calidad en materiales y demás obligaciones pactadas en el contrato y condiciones y especificaciones en el caso de pedidos. La calidad de los trabajos o conservación se garantizan generalmente durante un período (el más usual es un año), en que se pueden apreciar defectos de construcción o desperfectos por inadecuada calidad de materiales, en tanto que en el buen funcionamiento se garantiza la corrección de defectos de construcción de maquinaria y reparación de daños.

La fianza de cumplimiento, la necesitan los fabricantes, proveedores, constructores, contratistas, proyectistas y consultores. Estas son otorgadas ante Secretarías de Estado, Organismos Públicos Descentralizados, Empresas Particulares, Personas Físicas, etc.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES GENERALES DE LA FIANZA

a) Origen y Evolución de la Fianza

Aunque en la antigua Roma no existió el concepto de fianza de empresa, si fué ahí donde se dio vida jurídica a la fianza civil, antes de hablar sobre su reglamentación, vale la pena mencionar cual fué la fuente creadora de la misma.

Esta nace de la desconfianza del acreedor ante el deudor, en donde el primero de ellos con el fin de lograr desvanecer ese temor, exigió como condición en la reglamentación contractual la presencia de un tercero ajeno que respondiera por el deudor o asumiera su responsabilidad en caso de que este último no lo hiciera, es decir se sumaba un deudor más al ya existente.

En el derecho romano se consideraba la fianza como un contrato verbal solemne condicionado a una obligación valida principal (carácter accesorio) que podía ser por menos de la suma del contrato principal, pero nunca por más; lo que traía como consecuencia que la misma fuera totalmente nula, situación diferente a la fianza moderna, ya que esta se reduce al importe de la obligación principal.

Para la constitución de la fianza se hacía uso de la *Stipulatio* que consistía en el intercambio de una pregunta y una respuesta en relación a una futura prestación.

La *Stipulatio* era una forma de contratar con la cual daba validez legal a los actos jurídicos que creaban obligaciones dándole forma a los contratos que carecían de ella, de tal manera que si se omitía la pronunciación de las palabras solemnes al celebrarse el contrato, las obligaciones no eran exigibles.

En el derecho romano existían, al igual que ahora dos principales medios de garantizar un crédito: Las Garantías Personales que eran la fianza, la Correalidad Pasiva (que consistía en que en lugar de un sólo deudor el acreedor, tenía varios en relación con una sola obligación y podía escoger el día del vencimiento al más solvente y se diferenciaba de la fianza en que el fiador responde en segundo término, accesoriamente mientras que un deudor correal respondía en idéntico grado que los demás deudores correales), y en el *Mandatum Pecuniae Credendae*, consistía en que el mandante encargaba al mandatario que presentase una suma determinada a un tercero, el mandatario tenía contra el mandante la *Actio Mandati Contraria*, de modo que este mandato sufría efectos prácticos de una fianza.

Ahora bien, en comparación con la *Sponsio*, *Fideipromissio* o *Fideiussio* tenía la ventaja de que el fiador no debía estar presente necesariamente y que el contrato era de buena fe y no de estricto derecho, como las fianzas que tenían que darse en forma estipulatoria.¹

La otra forma de garantizar era por medio de las Garantías Reales (Prenda o Hipoteca), y aunque se dice que la garantía real es superior a la personal por que protegen mejor la posición del acreedor, el romano prefería la garantía personal a causa de que el romano típico hacia gala de exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones al escoger con algún cuidado a sus fiadores obtenía de la Garantía Personal una mejor protección a sus intereses.²

Así pues, la típica fianza romana nació de la *Stipulatio* que según el verbo utilizado en la pregunta y en la contestación, podía ser una *Sponsio*, una *Fideipromissio* o una *Fideiussio*.

La *Sponsio* que fué la forma más antigua, sólo era accesible a los ciudadanos ya que este tipo de promesa tenía matices religiosos y sólo podía ser celebrada por personas que participaban en la religión romana.

Se exigió para que tuviera validez este acto, que el acuerdo de voluntades tomara la forma estipulatoria, es decir, de intercambio de una pregunta y respuesta respecto de una prestación futura, con la utilización del verbo *Spondere*.

¹ Floris Margadant, Guillermo: "El Derecho Privado Romano". Décima edición Ed. Estíngie, S.A., México 1979, páginas 221 y 420.

² Floris Margadant, Guillermo: *Opus cit.*, pág. 299.

Este requisito exigido en la *Sponsio* y en todos los *contratos verbis*, se debió a que la estipulación servía a una doble finalidad; por una parte creaba deudas nuevas y transformaba las existentes; y segunda, formalizaba los contratos carentes de forma de tal manera que si se omitían en la celebración de los mismos la pronunciación de las palabras requeridas, las obligaciones derivadas de ellas no eran exigibles.

La *Fideipromissio*: Esta forma de garantía podía ser utilizada tanto por los ciudadanos romanos, como por los extranjeros, al igual que la *Sponsio*, la *Fideipromissio* se valía de la *Stipulatio* para su forma, siendo las palabras requeridas para su perfeccionamiento de manera sacramental *„Idem Lides Promitis?*, como pregunta y *Fideipromitio* era la respuesta.

La *Sponsio* y la *Fideipromissio* coincidían y tenían como puntos de semejanza los siguientes:

1. Las obligaciones derivadas de su celebración no se transmitían a los herederos.
2. Ambas garantizaban únicamente obligaciones *Verbis*.

Los *Sponsores* y los *Fideipromisores*, seguían las mismas reglas y eran deudores personales y accesorios, se les consideraban mandatarios del deudor principal y cuando pagaban por él adquirían en su contra la acción *Mandati Contraria*.

El romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos o "clientes". Para no castigar con demasiada severidad la observancia de las buenas tradiciones, los juristas romanos introdujeron poco a poco varias medidas para suavizar la suerte de los fiadores. Sin embargo, por desgracia, animado de las mejores intenciones, el legislador intervino tantas veces para proteger al fiador, que finalmente la *Fidei promissio* resulto una institución contraproducente e inaceptable para el acreedor³, un ejemplo de lo anterior se puede apreciar en la *Ley Apuleya*, la cual estableció que en el caso de que hubiera varios cofiadores, se les considerará como socios, otorgando un derecho de reembolso a aquel que pagara íntegramente la deuda o más de lo que constituyera íntegramente su parte. Esta ley permitió al fiador exigir que el acreedor repartiera la responsabilidad entre los cofiadores solventes, es decir, si alguno de los cofiadores resultara insolvente la parte de éste recaía sobre todos los demás en la misma proporción.

Después surgió la *Ley Furia*, la cual liberaba al fiador de su obligación, siempre que hubieran transcurrido dos años a partir de la fecha en que se vencía la deuda principal o garantizada y no se hubiese requerido el pago (lo que ahora conocemos como una forma de prescripción negativa). Esta misma ley permitirá la repartición de responsabilidades entre todos los cofiadores, es decir, que cada fiador respondía por la parte que había garantizado, que resultaba de dividir el importe total de la deuda entre todos los cofiadores, sin importar que fueran solventes o no.

³ *Idem* página 387.

Con el paso del tiempo, las dos formas de Garantía Personal que hemos analizado cayeron en desuso quedando solamente, la *Fideiussio* como única Garantía Personal que podía asumirse por *Stipulatio*. Esta garantía también se formalizaba mediante un *Contrato Verbis*, en el cual una persona se obligaba a responder accesoriamente, de una deuda ajena con la propia personalidad, es decir con el propio crédito. Las palabras solemnes que se utilizaban para preguntar eran, *¿Idem Fidejubes?*, y la respuesta era *Fidejabeo*, naciendo así una obligación accesoria destinada a garantizar otra principal.

El *Fideiussor* respondía en forma solidaria como un codeudor, aunque su obligación era considerada accesoria, es decir, se necesitaba de la existencia de otra principal y del cumplimiento del deudor. Como consecuencia lógica de esta situación, el *Fideiussor* no podía responder por cosa distinta de la que se había obligado el deudor principal ni por cantidad mayor.

En caso de que lo anterior llegase a suceder, es decir que se obligara por cosa distinta a la debida o por, o en, condiciones más onerosas, su compromiso era totalmente nulo, a diferencia de la fianza actual que se puede adecuar a la medida de la obligación garantizada. No obstante lo anterior, el fiador podía garantizar parte de la deuda.

Estos deudores accesorios tenían el carácter de solidarios, lo que permitía al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación a cualquiera de los dos en el mismo momento, es decir, no necesitaba proceder en contra del deudor para exigirle al fiador el cumplimiento de la obligación o pago de la deuda.

La situación descrita fué considerada como injusta y en consecuencia, las personas que podían afianzar fueron disminuyendo, motivo por el cual en la época de Justiniano se otorgo a los fiadores los beneficios de orden y excusión.

Además de lo anterior, cuando eran varios los fiadores el acreedor podía exigir a cualquiera de ellos el pago de la suma o el cumplimiento de la obligación, y cuando alguno de ellos pagaba o cumplía, liberaba a todos los demás, lo que llevo al legislador romano a considerar esto como una injusticia, motivo por el cual se creo una epístola denominada " *Divi Hadriani* " que le dio vida a la *Exceptio Divitionis*, que consistía en otorgarle un derecho al fiador para poder exigir al acreedor que hiciera efectiva la deuda en forma proporcional entre todos los que habían afianzado la operación.

Para proteger un poco la situación del fiador, se creo este beneficio de excusión que consistía en que antes de exigir al fiador o fiadores el cumplimiento de la obligación, el acreedor debía proceder a exigir el pago del deudor principal, siempre que se le pudiera hallar y fuera solvente, beneficio que fué recogido por nuestro derecho y que aún tiene vigencia.

Este beneficio al que hemos hecho alusión de excusión trajo como consecuencia que si al momento en que la deuda era exigible uno de los fiadores era insolvente, el acreedor ya no podía recuperar el total de lo afianzado problema que tuvo solución; tal y como se mencionó en páginas anteriores, dividiendo la deuda entre los fiadores que fueran solventes al momento del plazo del vencimiento de la deuda.

Por otra parte, vale la pena mencionar los derechos con que contaba el fiador o fiadores, para poder recobrar la suma erogada en cumplimiento de su papel, sobre este punto cabe hacer mención a dos situaciones:

1. Cuando el fiador asumía este carácter por un mandato⁴, es decir, que le era encomendado por cuenta del deudor, el primero podía hacer uso de la *Actio Mandati Contraria*, en contra del deudor principal para exigir el reembolso de la suma erogada.
2. Pero si el fiador en forma espontánea y voluntaria había asumido este papel, y en consecuencia renunciado al derecho anterior y se obligaba en contra del deudor, no se le reconocía ninguna acción ni tenía derecho a reclamar nada, pues se suponía obligado *Animus Donandi*.

⁴ Entendiéndose por Mandato como el contrato por medio del cual el mandante encargaba al mandatario que realizara determinado acto por cuenta y en interés de aquél, sin la limitación de actos jurídicos como actualmente se contempla en nuestro derecho.

Más adelante, se le concedió al fiador otro beneficio *Cedendarum Actionum* o Cesión de Acciones, el cual consistía en que el fiador podía exigir al acreedor que antes de pagar, le concediera sus acciones contra el deudor y los demás coobligados, esto significaba que el pago hecho por el fiador no extinguía el derecho a exigir su reembolso, hecho que generaba " una venta de acciones de acreedor o fiador por un precio igual al monto del crédito "5 o la cantidad pagada (situación aceptada y legislada por nuestro derecho moderno, artículo 122, Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 2830 del Código Civil del Distrito Federal).

Formas de Extinción de la Fianza en Roma

Dada la condición accesoria de la fianza, esta se extinguía al mismo tiempo que la obligación principal, sin embargo esta última debía extinguirse en forma total y absoluta, pues de otra forma no liberaba a los fiadores, obligándose estos a pagar el faltante eventual. También se extinguía la fianza por cualquiera de los modos ordinarios de extinción de las obligaciones ya que el compromiso de responder por deuda ajena era una obligación en si misma considerada.

b) Antecedentes de la Fianza en México

A fin de contar con un antecedente de la fianza en nuestro país nos remontamos a los ordenamientos legales hispanos implantados por los conquistadores durante la conquista, época en que se implantaron diversos

⁵ Petit Eugene: " Tratado Elemental de Derecho Romano ". Traducción de José Fernández González, Editorial Epoca, México, D.F. 1977. pág. 338.

ordenamientos provenientes de la legislación hispana fundamentalmente como son la *Ley de las Siete Partidas*, de Indias, Ordenanzas e Intendentes, etc., en las que se establecía entre otras disposiciones, que los miembros del tesoro del Consejo de Indias, debían otorgar fianza para garantizar la guarda de valores que se le confiaban a su cuidado.

El Derecho Español, según Calixto Valverde Valverde, en su tratado de Derecho Civil Español coloca el origen de la fianza en el Fuero Real y la Ley de las Siete Partidas, obra realizada por Alfonso X, El Sabio, con vigencia en la época de la Colonia y a principios de nuestra Independencia.

La mencionada ley, reglamentó el contrato de fianza, aunque extrae en gran parte conceptos de la Obra Legislativa Romana, innovando diversos conceptos surgidos de la practica y las necesidades del Pueblo Español, tales como los beneficios de orden y excusión y de división, siendo su diferencia que en ésta se estableció la posible renuncia de los mismos y el beneficio división lo otorgaba de pleno derecho, concediéndose igualmente el beneficio de cesión de acciones, así mismo no permite constituirse como fiadores a los Clérigos, los Labradores y las mujeres.

La definición que sobre fianza nos da la Ley de las Siete Partidas, coincide con la del Derecho Romano " Contrato por el cual una o más personas se obligan a pagar una deuda o a responder de un tercero en caso de que el no cumpla " y de igual manera se siguió considerando como un contrato accesorio, consensual y gratuito en el cual la fianza no podía excederse en el monto de la deuda principal, ni podía obligarse el fiador a

pagar una distinta que la debida por el deudor principal, pero se permitió que los fiadores pudieran garantizar la deuda parcialmente. Por lo que se refiere a las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato, bastaba el simple consentimiento de las partes, hecho en forma indubitable, para que tuviera validez, con esto se borraban las viejas costumbres y formalismos del Derecho Romano, que como ya vimos anteriormente consistía en una Sponsio.

En cuanto a la forma de extinción de la fianza, en Las Siete Partidas, se señalaron dos formas, la primera era la directa, que la extinguía como una obligación en si misma, y la otra era la indirecta o en vía de consecuencia; al extinguirse la obligación principal se extinguía la fianza (carácter accesorio).

En la época de la Colonia tuvieron vigencia tres cuerpos de leyes:

- 1) El de las Españolas, que al mismo tiempo estuvieron vigentes en la Nueva España.
- 2) El de las dictadas exclusivamente para las Colonias en América; y que tuvieron vigor en la Nueva España.
- 3) El de las expedidas directamente para la Nueva España,⁶ conocidas también como Derecho Indiano.

⁶ García Trinidad: "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho", Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1953 pág. 60.

Las Siete Partidas que en materia civil, rigió las relaciones jurídicas de la Nueva España, la cual no era considerada como una Colonia en sí sino más bien como un reino que tuvo un Rey coincidente con el Rey de España, representado aquí por un Virrey, el cual, al igual que en España, formo aquí un Consejo de Indias para dirimir las cuestiones indianas.

El derecho que tuvo vigencia en la Nueva España se le conoció como Derecho Indiano y fué expedido por las autoridades españolas peninsulares a sus delegados, completándose este derecho por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la corona o el ambiente cristiano.

El fundamento de toda la legislación indiana era la corona, y la ratificación por ello era necesaria para toda medida emanada de los Virreyes. De esta legislación emanó una avalancha de cédulas reales, provisiones, instrucciones, ordenanzas, reglamentos, decretos, etc., lo cual crea un derecho complejo, desconfiado y plasmado de trámites burocráticos.

En 1680 se crea La Recopilación de Leyes de las Indias, en la cual se compilan las normas y disposiciones que existían.

Estas leyes se dividían en nueve libros subdivididos en títulos, y en el Libro VII se habla sobre la fianza, entendiéndose ésta en el mismo concepto que se le daba en España. Este libro VII se refería a cuestiones morales y penales, insistiéndose en que los colonizadores cesados no debían dejar a su esposa en España, y si venían sólo a las nuevas tierras,

debían otorgar fianza para garantizar su regreso dentro de dos años y en caso de mercaderes dentro de tres años.⁷ En fin, este Derecho Indiano no aporta mucho en cuanto a la fianza, ya que tratándose de Derecho Privado, era necesario recurrir al Derecho Español (sobre todo Las Siete Partidas).

La fase de creación del Derecho Indiano terminó en 1821, subsistiendo este derecho provisionalmente en todo lo compatible en la nueva situación política, hasta que gradualmente, parte de sus reglas se trasladaron a las diversas normas expedidas por el México independiente.

Una vez conseguida la independencia, los primeros gobiernos mexicanos decidieron crear Cuerpos Legislativos propios que rigieron en todas las materias. Sin embargo, en materia civil durante el gobierno del Presidente Don Benito Juárez, se le encomendó a Don Justo Sierra, la elaboración de un proyecto del Código Civil, el cual fué concluido en 1861 y que por diversos motivos (lucha interna) no pudo convertirse en Ley.

En 1870, bastante influenciado por el proyecto antes mencionado, surge en México el Primer Código Civil que fué aprobado por decreto del 8 de Diciembre del mismo año y entró en vigor el 1 de Marzo de 1871, con él la fianza adquirió un carácter contractual en el que expresamente se estableció que podía otorgarse a título oneroso, siendo ésta la primera vez que se hablaba de retribución respecto de esta garantía.

⁷ Floris Margadant Guillermo: " Introducción al Derecho Mexicano " Sexta Edición. Editorial Estinge S.A. México 1984, pág. 14.

Este código se ocupa de la fianza dentro del capítulo de los contratos en los artículos 1813 a 1888 y al dar una definición sobre la misma establece:

" Es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra si ésta no lo hace ".

También clasifica a la fianza en Legal Convencional y Judicial y advierte que esta puede ser gratuita u onerosa o con retribución para el fiador.

Conocido es que los movimientos políticos de esta época eran frecuentes y que los gobiernos se sucedían de igual manera, por lo que este código tuvo poca vigencia ya que fué sustituido por el de 1884 promulgado en el gobierno de Manuel González, el cual se caracterizaba por su procedencia militar.

En cuanto al Contrato de Fianza, el nuevo Código Civil no aportó ninguna modificación relevante; a su vez fué sustituido por el Código Civil del 3 de Agosto de 1928, vigente desde el 1 de Octubre de 1932, hasta nuestros días, aplicado en toda la república en materia federal.

El Código Mercantil Mexicano de 1854, se inspiró sin dudarlo cuando reglamento la parte relativa a fianzas en el Código Español de 1829, que afirmaba que aquellas eran mercantiles cuando tenían por objeto asegurar el cumplimiento de contratos de comercio. A pesar de esto, una diferencia notable se advierte: El español no sólo exigió que el contrato

garantizado fuera mercantil sino que quizá además que quienes lo celebraban fueran comerciantes: En cambio el código mexicano abandonó el segundo criterio, que pudiera llamarse subjetivo, para dejar sólo el de la accesoriidad.

Por lo que se refiere a formalidades, este ordenamiento casi copia el español de 1829. Cosa análoga sucede con respecto a las condiciones en que la garantía debía presentarse.

Pocos años duró la vigencia del Código de Comercio de 1854, pues elaborado y expedido en los aciagos años en que México se debatía en una de sus más grandes revueltas internas, quedó derogado al caer el gobierno Santaanista, reapareciendo en su lugar las viejas ordenanzas de Bilbao.

Código de Comercio Mexicano de 1884. El nuevo gobierno tuvo interés en la elaboración y expedición de otra ley mercantil, y para el efecto designó comisiones encargadas de proyectarla; estas encontraron un serio obstáculo en la Constitución que entonces regía pues no daba facultades al Congreso Federal para legislar en materia de comercio, siendo necesario reformar la fracción X del artículo 72 de la misma, para que pudiera cumplirse con este propósito, la reforma se efectuó el 14 de Diciembre de 1883,⁸ y con apoyo en la misma se expidió el 20 de Abril de 1884 un nuevo Código de Comercio.

⁸ Gamboa José M. "Leyes Constitucionales", México 1901 pág. 556.

° Este es obra, por lo que parece, de una sola persona a pesar de que según los datos proporcionados por la Memoria de la Secretaría de Justicia de 1889, tomaron parte en su confección varias personas desde el año de 1867 °.

Con el se derogaron todas las leyes mercantiles que hasta entonces habían estado vigentes. Este ordenamiento legal, al reglamentar lo relativo a fianzas mercantiles, realizó una verdadera copia del Código de Comercio de 1854.

Código Mercantil Mexicano de 1890. La fortuna del código de 1884 también fué transitoria, pues apenas expedido, se pensó en reformarlo, autorizándose al Ejecutivo de la Unión para ese efecto. Este mismo que habría de convertirse en el Código Mercantil de 1 de Enero de 1890 fecha en que empezó a regir. En forma mutilada, debido a las numerosas reformas y adiciones que ha sufrido, está parcialmente vigente en la actualidad.

Una novedad muy notable se advierte en su articulado, pues a diferencia de los anteriores, no reglamentó lo relativo a las fianzas mercantiles.

La causa de esta omisión es inexplicable, pero me atrevo a suponer que el legislador mercantil prefirió dejar a leyes especiales, la regulación de esta figura jurídica, pues el 3 de Junio de 1895, se expedía un

⁹ Cervantes Altamirano Elón, "Fianza de Empresa", México 1950 pág. 25.

decreto autorizando al ejecutivo para celebrar contratos-concesión con empresas que quisieran operar como instituciones de fianzas.¹⁰

c) Instituciones de Fianzas en México

Antes del advenimiento del fiador corporativo cuando las personas actuaban en una determinada capacidad fiduciaria o que ocupaban una posición de confianza, eran requeridos para dar fiadores, se veían obligados para recurrir a parientes o amigos. Los individuos que actuaban en tales condiciones lo hacían más bien por favor y sin compensación. Antes de 1720, cuando en Inglaterra hicieron su aparición muchas extrañas proposiciones de seguro, una de las compañías ofreció asegurar a los amos contra pérdidas provenientes de la deshonestidad de sus criados. Algunas veces se ha dicho que ello marca el primer intento de afianzamiento corporativo. De una manera más definida, el negocio de fidelidad fué establecido en 1840 con las organizaciones en Inglaterra, en una compañía para formalizar el negocio. " Sociedad de Garantía de Londres ".¹¹

" El afianzamiento de empresa fué lento en su desarrollo. Al principio se encontró difícil substituir por una corporación impersonal, al afianzador personal, localmente conocido. La gran renuncia de los individuos a la asunción gratuita de obligaciones en la que no tenían un interés inmediato, favoreció su desenvolvimiento con la aceptación de

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Bakman Jules, " Surety Rate Making ", New York, 1948 pág. 4. En un principio la empresa no fue bien vista, pero en 1842, el Parlamento Británico le dio su aprobación y después de ella rápidamente otros negocios fueron organizados.

fiadores corporativos con propósitos legales, creció el negocio y los individuos se fueron resistiendo cada vez más a doblegarse, cuando por una remuneración, se podían obtener fácilmente las fianzas de las corporaciones".¹²

En los Estados Unidos el incremento de estas instituciones fué tan difícil, que se hizo necesario el transcurso de varios años para que la primera compañía de fianzas recibiera su Charter.¹³ Después de esta, otras numerosas empresas invadieron el campo y penoso es decirlo, pero después de pocos años de lucha profesional, un gran porcentaje de ellas fueron a la quiebra, sobreviviendo sólo las más organizadas y previsoras evidenciándose la perpetua verdad de la observación del sabio Patrick Henrick de que " La batalla no es sólo para el fuerte, sino también para el vigilante, el activo, el valiente ". De estos débiles comienzos, la fianza de empresa ha crecido tanto en el país del norte, que puede decirse que hoy por hoy constituye uno de los más gigantescos negocios americanos, pues al finalizar el año de 1937 había 82 compañías, dedicadas entera o parcialmente a la expedición de fianzas de fidelidad y otras. Estas compañías tenían un total de recursos en exceso de 900'000,000.00 dólares, percibiendo en común una entrada anual muy cerca de 100'000,000.00 de dólares.¹⁴

La influencia de los Estados Unidos en nuestras actividades industriales y comerciales, la afluencia de sus capitales y aún el establecimiento de sucursales de sus empresas, introdujeron en nuestro

¹² Magee John H., " Seguros Generales ", Tomo I pág. 788.

¹³ Cervantes Almirante Eirén, Opus cita., pág. 28.

¹⁴ Idem.

país la practica sistematizada de la fianza onerosa y el Estado vió en las organizaciones mercantiles que de ellas habían hecho su objeto un elemento importante y aún suficiente para la solución del grave problema de garantizar el manejo fiel de los bienes encomendados a los empleados públicos.

Decreto de 3 de Junio de 1895, autorizando al Ejecutivo de la Unión para otorgar concesiones a compañías que se dedicaran a practicar operaciones de caución para el manejo de funcionarios y empleados públicos.¹⁵ En nuestro país la primera referencia sobre afianzamiento de empresa regulados por leyes especiales, se remonta al año de 1895, en que por decreto de 3 de Junio se autorizó al Ejecutivo de la Unión para celebrar contratos con las compañías que se constituyeran para dar fianza a los empleados dependientes del Gobierno federal. Este decreto fijó las bases sobre las cuales se celebrarían dichos contratos pero por el mismo no se autorizó en esa fecha el funcionamiento de compañía alguna.

De estas bases las más importantes fueron las siguientes:

Las compañías afianzadoras debían tener su domicilio en la Ciudad de México si eran nacionales y en caso de ser extranjeras, establecer una sucursal precisamente en la capital de la república, sin perjuicio de las que se establecieran en los estados.

¹⁵ Apareció publicado en el número 132, Tomo XXXII del Diario Oficial de 3 de Junio de 1895.

Por lo que respecta a su nacionalidad se dijo que se considerarían como mexicanas para todos los efectos legales, quedando sujetas a la jurisdicción de los tribunales y autoridades de la república.

El plazo máximo para operar se fijó en 20 años. Se prohibió el traspaso de las autorizaciones a otra persona, sin el permiso previo de la Secretaría de Hacienda.

Se exceptuó a las instituciones fiadoras que se constituyeran, del pago de impuestos, con excepción del causado en la forma del timbre; reservándose el derecho el Gobierno Federal de otorgar " concesiones más ventajosas, pero en dichos casos esas mismas ventajas se extenderían al resto de las empresas que estuvieran operando ".

Desde esta época la federación tomó una injerencia directa en la calificación de la solvencia económica de las afianzadoras, teniéndose especial cuidado por lo que respecta a sucursales de compañías extranjeras, de exigirles ciertos y determinados requisitos para autorizarles su funcionamiento; tales como el de que depositaran previamente en la Tesorería General de la Federación la cantidad de \$100,000.00 para garantizar su gestión, en defecto de lo cual no se firmaban los contratos respectivos.

Otra base estableció, por lo que se refiere al modo de prestar las fianzas, que las mismas se expidieran en la forma y términos que exigieran la Secretaría de Hacienda, los Gobiernos de los Estados, los funcionarios y empleados autorizados para admitir y aprobar dichas

concesiones, creándose con ello una verdadera anarquía, pues la ley no fija en forma expresa un modo unitario de otorgar la misma; elevase el documento así expedido, a la categoría de instrumento público.

En cuanto al premio que percibirían las compañías por las fianzas que otorgaran, se dijo que en ningún caso sería menor de \$25.00 pudiendo la Secretaría de Hacienda, cuando un empleado federal dejara de cubrir dicho premio, retenerle el sueldo para abonar ella el importe.

Se estableció un procedimiento curioso por lo que respecta a los medios de que disponía la Federación para exigir a las compañías afianzadoras el pago de los desfalcos de sus empleados afianzados, pues ocurrido éste, a veces se daba un plazo de 8 días y otros de 30, después de hecha la notificación del mismo, para que se hiciera el depósito de la cantidad defraudada, teniendo la institución la posibilidad de cerciorarse del desfalcó cometido. El pago realizado en estas circunstancias subrogaba a la compañía en derechos que tenía el fisco para reclamar.

El plazo establecido para la exigibilidad de las responsabilidades derivadas de fianzas eran no sólo por todo el tiempo que se habían expedido, sino que se prolongaba a 3 años después de la vigencia a menos que se hubiera fijado uno mayor.

Podían las instituciones fiadoras, conforme a estas bases, retirar sus fianzas, pero era necesario que mediara aviso escrito dirigido a las autoridades acreedoras, para que el fiado rindiera su informe; en estos casos la garantía seguía vigente 30 días después de dicho aviso. Las

compañías tenían la posibilidad de proteger sus intereses, pues por su cuenta podían nombrar inspectores que investigaran los desfalcos, pero los mismos quedaban bajo la dirección de la Secretaría de Hacienda.

Por último una disposición muy interesante se contenía en este decreto, ella es la relativa al depósito en efectivo que las compañías debían constituir en la Tesorería General de la Federación en caso de responsabilidad de los empleados afianzados, pues si en el plazo que se les otorgaba no lo verificaban voluntariamente, la Secretaría de Hacienda en forma discrecional podía distraer la cantidad necesaria para hacerlo, de los \$100,000.00 otorgados para garantizar el contrato, quedando obligadas las empresas a reconstituir ese depósito en el breve plazo de 10 días, el cumplimiento de dicho precepto producía la caducidad de la concesión.

Este primer decreto, expedido para que sobre sus disposiciones autorizara el funcionamiento de compañías afianzadoras, más bien contiene una serie de preceptos administrativos para que las mismas operaran, pero de ninguna manera puede decirse que regule la fianza mercantil, de tal suerte que también el Código de Comercio de 1890 había suprimido el capítulo respectivo, seguramente las relaciones jurídicas provenientes de estos afianzamientos se regían en forma supletoria por las disposiciones del Código Civil, ya que el artículo segundo del de Comercio, remite expresamente a aquél cuando no hay disposiciones en éste aplicables a la situación jurídica concreta que trata de regularse.

Como es obvio, " esta legislación fué a todas luces insuficiente, imperfecta y en una palabra ineficaz para proteger los intereses gubernamentales, pero constituyó el impulso inicial en este campo de actividades jurídicas y este aspecto especial de nuestro derecho administrativo de empresas de crédito que, aunque lejos de su meta, ha realizado ya un profundo desenvolvimiento de los viejos conceptos de la materia ".¹⁶

Contrato-Concesión de 19 de Junio de 1895.¹⁷ Pocos meses después y sobre las bases ya apuntadas, se celebró el 19 de Junio de 1895, un contrato-concesión entre el Gobierno Federal y los señores Guillermo Obregón y Zan L. Tidball, para establecer en México la primera compañía de fianzas como sucursal de la American Surety Company of New York. El Contrato-Concesión del año de 1895, fijó únicamente las bases sobre las cuales se habían de otorgar las fianzas de los empleados federales, como ya indicamos los lineamientos trazados en el decreto que autorizaba al Ejecutivo de la Unión para celebrar dichos contratos; sin embargo, es importante citar este documento porque él nos indica exactamente de que época data el establecimiento de la primera compañía de fianzas en nuestro país. Reformas al Contrato-Concesión de 19 de Junio de 1895. Algunas otras disposiciones aclaratorias se giraron con posterioridad, hasta que el 8 de Mayo de 1901, se celebró entre el Gobierno Federal y los señores Guillermo Obregón y Luis H. Parry, representante de la American Surety Company of New York, un nuevo contrato que reformaba al anterior.

¹⁶ Ruiz Rueda Luis, " Régimen Publicista de las Empresas de Fianzas ", artículo publicado en la revista "Jus", No. 79, pág. 69.

¹⁷ El texto de éste contrato puede consultarse en la Memoria de Hacienda de 1894-1895, pág. 285 y siguientes.

Estas reformas tienen el mérito de haber introducido modificaciones tan interesantes como las de la póliza y la de limitación al monto de la responsabilidad asumida por la institución, pero propiamente sus preceptos más bien regularon el funcionamiento de las empresas afianzadoras desde un punto de vista estrictamente administrativo.

d) Evolución Legislativa

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Porfirio Díaz, el lunes 3 de Junio de 1895, se publicó decreto mediante el cual se autoriza al ejecutivo para que mediante el siguiente periodo de receso de las cámaras, otorgue concesiones a compañías nacionales o extranjeras legalmente constituidas, a fin de que habitualmente practique operaciones de caución por el manejo de funcionarios, empleados, dependientes y en general de toda clase de personas que tengan responsabilidad pecuniaria por la dirección, administración, conservación o depósito de intereses públicos o privados del Gobierno Federal y territorios de las municipalidades, corporaciones, compañías o individuos de la república.

Los contratos de concesión se debían sujetar a lo dispuesto en las 18 fracciones que contenían las bases.¹⁸

¹⁸ Publicada Diario Oficial de la Federación 3 de Junio de 1895.

Pocos meses después y sobre las bases ya apuntadas, se celebró el 19 de Julio de 1895, un Contrato¹⁹-Concesión entre el Gobierno Federal y los señores Guillermo Obregón y Zan L. Tidball, para establecer en México la primera compañía de fianzas como sucursal de la American Surety Company of New York.

El Contrato-Concesión del año de 1895, fijo únicamente las bases sobre las cuales se habían de otorgar las fianzas de los empleados federales, siguiendo, como ya se dijo, los lineamientos trazados en el decreto que autorizaba al Ejecutivo de la Unión para celebrar dichos contratos; sin embargo, es importante citar este documento, porque el nos indica exactamente de que época data el establecimiento de la primera compañía de fianzas en nuestro país.

Después otras circulares se giraron por el gobierno referente a fianzas prestadas para el manejo de los empleados federales, entre ellas son importantes la del 21 de Agosto de 1895, que señalaba un plazo improrrogable para que dichos empleados se afianzaran, imponiéndoles como sanción por el incumplimiento de este requisito, el que se le suspendieran sus emolumentos y pudiera aún cesárseles.

Otra circular aclaratoria de la anterior se giró el 7 de Septiembre de 1895, y por decreto del 30 de Septiembre del mismo año, se ordenó que las fianzas que otorgaran los empleados públicos para concesionar su manejo, se legalizaran con estampillas a razón de 2 centavos por cada 20 pesos.

¹⁹ Memoria de Hacienda de 1894-1895, pág. 265 y siguientes.

Posteriormente en circular de 1 de Octubre de 1895, se establecieron reglas para la caución que debían prestar los empleados de correos y telégrafos; y el 7 de Octubre del mismo año, se dispuso que no se permitiera bajo fianza, sino con el pago de los derechos respectivos, la importación de artículos extranjeros.

Reformas al Contrato de Concesión del 19 de Junio de 1895, algunas otras disposiciones aclaratorias se giraron con posterioridad, hasta que el 8 de Mayo de 1901, se celebró entre el Gobierno Federal y los señores Guillermo Obregón y Luis H. Parry, representante de la American Surety Company of New York, un nuevo contrato que reformaba el anterior.

Estas reformas tienen el mérito de haber introducido modificaciones tan interesantes como las de la póliza y la delimitación al monto de la responsabilidad asumida por la institución; pero propiamente sus preceptos más bien regularon el funcionamiento de las empresas afianzadoras desde un punto de vista estrictamente administrativo.

Más tarde, en circular del 22 de Julio de 1908, se permitió a los empleados federales que garantizaran su manejo, no necesariamente por compañías autorizadas, sino en cualquier otra forma a satisfacción de la Tesorería de la Federación.

Mientras tanto se iba sintiendo la insuficiencia del contrato celebrado con la American Surety Company of New York, así como las diversas circulares complementarias expedidas para regular las relaciones jurídicas de afianzamientos prestados por empresa, pues siendo todas ellas disposiciones de carácter particular, ya que regían solamente para las fianzas que garantizaban el manejo de empleados de la federación, dejaban otra clase de intereses, también dignos de tutela al margen de sus disposiciones. Esta circunstancia unida a la necesidad natural de ampliar el campo de la actividad de estas empresas, dio origen a que por decreto publicado el martes 24 de Mayo de 1910 en el Diario Oficial de la Federación, se expidiera una ley sobre compañías de fianzas, para que las compañías nacionales o extranjeras legalmente constituidas, que tengan por objeto dar caución por las responsabilidades pecuniarias de las personas que manejan caudales y valores ajenos, podrán siempre que se sometan a las condiciones de la presente ley, ser autorizadas en favor de la Hacienda Pública Federal, sean con el objeto de garantizar el manejo de los funcionarios, empleados y agentes de la administración o para responder por el pago de derechos, contribuciones, impuestos, rentas o multas, en los casos en que, conforme a las leyes, se requiera su aseguramiento, o bien en garantía de las obligaciones y responsabilidades procedentes de los contratos que los particulares y empresas celebren con el gobierno para la ejecución de obras o provisión de efectos o materiales. Dichas fianzas serán admitidas por las autoridades y oficinas públicas, sin necesidad de calificar en cada caso la solvencia de las compañías que las expidan, una vez que estas hayan sido legalmente autorizadas para ello. Esta reglamentación a pesar de sus efectos, tiene el gran mérito de haber señalado en forma general y abstracta, las disposiciones y requisitos a que expresamente se

sometería cualquier institución que a partir de esa fecha, pretendiera establecerse en México.²⁰ Por esto no es raro que en sus disposiciones se advierta la presencia del Estado, que desde entonces (y seguramente guiado por el fracaso de las afianzadoras en los Estados Unidos de América), consideró indispensable intervenir en forma franca y decidida en la vigilancia e inspección de las mismas, persiguiendo con ello: garantizar los intereses de las personas que aparecían como acreedoras; después, evitar a las compañías una ruinoso competencia; por último, el que se colocaran al margen de la ley.

Un mes después de la expedición de la ley sobre compañías de fianzas, el Ejecutivo de la Unión, con fundamento en el artículo 7 de la misma, por decreto del 24 de Junio de 1910, expidió las 32 Bases Reglamentarias bajo las cuales habían de otorgarse las fianzas en favor de la Hacienda Pública.

En esas bases se exigía que las fianzas se expidieran en forma de póliza, anotándose en las mismas los requisitos que las entidades acreedoras señalaran para admitirlas.

Se limitó igualmente la responsabilidad de las compañías a los precisos términos que sus pólizas indicaran, sin que en ningún caso, esta responsabilidad fuera mayor de la expresamente admitida. En cuanto a la vigencia de la fianza, se dijo que ésta sería por lo menos de un año, plazo que se podía prorrogar por mutuo consentimiento de las partes. Se estableció la obligación a cargo de las compañías de devolver las primas no

²⁰ Publicada Diario Oficial de la Federación 24 de Mayo de 1910; entró en vigor esa misma fecha.

devengadas, cuando por alguna circunstancia el afianzamiento terminaba antes del plazo convenido, y en cuanto a la retribución que debería pagar se fijó un tabulador al que se sujetaban tanto los solicitantes como las compañías.

El plazo para que prescribieran las acciones derivadas de fianzas otorgadas, se fijó en tres años a partir de la fecha de su vencimiento o de su exigibilidad, pasados los cuales no procedía reclamación alguna.

Poco tiempo después de la expedición de estas bases, se autorizó por circular de 30 de Junio de 1910, el establecimiento de una sucursal en México de la " National Surety Company of New York ", para que prestará fianzas a favor de la Hacienda Pública y por acuerdo del 9 de Julio del mismo año, se estableció una sucursal de la " Jordan Guarantee and Accident Company ", para que caucionaran el manejo de funcionarios y empleados de la federación. Posteriormente el 16 de Abril de 1913, se constituyó una nueva afianzadora con el nombre de " Compañía Mexicana de Garantías ".

Quince años después de estar en vigor la Ley de Instituciones de Fianzas y las 32 Bases Orgánicas de 1910, se expidió el 11 de Marzo de 1925, durante el régimen del General Plutarco Elías Calles, una nueva Ley Sobre Compañías de Fianzas.²¹ Puede decirse que estuvo inspirada en la anterior, pues colocaba a la Secretaría de Hacienda como máxima autoridad en la vigilancia e inspección de las compañías; mantuvo la obligación de que éstas constituyeran depósitos permanentes, ya fuera en efectivo, o en bonos

²¹ Publicada Diario Oficial de la Federación 11 de Marzo de 1925.

de la deuda pública para hacer frente a las obligaciones que contraían; permitió que se establecieran en el país sucursales de compañías extranjeras, pero con el cumplimiento de ciertos requisitos; en fin, se repitieron las disposiciones de la ley precedente que la práctica y la realidad aconsejaban.

Por lo que se refiere a las 32 Bases antes citadas, continuaron vigentes hasta que se expidiera una reglamentación de acuerdo con esta ley, de hecho el propósito no se cumplió sino hasta fecha muy posterior.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 (Capítulo IX).²² La Ley de Compañías de Fianzas de 1925, tuvo poca fortuna, pues con la expedición de la de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de Agosto de 1926 y en virtud que ésta dedicaba su Capítulo IX a las afianzadoras, aquella quedó derogada. Por una causa muy razonable se explica que se incorporaran en el ordenamiento de estas compañías, pues habiéndoseles atribuido a las mismas desde la ley de 1925 el carácter de Instituciones de crédito, nada de extraño tenía que la de 1926 volviera a reconocerlas como tales (Art. 5 fracción VII) y en consecuencia, la sometiera a sus disposiciones. El nuevo ordenamiento no hizo otra cosa que reproducir casi íntegramente las disposiciones de la anterior, introduciendo sólo escasas adiciones y reformas.

²² Publicada Diario Oficial de la Federación 19 de Noviembre de 1926.

Esta ley no introdujo modificaciones substanciales en el régimen legal de fianzas de empresa; la causa obedece seguramente a que por esos años, la operación en nuestro país era baja como lo demuestra el escaso número de compañías establecidas, mientras tanto, continuaron vigentes las 32 Bases Reglamentarias, mismas que eran insuficientes para regular el contrato de fianza mercantil.

Después de expedida la Ley de Instituciones de Crédito de 1926, se promulgó el 30 de Agosto del mismo año, una Ley Sobre Garantía del Manejo de Funcionarios y Empleados Federales, motivada porque las cauciones que éstas otorgaban eran a veces deficientes y otras de hecho, no se prestaban.

Esta ley dió origen a la constitución de un fondo de garantía que se integró con los descuentos que proporcionalmente se hacían de su sueldo a todos los servidores del gobierno, afectando el mismo para cubrir los posibles desfalcos que pudieran cometer dichos empleados; el reglamento de esta ley se expidió el 16 de Octubre de 1928.

Al promulgarse la nueva Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de Julio de 1932, se dejaron subsistentes no solamente el Capítulo IX de la Ley de 1926, sino también por disposición del artículo VII transitorio, las 32 Bases Reglamentarias que en forma sistemática se venían repitiendo en las distintas leyes. Se introdujo una importante innovación en 1932; ella fué la relativa a la posibilidad que todas las instituciones de crédito pudieran

otorgar fianzas, con la única limitación de que el fiado constituyera garantía bastante a favor de la institución fiadora; es aquí cuando por primera vez se habla del otorgamiento de este tipo de coberturas.²³

Más tarde, el 6 de Enero de 1934, se reformó el artículo 247 del Capítulo IX de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del año de 1926, en el sentido de que ninguna compañía o individuo podían celebrar contrato de fianza, sin estar legalmente autorizados por el Gobierno Federal. No obstante, por excepción, y siempre que la fianza no se prestara habitualmente, se expidiera en forma de póliza, ni se anunciara públicamente por la prensa y no se emplearan agentes; o sea que la fianza fuera accidental, las compañías y los individuos podían afianzar.

Para estas fechas la prosperidad de las instituciones afianzadoras era cada día más creciente, en consecuencia, las Bases Reglamentarias de 1910 y las numerosas circulares giradas en distintas épocas, resultaban insuficientes para regular todas las relaciones jurídicas provenientes de los afianzamientos prestados por empresas.

Por estas causas en un intento de reglamentación más completa y más de acuerdo con nuevas necesidades, se elaboró en el año de 1940, un proyecto que estuvo a punto de cristalizar y por la intervención y gestión que hicieron las compañías afianzadoras ante la Secretaría de Hacienda para que eso no sucediera, fué que el mismo sólo quedó en un mero intento legislativo. Aquellas adujeron que dicha iniciativa había sido

²³ Publicada Diario Oficial de la Federación 29 de Junio de 1932.

elaborada por personas que desconocían el medio, las condiciones y problemas propios de las compañías de fianzas, estando por lo mismo muy lejos de llenar su cometido,²⁴ por otra parte, le tacharon muchas de sus disposiciones porque más bien parecían estar referidas a instituciones de seguros. Ante estos argumentos, la Secretaría de Hacienda detuvo su publicación en el Diario Oficial.²⁵

Las disposiciones y circulares reglamentarias a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, regulaban solamente las fianzas expedidas a favor de la Hacienda Pública; sin embargo, el legislador comprendió que no había razón para que se aplicaran estos principios a las fianzas otorgadas en favor de particulares, y entonces por acuerdo del 14 de Febrero de 1942, se exigió a las compañías, se refianzaran con otras instituciones cuando su responsabilidad fuera en exceso de su límite de retención, pudiendo celebrar estos refianzamientos con empresas extranjeras.

Con esta preocupación el Gobierno de la República, a través de la Secretaría de Hacienda, asumió la tarea de redactar una ley que cristalizó en la más bella realidad, al publicarse en el Diario Oficial del 12 de Mayo de 1943 y entrar en vigor el 1 de Junio del mismo año.

Influencia notable ejercieron en la Ley de Instituciones de Fianzas del año de 1942, los numerosos oficios y circulares que la Administración Pública giró en diversas épocas a las compañías de fianzas que operaban en el país.

²⁴ Ponencia de Crédito Afianzador presentada a la Asociación de Banqueros de México el 10 de Marzo de 1942.

²⁵ Inclusive había sido promulgada por el Ejecutivo de la Unión el 25 de Agosto de 1940, faltándole para tener eficacia como ley el requisito señalado que jamás se cumplió.

Los méritos de la Ley de 1942, nadie se atreve a discutirlos, pues en una forma más completa, se ocupaba de reglamentar el establecimiento y formas de operar de las empresas afianzadoras, haciendo inclusive en algunos de sus artículos transitorios, el intento por regular " el contrato de fianza de empresa " o " contrato de fianza mercantil ".

Por una rara casualidad no se sabe si los redactores de la nueva ley, hayan configurado la fianza que se practica en forma habitual y a título oneroso, como una operación reservada exclusivamente a empresas autorizadas por el gobierno, y aún más, constituidas bajo la forma de sociedad anónima, pero en la actualidad así sucede y la razón es inexplicable.²⁶

En un principio, la fianza se prestaba más bien por consideraciones al amigo, y sólo excepcionalmente se pactaba retribución; en consecuencia, el afianzado se sentía obligado moralmente a no desplazar su responsabilidad a quien a título gratuito le prestaba la garantía; pero es el caso que con alguna frecuencia el fiado se veía en la imposibilidad material de poder cumplir, y entonces, el que había salido como fiador, cargaba con una deuda que en realidad jamás tuvo intenciones de soportar.

²⁶ Cervantes Altamirano, Ebrén, " Fianza de Empresa ", México 1950 pág. 48.

Si la fianza otorgada por particulares, presentaba tan serios inconvenientes para quien actuaba como fiador, lo mismo puede afirmarse con respecto al acreedor, porque si bien es cierto que éste contaba con la garantía de dos patrimonios, no era excepcional que no pudiendo cumplir el deudor principal, tampoco pudiera hacerlo el fiador.

Esta situación de incertidumbre y de inconveniencia ha desaparecido al surgir, en el amplio campo de las relaciones mercantiles, la fianza como negocio, y más concretamente como negocio de empresa, pues es indudable que este tipo de garantía en la actualidad ya no se presta por simple consideraciones de amistad, sino como una actividad en cuya realización va implícito un lucro.

Seguramente por esta causa, unida al deseo de proteger los intereses del público, se exigió a las empresas que quisieran dedicarse a la realización de estas actividades, que se constituyeran bajo la forma de sociedad anónima.

Por otra parte, se ha dado carácter de mercantiles a los actos que celebran estas instituciones (Artículo II transitorio), calificación que se justifica si aceptamos considerar como tales aquellos que se realizaban en masa por empresas.²⁷

²⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, "Apuntes para una Reforma del Código de Comercio Mexicano", México 1943, pág. 23.

Además, estos afianzamientos en nuestro país, tienen la misma enorme ventaja de aquietar los temores y zozobras de quienes son acreedores o beneficiarios de los mismos, ya que a través de la inspección que realiza la Secretaría de Hacienda, se vigila que las empresas conserven en todo tiempo un estado patrimonial ajustado a mínimos legales, que sea garantía del eficaz cumplimiento de sus obligaciones.

Con la inteligencia de que sean únicamente sociedades constituidas bajo la forma de anónimas las que puedan realizar afianzamientos en forma habitual y sistemática, se abandona el viejo criterio de calificar de mercantil al acto, cuando se celebra por particulares (digamos entre dos comerciantes), ya que nada impediría que una fianza en estas condiciones aún cuando fuera a título oneroso, pudiera regularse por la legislación civil.

Reformas del 18 de Marzo de 1946

Poco tiempo después de la expedida Ley de Instituciones de Fianzas de 1942, se hicieron algunas reformas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Marzo de 1946, las cuales fueron de poca importancia. Por último y en este mismo Diario Oficial de la Federación, se dispuso que se reformaran los artículos 65, 67 y 90 de la ley en cuanto dieron intervención a las autoridades judiciales, debiendo en estos casos la Secretaría de Hacienda sustituir al juez.

Por un imponderable error tipográfico fueron citados en dicha publicación oficial los artículos 65 y 67 en vez de los 85 y 87, pues eran estos últimos y no los primeros, los que daban intervención al juez en los casos de liquidación administrativa, y solamente en relación con los mismos es que tenía sentido la reforma.

Si a lo dicho agregamos que en la iniciativa original los artículos 85, 87 y 90 fueron correctamente citados, la equivocación en todo caso debe atribuirse a quienes hicieron la transcripción oficial.

Reformas del 31 de Diciembre de 1946

Finalidad

Apremiantes necesidades surgidas en el campo de la fianza de compañías dieron lugar a esta nueva reforma. Entre otros artículos se modificaron el 29, 30 y 31, contragarantías que deben otorgarse a las compañías fiadoras cuando afianzan en exceso de su margen legal; así como el aumento del capital mínimo que debe ser de \$1'000,000.00, si se opera en uno o dos de los ramos, y de \$1'500,000.00 si se opera en los tres.

También son interesantes aquellas reformas que excepcionan a las afianzadoras de exigir contragarantías específicas, en fianzas cuya base técnica es la distribución del riesgo, o bien cuando esté prácticamente

despreciable o, por otra parte, existe amplia solvencia del fiado. Para estos casos excepcionales, la Secretaría de Hacienda fija semestralmente un límite que es igual al 15% de la suma del capital y reservas estatutarias denominado margen legal. Con esta nueva expresión se evita toda confusión con el seguro.

* En otro aspecto se encausa el reafianzamiento dentro de la figura jurídica de la fianza, sin que pueda considerársele como operación de reaseguro ²⁸.

Se deja en posibilidad a la Secretaría de Hacienda de suspender a las compañías el derecho de que sus fianzas se acepten necesariamente por las autoridades, pero sólo cuando en forma indebida y sistemática, aquellas rehuyen el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus compromisos.

Asimismo, se aumentan las causas de revocación de las autorizaciones, con el objeto de obligar a las compañías a que realicen sus operaciones dentro de las normas técnicas fijadas por la ley y a que no hagan uso indebido de bienes recibidos en garantía de fianzas.

Pero con estas reformas el legislador no pudo superar el problema relativo a la unidad de riesgo, considerado como punto básico en la técnica afianzadora. La causa es inexplicable, por lo difícil que es proponer una reglamentación adecuada para todas las hipótesis que en esta materia puedan llegar a presentarse. Sin embargo, consideramos que a este

²⁸ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas.

respecto existe una solución, que debe buscarse en la realidad por aquellos que se plantean el problema en sus justos términos.

Reformas del 16 de Febrero de 1949

En las paginas anteriores nos hemos detenido comentando los distintos ordenamientos jurídicos sobre instituciones de fianzas que han estado vigentes en nuestro país; hubiera sido una omisión imperdonable que en este capítulo no quedaran comprendidas las reformas que el 16 de Febrero de 1949 se hicieron a la actual ley, por lo tanto, con el objeto de presentar al lector una visión panorámica lo más completa posible en torno a esta interesante evolución legislativa, nos vamos a referir a dichas reformas, señalando de ellas principalmente su finalidad, y la forma como consideramos que deben interpretarse.

Finalidad: " La satisfacción de las diversas necesidades sociales requiere el mantenimiento de un orden adecuado, la regularización del cual corresponde a normas de la más distinta naturaleza.²⁹ En esta regulación "el derecho mercantil aparece y se descubre en la intimidad de la historia, originado por hechos positivos y reales "³⁰ y la Ley de Instituciones de Fianza, parte integrante del mismo (sólo por lo que respecta a la sección de artículos transitorios), no ha podido sustraerse a verdad tan indiscutible. Sin embargo, a pesar de que el legislador mercantil encuentra su principal fuente de inspiración en la experiencia y se afana por hacer concordar las normas jurídicas con la realidad que observa, no siempre logra sus

²⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, " Curso de Derecho Mercantil ", México 1947, Tomo I pág. 3

³⁰ Blanco Constan, Francisco, " Estudios Elementales de Derecho Mercantil ", Madrid 1936, Tomo I pág. 8.

propósitos, a veces por la imposibilidad que tiene para poder captar todos los vericuetos de esa realidad, y otras, porque la evolución constante de las necesidades sobre todo en esta materia, es interrumpida, resultando a la postre que, normas dictadas para una determinada época solamente tengan una bondad relativa, esto ni más ni menos es lo sucedido con la Ley de Instituciones de Fianzas, legislación hecha especialmente para regular el funcionamiento de las compañías en sus relaciones con el poder público, tampoco ha dejado al margen considerar los muy respetables intereses de quienes por los azares de las circunstancias o de los negocios, se ven en la necesidad de contratar este tipo de garantías. Pero la ley fué obra humana y como tal, a medida que se aplicaba fué presentando algunas deficiencias técnicas, que se pusieron de relieve al observarse detenidamente el sistema de operación de algunas instituciones. Esto dió motivo al legislador para lanzarse en busca de un remedio eficaz que pudiera evitar hacia el futuro, no solamente las fallas legales advertidas, sino también la repetición de prácticas que, por viciosas debían desterrarse. Con este firme propósito se reformaron los artículos 15, 42, 43, 46, 77, 92, 95 y 96 de la Ley de Instituciones de Fianzas.³¹

Interpretación: " Puesto que el objeto de la interpretación es determinar y fijar el contenido de la ley, debe reconocerse como uno de los medios más útiles para este fin, la indagación del motivo, esto es la razón y

³¹ La misma exposición de motivos da clara idea de la finalidad que persiguen cuando dice:

- I. Que la técnica de operación afianzadora exige que, cuando el deudor principal deja de cumplir sus obligaciones, las instituciones de fianza realicen el pago a los acreedores y después lo recuperen procediendo en contra del fiado y contragarantes, sistema que solo es posible si las instituciones mantienen disponibilidades líquidas suficientes.*
- II. Que es necesario simplificar los procedimientos que los acreedores deben seguir para hacer efectivas las fianzas.*
- III. Que, por otra parte, las instituciones no deben expedir garantías riesgosas ni tener coberturas suficientes, lo que redundaría en perjuicio del conjunto de sus acreedores.*

causa de la *Ley Ratio Legis*, y además la intención y voluntad del legislador, *Mens Legis*. El motivo de la ley es el conjunto de todas las causas remotas y próximas, que le han dado origen y han influido en su nacimiento. La intención del legislador consiste en el fin que el mismo se ha propuesto conseguir, esto es en el efecto que debe producir la norma.³² Nosotros sólo intentaremos precisar de las reformas, los efectos que estimamos deben producir, por haber apuntado ya en líneas anteriores, las causas que las motivaron.

Todos sabemos que en una práctica normal de fianza de compañía, las instituciones al otorgar las mismas cobran un premio o retribución, que técnicamente recibe el nombre de " prima ". De esta cantidad, el artículo 42 antes de ser reformado imponía en la primera de sus fracciones, la exigencia que con el 50% de las primas brutas correspondientes a fianzas emitidas durante el ejercicio y que no cubrieran períodos mayores de un año, se constituyera una reserva llamada técnica de riesgos en curso para contratos vigentes. En la forma de integración de ésta y con apoyo en el texto de la fracción que hemos mencionado, efectivamente se distraía de las primas que se cobraban dicho porcentaje siempre que se tratara, como ya mencionamos, de fianzas emitidas durante el ejercicio y que no correspondieran a lapsos mayores de un año. existía como consecuencia durante este primer período, un perfecto equilibrio entre la reserva y los riesgos en curso derivados de fianzas otorgadas durante el mismo. Pero al iniciarse el nuevo ejercicio, esta concordancia se trastocaba, porque la reserva constituida al 31 de Diciembre del año anterior, si bien es cierto representaba para los riesgos en curso derivados de fianzas emitidas

³² *Flore, Pascual, " De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes ", Madrid 1927, pág. 580.*

en aquel año, una eficaz garantía para dichos riesgos, transcurrido ese tiempo ya no sucedía lo mismo, porque esa reserva desaparecía para dar paso a la que, por el nuevo ejercicio debía constituirse en forma indicada.

Reformas del 29 de Diciembre de 1950

El 29 de Diciembre de 1950, se publicó en el Diario Oficial la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que abrogó la ley promulgada el 31 de Diciembre de 1942.

Es importante aclarar que a partir de la entrada en vigor de esta ley, los procedimientos para el cobro de fianza expedida por afianzadora establecidos en leyes o derechos anteriores quedaron derogados.

Desaparece la división de procedimientos para el cobro en relación al beneficiario de la misma; estableciéndose únicamente que las controversias suscitadas con materia de una fianza expedida por afianzadora, siendo el beneficiario la Federación, el Distrito Federal y los Territorios Federales se tramitarán ante los jueces del Distrito Federal, los que sigan los Gobiernos de los Estados y Municipios en su calidad de beneficiarios se substanciarán ante el juez de distrito del domicilio de la entidad beneficiaria y los particulares podrán elegir libremente jueces locales o federales.

Asimismo al igual que en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1942, se dispuso que el Código Federal de Procedimientos Civiles era supletorio de las reglas procesales.

Reformas del 30 de Diciembre de 1953

Con fecha 30 de Diciembre del año de 1953, se publica en el Diario Oficial el decreto que reforma y adiciona diversos artículos de la citada ley.

Reformas del 1 de Enero de 1978

El decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Diciembre de 1977 y que entran en vigor el 1 de Enero de 1978, reforma el término fijado para el pago de la reclamación de la fianza, desminuyéndolo de 90 días a 30 días naturales para que la compañía de fianzas lo realice.

Reformas del 27 de Diciembre de 1981

El decreto que reforma y adiciona la Ley Federal de Instituciones de Fianzas expedida el 27 de Diciembre de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 del mismo mes y año; pretendieron los legisladores adecuar diversos aspectos, en virtud del tiempo transcurrido de 1950 a la fecha señalada. Al año siguiente el lunes 31 de Diciembre de 1984, se reforma y adiciona nuevamente la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, entrando en vigor ésta a partir del 1 de Enero de 1985.

El 5 de Enero de 1990 se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley en comento, las cuales no fueron de relevancia significativa.

Reformas del 14 de Julio de 1993

La multicitada ley fué reformada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Julio de 1993, haciendo algunos comentarios de importancia.

Aspectos relacionados con la Constitución y Organización de las Empresas:

Pueden constituirse como sociedades anónimas de capital fijo o variable (Art. 15).

Se lleva a la ley el parámetro para incrementar el capital mínimo pagado, siendo el mayor que resulte de:

- a) El 4% de la suma de los capitales pagados y reservas de capital de todo el sistema del ejercicio anterior o,
- b) El resultado de actualizar el capital mínimo vigente para el ejercicio anterior con base en los índices nacionales de precios al consumidor que publique el Banco de México para

el mes de Diciembre de los años inmediatos anteriores, dividiendo el más reciente de ellos entre el anterior, para aplicar su resultado como factor de ajuste.

Puede emitir acciones sin valor nominal, así como acciones preferentes o de voto limitado, esta últimas hasta el 25% del capital pagado, previa autorización de la Secretaría.

Las de voto limitado otorgan derecho de voto en asuntos relacionados con el cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución, liquidación y cancelación de su inscripción en cualquier bolsa de valores. Pueden conferir derecho a dividendos preferentes y acumulativos, e incluso a uno superior al de las acciones ordinarias siempre que conste en los estatutos. En ningún caso los dividendos de estas acciones serán inferiores a los de otras clases de acciones.

Se establecen requisitos para ser Consejeros y Director General o su equivalente de las afianzadoras artículo 15, Bis y VIII Bis-1 y se faculta a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para la remoción o suspensión, resolución que puede recurrirse ante la Secretaría, Art. 82.

Se eliminan requisitos para el cambio de establecimientos y clausura de oficinas en el país, basta con dar aviso, Art. 78.

Reformas relacionadas con Aspectos Operativos:

Se abandona el registro y publicación de firmas para suscribir fianzas. Se presume válidas, salvo prueba en contrario, las fianzas expedidas en papelería oficial de las afianzadoras, sin que puedan objetarse la capacidad legal de quienes las suscriban arts. 12 y 13.

Se crea un catálogo de actividades que pueden realizar las afianzadoras, es limitativo artículo 16. Destacan:

- a) Pueden actuar como fiduciarias sólo en el caso de fideicomisos de garantía en que se afecten los recursos relacionados con las fianzas que expidan. Fracción XV.
- b) Pueden emitir obligaciones subordinadas que deberán ser obligatoriamente convertibles a capital, hasta por un monto igual al capital pagado. No se consideran como parte del capital base de operaciones. Fracción XVI.
- c) Pueden otorgarse garantías en forma de aval, de acuerdo con las reglas que dicta la Secretaría Art. 60 I.
- d) Pueden obtenerse préstamos para mantener la liquidez de las instituciones, también de acuerdo con las reglas que dicte la Secretaría. Art. 60 III.

- e) Las instituciones pueden operar sus propias acciones, de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores. Art. 60 V.
- f) Se eliminó la prohibición de conceder préstamos a los Consejeros. Art. 60 XIV.

Se complementa el artículo 24 para comprender en las excepciones de contragarantías, no sólo al fiado sino también a los obligados solidarios.

Se regula el caso de obligados solidarios o contrafiadores persona moral, artículo 24 poderes para rigurosos actos de dominio.

Las acciones contra el fiado se derivan por el sólo hecho de haberse expedido la fianza o comprobar en cualquier forma, que la fianza le fué útil, aunque no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza, artículo 24 fianzas judiciales (solamente). Se incorpora la contragarantía sobre la unidad completa de una empresa industrial. Art. 28.

En los fideicomisos en garantía se prevén procedimientos convencionales para ejecutar el fideicomiso. Art. 29.

Las autorizaciones para la tildación de bienes dados en garantía deberán hacerse dentro de los quince días hábiles siguientes a la solicitud de los interesados. Las firmas de los que suscriban estas constancias deberán ratificarse ante la comisión, notario o corredor público, para tal efecto la comisión llevará un registro de estas firmas. Art. 31.

La documentación que utilizan las afianzadoras, debe presentarse ante la comisión para su registro y vigilancia, con 30 días hábiles de anticipación a su uso o puesta en operación. La comisión tiene 30 días hábiles para hacer modificaciones y correcciones en su defecto, se entiende que no hay inconveniente para su utilización. Art. 85.

En fianzas que garantizan obligaciones de pago de una suma de dinero en parcialidades, no opera para la afianzadora, el hecho de que el acreedor dé por vencido anticipadamente el plazo por incumplimiento del deudor, a condición de que la afianzadora pague por él oportunamente las parcialidades adeudadas, artículo 121, salvo pacto en contrario (en el texto de la fianza).

Límites Operativos:

Se abandona el sistema actual para la determinación del límite de retención, ahora se podrán fijar diversos porcentajes sobre el capital base de operaciones en función de los montos de responsabilidades que asuman las garantías de recuperación, tipos de fianza, clases de obligaciones garantizadas y otros criterios que la Secretaría considere adecuados. Art. 18.

Reservas e Inversiones:

Se considera el 100% de la reserva de contingencia para la determinación del capital base de operaciones.

Las cantidades dispuestas del fondo de las reservas se restaran para obtener ese capital. Art. 17.

Se regula la determinación del capital base de operaciones de las instituciones de seguros y reaseguro autorizadas para practicar el reafianzamiento. Art. 17.

Se define lo que debe de entenderse por margen de operación, que se calculará trimestralmente, de acuerdo con el porcentaje que determine la Secretaría, aplicando sobre el capital base de operaciones. Art. 17.

La inversión obligatoria para las reservas y el capital. Arts. 40 III y 59. Será de acuerdo con las reglas que publique la S.H.C.P..

Se admite la inversión de acciones de compañía de fianzas o de seguros del extranjero, pero no serán computables para el capital base de operaciones. Esta inversión está limitada al 20% de la suma del capital pagado de reservas de capital de la inversión. Art. 42.

La reserva de contingencia se constituirá por el 10% de las primas netas y para la determinación de éstas ya no se deducirán las comisiones pagadas a agentes, reafianzadoras o cofianzadoras. Art. 48.

En los reafianzamientos cedidos a instituciones del extranjero, las compañías mexicanas constituirán e invertirán totalmente las reservas, pero al cancelarse la fianza se podrá disminuir también la reserva de contingencia. Art. 50.

Para hacer uso del fondo de las reservas de fianzas en vigor y contingencia para pagar reclamaciones, bastará con un aviso cuando las disposiciones sean hasta el 25% de aquellas y se requiera autorización previa de la comisión para disposiciones mayores a ese porcentaje, con un límite global del 50%. Art. 55.

Reafianzamiento y Coafianzamiento:

Se prevee la posibilidad de que existan empresas que se constituyan para operar únicamente reafianzamientos. Art. 1, 5 y 37.

Se establece en la ley que el reafianzamiento cedido debe contratarse previamente a la expedición de la fianza respectiva y contar con la comprobación de la aceptación por escrito de los participantes. Art. 33.

La S.H.C.P. establecerá los límites para operar el reafianzamiento mediante reglas de carácter general, excepto en el caso de empresas que sólo operen con reafianzamiento.

Se define lo que es el reafianzamiento como contrato y se complementan algunas características de esta operación. Art. 144

Se aclara que con el coafianzamiento sólo puede operarse entre instituciones de fianzas del país. Art. 116.

Agentes:

Define quien es agente y distingue tres tipos: empleados, independientes y personas morales. Art. 87.

Se prevén apoderados para celebrar contrato a nombre y por cuenta de las afianzadoras. Art. 89.

Sólo podrán cobrarse primas con recibos oficiales de las instituciones. Art. 90 Bis.

Aspectos Contables:

Los asientos en los libros y registros se deberán hacer en los 30 y 10 días, respectivamente, en lugar de 15 y 5 días. Art. 63.

Se establecen dos meses después de la presentación de los estados financieros anuales, evitando con ello el acta de la Junta de Consejo en que se apruebe, el informe del Director, el Comisario y el dictamen de los Auditores Externos. Art. 65.

Sancciones:

Se incrementan los parámetros para determinar las sanciones por violación a la ley y otras disposiciones. Art. 110, 111 y 112 Bis.

Procedimientos

Es la parte más importante de la reforma y comprende los siguientes aspectos:

En todos los casos beneficiarios particulares deber requerir de pago a las afianzadoras acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza. Art. 93.

La afianzadora puede solicitar mayor información o documentación disponiendo de 15 días para hacerlo: en su defecto, se considera integrada a la reclamación.

El beneficiario tiene 15 días naturales para proporcionar lo que requiera la afianzadora de no hacerlo, se considera integrada la reclamación.

Integrada la reclamación, se tienen 30 días naturales para pagar o para comunicar al beneficiario las razones, causas o motivos de procedencia.

La afianzadora puede hacer pagos parciales y el beneficiario esta obligado a recibirlos.

Si no está de acuerdo el beneficiario con la resolución de la afianzadora, puede acudir ante la comisión o ante los tribunales competentes.

Si se acude ante la comisión deberá agotarse el procedimiento conciliatorio y el beneficiario puede designar árbitro a la comisión únicamente para un procedimiento de arbitraje en amigable composición, siempre que lo hubiera convenido expresamente al fiado.

Las reclamaciones de fianzas expedidas a favor de autoridades pueden hacerse a través del procedimiento previsto para los beneficiarios particulares, o por el procedimiento conocido del Art. 95.

Se agregan supuestos para solicitar que se garanticen a la afianzadora por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, cuando:

- a) Se hayan dado datos falsos sobre el domicilio del fiado y demás obligados.
- b) Cuando se compruebe que alguno de los obligados incumpla obligaciones de terceros de modo que la afianzadora corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación. Art. 97.

Se establece la posibilidad de crear procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros, tanto para las reclamaciones, como para las recuperaciones. Art. 103 Bis.

Se regulan las excepciones que puede oponer el fiado y se da libertad para que la afianzadora pueda hacer los pagos de las reclamaciones, cuando aquel no cumpla con estos requerimientos, de haber un pago de lo indebido, el fiado y demás obligados deben reembolsar a la afianzadora y la acción de pago indebido ejercitarla en contra del beneficiario.

Se regulan de mejor manera los procedimientos para hacer efectivas las garantías consistentes en prenda, hipoteca y fideicomiso.

Se incorporan " caducidades " para la cancelación de las fianzas, según que éstas garanticen por un tiempo determinado o indeterminado y se relacionan con la prescripción. Art. 120

De acuerdo con la reforma a éste artículo, se precisa mejor la figura de la subrogación (Art. 122).

Las autoridades tendrán 30 días naturales para resolver las solicitudes de cancelación de fianzas, pues de lo contrario se entenderán canceladas. Art. 128.

Como se mencionó anteriormente, la parte mas importante de la reforma es la reclamación ante la afianzadora para requerir el pago de la fianza, sin embargo consideró que existe un error gravísimo por parte de los legisladores al no haber analizado en forma más detenida la redacción del Art. 93, ya que en la fracción II por ejemplo, deja al libre albedrío de la afianzadora que intervenga como juez y parte al darle facultades para que a su juicio proceda a efectuar el pago de la reclamación, en perjuicio de los beneficiarios, ya que en caso de inconformidades podrán a su elección acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o hacer valer sus derechos ante los tribunales, lo cual quiere decir que se corre el riesgo de tener que entablar juicios con mayor frecuencia para poder cobrar como beneficiarios, restándole con esta reforma, la eficiencia que caracteriza a la fianza.

Reformas del 23 de Diciembre de 1993

Estas son las últimas reformas efectuadas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y se refieren a la autorización por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para autorizar la participación en nuestro país de inversionistas extranjeros en el capital pagado de las instituciones de fianzas, entidades afianzadoras, aseguradoras, reaseguradoras o reafianzadoras, considerándolas como filiales.

CAPITULO SEGUNDO

CONTRATO DE FIANZA

a) Conceptos Jurídicos Fundamentales

Como se mencionó en el capítulo anterior, en el Derecho Romano, el deudor respondía del cumplimiento de la obligación con su persona, si no cumplía, el acreedor tenía derecho a venderlo o hacerlo su esclavo, es decir las obligaciones tenían como garantía la persona misma del deudor.

En razón que el acreedor necesitó asegurar más el pago de cantidades que le adeudaban, creó la fianza, la cual aumentaba la posibilidad de pago, puesto que el acreedor en vez de tener un deudor podía tener dos o más, aunque esto no significaba una seguridad completa, ya que los fiados podían llegar a constituirse en estado de insolvencia, a continuación me permito mencionar los conceptos de Garantía y Fianza:

La palabra garantía procede etimológicamente de *garante*, cuyo significado según el Diccionario Escriche es: " el acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paz o comercio; la cosa con que se asegura el cumplimiento de lo pactado; la obligación del garante, y en general, toda

especie de fianza ".³³ Garantía, por lo tanto, es sinónimo de seguridad "contra una eventualidad cualquiera y, cuando se asegura el cumplimiento de lo convenido, comprende en la fianza, no sólo la obligación accesoria unida a la principal, de la cual es consecuencia, sino la propia cosa a que se confiere la función asegurativa, ya sean bienes muebles, inmuebles o todo cuanto puede servir de fianza, prenda, hipoteca o caución ".³⁴

De esta manera se garantiza al acreedor contra el riesgo de la insolvencia de su deudor, puesto que la obligación se encuentra garantizada por dos patrimonios en lugar de uno sólo.

El origen etimológico de la palabra fianza lo encontramos en el latín *fidelitas*, *fidelis* y estas a su vez en *fides* que significa: fidelidad, fiel, fe, seguridad, lealtad cumplida, observancia de la fe que uno debe a otro, puntualidad, exactitud, esmero, celo en la ejecución de una actividad.³⁵

" Fianza, obligación que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá las condiciones de algún contrato; o bien la convención por la cual un tercero toma sobre sí el cumplimiento de la obligación ajena para el caso de que no cumpla el que la contrajo ".³⁶

" Fianza. I. Del bajo latín, *fidare*, de *fidere*, fe, seguridad. Obligación que tiene una persona de pagar al acreedor si el deudor no cumple ".³⁷

³³ Cf. *Voz garantía en el " Diccionario de Derecho Privado "*, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid, 1950, pág. 2015.

³⁴ " *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* ". Escriche, Librería de CH Bouret, París, pág. 683.

³⁵ " *Diccionario Escriche* ", Op. cit. pág. 679.

³⁶ *Idem*.

³⁷ " *Diccionario Jurídico Mexicano* ", Tomo IV (E-H), Editorial Porrúa, 1985 pág. 203.

* Fianza. (de fiar) f. Obligación accesoria que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador verificarlo él en el caso que no lo haga el deudor principal, o sea el que directamente para sí estipuló *.³⁸

* Fianza f. Obligación accesoria que uno contrae de hacer lo que otro promete si no cumple éste *.³⁹

En el sentido popular, la fianza implica siempre desconfianza y desde luego la intervención de un tercero para asegurar el cumplimiento de obligaciones y se aplica a todo orden de cosas, incluyendo el religioso, los conceptos de desconfianza, falta de fe, cautela, prudencia y seguridad aparecen desde los tiempos mas remotos, pero basta citar los proverbios del Rey Salomón: " Hijo mío, si incautamente saliste por fiador de tu amigo y haz ligado tu mano con un extraño, te haz enlazado mediante la palabra de tu boca, y ellos han sido el lazo en que haz quedado preso, haz, pues, hijo mío, lo que te digo, y líbrate a ti mismo, ya que haz caído en manos de tu prójimo: corre de una parte a otra: apresúrate, despierta a tu amigo, no concedas sueño a tus ojos, ni dejes que se cierren tus párpados, sálvate como el gamo que escapa de la trampa, y como el pájaro de las manos del cazador *.

³⁸ * Diccionario Real Academia de la Lengua Española *, Madrid, Décima Quinta Edición, 1925.

³⁹ * Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado *, García Pelayo y Gross Ramón, 1977 pág. 466.

Fiar. Asegurar que otro cumplirá lo que promete o pagará lo que debe, obligándose en caso de que no lo haga a satisfacer por él; y vender sin tomar el precio de contado para recibirle en adelante a los plazos estipulados.⁴⁰

En sentido amplio, Fianza significa aseguramiento de una obligación y en este sentido se comprenden tanto la garantía pignoraticia, la hipotecaria y la personal. En sentido estricto la palabra Fianza se restringe a la garantía personal y significa la garantía que se presta asumiendo un tercero el empeño de cumplir la obligación cuando el deudor no lo haga.⁴¹

La fianza como contrato, su naturaleza es esencialmente civil porque existe un acuerdo de voluntades entre las partes, para crear derechos y obligaciones, es por ello que es considerada desde siempre como una garantía personal, se concluye la existencia de otra obligación llamada principal, por lo que la accesoriedad de la fianza como una garantía personal es una característica fundamental.⁴²

Al respecto, el maestro Rojina Villegas considera y define a la fianza como: " Un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o un equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace ".⁴³

⁴⁰ * Diccionario Scribe *, Op. Cit. pág. 639.

⁴¹ De la Garza Sergio Francisco, " Derecho Financiero Mexicano ", Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1985 pág. 587.

⁴² Gutiérrez y González Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ", Quinta Edición, Editorial Cajica, pág. 196.

⁴³ Rojina Villegas Rafael, " Compendio de Derecho Civil (Contrato) ", Editorial Porrúa, pág. 328.

Para Zamora y Valencia el Contrato de Fianza: " Es aquel por virtud del cual una de las partes llamada fiador, se obliga ante otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de este último, no cumpla con su obligación."⁴⁴

El tratadista Salvat menciona: " Lo que constituye la naturaleza esencial de la fianza es que una persona se haya obligado accesorio, o sea que es necesario el concurso de la voluntad del fiador y del acreedor para su celebración ".⁴⁵

Lo anterior deja sin lugar a dudas ver que la fianza es un contrato, ya que concurren las voluntades del fiador y del acreedor para su celebración.

A su vez este contrato tiene un objeto que consiste en crear la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Nuestro Código Civil define a la fianza como: " Un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace ".

Desde el punto de vista legislativo los códigos civiles de los países que a continuación se mencionan, poco varían entre sí.

⁴⁴ Zamora y Valencia Miguel Angel, " Contratos Civiles (Contrato) ", Editorial Porrúa, pág. 273.

⁴⁵ Salvat R. M., " Tratado de Derecho Civil Argentino ", Tomo VI. Editorial La Ley Buenos Aires, Argentina, pág. 273.

El Código Civil Francés, en su artículo 2011, nos dice que: "aquel que se constituye fiador de una obligación, se somete frente al acreedor a satisfacer esa obligación, si el deudor no lo satisface por sí mismo".

Por su parte el Código Civil Español de 1889, precisa en el artículo 1822 que: " por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este ".

En términos parecidos a los anteriores, el Código Civil Alemán, en el artículo 375 preceptúa: " que por el contrato de fianza el fiador se obliga frente al acreedor de un tercero a responder de la ejecución del compromiso de éste ".

El Código Suizo de las obligaciones en el artículo 492 expresa: " la fianza es un contrato por el cual una persona se obliga hacia el acreedor a garantizar el pago de la deuda contraída por el deudor ".

Por ser de los más recientes, el Código Civil Italiano de 1942, sigue los lineamientos que ya se apuntaron, pues en su artículo 1936, nos dice que: " es fiador quien obligándose personalmente hacia el acreedor, garantiza el cumplimiento de la obligación de otro ".

A fin de obtener un juicio concreto sobre la fuente de la fianza civil a continuación se menciona cuantos tipos de ésta reconoce nuestra legislación ".

El artículo 2795 del Código Civil reconoce tres tipos de fianza; la legal, judicial y convencional.

- a) La fianza es legal cuando la obligación de dar fiador está consignada en la ley; ésta establece infinidad de casos en los que se obliga a una persona a dar fiador; un tutor, por ejemplo, que va a entrar a la administración de los bienes del pupilo, debe otorgar fianza para asegurar su manejo.

- b) Fianza Judicial; se define como aquella que el juez o un tribunal conceden otorgar. Este tipo de fianza se confunde con la legal por lo siguiente: un juez no puede condenar a una persona a dar fiador si esa obligación no existe en la ley, así pues toda fianza judicial es legal, pero no toda fianza legal es judicial. En esa virtud, entenderemos a la fianza judicial como la que se constituye por la intervención o mandato del juez.

- c) Fianza Convencional: es el contrato de fianza liso o llano.

La clasificación de la fianza en convencional, legal y judicial se hace atendiendo al origen de la obligación de constituirla.

Tal origen puede ser la convención de las partes, la voluntad del legislador o un decreto judicial ello siempre es un contrato. Josserand, manifiesta muy bien esta idea en los siguientes términos: " se distinguen las

fianzas legales, convencionales y judiciales. Esta división tripartita no se refiere de ninguna manera al origen de la obligación del fiador, origen que es invariablemente convencional, sino al origen de la obligación que incumbe al deudor principal de rendir fianza. Quizá podría creerse que en algunos casos, las fianzas legales y judiciales no tienen el carácter de contrato porque su constitución sólo aparece a primera vista la voluntad del fiador. Pero se debe olvidar que no es necesario que el consentimiento del acreedor se manifiesta expresamente, pues él puede exteriorizarse en forma tácita y aún más, se mira como suficiente manifestación el hecho de que el acreedor persiga del fiador el cumplimiento de la obligación. De manera que la voluntad del acreedor debemos buscarla en estos casos con los actos de éste que signifique una aceptación tácita de la fianza ".⁴⁶

El origen de la fianza efectivamente se basa en la obligación de constituirla, siendo por una parte el acuerdo de voluntades y por la otra la voluntad del legislador o un mandato judicial, pero recordemos que uno de los elementos esenciales para que pueda existir un contrato es el consentimiento, es decir, la manifestación de la voluntad que en el caso de la fianza tiene que ser del acreedor y fiador, prescindiendo de la voluntad del deudor principal, ya que esta última no es de importancia para que el contrato exista.

El artículo 1803 del Código Civil establece, que el consentimiento puede ser expreso o tácito.

⁴⁶ *Cervantes Altamirano Etrén: Op. cit., pág. 98*

En cuanto al consentimiento expreso no existe ningún problema, ya que el mismo se puede manifestar en forma verbal, por escrito o por signos inequívocos, sin embargo el consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

De lo anteriormente expuesto se concluye que en la fianza comercial, la fuente de la obligación es un contrato que se celebra entre acreedor y fiador, sin importar la voluntad del deudor, así lo expresa el artículo 2796 del Código Civil al establecer " la fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga ". Como se aprecia, es completamente irrelevante el consentimiento del deudor para dar nacimiento a la obligación del fiador.

La fianza judicial tiene su fuente en el contrato ya que una de las partes está imposibilitada para manifestar su consentimiento, aún en el caso de estar conforme, ya que para que exista el consentimiento no basta el acuerdo de voluntades sino que debe existir la posibilidad tal y como la contempla nuestro Código Civil, de que ese acuerdo se conozca.

Fianza Mercantil

Es definida como la : " garantía otorgada por un comerciante ante otro, derivados de operaciones mercantiles. Esta garantía es igualmente excepcional, y es gratuita; se otorga por relaciones de comercio y no puede comercializarse, pero nada tendría de raro que fuera onerosa ".⁴⁷

⁴⁷ *Afianzadora Insurgentes, S.A. " Instructivo General de Fianzas ", 3.1. Clases de Fianzas, 1992 pág. 25.*

Los diferentes Códigos de Comercio que hemos tenido, al igual que la Doctrina Mercantil, tampoco dan un concepto de lo que es una fianza comercial (de hecho se afilian a la definición que la Doctrina Civil nos proporciona). Y en cambio, se adaptan criterios para decirnos cuando tienen este último carácter.

Se considera que en los casos en que la fianza se presta entre dos comerciantes, tiene siempre el carácter de mercantil, en virtud de que la fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio, reputa como actos de comercio " las obligaciones entre comerciante y banquero si no son de naturaleza esencialmente civil ".

La fianza puede ser mercantil así mismo en los casos siguientes:

1. Cuando tiene por objeto garantizar obligaciones mercantiles, pues aplicando el criterio analógico permitido por la fracción XXIV del artículo 75, la mercantilidad de la fianza sería indiscutible.
2. Cuando fuera comerciante el fiador y no se pudiera probar que la fianza otorgada no tiene conexión con su comercio (la fracción XX del artículo 75 del Código de Comercio).⁴⁸

⁴⁸ Cervantes Almirano Eirén, Op. cit. pág. 152 y 153.

La fianza mercantil es una garantía accesoria, generalmente no es onerosa, goza de los beneficios de orden y excusión y es otorgada por un comerciante el ejemplo más frecuente es la de fiador en los contratos de arrendamientos cuando el fiado es una filial del fiador (obligaciones comerciales). No se puede ofrecer al público (comerciantes) por ningún medio de publicidad, ni expedirse en póliza y mucho menos utilizar agentes.

Fianza de Empresa

Todas las dificultades que se presentan para determinar la mercantilidad de la fianza cuando esta se presta por personas físicas, comerciantes, o bien con el objeto de garantizar obligaciones mercantiles, se eliminan fácilmente cuando la operación se practica por empresas autorizadas por el estado para actuar profesionalmente como fiadores.⁴⁹

La fianza de empresa, es la otorgada por compañías legalmente autorizadas por el Gobierno Federal cuyas características principales son que se debe expedir en forma de póliza y a título oneroso.

El concepto de fianza de empresa es acogido por la doctrina más no por nuestra legislación, ya que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ni los Códigos de Comercio y Civil, hacen referencia de tal concepto.

⁴⁹ *idem.*

Por otra parte, se atribuye al maestro Luis Ruiz Rueda el uso por vez primera de dicha información, toda vez que anteriormente a este tipo de fianza se le denominaba como (Fianza Onerosa Mercantil), (fianza Mercantil), fianza prestada por empresa, todas ellas refiriéndose al mismo tipo de fianza, sin embargo no existía un concepto.

Como fué que decidió darle el nombre de fianza de empresa a las expedidas por compañías debidamente concesionadas, dice: " ... traté sin éxito de escoger una denominación más amplia que la que buscaba y como no la encontré, simplemente me referí a las fianzas que otorgan las compañías fiadoras, llamándola Fianzas Onerosas Mercantiles..., pero bien es sabido que aún fianzas onerosas que se celebren ocasionalmente por quienes no sean una sociedad afianzadora, pueden ser mercantiles ".

Si sólo las empresas afianzadoras pueden obtener la autorización estatal, es manifiesto que exclusivamente la fianza que otorguen las instituciones de fianza son fianzas de empresas.⁵⁰

La aplicación de la denominación " Fianza de Empresa " se ha generalizado dentro de la doctrina, ya que la misma es usada por diversos autores y catedráticos dentro de la aulas universitarias, así como, en la Suprema Corte de Justicia que ha aceptado tal concepto, lo cual puede apreciarse en la sentencia resolutive del amparo número 5013 que dice: "este contrato bilateral y oneroso denominado fianza de empresa nunca se concierta".

⁵⁰ Ruiz Rueda Luis, "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio ", México, D.F. 1960 pág. 11, 12 y 13.

La palabra " Empresa " en el ámbito de las fianzas, debe considerarse como un elemento específico ya que la empresa reconocida como una organización económica concesionada para otorgar estas garantías personales de manera onerosa, es sin duda alguna el principal elemento para distinguir a la fianza de empresa de otras.

Una vez precisada la denominación de fianza de empresa, a continuación se mencionan diversos conceptos:

La Afianzadora Insurgentes, S.A. a través de su instructivo general de fianzas establece que: " es la garantía otorgada por una sociedad anónima, autorizada por el Gobierno Federal para otorgar todo tipo de fianzas y cobrar por este servicio, pudiendo comercializar sus ventas por agentes comisionistas, operando bajo normas técnicas y apegadas a las leyes y reglamentos, y teniendo una capacidad de asumir responsabilidades por su solvencia económica y su técnica operacional ".⁵¹

La Compañía Mexicana de Garantías en su manual básico de fianzas establece que: " La fianza es un contrato por medio del cual una Institución de fianzas, legalmente autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se compromete a título oneroso (cobrando una prima) con un acreedor (beneficiario de la fianza) a cumplir la obligación de su deudor (fiado o afianzado) en caso de que éste no lo haga ".⁵²

⁵¹ Afianzadora Insurgentes, S.A., " Instructivo General de Fianzas ", Enero 1992, pág. 25.

⁵² Compañía Mexicana de Garantías, S.A. " Manual Básico de Fianzas ", 1990, pág. 10.

El maestro Luis Ruiz Rueda, define a la fianza de empresa como: "las otorgadas por las sociedades legalmente autorizadas para garantizar a título oneroso, personal y profesionalmente, las deudas ajenas".⁵³

Por su parte el Lic. Ramón Concha Malo, define a la fianza de empresa como: " aquella que otorga en forma habitual y profesional una sociedad mercantil, en nuestro derecho anónima, mediante el pago de una prima sobre la base de la solvencia del sujeto afianzado, con un gran control por parte del Estado no sólo en cuanto al nacimiento de la empresa otorgante, sino también a su funcionamiento y desarrollo, y en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas al expedir dicha garantía ".⁵⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a la Fianza de empresa como: " El contrato por el cual la institución de fianzas se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace, con el efecto de obligar solidariamente a la afianzadora al pago del adeudo a cargo del fiado... ".⁵⁵ De lo anterior se establece que como características esenciales de la fianza de empresa, tienen que ser compañías debidamente concesionadas por el estado para tal efecto, las fianzas deben ser forzosamente onerosas, expedirse en forma de póliza y con obligaciones solidarias en virtud de no contar con los beneficios de orden y excusión por disposición de la ley.

⁵³ Ruiz Rueda, Op. cit. pág. 89.

⁵⁴ Concha Malo Ramón, " Fianza Civil, Mercantil y de Empresa ", Tesis, México, D.F. pág. 62.

⁵⁵ Séptima Época, Tercera Parte, Volumen 133-138 pág. 65, R.F. 65/79 Central de Fianzas 5 votos.

Con base en todo lo antes expuesto y a efecto de concluir, a continuación emitiré mi definición personal de Fianza de Empresa: " La Fianza de Empresa es una garantía personal otorgada por una sociedad anónima de capital fijo o variable autorizada por el gobierno para celebrar contratos de adhesión de todo tipo de fianzas, con estipulación a favor de terceros, accesoria a una obligación principal, onerosa y debiendo constar esta en una póliza y por virtud de la cual la parte llamada fiadora (institución de fianza) se obliga ante otra llamada acreedor (tercero o beneficiario) al cumplimiento fiel y exacto por el deudor (fiado) de una obligación contraída en caso que este incumpla.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que: " El mérito indiscutible del legislador es sin duda su propósito de separar de la legislación administrativa, del control de las afianzadoras, todo lo relativo al régimen del contrato de fianza necesariamente onerosa, cuya práctica constituye el objeto propio de las sociedades anónimas de capital fijo o variable que reciben conforme a nuestra legislación administrativa la denominación de Instituciones de Fianzas ". Ese régimen de derecho, lo establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Nuestro país es el único de América Latina que tiene una legislación especializada sobre instituciones de fianzas, conforme a dicha ley, sólo las sociedades anónimas de capital fijo o variable autorizadas por el Gobierno Federal, pueden dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso (Art. 1º Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Estas operaciones, por disponerlo así el artículo 2º del mismo ordenamiento " 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 beneficiarios, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria ".

Por los términos en que están redactadas las disposiciones anteriores, se asegura que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, adopta un criterio subjetivo para determinar la mercantilidad de las garantías que se otorgan de acuerdo con la misma; pues no toma en cuenta la naturaleza de la obligación principal garantizada, sino únicamente la calidad de la persona fiadora, si ésta es una institución autorizada, la fianza es mercantil.

Son aplicables a la fianza mercantil en lo no previsto por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la legislación mercantil y el título décimo tercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal.

b) Fuente de las Obligaciones

Existen diversos criterios aún en nuestros días para establecer la fuente de las obligaciones de la fianza expedida por una institución autorizada, la cual ha sido aceptada en forma generalizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, así como por los conocedores de este tema con la denominación de " Fianza de Empresa ".

Dentro de las distintas teorías que existen sobre la fuente de las obligaciones de la fianza de empresa, está la que asevera que se trata de un contrato celebrado entre acreedor y fiador, la cual se puede contemplar como válida siempre que se trate de " Fianza de Fidelidad ". En este tipo de contrato, estamos frente a un contrato bilateral ordinario, ya que produce obligaciones y derechos únicamente para las partes que intervienen en él, que en el caso de este contrato sería el acreedor y el fiador, obligándose el primero de ellos a pagar una prima y el segundo a garantizar las responsabilidades de carácter delictuoso que pudiera cometer un empleado (fiado) en contra del acreedor (reparación del daño), como puede observarse en esta relación contractual el empleado no forma parte, ni se hace estipulación a su favor, mucho menos nacen derechos para él.

Podemos decir entonces que la fianza de fidelidad garantiza al acreedor el pago de los daños ocasionados por responsabilidades de carácter delictuoso que pudiera ocasionarle un empleado, voluntaria e intencionalmente y que trajera como consecuencia un detrimento patrimonial.

Sí existe además una obligación que puede ser materia de garantía y son obligaciones que consisten en no hacer en donde no es necesario que el fiado tenga que cometer el robo o el fraude, para que exista propiamente una obligación.

Para concluir, la fianza de fidelidad es diferente a las demás fianzas generales, así podemos decir que la fianza de fidelidad es la excepción que confirma la regla.

Con el objeto de continuar con la teoría de los que afirman que la fianza de empresa es un contrato, se hará alusión a la abrogada ley de 1942, ya que a través de la redacción de los artículos transitorios nos podemos dar una idea de la forma de pensar de los legisladores de aquella época, que estuvieron de acuerdo en que la fianza de empresa era un contrato, así pues el artículo primero establecía: " mientras no se legisle en materia de Contrato de Fianza Onerosa, este será regido por lo dispuesto en esta ley y por el título decimotercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal y territorios federales ".

El artículo segundo decía: " los contratos de fianza a título oneroso son actos de comercio... ".

El artículo tercero menciona: " el contrato de fianza onerosa que otorguen las instituciones de fianzas deberá probarse por escrito, y al efecto estarán obligados a expedir a los interesados una constancia en forma de póliza... " ⁵⁶

Como se desprende de la transcripción de dichos artículos, la Ley de Instituciones de Fianzas, concibe a la fianza de empresa como un contrato, aunque no especifica que tipo de contrato es, mucho menos establece quiénes son las partes en el mismo.

⁵⁶ Ley de Instituciones de Fianzas 1942, Publicada en el Diario Oficial 12 de Mayo de 1943.

En nuestros días la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis y jurisprudencias, ha reconocido a las fianzas de empresa el carácter de contrato, así se puede apreciar en las siguientes tesis:

Fianza fiscal cobro de Interrupción del término de prescripción del derecho de efectuarlo.⁵⁷

La fianza para garantizar el impuesto por importación de mercancía es un contrato por el cual la institución de fianzas se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace.

" Fianzas, momento en que comienza a correr el término para la prescripción tratándose del término de dos años a que se refiere el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, empieza a correr a partir del momento en que la obligación garantizada sea exigible, ya que el contrato de fianza por su naturaleza es accesorio, y por lo tanto, mientras no sea exigible la obligación principal, tampoco lo es la fianza otorgada ".⁵⁸

Definitivamente la fianza de empresa es un contrato, ya que se dan los supuestos específicos del mismo, es decir, la fianza nace de un acuerdo de voluntades entre la afianzadora y el fiado solicitante (excepto en las fianzas de fidelidad, en donde el acuerdo de voluntades se da entre beneficiario y afianzador), ese acuerdo de voluntades crea obligaciones específicas entre las partes, es decir, se dan los supuestos contenidos en el

⁵⁷ Tesis Relacionada con Jurisprudencia 233/85, Séptima Época, Tercera Parte, Volúmenes 133-158, pág. 65.

⁵⁸ Amparo Directo 5741/1971 Compañía Mexicana de Fianzas, S.A. Agosto 20 de 1975, 5 votos Ponente: Maestro Agustín Telles Cruces. Sala auxiliar informe 1975, tercera parte, pág. 74.

artículo 1793 del Código Civil para los contratos. Decimos que crean obligaciones recíprocas porque la fianza de empresa por disposición de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deben de expedirse a título oneroso, lo cual le da a este tipo de fianzas una característica fundamental, o sea que existen provechos y gravámenes recíprocos, en donde por una parte la afianzadora se compromete a cumplir por el deudor en caso de que este último no lo haga (objeto), y por la otra el fiador o solicitante se obliga a pagar una suma determinada de dinero por el otorgamiento de esa garantía.

Como se observa, se dan los dos elementos de existencia de los contratos que son: consentimiento y objeto. Pero el problema de la fuente de las obligaciones no termina aquí ya que algunas personas aseguran que la fianza de empresa efectivamente es un contrato pero con una estipulación a favor de terceros; otra corriente asegura que la fianza de empresa es una declaración unilateral de voluntades hecha en ejecución de un contrato, pero desvinculada después del mismo; otra teoría considera que la fuente de las obligaciones de la fianza de empresa resulta de una estipulación a favor de terceros, nacida ésta como una declaración unilateral de voluntades e incluso hay quien asegura que la fianza de empresa es simple y llanamente una declaración unilateral de voluntades.

Pero ahora hablaré de la corriente que considera que la fuente de las obligaciones de la fianza de empresa es un contrato con estipulación a favor del terceros.

" Cuando una persona contrata con otra, puede obtener que ésta se obligue en favor de un tercero, si no hubiese recibido mandato de dicho tercero, o si no fuese por cualquier otra razón su representante, se tratará de un caso de estipulación a favor de tercero ".⁵⁰

" La figura de la estipulación en favor de tercero, sólo puede darse en los contratos⁵⁰; en ningún otro acto jurídico puede presentarse y tiene justamente la característica de que a propósito del contrato, las partes no estipulan para sí, sino para un tercero ".⁵¹

A pesar de que el contrato es el único medio a través del cual se puede hacer la estipulación, el contrato por si mismo no puede explicarnos como nacen las obligaciones en favor del tercero. " La tesis contractual sería suficiente si el nacimiento de las obligaciones dependiera de la aceptación del tercero "⁵²; sin embargo no sucede así, pues tales obligaciones nacen en un momento anterior. Para nosotros ya no hay problema con respecto a cual es la fuente por virtud de la cual deviene obligado el que promete en la estipulación, pues los tratadistas mexicanos y el Código Civil, coinciden en que es la voluntad unilateral del promitente.⁵³

⁵⁰ Pieniol y Ripert, " Tratado Práctico de Derecho Civil Francés ", Habana 1940 Tomo VI, pág. 490. afirma. " en la conclusión de un contrato a favor de tercero no hay representación, pues el contrato se concluye en nombre propio y los efectos que no se sitúan en la persona del tercero afectan exclusivamente a los contratantes ".

⁶⁰ Así lo admite expresamente el artículo 1658 del Código Civil.

⁸¹ Rojas Villegas, Teoría cit. Tomo II, pág. 194.

⁶² Rojas Villegas, Teoría cit. Tomo II, pág. 196.

⁶³ Cervantes Altamirano Estrín, op. cit. pág. 127.

En el mecanismo de la estipulación en favor de tercero intervienen las siguientes personas: el promitente, que es el que emite su voluntad en el sentido de obligarse en favor del tercero; el estipulante, que es el que tiene interés jurídico en que el promitente se obligue; y el tercero, que en un momento posterior a la celebración del contrato, manifiesta su voluntad aceptando o rechazando la estipulación.

Con apoyo en la doctrina y en lo dispuesto por nuestro derecho vigente, se concluye aceptando como fuente de la obligación del promitente para el tercero, la declaración unilateral de voluntad; de la misma manera se precisan los elementos personales que intervienen cuando se realiza esta operación.

El maestro Ruiz Rueda, menciona que hasta 1932 que entró en vigor el Código Civil para el D.F., no era permitido en México celebrar contratos a favor de terceros, toda vez que nuestros anteriores códigos civiles se encontraron bastante influenciados por diversas legislaciones europeas en donde se encontraba consignada la máxima del Derecho Romano " Alteri Stipulari Nemo Potest ", que significa que nadie puede estipular para otro, es decir, que los contratos sólo producen efectos entre quienes los otorgan, Asimismo afirma que Alemania acabó con esta máxima milenaria e introdujo en su Código Civil la regla de que se podía estipular a favor de terceros, y cuyo ejemplo siguió México en el mencionado código de 1928, que entró en vigor en 1932, en los artículos 1868 in fine, aunque erróneamente clasificó a la estipulación a favor de terceros como una declaración unilateral de voluntad.⁶⁴

⁶⁴ Ruiz Rueda Luis, "El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio", México, D.F. 1960, pág. 85.

De acuerdo con lo que se ha comentado, el Lic. Ruiz Rueda concluye estableciendo que la fianza de empresa " es un contrato celebrado entre fiador y fiado con una estipulación a favor del acreedor, es decir este contrato se celebra por regla general entre fiador (afianzadora) y fiado o solicitante ".

La Suprema Corte de Justicia es clara en cuanto a la naturaleza de la fianza de empresa, al considerar a la misma como un contrato con estipulación a favor de tercero, sin embargo es importante apreciar como la misma Suprema Corte en forma determinada considera a la estipulación a favor de tercero como una consecuencia de un contrato, y no como una declaración unilateral de voluntad como establece el Código Civil.

En caso de aceptar como valedero que la fianza de empresa es un contrato con estipulación a favor de tercero, la afianzadora sería la promitente, mientras que el fiado (o solicitante o proponente) sería el estipulante.

En el caso de la estipulación hecha en un contrato, el derecho del tercero nace en el momento mismo que el contrato se perfecciona tal como lo establece al artículo 1890 del Código Civil vigente del Distrito Federal, mismo que dice: " El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato ". Así tratándose de fianzas expedidas por instituciones concesionadas para tal efecto, encontramos que

por costumbre el contrato se perfecciona al manifestar éstas (las afianzadoras), su consentimiento a la propuesta o establecimiento que se le presentó, lo cual hace mediante la expedición de la póliza que debe contener los requisitos que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas impone, pudiéndose poner dentro del contenido de dicha póliza algunas estipulaciones que las partes consideren necesarias o indispensables.⁶⁵

El contrato de fianza de empresa se celebra entre una compañía o institución de fianzas y el deudor a favor de un tercero, que es el acreedor, es decir, se trata de un contrato con estipulación a favor de tercero.

Como ya se ha dicho, la fianza de empresa es un contrato con estipulación a favor de tercero y como todo contrato tiene sus elementos de existencia como son el consentimiento libre de vicios y el objeto.

El Código Civil determina en su artículo 2803 " que el consentimiento puede ser expreso o tácito". Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito, resultará de hechos o de actos que le presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio de voluntad debe manifestarse expresamente.

⁶⁵ En este sentido entendemos como estipulación a la cláusula que se puede dar dentro de un contrato o convenio, siguiendo al maestro Rafael de Pina en su Diccionario Larousse, así como el Diccionario para Jurisprudencia de Juan Palomar de Miguel: " Cada una de las disposiciones de un documento particular o público " o bien como sinónimos de cláusula o condición según el Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos de Sáinz de Robles.

El consentimiento es un elemento esencial del contrato, consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de las obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior (concurso de voluntades).

Existe consentimiento expreso cuando se utilizan formas que exterioricen la voluntad de las partes, ratificándose por escrito y consentimiento tácito cuando hay una manifestación indirecta de la voluntad; cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha celebrado, porque esos hechos, que pueden ser también palabras, no tienen otra explicación, y los mismos se consideran como voluntad tácita o indirecta.

El Objeto

El objeto directo de los contratos es la creación o transmisión de las obligaciones o derechos, y el conjunto de las obligaciones es de: dar, hacer o no hacer.

El objeto de la obligación se considera también como el objeto indirecto o mediato del contrato que la engendra.

En resumen son objetos de los contratos:

1. La cosa que el obligado debe dar.

2. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer (Art. 2226 del Código Civil).

3. La prestación de cosas puede consistir:

En la traslación del dominio de cosa cierta.

En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.

En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

La cosa debe ser físicamente posible, al existir en el presente o en el futuro en la naturaleza; además de jurídicamente posible, al ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

En relación a la prestación de hechos, el hecho positivo o negativo del contrato debe ser posible y lícito. La imposibilidad jurídica no es la transgresión de la ley, sino lo que según ella no puede existir porque es contradictorio de los supuestos lógicos jurídicos de la misma. El acto puede ser también imposible cuando el sujeto sea incapaz con el objeto. Es lícito lo que no es contrario a la ley o a las buenas costumbres, es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Además del consentimiento y el objeto que son imprescindibles para que pueda hablarse de contrato, la ley exige otros requisitos que deben darse en la formación del contrato, para que éste produzca plenamente sus efectos o consecuencias jurídicas.⁶⁶

⁶⁶ Afianzadora Insurgentes, S.A. * Instructivo General de Fianzas *, pág. 18.

La ausencia de vicios en el consentimiento

Tradicionalmente como vicios del consentimiento se identifican al error, dolo, a la lesión y a la violencia.⁶⁷

La licitud en el objeto, motivo o fin

El objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe de ser lícita además de posible y asimismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe ser lícito.

c) Características del Contrato de Fianza de Empresa

El maestro Rojina Villegas clasifica a los contrato con base en las siguientes distinciones:

1. Bilaterales y Unilaterales
2. Onerosos y Gratuitos
3. Conmutativos y Aleatorios
4. Reales y Consensuales
5. Formales y Consensuales
6. Principales y Accesorios
7. Instantáneos y de Tracto Sucesivo ⁶⁸

⁶⁷ Zamora y Valencia Miguel Angel, "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, 1985 pág. 39.

⁶⁸ Rojina Villegas, Op. cit. pág. 9.

El Lic. Manuel Bejarano Sánchez adiciona dos distinciones más al clasificar a los contratos en: Nominados e Innominados y en Preparatorios y Definitivos.⁶⁹

Atendiendo a que la fianza de empresa es un contrato, las características del mismo se hacen con base en lo expuesto por los autores citados, más algunas otras que se le agregarán:

- a) Es bilateral porque se trata de un acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones para las partes que intervienen en su elaboración, por una parte la de pagar la prima y por otra la prestación de fiador.
- b) Es oneroso ya que para ambas partes se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, es decir, existe un sacrificio recíproco y equivalente, o sea cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra.
- c) El aleatorio como una subdivisión de los contratos onerosos, pues al momento de su celebración se desconocen las prestaciones de las partes, pues la afianzadora no sabe si deberá pagar (total o parcialmente) o no, su obligación fiadora, y tampoco se sabe cuantas primas periódicas anuales y por adelantado deberá pagar el fiado o

⁶⁹ Bejarano Sánchez Manuel, "Obligaciones Civiles" Editorial Harla, S.A. México, D.F. 1984 Tercera Edición pág. 43.

solicitante, por lo que resulta imposible determinar el resultado económico (ganancias-pérdidas, del acto en el momento de su celebración).

- d) Es consensual en oposición a real, toda vez que se perfecciona por el acuerdo de voluntades de las partes y su consentimiento, no siendo necesaria la entrega de ninguna cosa.

- e) Es formal en oposición a consensual, toda vez que el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que las instituciones de afianzadoras sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas y documentos adicionales a las mismas. No podemos considerar a la fianza de empresa como un contrato solemne, toda vez que la inexistencia de la póliza no significa que la garantía no exista, pues puede confirmarse expresa o tácitamente, o bien por algún otro medio de prueba.

- f) Es principal pues no depende de la existencia de otro contrato (normalmente), sino de la existencia de una obligación principal que puede ser o no un contrato. La clasificación que hace la doctrina de los contratos accesorios se basa en la preexistencia (obligatoria) de un contrato principal, cuestión que no siempre se da en la fianza de empresa, pues se pueden garantizar obligaciones que no emanan de un contrato.

- g) Es instantáneo ya que se forman y se cumplen en el momento en que se celebran, toda vez que la obligación de la afianzadora surge en el momento mismo de la celebración del contrato, puede llegarse a hacer efectiva esa obligación o no, pero la misma existe desde el perfeccionamiento del contrato, en cuanto al pago de la contraprestación (prima), también debe hacerse en el mismo momento.
- h) Es nominado puesto que tiene una ley particular que los rige independientemente de que tengan o no un nombre determinado y legalmente establecido. El maestro Bejarano Sánchez dice: " Los nominados son aquellos que están instituidos en las leyes, son contratos reglamentados en el Código Civil u otros procedimientos legales, y sus consecuencias están reflejadas en tales normas generales ".⁷⁰ En el caso de la fianza de empresa, es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el Código Civil y la Legislación Mercantil (artículo 113), los ordenamientos que contemplan las normas generales y sus consecuencias.
- i) Es definitivo ya que contiene la voluntad de las partes para decidir sus recíprocos intereses en el mismo contrato y no se obligan a la celebración de un contrato futuro.
- j) Es de garantía porque sirve para asegurar o reforzar el cumplimiento de un deber o una obligación.

⁷⁰ *Idem.*

- k) Es de empresa porque solamente puede ser celebrado por instituciones autorizadas bajo el régimen de una sociedad anónima.
- l) De adhesión porque se utilizan para su celebración formularios impresos (propuestas de contrato-contrato solicitud), cuyo clausulado general ha sido redactado previamente por la afianzadora para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales.
- m) Es con estipulación a favor de tercero porque la finalidad de la celebración del contrato de fianza consiste en que la afianzadora garantice a un tercero (ajeno al contrato), el cumplimiento de una obligación o de un deber a cargo de su deudor.⁷¹

⁷¹ Las últimas cuatro clasificaciones fueron tomadas de los "Apuntes sobre Fianza de Empresa" escritos por el Lic. Héctor Avarado González, pág. 17.

CAPITULO TERCERO

IMPORTANCIA DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO

a) *Clasificación de la Fianza de Empresa*

En lo sucesivo se hablará de los diversos ramos en que se ha clasificado a la fianza de empresa, según las instituciones de fianzas y la doctrina.

R a m o l

Fianza de Fidelidad

- a) Individual
- b) Cédula
- c) Global
- d) Cobertura Combinada
- e) Monto único para vendedores
- f) En exceso de la global

La fianza de fidelidad como ya se dijo anteriormente, su antecedente se remonta a poco antes del año 1720, cuando en Inglaterra una compañía de seguros ofreció asegurar a los amos contra pérdidas provenientes de la deshonestidad de sus criados.⁷²

La fianza de fidelidad en México, inicia con la fianza general en 1895 mediante concesión otorgada por el ejecutivo para que compañías nacionales y extranjeras practicasen en forma habitual operaciones de caución por el manejo de dinero de funcionarios y empleados públicos e incluso de particulares.⁷³

⁷² Cervantes Almirano Elérn, "Fianza de Empresa", México 1950 pág. 27.

⁷³ Compañía Mexicana de Garantías, S.A. "Manual Básico de Fianzas", pág. 30.

La fianza de fidelidad en términos generales, garantiza el pago de las responsabilidades que pudieran surgir por delitos patrimoniales cometidos por el empleado (fiado) en contra de su patrón (beneficiario).

Concepto: La fianza de fidelidad garantiza al patrón la reparación del daño patrimonial derivado de un delito cometido por uno o varios de sus empleados en contra de bienes del patrón o de bienes de los que sea jurídicamente responsable. El objeto de la fianza de fidelidad es resarcir al patrón de los daños sufridos por la comisión de un delito por parte de algunos de sus empleados. Es muy importante reafirmar este concepto para que no existan confusiones con el seguro, en la fianza de fidelidad el delito patrimonial (robo, fraude, abuso de confianza y peculado), tienen que ser cometidos éstos precisamente por el subordinado afianzado y no por terceras personas ajenas a la relación laboral.

Es requisito indispensable para hacer efectiva una fianza de fidelidad, que el delito haya sido cometido precisamente por el empleado con el cual se tiene la relación laboral, garantizando este tipo de fianzas la responsabilidad pecuniaria que resulta de la comisión del delito, responsabilidad que las leyes penales llaman reparación del daño y que debe ser cuantificada en dinero para poder ser exigible ante la afianzadora.

El desarrollo y crecimiento empresarial en el país, así como la inflación y falta de créditos, trajeron como consecuencia que las empresas tuvieran que emplear grandes cantidades de dinero para el financiamiento de sus actividades, incluyendo pago de salarios. Como consecuencia, los

dueños se vieron en la necesidad de confiar en sus empleados para el manejo de fuertes sumas de dinero y día con día se hacia necesario algún medio para asegurar dicha relación, por esta circunstancia la fianza de fidelidad ha ido evolucionando para atender las nuevas necesidades de los patrones.

Actualmente existen seis tipos diferentes de fianzas de fidelidad a través de los cuales se pretenden cubrir los requerimientos de los empresarios modernos para obtener la seguridad que necesitan de los empleados que manejan su patrimonio.⁷⁴

Los tipos de fianzas de fidelidad son:

1. Individual. Este tipo de fianzas son aquellas que se expiden para garantizar en forma individual a un empleado y hasta por una cantidad previamente establecida, para prevenir los delitos patrimoniales que pudiera cometer en el desempeño de sus funciones.
2. Fianza Cédula. También es conocida como fianza de grupo, la cual se puede decir que está formada por varias fianzas individuales reunidas en una sola póliza con un monto individual y con un vencimiento común, es decir, cada empleado que se encuentra dentro del grupo de este tipo de fianza, que pueden ser dos o más, tiene un monto determinado según las necesidades del patrón (beneficiario) y tomando en consideración el análisis del informe de

⁷⁴ *Compañía Mexicana de Garantías, S.A. Op. páginas 31, 32 y 33.*

sistemas de control interno que debidamente requisitado debe ser entregado a la afianzadora.

3. **Fianza Global.** Esta fianza es conocida también como colectiva, abierta o general, la cual garantiza las responsabilidades de la totalidad del personal administrativo de una empresa, con la exclusión de agentes de ventas o similares, y cuyo monto es único y común para todos. En este tipo de fianza, la afianzadora esta obligada a pagar hasta el monto de la suma afianzada, aunque sea a cargo de un mismo fiado, es decir, si una reclamación agota el monto de la fianza, ésta fenece. Cuando la reclamación es parcial, la suma afianzada se reduce en la medida del monto pagado. En este caso la empresa beneficiaria previa aprobación de la afianzadora, puede rehabilitar la fianza a su monto original, mediante el ajuste y pago de la prima correspondiente.
4. **Fianza Combinada.** Este tipo de fianza recibe su nombre porque tiene características de la fianza de cédula (ya que fija montos individuales de caución) y de la global (ya que tiene un monto máximo a pagar). En esta fianza se pueden incluir tanto empleados administrativos como vendedores con un monto individual que es la cantidad hasta por la cual queda obligada la afianzadora a pagar por un sólo fiado en caso de reclamación, siempre y cuando dicho monto individual sea inferior al tope máximo a pagar. Cuando son varias las reclamaciones, se paga hasta el tope máximo. Este tipo de fianza también puede ser rehabilitada, ya que en los casos en que se pague una reclamación de monto individual, ocasiona que el

tope máximo disminuya en la misma proporción de la cantidad pagada, como en la global y en las mismas condiciones. La fianza combinada opera con un deducible de 10% como mínimo sobre pérdidas, aunque por autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, puede recusarse este requisito en que las fianzas que se expidan a agentes de seguros y a apoderados de agentes de seguros (personas morales). En algunos otros casos se opera con deducibles fijos.

5. Fianza con Monto Unico para Vendedores (M.U.V.). Cauciona a todo el personal de ventas o similares con un monto común y máximo para todos los vendedores y del cual se pagará por reclamaciones hasta que el monto se agote. Este personal de ventas o similares pueden ser empleados o tener contratos de carácter mercantil, aunque en éstas últimas las compañías afianzadoras deben tener un mayor cuidado antes de expedir sus fianzas. Cualquier reclamación parcial con cargo a este tipo de fianza reduce su monto, sin embargo, existe la rehabilitación correspondiente si la afianzadora acepta después de haber analizado los riesgos. En este tipo de fianzas existe también un deducible a pagar, el cual va desde un 10% hasta el 20%, dependiendo el monto a pagar por la reclamación.

6. Fianza en Exceso de la Global. Esta fianza se da para los empleados que requieren de mayor cobertura que la global. En efecto, dentro de una empresa que tenga afianzados a sus empleados en una fianza global, pueden existir uno o varios

empleados que por razón de sus actividades necesiten una caución mayor, en tales casos opera la fianza en exceso, es decir operan como un complemento a la global. En caso de reclamación, se agota primero la Fianza Global y posteriormente la de exceso, y al igual que en las otras fianzas de fidelidad analizadas también puede ser rehabilitada.

R a m o II

Fianzas Judiciales de Materia

- a) Civil
- b) Familiar
- c) Mercantil
- d) De lo Concursal
- e) De Arrendamiento Inmobiliario
- f) Penal
- g) De Amparo

Este tipo de fianzas garantizan el cumplimiento de una obligación derivada de un procedimiento judicial y que se exhibirá ante una autoridad judicial competente, ya sea en materia civil, mercantil, familiar, penal, de arrendamiento inmobiliario, de lo concursal y de amparo.

De este concepto se desprende que la fianza judicial es la impuesta por un juez o tribunal a una de las partes en litigio para fines exclusivos de algún procedimiento, las cuales se expiden según su materia para:⁷⁵

⁷⁵ *Idem.*

a) Fianza Judicial en Materia Civil.

Esta fianza sirve para garantizar los posibles daños y perjuicios que se le puedan ocasionar a alguna de las partes en un procedimiento civil, derivado del incumplimiento de una obligación o contrato civil.

b) Fianza Judicial en Materia Familiar.

En este tipo de fianza, la más usual es aquella que sirve para garantizar los alimentos de los menores, derivados de un juicio de divorcio voluntario o necesario, también sirve para garantizar los manejos de los albaceas y de los tutores.

c) Fianza Judicial en Materia Mercantil.

Al igual que la materia civil, sirve para garantizar los posibles daños y perjuicios que se le puedan ocasionar a algunas de las partes litigantes, derivados del incumplimiento de algún contrato mercantil, también sirven para otorgar el levantamiento de un embargo en algún procedimiento mercantil.

d) Fianza de lo Concursal.

Este tipo de fianza sirve para garantizar los manejos de un Síndico en materia de quiebras y suspensión de pagos.

e) Fianza Judicial en Materia de Arrendamiento Inmobiliario.

Esta fianza sirve para garantizar los daños y perjuicios que puedan ocasionar a una de las partes en un juicio especial de desahucio, con motivo de la ejecución de la sentencia, en el caso de que el demandado haya presentado recurso de apelación.

f) Fianza Judicial en Materia Penal.

Esta fianza se otorga ante un juez penal y sirve para garantizar:

- 1. Libertad bajo fianza**
- 2. Condena condicional**
- 3. Libertad preparatoria**
- 4. Reparación del daño en parcialidades**

g) Fianza Judicial en Materia de Amparo.

Sirve para garantizar los posibles daños y perjuicios que se pueden ocasionar a una de las partes que intervienen en un juicio de amparo, sea directo o indirecto y que se deriven de la suspensión de un acto relacionado dentro del mismo procedimiento, sea en cualquiera de las materias antes mencionadas.

R a m o III

Fianzas Diversas y Administrativas

En este tipo de fianzas se encuentran todas las que no están incluidas en las dos ramas anteriores y garantizan todas clase de obligaciones, excepto las prohibidas por la ley, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En este ramo, se encuentran las fianzas materia de este trabajo las cuales me referiré más adelante en forma amplia y son las denominadas fianzas de cumplimiento, dentro de las cuales tenemos las que garantizan:⁷⁶

- a) Concursos y licitaciones
- b) Anticipos de contratos y pedidos
- c) Cumplimiento de contratos y pedidos
- d) Arrendamiento
- e) Buena calidad de obra realizada
- f) Condóminos
- g) Concesiones

⁷⁶ *Idem.*

- h) Permisos**
- i) Créditos fiscales**
- j) Importaciones**
- k) Exportaciones**
- l) Maquiladoras**
- m) Impuestos**
- n) De agencia de viajes**

En los casos de estas fianzas se garantiza la obligación de hacer o dar e incluso el dinero que se entrega a cuenta del importe total contratado (anticipo).

R a m o IV

Fianzas que Garantizan Operaciones de Crédito

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el 24 de agosto de 1990 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicó en el Diario Oficial de la Federación, reglas de carácter general para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito, abrogando en estas la circular número 305-14-09 y el oficio número 305-111-19307 de 24 de Noviembre y 17 de Diciembre de 1951 respectivamente, de acuerdo con tales reglas se faculta a las Instituciones afianzadoras que garanticen operaciones crediticias exclusivamente cuando se trate de:

1. El pago derivado de una operación de compra-venta de bienes y servicios o de distribución mercantil.
2. El pago parcial o total del principal y accesorios financieros, derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
3. El pago derivado de contratos de arrendamiento financiero.
4. El pago de financiamientos obtenidos a través de contratos de créditos garantizados con certificados de depósito y bonos de prenda expedidos por un almacén de depósito.

5. El pago derivado de documentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero.

6. El pago de créditos otorgados por institución financiera para la exportación e importación de bienes y servicios.

Las demás operaciones de crédito quedaron prohibidas a menos que contaran con la autorización expresa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En virtud de estas reglas y por disposición de la cláusula tercera del Capítulo III de las mismas fué que se creó este nuevo ramo.

b) Importancia de la Fianza de Cumplimiento

Como se establece anteriormente, la fianza de empresa se ha clasificado en cuatro " ramos ", según la obligación que garantizan dentro del ramo III denominado " Fianzas Diversas y Administrativas " se encuentra la " Fianza de Cumplimiento de Contratos y Pedidos "77, este tipo de fianzas se utilizan específicamente para garantizar:

- a) Anticipos, inversiones o devolución
- b) Cumplimiento, calidad y conservación
- c) Buen funcionamiento
- d) Devolución del Fondo de Garantía (5%)

77 ídem.

¿ Quienes la necesitan ? (Fiadores solicitantes)

Contratistas
Constructores
Proyectistas
Consultores
Proveedores

¿ Ante quienes se otorga ? (Beneficiarios)

Secretarías de Estado
Organismos Públicos Descentralizados
Empresas Particulares
Personas Físicas

La fianza de cumplimiento de contratos y pedidos, sirve para responder porque los trabajos contratados sean ejecutados o realizados en tiempo con las características de cantidad y calidad estipuladas, en estos casos se garantiza la obligación de hacer o dar; incluso el dinero que se entrega a cuenta del importe total contratado (anticipos).

Los contratos de cumplimiento, conservación, buen funcionamiento, si bien pueden ser garantizados de manera independiente generalmente se comprenden en una fianza que primero surte efectos para el cumplimiento y después para la calidad o conservación aplicable a construcciones o pedidos; el buen funcionamiento se entiende inherente a

maquinaria y equipo. En las obras públicas o pedidos del mismo origen, la gran mayoría de fianzas cubren ambos aspectos; de cumplimiento y calidad o buen funcionamiento, entendiéndose lo primero como el acto de sujetarse a plazos de ejecución o entrega a especificaciones de calidad en materiales y demás obligaciones del contrato. La calidad o conservación se garantiza generalmente durante un período (el más usual es un año) en el que se pueden apreciar defectos o vicios ocultos de construcción o desperfectos por inadecuada calidad de materiales, en tanto que en el buen funcionamiento se garantiza la corrección de defectos de construcción de maquinaria o equipos y reparación de daños. La devolución del 5% (retenido sólo en obras públicas como garantía) antes de la terminación de la obra es factible si se garantiza con la fianza.⁷⁸

Como podemos ver la fianza de cumplimiento es un contrato accesorio de garantía que depende de un contrato principal cuyas características son:

- a) Se otorga profesionalmente por una sociedad anónima de capital fijo o variable, autorizada para expedir fianzas como actividad única y esencial por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- b) Se expide a título oneroso, es decir cobrando el servicio (la contraprestación es la prima).

⁷⁸ *Idem.*

- c) El fiador (institución de fianzas legalmente autorizada), no goza de los beneficios de orden y excusión, fundamentalmente por tratarse de un acto mercantil y oneroso.

- d) Es un contrato accesorio de garantía cuya " existencia y extinción " es determinada por un contrato principal, que se esta garantizando.

- e) La fianza no puede otorgarse sin una obligación preexistente que sea valida y legal.

La fianza de cumplimiento al igual que el resto de las fianzas de empresa, representa una fuente de tranquilidad en varios aspectos, principalmente en el ámbito social y anónimo, logrando con ello una estabilidad que se traduce en beneficio del Gobierno Federal (Secretarías de Estado y Organismos Públicos Descentralizados) verbigracia Ferrocarriles Nacionales de México; los particulares y las relaciones entre ambas.

La fianza de cumplimiento en nuestro país resulta ser uno de los medios más eficientes e importantes para garantizar las obligaciones derivadas de pedidos y contratos con lo que se ha logrado una destacada actuación en la actividad económica nacional.

En Ferrocarriles Nacionales de México, como Organismo Público Descentralizado del Gobierno Federal, creado por ley del 11 de Diciembre de 1948, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 del mismo mes y año, continuada por su Ley Orgánica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Enero de 1985, cuyo objeto es la administración y operación del servicio público de carga y pasajeros del Sistema Ferroviario Nacional, considerado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 28 constitucional como una área estratégica; la ejecución y realización de los programas de inversiones para adquisición de bienes, así como las obras de infraestructura que se requieren para brindar un mejor y más eficiente servicio que cada día demanda la sociedad, requieren la protección, seguridad y tranquilidad que ofrecen a través de las garantías de respaldo, las instituciones de fianzas a las personas físicas o morales que participan en el desarrollo de la vida nacional, invirtiendo cantidades considerables, que bien pueden ser de particulares o del Gobierno Federal.

De la misma forma la estabilidad económica y solvencia de las instituciones de fianzas y de seguros, juegan un papel relevante en la vida económica del país, produciendo con ello confianza e interés para invertir en beneficio de los diversos sectores económicos.

En México la fianza de empresa ha logrado desarrollo tal que en la actualidad es la garantía por excelencia, mérito alcanzado a través del tiempo y por el eficiente servicio que brindan, el cual debe continuar mejorando, ante la situación de apertura de nuestra economía, propiciando su crecimiento y desarrollo, adoptándose medidas que les faciliten alcanzar

una mayor y más flexible capacidad operativa que les permita con un mayor dinamismo satisfacer los requerimientos respecto de los diversos tipos y montos de afianzamientos, acordes con las condiciones cambiantes de la economía.

Las instituciones de fianzas se encuentran contempladas como el sector más pequeño del Sistema Financiero Mexicano y se les ubica en el concepto de servicio público; por tal motivo se ha establecido un régimen de autorización para su funcionamiento, es por eso que el Gobierno Federal se ha preocupado por establecer controles eficientes para el desarrollo ordenado de este sector, donde se requiere estar en condiciones de continuar proporcionando adecuadamente el servicio de afianzamiento, a fin de continuar con su desarrollo y crecimiento el cual se da a través de diversas disposiciones legales (la más importante, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Las Instituciones afianzadoras no sólo son consideradas como garantes de obligaciones de terceros, sino también como grandes inversionistas institucionales ya que la ley antes mencionada las obliga a crear reservas por las operaciones que realiza, debiendo invertir éstas en la forma y términos de organismos del sector público que al efecto determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, asegurando que las afianzadoras siempre cumplieran con las obligaciones que asuman a través de la expedición de sus pólizas, ofreciendo una garantía eficaz y suficiente a las obligaciones de la colectividad.

c) Elementos específicos del Contrato

Los elementos específicos esenciales de la fianza de cumplimiento, son aquellos sin los cuales no puede existir un acto jurídico, es decir, son elementos que hacen de la fianza de cumplimiento (especie del género fianzas diversas y administrativas), un contrato nominado y diferente de los demás, aunque en el haya consentimiento y objeto como en todos los contratos.

De acuerdo con el maestro Luis Ruiz Rueda ⁷⁹, decimos que los elementos específicos de la fianza de empresa son tres:

1. Prestación del fiador, esto es su garantía del pago de la deuda ajena.
2. Prestación del Estipulado de la fianza, esto es la prima que debe pagar.
3. La prestación legalmente concesionada, la organización económica para otorgar estas garantías personales, como actividad sistemática legalmente exclusiva.

Del análisis de la fianza de empresa se desprende que en la celebración del contrato participan:

⁷⁹ Ruiz Rueda Luis, "Fianza de Empresa" pág. 45.

1. Solicitante o Proponente. Quien solicita el servicio de afianzamiento, que generalmente es el mismo fiado.
2. Fiado. Es el deudor principal, por quien la institución afianzadora se obliga.
3. Obligado Solidario. Es la persona física o moral que hace suya la obligación del fiado frente a la afianzadora y se compromete con su patrimonio.
4. Beneficiario. Es el acreedor ante quien se garantiza el cumplimiento de la obligación del fiado.

La institución de fianzas es una empresa u organización económica que tiene por objeto:

- a) Prestación de servicios con fines lucrativos, mediante el otorgamiento sistemático y profesional.
- b) Se otorga profesionalmente por una sociedad anónima de capital fijo o variable, autorizada para expedir fianzas como actividad única y esencial por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- c) Se expide siempre a título oneroso cobrando el servicio (la contraprestación es la prima).

El estipulante de la fianza es otro elemento personal es normalmente el mismo fiado, no se dice que sea por regla general, porque existen excepciones como en el caso de la fianza carcelaria donde el solicitante es siempre persona diversa al fiado.

El estipulante en el caso de los proveedores y contratistas que celebran con Ferrocarriles Nacionales de México contratos de suministros y obra pública, respectivamente tienen obligación por disposición legal de garantizar las obligaciones derivadas de las mismas y por lo tanto, tienen la obligación de pagar al fiador (afianzadora) una cantidad (prima) determinada como contraprestación del servicio otorgado.

En el caso de la fianza de fidelidad no es igual ya que el segundo elemento personal es el propio patrón o beneficiario de la fianza.

Elementos Formales

La fianza de cumplimiento igual que las demás fianzas de empresa, debe constar por escrito y en forma de póliza, las cuales deberán estar numeradas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, " esta póliza constituye un medio idóneo para hacer saber al tercero (en los casos de fianza a favor de tercero) que se ha estipulado garantía personal de la institución fiadora "80 a su favor, así como dar a conocer al oferente la aceptación de su oferta; así

⁸⁰ Concha Malo Ramón, Op. cit. pág. 281.

pues, se considera que la póliza es un documento declarativo, una constancia del contrato toda vez que si la misma llegará a extraviarse, la obligación fiadora contraída por la afianzadora, sigue vigente y es válida hasta en tanto no se extinga por alguna de las formas establecidas por la ley. Asimismo, el deudor en caso de que la afianzadora no haya expedido la póliza correspondiente tiene acción para exigir de ésta el otorgamiento de la misma en cumplimiento al contrato celebrado.

Elemento Real

Se designa como elemento real al objeto de la obligación asumida en un contrato⁸¹, y en el caso de la fianza decimos que su objeto es la garantía personal de pago de la deuda ajena, esto es que garantiza una obligación (principal) entre deudor y un acreedor, a esta obligación se le conoce como elemento real y tiene que ser válida, existente y posible, aunque sea futura.

Resumiendo lo anteriormente expuesto, la prestación del fiador es el primer elemento específico de la fianza personal, la expresión garantía personal no sólo permite precisar la prestación del fiador, sino también sirve para diferenciarlo de otros contratos de garantía como la prenda y la hipoteca que son reales y no personales.

La fianza de cumplimiento garantiza la deuda ajena y nunca la propia, puesto que ésta, por el sólo hecho de existir ya tiene la garantía general de los bienes del deudor. En el artículo 2964 del Código Civil para el

⁸¹ Ruiz Rueda, *Op. cit.* pág. 48.

Distrito Federal se establece: " El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a la ley son inalienables o no embargables.

El segundo elemento consiste en la prestación del estipulante de la fianza, a título oneroso, es decir cobrando el servicio o sea la " prima " que debe pagar, este segundo elemento debe existir en la fianza de cumplimiento por ser elemento esencial específico de este contrato.

El tercer elemento específico⁸² " es la sociedad anónima de capital fijo o variable, conocida como institución de fianzas, la cual deberá estar autorizada para expedir fianzas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; es decir la fianza de empresa es una operación que sólo puede ser efectuada por una persona moral legalmente constituida para operar de una manera profesional y organizada. Que la empresa sea elemento específico del contrato de fianza a título oneroso, resalta plenamente, asimismo las compañías afianzadoras deben realizar su actividad habitualmente y no ocasionalmente ya que esto es el requisito de la profesionalidad.

⁸² Afianzadora Insurgenles, " Instructivo General de Fianzas ", páginas 51, 52 y 53.

d) Efectos entre las partes

1. Entre afianzadora y fiado

La celebración del contrato de fianza produce derechos y obligaciones para ambas partes contratantes.⁸³

Por una parte surge la obligación de la afianzadora, la cual consiste en garantizar una obligación principal asumida por el fiado-deudor, que en el caso de la fianza de cumplimiento de contratos o pedidos, serán los contratistas o proveedores con quien celebra éstos Ferrocarriles Nacionales de México, en su carácter de tercero-acreedor, así como de expedir la póliza correspondiente y los documentos adicionales a la misma tales como: ampliación, disminución, prórroga, avisos de aceptación y otros endosos modificatorios.

Por otro lado surge la obligación del fiado a pagar a la afianzadora una cantidad de dinero por concepto de prima por períodos adelantados de un año y durante el tiempo que esté vigente la fianza. De la misma forma el fiado tiene el deber de informar a la afianzadora sobre cualquier modificación, extinción o cancelación de la obligación y garantía, así como de cualquier prórroga o espera que le conceda el acreedor para el cumplimiento de la obligación, so pena en caso de no hacerlo de seguir pagando primas, o en algunos casos hasta la extinción de la fianza,

⁸³ Santana García, Lic. José de Jesús, "Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa y su diferencia con la Fianza Civil", Tesis Profesional, 1991 páginas 236, 237 y 238.

asimismo también está obligado el fiador ante la afianzadora a reintegrar a ésta las cantidades que hubiese tenido que pagar en virtud de la fianza otorgada, así como los gastos realizados y los intereses generados desde el momento del pago.

Las obligaciones a que se hace referencia son "convencionales", plasmadas en el contrato que para tal efecto se realiza, sin embargo, no olvidemos que por disposición de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 113), tanto el fiado como la afianzadora pueden invocar las excepciones y derechos contemplados en el Capítulo III del título tercero de la segunda parte del libro cuarto y que se refiere a los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor.

Es importante mencionar los efectos que impone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas entre afianzadora y fiador. Primeramente la ley faculta a la afianzadora a tener acción contra el fiador aún sin haber ella pagado para que éste último les garantice por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso las posibles cantidades que llegasen a pagar con motivo de la fianza otorgada. La ley referida concede a las afianzadoras el derecho de la sustitución del deudor, permitiéndoles que sustituyan al fiado cuando se trate de obligaciones de hacer o dar, asimismo la ley permite que las instituciones fiadoras se conviertan en parte y en consecuencia, gocen de todos los derechos inherentes a ese carácter en los negocios y juicios de cualquier índole en los que hayan otorgado fianza e incluso los que se sigan contra el fiado.

Para finalizar diré que la ley de la materia concede a las afianzadoras el derecho de la subrogación de los derechos, acciones y privilegios que tenga el acreedor contra el deudor derivados de la obligación garantizada y originada en virtud del pago hecho por la afianzadora.

2. Efectos entre afianzadora y beneficiario

El beneficiario es el tercero a cuyo favor estipulan los contratantes, por lo tanto la relación jurídica que existe entre éste y la afianzadora es el hecho de que adquiere el derecho que nace del contrato estipulado a su favor. Al tener el beneficiario la póliza expedida por la afianzadora, sabe que está garantizado por la obligación que tiene el deudor para con él y que tiene un derecho que consiste en poder exigir a la afianzadora que cumpla por el deudor-fiado en caso de que éste no lo haga, este derecho que tiene el beneficiario puede o no ejercerlo, es decir, en caso de que el deudor-fiado cumpla perfectamente con la obligación contractual, el acreedor no tiene porque hacer válido el derecho consignado a su favor y del cual es sabedor a través de la póliza.

Por lo tanto, la relación entre afianzadora y acreedor-beneficiario, nace cuando se presenta el supuesto que consiste en el incumplimiento del deudor-fiado de la obligación garantizada, y es entonces cuando el beneficiario tiene el derecho de requerir y ejercitar acción contra la fiadora, y ésta por su parte tiene la obligación de cumplir por el fiado, lo que normalmente sucede mediante el pago de la obligación no cumplida y cuantificada en dinero. Puede ser que la obligación garantizada se incumpla

por el deudor-fiado y que pretenda hacerla efectiva el beneficiario, es decir, que pueda ser realizada o terminada por cualquier otra persona especializada en ese arte, profesión u oficio; en este caso puede la afianzadora contratar a un tercero ajeno y poder así, cumplir con su garantía. Esto último debería ser lo usual, sobre todo cuando se trata de obligaciones de hacer, sin embargo, en la práctica casi no se lleva a cabo y como regla general, en el caso de incumplimiento de la obligación del fiado se cuantifica en dinero.

Por tratarse de una fianza de empresa, como es el caso de la fianza de cumplimiento como característica esencial, la afianzadora no goza ante la beneficiaria " acreedor ", de los beneficios de orden y excusión, asimismo la fianza no se extingue porque el acreedor deje de requerir judicialmente al deudor por el incumplimiento de su obligación, como normalmente sucedería si se tratara de una fianza civil.

Los derechos que tiene el beneficiario de la fianza prescriben en tres años contados a partir de que la obligación se haga exigible, es decir, a partir del incumplimiento del fiado.

Es requisito para los beneficiarios que antes de entablar un juicio contra la afianzadora se le requiera el pago por escrito y en sus oficinas principales o sucursales, como un principio de legalidad, la institución tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación para lo cual dispondrá de un plazo hasta de 15 días naturales, contados a partir de la fecha en que le fué presentada dicha

reclamación. En este caso el beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas, y de no hacerlo en dicho término se tendrá por integrada la reclamación.

Pero si la institución no hace uso del derecho a que se refiere el párrafo anterior, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario. Una vez integrada la reclamación, la institución de fianzas tendrá un plazo de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que fué integrada la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario las razones, causas o motivos de su improcedencia. Si a juicio de la institución procede parcialmente la reclamación, podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda conforme a lo estipulado en el párrafo anterior y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a través de un procedimiento "conciliatorio" o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

3. Efectos entre fiado y beneficiario

El fiado-deudor y el beneficiario-acreedor como partes de una relación jurídica bilateral (fianza de cumplimiento), y en el caso de la fianza de fidelidad, trabajador y patrón respectivamente. La relación que existe entre ellos es la que se da con motivo del acto jurídico celebrado y que es conocido como la "obligación garantizada", ahora bien, existen relaciones entre ellos que van ligadas a la fianza otorgada como garantía para el cumplimiento de las obligaciones del deudor, a las cuales me referiré a continuación.

La transacción que haga acreedor (beneficiario) y deudor (fiado) aprovecha al fiador, pero no le perjudican, así pues tenemos que el acreedor concede una prórroga o espera al deudor principal, quien tiene la obligación de dar aviso a la afianzadora para que ésta exprese su consentimiento, so pena que de no hacerlo queda extinguida la fianza.

Existe otra relación que se da entre deudor y beneficiario en relación a la fianza, y ésta consiste en que cuando el acreedor pretende hacerle efectiva la garantía a la afianzadora por medio del juicio correspondiente, esta última tiene la facultad de poder llamar al deudor principal a ese juicio, es decir, denunciarle el pleito, en este caso el fiado tendrá que apersonarse en el juicio y expresar las excepciones que tenga contra el actor-acreedor y en este momento entra en una relación directa aunque contenciosa con el beneficiario. Las relaciones mencionadas aquí, se dan entre fiado y beneficiario en relación con la fianza de empresa, independientemente de las que se dan entre ellos por la obligación llamada principal.

CAPITULO CUARTO

FUNCIONAMIENTO DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO

a) Requisitos para su expedición

Antes de expedir una fianza, se deben tener presentes varios criterios generales, que servirán de guía para seleccionar adecuadamente los negocios o necesidades que se presentan. En la medida que la selección sea correcta y el proceso de expedición se realice con un estricto control de calidad, se reducen al máximo los riesgos de una posible reclamación (criterio de una institución de fianzas).⁸⁴

1. Licitud del negocio, el contrato u obligación que se pretende garantizar no debe ser contrario a la ley.
2. Certeza razonable sobre el cumplimiento de obligación principal garantizada. Existe la posibilidad real, física y moral sobre el cumplimiento de la obligación garantizada.
3. Posibilidad de éxito. Al expedir una fianza debe existir la posibilidad de éxito.
4. Solvencia moral de los solicitantes de la fianza. El cliente debe ser una persona confiable y honorable ya que asume una responsabilidad para aquél que es responsable y se fía por aquél que es fiable.

⁸⁴ Alianzadora Insurgentes, S.A. Op. cit. pág. 60.

5. Solvencia económica de los solicitantes de la fianza. El cliente debe tener solvencia económica, no se pueden expedir fianzas o personas que carezcan de ella, porque ni pagarán las primas de las nuevas anualidades, ni reembolsarán a la compañía las cuantificaciones que eventualmente llegare a pagar por ellas.
6. Solvencia técnica de los solicitantes de la fianza. El cliente debe poseer los conocimientos y las herramientas técnicas necesarias para cumplir con lo que se ha comprometido.
7. La no aceptación de familiares del agente como contrafiadores u obligados solidarios o viceversa, no se deben propiciar entre la compañía y sus agentes en caso de una reclamación.
8. Adecuación al solicitante sobre la responsabilidad solidaria. Los agentes deben ilustrar al obligado solidario de la fianza sobre su obligación solidaria con el fiado en todas las responsabilidades que resulten.
9. La suma de las fianzas expedidas a un cliente no debe de rebasar la capacidad económica del fiado, en su caso del obligado solidario. La suma de las responsabilidades reales acumuladas deben tener siempre garantías suficientes y comprobables por parte del fiado y de los obligados solidarios.

Esto garantiza la recuperación de reclamaciones pagadas y evita dificultades entre la compañía y sus agentes en el caso de una reclamación.

El precio de expedición de una fianza es el conjunto de actividades que se realizan ya sea en forma secuencial o simultánea y cuya finalidad es proporcionar al cliente un servicio oportuno, eficaz y de alta calidad de garantía del cumplimiento de obligaciones.

Existen básicamente tres procesos diferentes de expedición. Uno se aplica a las fianzas del Ramo I, es decir a las fianzas de finalidad, otro a las fianzas de los Ramos II y III, es decir, a las fianzas judiciales y administrativa, dentro de estas se encuentran las fianzas de fidelidad, y IV las fianzas de crédito.

A través del cuadro siguiente se presentan las semejanzas y diferencias entre estos procesos.⁸⁵

Expedición de la Fianza	I	II	III	IV
Detectar las necesidades del cliente y presentar cotizaciones	X			X
Aplicar la política de expedición de fianza	X	X	X	X
Analizar la obligación principal que dio origen a la fianza		X	X	X
Garantizar la recuperación de las cantidades que podría pagar Afianzadora Insurgentes, S.A. en su calidad de fiadora	X	X	X	X
Evaluar la solvencia moral, económica y técnica del fiado y del obligado solidario	X	X	X	X
Recopilar los documentos y formas de expedición	X	X	X	X
Elaborar la póliza de la fianza y el recibo	X	X	X	X
Llenar el cuestionario para las fianzas de crédito				X
Análisis Comhé de Crédito				X
Reafianzamiento				X

⁸⁵ Afianzadora Insurgentes, S.A. Op. cit. pág. 53.

Análisis de la obligación principal

La fianza sólo puede otorgarse si hay una obligación principal preexistente entre el fiado y el beneficiario, que sea válida y legal. La obligación que asume la afianzadora es sólo una obligación accesoria de la obligación principal que es susceptible de ser afianzada.

Para analizar la obligación principal se debe solicitar al cliente una copia del documento (contrato, pedido, convenio, etc.) de donde se derive la obligación principal y cuyo cumplimiento va a garantizarse con la fianza. El documento del cual se deriva la obligación puede ser de diversa índole, por ejemplo: para expedir una fianza de trabajos contratados por Ferrocarriles Nacionales de México para que la ejecución de una obra sea realizada en tiempo y con las características y cantidades estipuladas, el documento fuente de la obligación principal es el contrato de obra pública en este caso.

Una vez que ya se tiene la copia de los documentos en donde se encuentra establecida la obligación principal de la que se deriva la obligación accesoria, se puede ya iniciar el trámite de expedición de la fianza.

Recopilación de documentos y formas de expedición

Para las fianzas administrativas se requiere contar con los siguientes documentos y formas:⁸⁶

Contrato solicitud o contrato de fianza

Documento fuente de la obligación principal

Documento del fiado

Documento del obligado solidario

Cuestionario para personas físicas y morales

Resumiendo lo anterior para tramitar una fianzas se requiere:

1. Viabilidad del negocio (validez y legalidad) (capacidad y experiencia del fiado).

2. Garantías de respaldo (solvencia de los solicitantes) fiado y obligados solidarios.
 - a) Informes confidenciales y,
 - b) Balance del último ejercicio dictaminado o en su defecto último balance firmado por el responsable de la empresa.

⁸⁶ Afianzadora Insurgentes, S.A. Op. cit. pág. 59 y 60.

3. Expedición de la fianza que comprende:

- a) Contrato solicitud de fianza o del contrato sistemático de afianzamiento.
- b) Recibo de primas.
- c) Póliza de fianza.

Los solicitantes que sean personas físicas deben acreditar su identidad, si se trata de empresas:

- a) El fiado debe ser representado por una persona que acredite tener poder para actos de administración.
- b) Quien represente a los obligados solidarios (empresas) debe acreditar que tiene poder para actos de dominio, pues esta comprometiendo a su empresa por actos de terceros.

En virtud que el tema de este trabajo es la fianza de fidelidad, haré mención en forma breve de las personas que la necesitan con mayor frecuencia, ante quienes se otorgan y para que casos específicos sirven:

La necesitan los fiadores-solicitantes como:

Fabricantes
Constructores
Proveedores
Proyectistas, etc.

Estas fianzas de fidelidad se otorgan a los beneficiarios como:

**Secretarías de Estado
Organismos Públicos Descentralizados
Empresas Particulares**

A manera de mayor ilustración, a continuación me permito dar a conocer el concepto de los términos más usuales en la contratación de la fianza de empresa:

I. Elementos que intervienen en la contratación de dicha fianza:⁸⁷

Afianzadora. Institución legalmente constituida y autorizada por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para otorgar todo tipo de fianzas. Representa al fiador.

Beneficiario. Persona física o moral a favor o ante quien se emite la fianza. Representa al acreedor.

Fiado. Persona física o moral a nombre de quien se emite la fianza. Representa al deudor.

⁸⁷ Crédito Afianzador, S.A. "Curso Básico de Fianzas", pág. 40.

Solicitante o Proponente de la Fianza. Persona física o moral que solicita el servicio de afianzamiento y que generalmente se trata del mismo fiado.

Obligado Solidario. Persona física o moral que se compromete en forma colateral a cumplir la obligación contraída por el fiado ante la afianzadora, en caso de que éste no lo hiciera, eventualmente éste se incorpora a la relación contractual, en los dos casos en que el fiado no pudiera respaldar por sí sólo la obligación que nace de la fianza.

Licitación. Acción y efecto de ofrecer precio por una cosa en subasta y almoneda. Concurso.

Póliza. Documento que tiene descrita la fianza u obligación, debidamente protocolizada de acuerdo con los requerimientos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Prima. Contraprestación económica (pago) hecho por el fiado o solicitante de la fianza, por la prestación del servicio de afianzamiento.

Prima Bruta. Porcentaje a cobrar por la afianzadora, por el servicio.

Prima Neta. Prima bruta más accesorios.

Prima Mínima. Cantidad mínima de dinero que se cobra por concepto de prima.

Beneficio de Excusión. En la relación jurídica entre el acreedor, el deudor principal y el fiador, deben agotarse primero los bienes del deudor principal para cubrirse la obligación incumplida y posteriormente acudir ante el fiador para requerirle por el remanente.

Beneficio de Orden. Relación jurídica entre el acreedor, el deudor principal y el fiador, debe requerirse el pago al deudor principal para obtener satisfacción en el incumplimiento de la obligación contraída. De resultar negativa esta gestión debe recurrirse en segunda instancia ante el fiador.

En atención fundamental al carácter oneroso de la fianza de empresa, las afianzadoras no gozan por ley de estos beneficios y, en consecuencia el acreedor puede requerir el cumplimiento de la obligación al deudor principal, al fiador o a ambos simultáneamente y afectar el patrimonio del fiador antes que el deudor, si así se obtiene con mayor oportunidad la satisfacción de su interés.

En el caso de concursos y licitaciones en los que participan de una manera abierta, todos aquellos fabricantes, constructores, proveedores, proyectistas, etc., efectuando propuestas técnico-económicas que son analizadas por el área usuaria, es decir, por quien requiere que se haga la obra, servicio o suministro de bienes, para efecto de emitir el fallo correspondiente para adjudicar el contrato o fincar el pedido a quien haya hecho la mejor propuesta, tomando en consideración para ello, calidad, tiempo, precio, etc., según sea el trabajo o servicio que tenga que realizarse.

El objetivo de la fianza es: " la adquisición de equipo, maquinaria, la obra pública de acuerdo con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y aún las privadas de magnitud considerable requieren este tipo de fianzas, especialmente en el caso de tratarse de obras públicas que en general precisan de concurso para otorgamiento de contratos y de la misma manera cuando se trata del suministro de bienes o prestaciones de servicios de asesoría o consultoría. Estas fianzas proceden para garantizar anticipos, en cuyo caso deben cubrir el 100% de la cantidad entregada por disposición de ley y en las de cumplimiento de contratos o pedidos cuando son adjudicados éstos a quien resultó ser el mejor proponente, por precio, calidad, tiempo de entrega, en estos casos de fianzas se otorga como mínimo un 10% sobre el monto del contrato.

b) Casos y forma de reclamar

El primer presupuesto que debe darse para iniciar la reclamación de una fianza ante la institución afianzadora, es que ésta ocurra durante la vigencia de la misma. Otro presupuesto que debe realizarse, es que exista el incumplimiento de las obligaciones pactadas por parte del fiado.

Una vez tomado en consideración lo anterior, es muy importante señalar que en las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el pasado 14 de julio de 1993, se refieren precisamente al Capítulo IV Procedimientos Especiales, relativo a la presentación de la reclamación de las fianzas, la cual deberá hacerse de la manera siguiente:

En todos los casos los beneficiarios particulares deben requerir de pago a las afianzadoras, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para documentar la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza (la cual ha sido incumplida), artículo 93.

La afianzadora en caso de considerarlo necesario puede solicitar mayor información o documentación relacionada con la fianza motivo de dicha reclamación, disponiendo de 15 días naturales para hacerlo, contados a partir de la fecha en que le fué presentada la reclamación, en su defecto, se considera integrada la reclamación. Por su parte el beneficiario

tiene 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requerida por la afianzadora y de no hacerlo en dicho término, se considera integrada la reclamación. Una vez integrada la reclamación, la institución de fianzas tiene 30 días naturales para pagar o para comunicar al beneficiario las razones, causas o motivos de su improcedencia, pero si a juicio de la institución de fianzas procede parcialmente la reclamación, ésta puede hacer pagos parciales dentro del plazo que corresponda conforme a lo que se menciona anteriormente y el beneficiario esta obligado a recibirlo.

En caso que el beneficiario no esté de acuerdo con la resolución de la institución de fianzas, puede acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales competentes, para que haga valer sus derechos por la diferencia.

Es importante recordar que la sola presentación de la reclamación a la institución de fianzas en los términos antes mencionados, interrumpirá la prescripción establecida en el artículo 120 de la ley de la materia.

Si el beneficiario acude ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, deberá agotarse el procedimiento conciliatorio y el beneficiario puede designar árbitro a la Comisión, únicamente para un procedimiento de arbitraje en amigable composición, siempre que lo hubiere convenido expresamente el fiado.

El laudo que condene a una institución de fianzas, le otorgará para su cumplimiento un plazo de 15 días hábiles siguientes a su notificación; si no lo efectuare, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas impondrá a la empresa una multa hasta por el importe de lo condenado, corriendo el riesgo que en caso de no hacerlo así la propia Comisión condenará el remate en bolsa de valores propiedad de la institución, y pondrá la cantidad que corresponda a disposición del reclamante.

Los juicios contra las instituciones de fianzas se substanciarán conforme a lo dispuesto por las reglas establecidas en el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Las reclamaciones de fianzas expedidas a favor de autoridades pueden hacerse a través del procedimiento previsto para los beneficiarios particulares o por el procedimiento conocido del artículo 95 de la ley en comento.

Dentro de la reforma aludida se incluyen supuestos para solicitar que se garantice a la afianzadora por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso cuando:

- a) Se proporcionen datos falsos sobre el domicilio del fiado y demás obligados.

- b) Cuando se compruebe que algunos de los obligados incumplan obligaciones de terceros de modo que la afianzadora corra el riesgo de perder sus garantías de reparación, artículo 97 de dicha ley.

Se establece la posibilidad de crear procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros tanto para las reclamaciones como para las recuperaciones, artículo 103 Bis.

Se regulan las excepciones que puede oponer el fiado y se da libertad para que la afianzadora pueda hacer los pagos de las reclamaciones, cuando aquel no cumpla con sus requerimientos. De haber un pago de lo indebido, el fiado y demás obligados deben reembolsar a la afianzadora y la acción de pago indebido ejercitarla en contra del beneficiario. Se incorporaron caducidades para la cancelación de las fianzas, según que éstas garanticen por tiempo determinado o indeterminado y se relacionan con la prescripción, artículo 120.

c) Formas de extinción de la Fianza de Cumplimiento

Las formas de extinción de la fianza de empresa, son las mismas de la fianza en el Derecho Civil, con algunas diferencias.

Antes de iniciar el estudio de los modos de extinción de la fianza, conviene recordar brevemente las causas generales de extinción de toda obligación, principalmente accesoria, y que de acuerdo con la doctrina⁸⁶, podemos clasificarlas en las siguientes tres categorías:

La primera categoría se encuentra formada únicamente por el "pago", que es la forma normal de extinción de las obligaciones, puesto que consiste en el hecho de cumplir la prestación debida.

La segunda categoría comprende cuatro formas de extinción, que tiene como carácter común el que el acreedor ha obtenido una satisfacción distinta de aquella a la cual tenía derecho, estos son:

1. La novación, en la cual la obligación que se extingue es reemplazada por otra;
2. La dación en pago, en la que el acreedor recibe un objeto distinto del debido;
3. La compensación; y
4. La confusión, en la que el acreedor es satisfecho por la desaparición de la deuda que le incumbía.

⁸⁶ Santana García, Lic. José de Jesús, Op. cit. pág. 243.

La tercera categoría, en la que se colocan los modos que extinguen la obligación, sin que el acreedor haya obtenido satisfacción, y son:

- a) La remisión de deuda, en la que el acreedor renuncia a exigir el cumplimiento de la obligación;
- b) La imposibilidad de ejecución;
- c) El término extintivo;
- d) La prescripción negativa o liberatoria, que es un modo de extinción de la obligación por el transcurso del tiempo fijado por la ley; y
- e) La caducidad que es una sanción por falta del ejercicio oportuno de un derecho;

En cuanto a las formas de extinción de las obligaciones de las fianzas expedidas por instituciones de fianzas podemos decir que son dos: una indirecta o por vía de consecuencia, cuando se extingue la obligación accesoria por cualquiera de las causas generales de extinción de las obligaciones, aunque subsista la principal. De esta manera se distinguen las dos obligaciones: la principal garantizada y la accesoria del fiador, que no puede existir sin la primera; no obstante, si puede ocurrir lo contrario.⁸⁹

⁸⁹ *Idem.*

Algunas diferencias que encontramos entre la fianza civil con la fianza de empresa son:

La fianza de empresa no se extingue por el hecho de que el acreedor omita requerir judicialmente al deudor por el incumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente de la expiración del plazo, cuando el fiador se hubiera obligado por tiempo determinado, tampoco se extingue la fianza de esa si el acreedor deja de promover sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio entablado contra el deudor, cuestión que produce la extinción en la fianza civil, lo anterior obedece a que las instituciones de fianzas no cuentan con los beneficios de orden y excusión, por tal motivo cuando se trata de fianza de cumplimiento que es una especie del género de fianzas de empresa Ramo III, fianzas diversas y administrativas; el acreedor puede requerirlas sin antes haber demandado (judicial o extrajudicialmente) al deudor el cumplimiento de su obligación.

Otro de los casos en que no opera la extinción de la fianza de empresa, aunque sí en la de Derecho Civil, es cuando una fianza se otorga por tiempo indeterminado, en esos casos el fiador civil tiene derecho, cuando la deuda principalmente se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación; si en ese plazo no ejercita el actor su acción o haciéndolo deja de promover sin causa justificada por más de tres meses, entonces liberará al fiador civil de su obligación.

Esta forma de extinción de la fianza civil, no se da en las que se expiden por instituciones afianzadoras porque las mismas no gozan de los beneficios de orden y excusión como ya ha quedado explicado.

Una forma de extinción directa y que sólo se da en la fianza de cumplimiento, que es una fianza de empresa, es el plazo de prescripción para ejercitar las acciones de la misma, y que se encuentra establecido por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 120, este plazo de prescripción es de tres años y aunque prescriben las acciones derivadas de la fianza de cumplimiento, deja subsistente la obligación principal, pudiendo el actor hacerla valer por los medios legales conducentes.

El término para que opere la prescripción, empieza a correr a partir de que el fiado incumple su obligación principal garantizada, y sólo es interrumpible por el requerimiento de pago presentado a la afianzadora como principio de legalidad.

Existe otra causa presumible de extinción de la fianza de empresa contemplada en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y consiste en que cuando sea devuelta una póliza a la institución fiadora que la otorga, se tendrá a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, esta causa de extinción no puede considerarse general y aplicable a todas las fianzas expedidas por compañía afianzadora, ya que pueden darse supuestos en los que por algún error del beneficiario, la póliza se haya devuelto sin haber sido cumplida la obligación principal, en estos casos la fiadora tendrá que cumplir con su obligación en caso de hacerse exigible, no pudiendo alegar la extinción de su obligación por el

simple hecho de la devolución del original de la póliza de fianza, pues el beneficiario tendría otros medios de prueba para comprobar que el fiado no cumplió con la obligación a que estaba comprometido y dado que no se había presentado ninguna otra causa de extinción de la fianza, ni directa, ni en vía de consecuencia, entonces la institución fiadora tendrá que cumplir por el deudor.

De conformidad con lo anterior y aunque la ley de la materia considere como causa de extinción de la fianza la devolución de la póliza, esto no puede considerarse de aplicación general, pues como ya observamos aún la afianzadora con el original en su poder se puede ver obligada a cumplir su obligación fiadora.

Como último medio para extinguir la fianza de empresa (aunque no este contemplado en ninguna ley), es la autorización que realice el beneficiario (acreedor) por escrito a la afianzadora, manifestando el cumplimiento de la obligación del fiado (deudor), expresando su consentimiento para la cancelación de la misma.

Conclusiones

A través del presente trabajo de tesis, al que he denominado "La importancia de la Fianza de Cumplimiento en Ferrocarriles Nacionales de México", pude confirmar que la fianza en principio es un contrato de naturaleza esencialmente civil, considerado desde su nacimiento como una garantía personal, en virtud de que el acreedor, necesitaba asegurar más el cumplimiento de las obligaciones de esa manera, el manejo y utilización de dicha garantía personal resulta sin lugar a duda de gran ventaja para el acreedor.

De lo anterior se desprende que la fianza presupone siempre la existencia de una obligación llamada principal, es decir, la fianza es una garantía personal y accesorio.

De esta manera al analizar la fianza expedida por una Sociedad Anónima de Capital Fijo o Variable, debidamente autorizada por el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, denominada, institución de fianzas, se establece que se trata de una garantía personal, expresada en un contrato oneroso con estipulación a favor de tercero.

Esta fianza ha sido reconocida como " Fianza de Empresa " y resulta ser uno de los medios más importantes de garantizar el cumplimiento de obligaciones. ya que constituye una fuente de tranquilidad y es considerada por ende la garantía por excelencia.

La fianza de empresa, se divide en cuatro ramos que son:

- I. Fianzas de Fidelidad
- II. Fianzas Judiciales
- III. Fianzas Diversas o Administrativas
- IV. Fianzas de Crédito

Dentro del ramo III, denominado fianzas diversas o administrativas se encuentra la fianza de empresa, la cual es el género y la fianza de cumplimiento es la especie.

En los ramos II, III y IV, el contrato de fianza se celebra entre Fiador (Afianzadora) y el Fiado o el (Solicitante).

A excepción del Ramo I, denominado Fianzas de Fidelidad en el que se trata de un contrato bilateral ordinario celebrado entre Acreedor y Fiadora, donde el primero o sea el Patrón, paga una prima y la Afianzadora garantiza las responsabilidades de carácter delictuoso que pudieran cometer uno o más empleados en contra del Acreedor.

Este contrato en la práctica puede darse el caso que contraten Fiado y Fiador, a favor del Acreedor y en tal caso sería un contrato con estipulación a favor de tercero.

Al respecto el Lic. Ernesto Gutiérrez y González establece que, " La estipulación a favor de terceros es una cláusula en virtud de la cual, en un contrato, una parte declara que la otra parte promete realizar determinada prestación a favor de otro ". Por tanto, las obligaciones derivadas de contrato con estipulación a favor de tercero son de origen contractual, por la simple y sencilla razón que derivan de una contrato.

La figura de la estipulación a favor de tercero, sólo puede darse en los contratos ya que en estos casos cuando una persona contrata con otra, puede obtener que ésta se obligue en favor de un tercero.

El contrato de fianza de empresa, se caracteriza por ser:

1. Bilateral ya que genera derechos y obligaciones de manera recíproca para las partes.
2. Oneroso por disposición de ley.
3. Aleatorio ya que cuando se celebra se desconocen las prestaciones de las partes.

4. **Consensual** ya que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas como establece que las afianzadoras asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas.
5. **Accesorio** ya que se trata de una obligación principal que puede ser o no otro contrato.
6. **Instantáneo** en virtud de que las obligaciones de las partes inician en el momento de la celebración del contrato.
7. **Nominado** por estar regulado por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
8. **Definitivo** porque las partes no se obligan a celebrar uno futuro.
9. **De garantía** porque se utiliza en el caso de la fianza de cumplimiento para asegurar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones.
10. **Es de empresa** porque como ya se menciona antes, únicamente puede ser celebrado por instituciones de fianzas autorizadas por el Gobierno Federal para ese efecto.
11. **Con estipulación a favor de Tercero** porque la afianzadora garantiza a un Tercero (Beneficiario) ajeno al contrato, el fiel y exacto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del Deudor o Fiado.

En el caso de Ferrocarriles Nacionales de México, se ha comprobado que la fianza de fidelidad es un medio eficiente, seguro e importante tanto en el desarrollo de los proyectos realizados a través de contrato, pedidos y servicios que requiere el Organismo de particulares, así como para la protección y seguridad de los recursos económicos del Organismo, asegurando con ello su patrimonio, ya que con dichas fianzas, se procura respaldar y proteger el cumplimiento de sostenimiento de ofertas, entregas de anticipos y el cumplimiento de contratos, no sin antes hacer la aclaración que en el caso de los contratos, pedidos y prestación de servicios, la fianza de cumplimiento siempre es solicitada para resarcirse por los posibles daños y perjuicios que lleguen a ocasionar los fiados con motivo del incumplimiento de las obligaciones pactadas.

Sin embargo, Ferrocarriles siempre ha buscado tener el mejor trato con las empresas que realizan los trabajos encomendados en lo que se refiere a tiempo, calidad y cantidad; es decir no es de su interés el estar reclamando fianzas por incumplimiento.

En esa virtud, el Organismo y todos aquellos beneficiarios que tienen la necesidad de proteger sus intereses a través de este sistema y principalmente en el caso de las fianzas de cumplimiento, estoy seguro que en este momento tendrán una gran preocupación, derivada de las reformas efectuadas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Julio de 1993, donde se hace referencia entre otras, a la reforma de los artículos 93 y 95

de la ley en comento, considerados como la parte más importante de las reformas mencionadas, ya que éstas se refieren al procedimiento de reclamación de fianzas para requerir el pago ante las instituciones afianzadoras por parte de los Beneficiarios.

Derivado de las reformas mencionadas, efectué un análisis comparativo del artículo 93 entre lo que establecía anteriormente y ahora con dichas reformas; es decir en cuanto al procedimiento para requerir el pago de fianza a una Institución de Fianzas por parte de los beneficiarios, como sigue: antes de la reforma al artículo 93, los beneficiarios a su elección podían presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o hacer valer sus derechos en contra de una institución de fianzas o ante los tribunales, debiendo requerirla en este último caso por oficio o escrito dirigido a sus oficinas principales, sucursales u oficinas de servicio para que cumpla sus obligaciones como fiadora, disponiendo de un plazo de 30 días hábiles para hacer el pago, si es que procedía.

Ahora con las reformas efectuadas a este artículo, los beneficiarios deberán agotar primero como un requisito de legalidad la reclamación a la institución por escrito acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

La institución tendrá derecho a solicitar todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo de 15 días naturales contados a partir de la fecha en que le fué presentada dicha reclamación. En

este caso el Beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término se tendrá por integrada la reclamación.

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

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que fué integrada la reclamación para proceder a su pago o en su caso para comunicar por escrito al Beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia.

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

Como se desprende de lo antes expuesto, es indudable que las reformas del 14 de Julio de 1993 a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en lo que se refiere al procedimiento para requerir el pago, se vuelve mucho más complicado que como se realizaba anteriormente, ya que resta eficiencia y confiabilidad a la fianza como garantía de respaldo, y pareciera que con dicha reforma ahora además las afianzadoras gozaran del beneficio de orden y excusión por las razones siguientes:

Si bien es cierto que pudiera darse el caso que pasado el término fijado por el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para la integración de la reclamación del beneficiario por falta de cuidado de la afianzadora, esta se considerará debidamente integrada, aún sin que el beneficiario hubiera presentado toda la documentación necesaria y dicha reclamación se pagará en su totalidad, lo cual considero muy remoto; también es cierto, que la afianzadora pudiera considerar a su libre arbitrio que el beneficiario no presentó toda la documentación requerida, y por considerarlo así, ya vencido el término de 15 días naturales, corre el riesgo el beneficiario de que la afianzadora proceda a hacerle el pago en forma parcial y el beneficiario esta obligado a recibirlo.

Por ese simple hecho, la afianzadora esta causando perjuicio al beneficiario, ocasionando con ello que se pierda confiabilidad y credibilidad en la fianza como un documento de respaldo, ya que no obstante que al beneficiario le quedan a salvo sus derechos para hacerlos valer ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales competentes, ello significaría perder el tiempo y consecuentemente la eficiencia de la fianza, complicando el trámite de reclamación.

Vale la pena nuevamente remarcar que una de las características esenciales de las afianzadoras es que en su carácter de fadoras éstas no gozan de los beneficios de orden y excusión.

Por otra parte, no es posible que las afianzadoras además de cobrar una prima por el servicio que prestan, se deje a su consideración y como facultad discrecional el pagar en forma parcial una reclamación hecha por un beneficiario y por si fuera poco, dicho beneficiario esta obligado a recibirlo.

Lo anterior quiere decir que al no existir confiabilidad de respaldo en la fianza de cumplimiento y en general en otro tipo de fianzas administrativas por la falta de eficiencia de la misma, deja de tener sentido el contratar fianzas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, ya que yo pido una fianza para mi seguridad y tranquilidad en el caso de que el fiado (mi deudor) no cumpla con las obligaciones a su cargo hay un fiador-pagador, que se encargará de hacerlo.

De no ser así, para que pido una fianza, mejor busco otra forma de garantizar o de respaldar las obligaciones.

Con lo expresado anteriormente, nos damos cuenta que en principio el análisis que se realizó para llevar a cabo las reformas, seguramente y con todo respeto fueron hechas por personas que no tienen conocimiento pleno de la materia, ya que parece que dichas reformas se hicieron a la ligera; es decir, sin tomar en consideración las repercusiones del caso y sin prever especialmente el riesgo que corren las afianzadoras de perder en la medida en que se complican los trámites y de la falta de confiabilidad de las fianzas, un sinnúmero de clientes, ya que hasta antes de la reforma yo sostengo que la fianza es la garantía personal por excelencia.

Propuesta de Solución. Con base en lo anterior, es necesario que se realice un análisis de nueva cuenta de la redacción de los artículos 93 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para que en forma detenida y profunda se reconsidere su aplicación y de ser necesario se dejen sin efecto dichas reformas, esencialmente en lo relativo al artículo 93, la cual es considerada como la reforma más importante, de acuerdo con la publicación del Diario Oficial de la Federación del 14 de Julio de 1993.

Lo anterior en virtud de que la redacción de dicho artículo no es aplicable ni procedente a las demandas actuales de los usuarios, ya que de quedarse así, causan perjuicios severos a los beneficiarios de las fianzas, restándole confiabilidad como garantía de respaldo a quienes las usan; y por tanto se corre el riesgo de empezar a buscar otro medio de garantía personal, ya que independientemente de todo, no se está tomando en consideración que no se trata de una fianza civil, sino que se trata de una fianza de empresa en la que las afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión, por lo tanto debe regresarse en forma urgente a la aplicación del artículo 93 como se hacía anteriormente, es decir hasta antes de la reforma del 14 de Julio de 1993, para la reclamación de las fianzas y quizá lo que sí debiera modificarse son los términos para que las afianzadoras integren la reclamación y efectúen los pagos correspondientes a sus beneficiarios.

Bibliografía

Libros :

1. Bakman Jules, " Surety Rate Marking ", New Ycrk, 1948.
2. Bejarano Sánchez Manuel, " Obligaciones Civiles " Editorial Harla, S.A. México, D.F. 1984 Tercera Edición.
3. Blanco Constans, Francisco, " Estudios Elementales de Derecho Mercantil ", Madrid 1936, Tomo I.
4. Cervantes Altamirano, Efrén, " Fianza de Empresa ", México 1950.
5. " Curso Básico de Fianzas " Crédito Afianzador, S.A.
6. De la Garza Sergio Francisco, " Derecho Financiero Mexicano ", Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1985.
7. Iniciativa de Reformas Exposición de Motivos.
8. Flore, Pascuale, " De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes ", Madrid 1927.
9. Floris Margadant, Guillermo: " El Derecho Privado Romano " . Décima Edición Ed. Esfinge, S.A., México 1979.
10. Floris Margadant Guillermo: " Introducción al Derecho Mexicano " Sexta Edición. Editorial Esfinge S.A. México 1984.
11. Gamboa José M. " Leyes Constitucionales ", México 1901.

12. García Trinidad: "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho", Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1953.
13. Gutiérrez y González Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ", Quinta Edición, Editorial Cajica.
14. Magee John H., " Seguros Generales ", Tomo I.
15. " Manual Básico de Fianzas ", Compañía Mexicana de Garantías, S.A. 1990.
16. Memoria de Hacienda de 1894-1895.
17. Petit Eugene: " Tratado Elemental de Derecho Romano ". Traducción de José Fernández González, Editorial Epoca, México, D.F. 1977.
18. Planiol y Ripert, " Tratado Práctico de Derecho Civil Francés ", Habana 1940, Tomo VI.
19. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, " Apuntes para una Reforma del Código de Comercio Mexicano ", México 1943.
20. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, " Curso de Derecho Mercantil ", México 1947, Tomo I.
21. Rojina Villegas Rafael, " Compendio de Derecho Civil (Contrato) ", Editorial Porrúa.
22. Ruiz Rueda Luis, " Régimen Publicista de las Empresas de Fianzas ", artículo publicado en la revista "Jus".
23. Ruiz Rueda Luis, " El Contrato de Fianza de Empresa en el Proyecto del Código de Comercio ", México, D.F. 1960.
24. Ruiz Rueda Luis, " Fianza de Empresa ".
25. Salvat R. M., " Tratado de Derecho Civil Argentino ", Tomo VI. Editorial La Ley Buenos Aires, Argentina.

26. Santana García, Lic. José de Jesús, " Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa y su diferencia con la Fianza Civil", Tesis Profesional, 1991.
27. Zamora y Valencia Miguel Angel, " Contratos Civiles ", Editorial Porrúa, 1985.

Jurisprudencia:

1. Séptima Epoca, Tercera Parte, Volumen 133-138 R.F. Página 65 65/79 Central de Fianzas 5 votos.
2. Tesis Relacionada con Jurisprudencia 233/85, Séptima Epoca, Tercera Parte, Volúmenes 133-158.

Diario Oficial de la Federación:

1. Diario Oficial de la Federación 3 de Junio de 1895.
2. Diario Oficial de la Federación 24 de Mayo de 1910.
3. Diario Oficial de la Federación 11 de Marzo de 1925.
4. Diario Oficial de la Federación 19 de Noviembre de 1926.
5. Diario Oficial de la Federación 29 de Junio de 1932.

Leyes y Códigos:

1. Ley de Instituciones de Fianzas 1942, Publicada en el Diario Oficial 12 de Mayo de 1943.
2. Código Civil.

Diccionarios:

1. " Diccionario de Derecho Privado ", Cf. Voz garantía, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid, 1950.
2. " Diccionario Jurídico Mexicano ", Tomo IV (E-H), Editorial Porrúa, 1985.
3. " Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado ", García Pelayo y Gross Ramón, 1977.
4. " Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia ". Escriche, Librería de CH Bouret, París.
5. " Diccionario Real Academia de la Lengua Española ", Madrid, Décima Quinta Edición.

Instructivos:

1. " Instructivo General de Fianzas ", Afianzadora Insurgentes, S.A. 3.1. Clases de Fianzas, Enero 1992.

Amparo:

1. Amparo Directo 5741/1971 Compañía Mexicana de Fianzas, S.A. Agosto 20 de 1975, 5 votos Ponente: Maestro Agustín Telles Cruces. Sala auxiliar informe 1975, Tercera Parte.

Ponencias:

1. Ponencia de Crédito Afianzador presentada a la Asociación de Banqueros de México el 10 de Marzo de 1942.

Tesis:

1. Concha Malo Ramón, " Fianza Civil, Mercantil y de Empresa, Exposición Sistemática ", Escuela Libre de Derecho, México, D.F. 1977.