

65
26



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

"CAMPUS ARAGON"

**"EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LA
FIANZA DE EMPRESA"**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
JOSE CESAR CARRASCO GUTIERREZ

ASESOR DE TESIS: LICENCIADO ANTONIO LUNA CABALLERO

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1996.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA MEMORIA DE MI PADRE

JOSE CESAR CARRASCO GOMEZ.

CON EL ORGULLO DE HABER
CUMPLIDO CON LA PROMESA
QUE LE HICE.

A MI MADRE

MARIA GUADALUPE GUTIERREZ ROSSANO.

RECONOCIENDO SU GRAN AMOR Y CARIÑO,
ASI COMO EL ESFUERZO QUE HIZO PARA
SOLVENTAR MIS ESTUDIOS, SIN LO CUAL
NO HUBIERA LOGRADO ESTA META.

A MIS HERMANOS

OSCAR, JORGE Y REYNA.

CON ADMIRACION Y CARIÑO,
GRACIAS POR SU COMPRESION.

A LA MEMORIA DE MIS ABUELOS

JOSE Y LORENZO.

CON LA SATISFACCION DE UN
DESEO CUMPLIDO.

A MI ABUELITA

CONSUELO.

AGRADECIENDOLE SUS CUIDADOS, LOS
CONSEJOS Y EL CARIÑO, QUE DURANTE
MI FORMACION PERSONAL Y PROFESIONAL
ME BRINDO.

A MI ABUELITA

JULIA.

COMO UN RECONOCIMIENTO A SU
BONDAD Y TERNURA.

A XOCHITL.

CON AMOR Y CARIÑO POR LO MUCHO
QUE REPRESENTAS PARA MI Y PORQUE
GRACIAS A TU APOYO, MOTIVACION Y
COMPRESION LOGRE CONCLUIR ESTE
TRABAJO.

A MIS HIJAS

JESSICA Y NOEMI.

CON MUCHO AFECTO Y CARIÑO Y QUE AUNQUE
AUN SON PEQUEÑAS, LES SIRVA COMO ESTIMULO
Y SUPERACION EN SUS ESTUDIOS QUE EMPRENDAN.

A MIS TIOS

RAUL Y BERTHA.

AGRADECIENDOLES SU BONDAD,
CUIDADOS Y LA PREOCUPACION
QUE TUVIERON CONMIGO EN LOS
MOMENTOS DIFICILES.

ALFREDO.

POR EL APOYO QUE ME BRINDO, EN
EL TIEMPO QUE CONVIVIO CON LA
FAMILIA.

LORENZO.

COMO UN RECONOCIMIENTO, A SU
ORIENTACION Y POR LOS CONSEJOS
QUE ME BRINDO DURANTE MUCHOS
AÑOS.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO.**

**POR SU GRAN LABOR Y APORTACION A
LAS DIVERSAS GENERACIONES, PARA SU
PREPARACION PROFESIONAL QUE SIRVE
AL DESARROLLO DE NUESTRO PAIS.**

AL SR. LIC. ANTONIO LUNA CABALLERO.

**POR SU VALIOSA INTERVENCION Y POR EL
APOYO BRINDADO PARA LA ELABORACION
DE LA PRESENTE TESIS.**

A MIS SINODALES

COMPAÑEROS

Y

AMIGOS.

AL SR. LIC. FRANCISCO VELASCO MORENO.

**CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO, POR SUS
COMENTARIOS Y LAS FACILIDADES QUE ME
OTORGO PARA TERMINAR EL PRESENTE**

"EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LA FIANZA DE EMPRESA"

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

" LA FIANZA ".

A) Referencia Histórica	1
1.- En Roma	1
2.- En México	8
B) Concepto de Fianza Civil y Mercantil	12
1.- Conceptos	12
2.- Afinidades y diferencias de la fianza civil y mercantil	17
3.- Concepto Propio	21
C) Naturaleza Jurídica y caracteres de la Fianza de Empresa	21
D) Elementos de la Fianza	31
1.- Personales	31
2.- Reales	35
3.- Formales	38
E) Diferencias esenciales entre el Seguro y la Fianza	40
F) Diversos tipos de Fianza de Empresa	43
G) Antecedentes legislativos del procedimiento de ejecución de la Fianza de Empresa	46

CAPITULO SEGUNDO

“EFECTOS DE LA OBLIGACION FIADORA DE LA FIANZA DE EMPRESA”.	61
A) De la Afianzadora con el deudor u Obligado Solidario	61
B) De la Afianzadora con el acreedor	69
C) Entre dos o más Afianzadoras	73
1.- Reafianzamiento	73
2.- Coafianzamiento	77
D) Exigibilidad de la obligación (deber) principal	82
E) Exigibilidad de la obligación (fiadora) accesoria	87

CAPITULO TERCERO

“ DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACION Y EJECUCIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA ”.	93
A) Procedimiento para Fianzas expedidas ante particulares	93
1.- Reclamación y procedimiento ante la afianzadora	93
2.- Reclamación y procedimiento ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	99
a).- Arbitraje en estricto derecho	99
b).- Arbitraje en amigable composición	105
3.- Juicio contra una institución de fianzas (Procedimiento especial)	109
4.- La denuncia del pleito al fiado	113

B) Procedimiento para Fianzas expedidas ante organismos públicos	118
1.- Fianzas otorgadas ante la federación que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros	118
2.- Fianzas otorgadas ante la Federación que garantizan otro tipo de obligaciones	123
3.- Procedimiento para fianzas de fidelidad	128
4.- Procedimiento para fianzas judiciales penales	132
C) La procedencia del pago de intereses por reclamaciones	134
D) Disposiciones importantes en materia de reclamaciones contenidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	137
1.- Supletoriedad de la Ley	137
2.- El derecho consignado en una póliza	140
3.- Los beneficios de orden y excusión	143
4.- La prórroga o espera	145
5.- Caducidad y prescripción	149
6.- Facultad de intervenir en asuntos involucrados al otorgar una póliza de fianza	153
7.- Facultad de sustituirse al fiado	156

CAPITULO CUARTO

" GARANTIAS DE RECUPERACION DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS Y EXTINCION DE LA FIANZA ".	160
---	-----

A) Garantías de recuperación	160
1.- Prenda	162
2.- Hipoteca	168
3.- Fideicomiso	173
4.- Obligación solidaria	177
5.- Afectación marginal	182
B) La recuperación por parte de las Instituciones de Fianzas	189
1.- Mercantilidad de la ley	189
2.- La providencia precautoria	192
3.- Embargo sobre bienes afectados en garantía	197
4.- La sobrecarga de pago	200
5.- La vía ejecutiva mercantil	206
6.- Retrotracción del embargo precautorio	213
C) Formas de extinción de la Fianza de Empresa	215

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Debido a los constantes cambios que sufre la sociedad en todos los aspectos tanto económicos, sociales y políticos, la fianza de empresa actualmente se constituye como el medio más eficaz para impulsar la economía de diversos fiados a los cuales les permite ser sujetos de obligaciones, que normalmente no podrían asumir, ampliándoles así su capacidad de operación, al garantizar el cumplimiento de obligaciones mediante el otorgamiento de pólizas, eliminar el factor de inseguridad en las relaciones de carácter social y jurídico y por consecuencia la incertidumbre de que no se llegue a cumplir o realizar lo planeado, resarciendo el daño causado al beneficiario, dando con ello la posibilidad firme de desarrollo de muchas actividades que impulsan la economía nacional.

Además por su funcionalidad y bajo costo, permite que los beneficiarios no tengan que comprobar la solvencia de los afianzados y tengan una garantía de cumplimiento, coadyuvando al cumplimiento de las obligaciones en muchos casos, pues no siempre resuelven pagando, toda vez que en muchas ocasiones el acreedor prefiere que se de cumplimiento con lo estipulado que ser indemnizado por dicho incumplimiento, al realizar dichas gestiones resuelve muchos problemas a los beneficiarios, lo cual sería más difícil y costoso de lograr por parte de los acreedores, además las afianzadoras tienen la facultad de sustituir al fiado en la ejecución de la obligación garantizada.

La presente Tesis trata de analizar y explicar los diversos procedimientos de ejecución de la fianza de empresa, ya que hoy en día dichos procedimientos se

han vuelto lentos e ineficaces para múltiples beneficiarios, que llevados por su desconocimiento en materia de fianzas, no agotan todos y cada uno de los pasos dentro de proceso que deben seguir para ejecutar y hacer exigible una póliza de fianza, obteniendo el pago de lo reclamado, manifestando su inconformidad y su descontento al no poder reclamar y hacer efectivas dichas garantías ya sea mediante quejas presentadas ante las autoridades competentes o en su caso optando por no aceptar fianzas de empresa como garantía, lo cual se traduce en pérdida del mercado para las instituciones de fianzas, por lo que se debe tratar de cambiar esta situación en beneficio de la sociedad, logrando que con las diversas variantes de procedimientos de ejecución se obtenga el beneficio que se busca y que es el cumplimiento de las obligaciones afianzadas por parte de los propios afianzados o el resarcimiento a los acreedores o beneficiarios por dicho incumplimiento, por parte de las instituciones de fianzas para que no vean afectados sus bienes o su patrimonio.

Anteriormente en sociedades cerradas y con poca movilidad, era común el conocimiento que se tenía entre sus integrantes, sus sentimientos religiosos y culturales eran compartidos, haciendo menos evidente la necesidad del acreedor, para tener un fiador que garantizará una obligación, actualmente en sociedades mas abiertas la gente se relaciona en forma dinámica con otros grupos de personas, con los que no se tiene esa afinidad cultural, siendo necesario y conveniente tener un apoyo, además de la garantía de un fiador profesional, por medio de las afianzadoras, quienes mediante el pago de una prima, proporcionan a los acreedores seguridad por su solvencia y capacidad financiera.

El presente trabajo se enfoca al análisis de la operación y actividad de las compañías afianzadoras en los diversos tipos de fianzas que manejan y a definir

la efectividad de los diversos procesos de reclamación y ejecución para hacer exigible una póliza de fianza. Por lo que se divide en cuatro capítulos, el primero se encuadra a la referencia histórica, definiendo los conceptos de la fianza civil y mercantil, estableciendo su naturaleza jurídica, señalando los elementos que la integran, describiendo las diferencias entre el seguro y la fianza, explicando las diversas clases de fianza que existen y los antecedentes legislativos del procedimiento de ejecución de fianza de empresa.

El segundo capítulo analiza los diversos efectos que produce la contratación de la fianza de empresa, entre las personas que en ella intervienen.

El tercer capítulo contempla el estudio de los diversos procedimientos de reclamación y ejecución de la fianza de empresa, teniendo en cuenta el tipo de beneficiario de las fianzas ya sea persona física, moral o el propio Estado, así como el tipo de la fianza de que se trate y la obligación garantizada en la misma, estableciendo la procedencia de las mismas, los casos en que procede el pago de intereses de una reclamación y un breve análisis de los preceptos más importantes en materia de reclamaciones contenidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; el cuarto y último capítulo será dedicado al estudio de las diversas garantías de recuperación que obtienen las Instituciones de Fianzas al expedir sus pólizas y las formas de extinción de la fianza.

Todo lo expuesto anteriormente será tendiente a demostrar que la Fianza de Empresa es actualmente un medio de garantía eficaz para todas aquellas personas físicas o morales que en su carácter de beneficiarios de pólizas de fianzas, pueden hacerlas exigibles sobre todo en los casos en que no se de cumplimiento a la obligación garantizada por parte de los afianzados, pudiendo

hacer efectivas las distintas clases de fianzas, apoyándose y fundándose en los preceptos legales establecidos en la Ley de la Materia, y de esta forma desterrar la mala imagen y la errónea idea, de que las instituciones de fianzas no hacen frente a las obligaciones contraídas al emitir una póliza de fianza y que lo anterior se deriva regularmente no por causas imputables a dichas instituciones, sino al desconocimiento de los distintos beneficiarios para hacer efectiva y exigible una fianza, al darse lo anterior se llevaría a cabo el objeto o fin para el cual se expide una póliza de fianza y que es garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo de terceros, ya sea mediante la conciliación entre las partes o bien asumiendo la obligación contraída al expedir la fianza mediante el pago de la reclamación, que le sea presentada por incumplimiento del fiado.

CAPITULO I

" LA FIANZA "

A) REFERENCIA HISTORICA.

I. EN ROMA.

Los orígenes de la fianza en Roma, los encontramos dentro de los contratos llamados verbis que eran aquellos que se integraban por el uso de determinadas palabras solemnes que hacían cierto y preciso el consentimiento de las partes, lo anterior siguiendo el marco jurídico del maestro Guillermo Floris Margadant, quien señala que existían cuatro contratos de este tipo y que son: el negotium per aes et libram, la dictio dolis, la promissio iurata liberti y la stipulatio sobre todo ¹.

Este último contrato de stipulatio o estipulación, consistía en una pregunta y una respuesta intercambiada por las partes sobre una futura prestación, en ambas frases siempre utilizaban el mismo verbo o pregunta spondere por quien desea hacerse acreedor y una respuesta afirmativa que era acorde a la pregunta por parte de quien quiere hacerse deudor ².

La stipulatio era un contrato abstracto, unilateral y por ende stricti iuris, su sanción consistía en la conditio certae pecuniae, si su objeto consistía en una determinada cantidad de dinero; en la conditio triticaria o conditio certaere, si

¹ Cfr, Floris Margadant Guillermo. El Derecho Privado Romano, 6a. edición, México, editorial esfinge, S.A., 1975, pág.383.

² Cfr, Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 5a. edición, México, editorial época, S.A., 1975, pág. 355.

el objeto era otra cosa genérica o específica y la *actio ex stipulatio*, si su objeto era un hacer, no hacer, prestar o tolerar ³.

Dentro de los orígenes contractuales la *ad promissio* era el procedimiento normal de caución en la época clásica del derecho romano, en donde la persona quien se obligaba accesoriamente por el deudor se le denominaba *ad promissor* y era "...quien se compromete accesoriamente con el promitente principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de la solvencia del deudor"⁴ constituyendo de este modo una garantía de carácter personal que la cual tenía más eficacia que una garantía real, debido a que existía un pequeño número de familias enriquecidas y que contaban con bienes, las cuales diferían con el gran número de la población integrada por labradores y pastores que no tenían nada y estaban arruinados por las constantes guerras ⁵.

En el derecho romano antiguo la fianza se podía lograr a través de varios contratos pero la forma mas usual era la *stipulatio*, los requisitos para perfeccionarla eran que los contrayentes fueran ciudadanos romanos, la presencia del estipulante y el prominente debía ser simultánea, tenía que existir congruencia entre la pregunta y la respuesta y se realizaba en un solo acto, de esta forma la *stipulatio* se subdividía en *sponsio*, *fideipromissio* o una *fideiussio*, según las palabras que se utilizaran en la pregunta y en la respuesta.

1.- La *sponsio*: en donde se utilizaba el verbo *spondere*, únicamente se

³ Cfr, Bialostosky Sara, Panorama de Derecho Romano, 1a. edición, México, textos universitarios, facultad de derecho U.N.A.M., 1982, pág. 163.

⁴ Cfr, Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, op.cit. pág. 356.

⁵ Idem, Petit Eugene, op.cit. pág. 357.

utilizaba o aplicaba a los ciudadanos romanos y tenía carácter o rasgo religioso, lo que priva a los extranjeros de su uso.

2.- La fideipromissio: en donde se incluye a los extranjeros y donde el fiador promete lo mismo que el deudor principal únicamente, garantiza deudas nacidas de promesas estipulatorias, dicha obligación era intransmisible, los ciudadanos o peregrinos para obligarse utilizaban el verbo fideipromitto, de esta forma de fianza surge una obligación solidaria por lo que el acreedor tiene dos deudores alternativos o solidarios pudiendo cobrarle directamente al fiador, en los casos en que el fiador pagara al acreedor, tenía contra el deudor principal una acción que la otorgaba la Lex púbilis y la actio defensi, para recuperar lo que pagó⁶.

Los juristas romanos utilizaron poco a poco medidas para no hacer tan pesada la suerte del fiador, pero debido a que el legislador intervino protegiendo al fiador, la fideipromissio resultó entonces inaceptable para el acreedor, ya que dichas intervenciones tuvieron los siguientes resultados; la Lex Alpuleya, que permitía al fiador exigir al acreedor repartir la responsabilidad entre los cofiadores solventes esta fue una justa medida; sin embargo; la Lex Furia concedía la repartición de las responsabilidades entre los cofiadores fueran o no solventes, además de limitar su responsabilidad en un plazo de dos años a los fiadores para exigirles su parte proporcional; la Lex Cicereia, la cual obliga al acreedor a declarar a cada fiador la cuantía de su deuda y quienes eran sus cofiadores; y la Lex Cornelia limita la responsabilidad de cada fiador en relación a un mismo acreedor durante un año a un máximo anual de veinte mil

⁶ Cfr, Bialostosky Sara, Panorama de Derecho Romano. op. cit., pág. 165.

sestercios, de esta limitación se excluyen en la época clásica, las fianzas de dote, legado, herencia y las judiciales ⁷.

3.- La fideiussio: surgió en la época de Labeón; en esta forma de estipulación se utilizaba el verbo fidei iubere, se podrían garantizar todo tipo de obligaciones, era transmisible la obligación del fideiussor a sus herederos y podía ser ciudadano romano o extranjero, no tenía plazo de caducidad; bajo Adriano se otorgó el beneficio de la división, establecido en la lex furia entre los codeudores pero solo los que fueran solventes en el momento de la litis contestatio; en la época de Justiniano se introdujo el beneficium excussionis, que facultaba al fiador a exigir al acreedor cobrarle primero al fiado o deudor, antes de requerir al primero y sólo en el caso de que fuera evidente que la ejecución del patrimonio del deudor principal, no diera ningún resultado, el juez podía negar dicho beneficio al fiador, ya que en este caso dicha solicitud era tendiente a ganar tiempo ⁸.

De esta forma es como se determina que la fianza tiene un carácter accesorio y subsidiario, transformándose por lo mismo en una fideiussio indemnitatis (fianza por el saldo de un daño), es decir, que el fiador sólo indemniza el faltante eventual, los sponsors y fideipromissores estaban sometidos de la misma forma, su obligación era de tipo personal y con carácter accesorio ya que eran considerados mandatarios del deudor principal, o sea si pagaban por el deudor tenían a su favor la acción manus injecto pro iudicato, la fideiussio tenía las siguientes características:

⁷ Cfr, Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, op. cit. , pág. 375.

⁸ Idem, Guillermo Floris Margadant, op. cit. , pag. 386.

a) Era accesorio: ya que siempre iba unida a una obligación principal, debiendo existir identidad con el objeto, ya que si el fideiussor se comprometía a una cosa distinta, la fianza se consideraba nula; asimismo no podía obligarse a más que el deudor principal, pero si a menos que él, también la fianza romana podía ser por un valor inenor al del objeto materia del contrato, pero nunca mayor "...non plus in accessione esse potest quam in principali re, o sea, que lo accesorio no puede contener mas que lo principal " ⁹, si no era así la fianza que no cumpliera esta condición era nula.

b) Formal: Por ser necesarias e indispensables ciertas formalidades para su perfeccionamiento.

c) Subsidiaria: Ya que en un principio el fideiussor liberaba totalmente de sus obligaciones al deudor principal, con solo asumir la fianza, pero en la época de Justiniano vino a ser solidaria esa responsabilidad.

d) Unilateral: Ya que el fideiussor al obligarse voluntariamente a cumplir en forma accesorio por el fiador o deudor principal, dicha obligación del contrato recae sobre él ¹⁰.

e) Gratuita: No hay datos que sostengan que el fideiussor recibiera remuneración, ya que salir fiador era un deber de honor por consideración a un amigo o cliente.

Dentro del sistema procesal, la referencia histórica de la fianza, la vamos a

⁹ Ibidem, Guillermo Floris Margadant, op. cit., pag. 388.

¹⁰ Cfr, Petit Eugene Petit, op cit, pág. 361.

encontrar en la legis actio sacramento que figura en las XII tablas y servía para hacer reconocer derechos reales y personales.

El procedimiento iniciaba por la notificación, la *in ius vocatio*, que era un acto privado, si el demandado se negaba a comparecer de inmediato ante el magistrado y no ofrecía un fiador para garantizar su futura presentación, corría el riesgo de que el actor llamase testigos y lo llevara a la fuerza ante el pretor¹¹.

También encontramos la figura jurídica del *praedes sacramenti*, que consistía en ofrecer las partes en litigio ante el magistrado a un fiador solvente o depositar el importe de la apuesta, dicho fiador solvente debía garantizar la veracidad de sus afirmaciones y era el *praedes sacramenti*. Posteriormente el pretor tenía la facultad de conceder " La posesión provisional del objeto a cualquiera de las partes, dando preferencia a la que ofreciera mayor fianza para garantizar la devolución del objeto y la entrega de sus frutos en caso de perder el juicio "¹².

El fiador era el *praedes litis et vindiciarum*, quien tenía que garantizar la entrega del objeto materia del litigio, así como los frutos que hubiera producido y sus accesorios.

De lo transcrito anteriormente se desprende que la figura del fiador en el derecho romano, tenía la desventaja de no poder oponer las defensas y excepciones de carácter personalísimo que correspondían al fiado y en cuanto al campo procedimental, no tenía derecho de usar la *exceptio*, figura que se daba en

¹¹ Cfr, Floris Margadant Guillermo, op. cit., pág. 146.

¹² Idem, Floris Margadant Guillermo, op. cit, pág. 148.

los casos en que el deudor principal debía a muchas personas y era insolvente, se efectuaba una quita parcial ordenada por los acreedores, si había un nuevo acreedor que quisiera hacer efectivo su crédito, el deudor principal oponía la citada exceptio y esto en nada favorecía o beneficiaba a los fiadores.

De lo anterior se establecieron en su favor los siguientes beneficios:

a) El beneficio de orden o excusión; Por el cual el fiador o fideiussor podía negarse a pagar al acreedor, en tanto éste no intentara el cobro primero contra el deudor principal, siempre y cuando estuviera presente y fuera solvente ¹³.

b) El beneficio de división: Por medio del cual el fideiussor podía objetar o rechazar la reclamación que excediera de la parte correspondiente que resultara de dividir la deuda entre todos los fiadores, si omitía oponer dicha excepción estaba expuesto a pagar el crédito en su totalidad ¹⁴.

c) El beneficio de cesión de acciones: Se da cuando el fiador a quien se reclama el pago, dispone de la misma acción que tenía el acreedor contra el deudor y demás fiadores, lo que traía como consecuencia que sin ser necesario que se le ceda expresamente este derecho, no se extingue el derecho a reclamar por el pago realizado, toda vez que se trataba de una venta de acciones que hacía el acreedor al fiador ¹⁵.

Asimismo, en caso de pago el derecho romano otorgaba al fiador los recursos

¹³ Cfr, Bialostosky Sara, op cit. pág. 167.

¹⁴ Idem, Bialostosky Sara, op cit. pág. 167.

¹⁵ Cfr, Petit Eugene, op. cit. pag. 363.

siguientes:

a) La actio mandati contraria: Se originaba cuando a petición del deudor principal el deudor se obligaba, considerándosele un mandatario y mediante esta acción podía exigir el reembolso de lo pagado, siempre que no hubiera sido obligado a cumplir por negligencia o por descuido suyo, al no oponer algún recurso ante el acreedor, que de ser procedente lo hubiera absuelto.

b) La actio negotiorum contraria: En la que si el fiador se obligaba, sin oposición del deudor principal o sin ser requerido, podía intentar la recuperación de lo pagado mediante dicha acción.

2.- EN MEXICO.

La referencia histórica del contrato de fianza en México, la encontramos en las ordenanzas legales hispanas implantadas por los conquistadores y que fueron aplicadas principalmente en Tenochtitlán, dichas leyes como La de Partida de Indias y la Ordenanza de Intendentes. La Ley de Indias indicaba que " Al tesorero general del consejo se le obligaba a otorgar fianza por la que el citado consejo le hubiera fijado para garantizar la debida guarda y custodia de los valores que le habían confiado. También debían garantizar la adecuada realización de sus funciones públicas los gobernadores y oficiales reales " ¹⁶.

También la figura de la fianza aparece en el derecho procesal, según se

¹⁶ Gómez Bocanegra Sergio, Tesis " Algunas consideraciones acerca de las instituciones de fianzas ", Revista Mexicana de Fianzas. Tomo (7), México 1971, pág. 15.

establecía en la Ley 4 del Título XII de la Ley de Indias de 1680, relativo a las apelaciones y suplicaciones y que a la letra dice " Se prohíbe a los jueces de la casa de contratación poner en libertad a personas de cuyos delitos se hubiesen apelado ante el Consejo de Indias, hasta que éste de sentencia sobre ellos " ¹⁷, de lo anterior se deduce que cuando una persona que hubiere cometido un delito y tuviera un fallo del tribunal que lo condenara, podía apelar ante el Consejo de Indias. Si la sentencia también era condenatoria podía solicitar y gozar de su libertad condicional, mejor conocida como condena condicional, pero tenía la obligación de depositar cierta cantidad a juicio del Consejo y otorgar una fianza.

Posteriormente en el México independiente, se elaboran los primeros proyectos para expedir leyes, que tuvieran por objeto regular la fianza, para efecto de que la misma fuera acorde a la realidad económica, política y cultural de la sociedad mexicana y es hasta el año de 1870, cuando se expidió el Código Civil, mismo que entró en vigor el 10. de marzo de 1871, cuando se estableció que la fianza tenía el carácter de contrato y la misma se podía otorgar a título oneroso.

Debido a los constantes levantamientos de armas, que se suscitaron en este período de la historia de México, la citada ley tuvo una vigencia muy corta, siendo abrogado por el Código Civil de 1884, en el que se estableció que la mujer se encuentra capacitada plenamente para celebrar contratos de fianza.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en asuntos del fuero común y para toda la República en materia Federal, el cual se expide el 30

¹⁷ Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XVI, México, 1976, pág. 39.

de agosto de 1928, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 1o. de septiembre de 1932, entrando en vigor el 1o. de octubre del mismo año, en el cual se introdujeron innovaciones al contrato de fianza, en las que se destaca la señalada en el artículo 2811 que establece " Que las fianzas otorgadas por los individuos o compañeros en forma accidental en favor de determinadas personas quedan sujetas a las disposiciones del Código Civil, siempre que no se extiendan en pólizas, ni se anuncien públicamente por prensa y no se empleen agentes que la ofrezcan " ¹⁸.

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

Hasta el año 1942, se habló de la fianza como un contrato netamente civil, en dicho año, la Ley Federal de Instituciones de fianzas, señaló en su artículo 123 (actualmente 2o. de la citada Ley) que las operaciones practicadas por las instituciones de fianzas se consideraban mercantiles para ambas partes, por lo que cualquier juicio en relación con fianzas expedidas por afianzadora, se deberían ventilar bajo procedimientos mercantiles para ambas partes, excepción de las que se otorgaban ante el Estado, sea del Gobierno Federal, Estatal o Municipal, en cuyo caso el procedimiento será administrativo.

Dicha Ley fue aprobada el 23 de diciembre de 1942 y se promulgó al 31 de diciembre del mismo año, publicándose en el Diario Oficial el 12 de mayo de

¹⁸ Nuevo Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República. 61a. edición, Ediciones Andrade, S. A., México, 1994. pág. 669.

1943, prohibiendo operaciones sistemáticas de fianza onerosa, a las personas físicas o morales que no fueran sociedades anónimas de capital fijo, e inclusive a las instituciones de fianzas, que no sean " instituciones de crédito " u organizaciones auxiliares de cierto tipo; a empresas extranjeras tampoco les permitían operaciones de fianza en México, existía autorización genérica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien vigilaba su desenvolvimiento y en caso de no cumplir con su objeto podía suspender la autorización y revocar la misma.

La citada ley obligaba a las autoridades administrativas y judiciales del país a aceptar las fianzas otorgadas por las instituciones autorizadas, señala un régimen especial para contratar fianzas que garanticen obligaciones a favor del Estado, para resolver controversias que las mismas susciten y ejecutar los fallos correspondientes, los agentes necesitaban autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para fungir como tales, asimismo contenía normas de derecho privado relacionadas con el contrato mercantil de fianza onerosa, pero fueron de carácter transitorio y contenía normas de derecho mercantil y de derecho procesal, que fueron aplicables a las operaciones efectuadas por las empresas con terceros ¹⁹.

A partir de ese momento, se empezó a tomar a la fianza con un carácter mercantil, tanto por las personas que intervienen en la misma, como por las obligaciones que en ella se consignan, aunque se han hecho modificaciones a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es necesario que en la actualidad exista una legislación propia y aplicable a la fianza de empresa, que defina su contenido

¹⁹ Cfr, Ruiz Rueda Luis, Fianza de Empresa, estudios jurídicos, 1a. edición México, 1985, editado por Fianzas México, S. A., págs. 21, 22 y 23.

y alcance de la misma, lo que evitaría muchas confusiones que existen sobre la misma.

B) CONCEPTO DE FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.

I.- CONCEPTOS.

FIANZA CIVIL. Siguiendo al tratadista Francisco Lozano Noriega, diremos que la fianza en el derecho civil es de conformidad con el artículo 2794 del Código Civil " Un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace " ²⁰, a esta definición se debe agregar el carácter accesorio que tiene este contrato, ya que el mismo se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a la relación entre acreedor y deudor, que es el fiador, quien se compromete y obliga ante el acreedor a pagar en defecto del deudor, si éste no cumple, una prestación igual, equivalente o inferior, en la misma especie.

Asimismo, el Maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, señala que " El contrato de fianza es aquél en virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, a el cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación " ²¹.

²⁰ Cfr, Lozano Noriega Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, 5a. edición, México, Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. 1990, op. cit. pág. 365.

²¹ Cfr, Zamora y Valencia Miguel Angel, Contratos Civiles, 2a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A. 1985, pág. 278.

El artículo 2799 del Código Civil indica que el fiador puede obligarse a menos, pero nunca a más que el fiado, por lo que si sucediera esto, su obligación se reducirá a los límites de la deuda y si hubiera duda sobre el particular se presume que se obligó por otro tanto igual.

El artículo 2800 del citado Código, señala que el fiador se puede obligar a pagar una cantidad determinada de dinero cuando hay incumplimiento del deudor principal de no prestar una cosa o hecho determinado, de donde se deduce que la fianza garantiza obligaciones de dar, hacer y también de no hacer y al darse el incumplimiento, el fiador responderá por los daños y perjuicios que puedan ocasionarse, lo que se conoce como indemnización compensatoria²².

El Lic. Ramón Concha Malo señala "...fianza es una relación jurídica entre un sujeto llamado fiador y otro llamado acreedor, por medio del cual el primero se obliga con el segundo a responder por la deuda de un tercero, llamado deudor principal, para el caso de que éste incumpla "²³.

De lo anterior, se concluye que se entiende por fianza civil la contratada entre personas físicas o morales no comerciantes, con motivo de una obligación no mercantil, ya que el carácter de los sujetos y la naturaleza del negocio principal son de carácter civil.

FIANZA MERCANTIL: Diversos autores coinciden al señalar que la fianza mercantil, es aquella que expiden en forma exclusiva las afianzadoras, en

²² Cfr, Rojina Villegas Rafael, op. cit. tomo IV, pág. 328.

²³ Cfr, Concha Malo Ramón, " Fianza Civil, Mercantil y de Empresa ", Revista Mexicana de Fianzas , Tomo (13), 1979, pág. 197.

lo que no estamos de acuerdo ya que esta figura se da y aparece en el derecho mercantil, aún cuando no existe una legislación determinada para la fianza mercantil, ya que no está regulada en forma específica en el Código de Comercio y las mismas son distintas a las fianzas de empresa reguladas por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y la mercantilidad señalada en el artículo 2o. de la citada Ley, se refiere a las instituciones de fianzas y las partes que en ella intervienen.

El maestro Efrén Cervantes Altamirano, señala que existen pocas definiciones de lo que es fianza mercantil, pues la doctrina normalmente adopta la postura civilista, limitándose los autores a proporcionar criterios tendientes a conformar la mercantilidad de la fianza ²⁴.

El artículo 2o. del Código de Comercio señala la supletoriedad de disposiciones aplicables a los actos de comercio, por lo que el punto de partida es claro, toda fianza de empresa es mercantil, ya que el artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que " Las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria ".

Por lo que la fianza mercantil, será aquella que se otorga con motivo de una operación de comercio o de operaciones celebradas entre comerciantes, así por ejemplo el artículo 75 del Código de Comercio en su fracción XXI, señala

²⁴ Cfr, Cervantes Altamirano Efrén, "Fianza de Empresa", Revista Mexicana de Fianzas, México, Tomo (14), 1981, pág. 337.

que la ley reputa como acto de comercio: las obligaciones entre comerciantes y banqueros si no son de naturaleza netamente civil; el mismo artículo en su fracción XV, señala la mercantilidad de todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior, dándose el caso de que se pudieran otorgar fianzas.

Por lo que se deduce que puede existir una fianza mercantil en tanto la misma garantice una obligación que la ley le atribuya el carácter mercantil; el maestro Cervantes Ahumada señala: " Como el contrato mercantil es un acto de comercio, constituye una categoría formal; serán mercantiles según ya se señaló los contratos a los que la ley les atribuya la mercantilidad y conviene repetir lo que expresamos a propósito del acto de comercio: en la mayoría de los casos el legislador atribuye la mercantilidad a los contratos cuando recaen sobre cosas mercantiles " ²⁵.

En el año de 1943, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 1o., establecía que para dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianza a título oneroso en cualquier ramo, requería de autorización del gobierno federal, en la actualidad el artículo 5o. de la citada Ley señala que para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento, se requiere autorización del gobierno federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dichas autorizaciones son intransmisibles, debiendo ser publicadas en el Diario Oficial de la Federación.

²⁵ Cfr, Cervantes Ahumada Raúl, Derecho Mercantil, 4a. edición, México Editorial Herrero, S. A., 1983, pág. 254.

El maestro Luis Ruiz Rueda, en su anteproyecto de ley del contrato de fianza de empresa, define la fianza de empresa de la siguiente forma: " Artículo 1o. las disposiciones de este capítulo solo regirán las fianzas otorgadas por las sociedades legalmente autorizadas para garantizar a título oneroso, personal y profesionalmente las deudas ajenas " ²⁶, indica que más que una definición se debe entender como una descripción que permite obtener los elementos de la fianza de empresa, que le permiten manifestarse como un contrato nominado, diferente de todos los demás e incluso de cualquier otro tipo de fianza.

Por lo anterior, la fianza de empresa será aquella que se otorgue de manera habitual y onerosa de una manera profesional por una sociedad mercantil (institución de fianzas), contando con la solvencia del fiado y mediante el pago de una prima.

Dicha institución de fianzas se encuentra vigilada y controlada por parte del Estado, tanto para su creación y autorización y para poder operar cumpliendo las obligaciones contraídas al otorgar las fianzas.

El artículo 3o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y así como el 2811 del Código Civil, señalan que toda persona física o moral distinta a las fiadoras autorizadas, tienen prohibido otorgar de manera habitual fianzas a título oneroso, es decir, que no las extiendan en forma de póliza, no las anuncien públicamente a través de la prensa o cualquier otro medio o utilicen agentes, la violación de estas disposiciones entraña un delito regulado en el artículo 112 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, caso en el que la Secretaría de Hacienda

²⁶ Cfr, Ruiz Rueda Luis, op. cit. pág. 125.

y Crédito Público, efectuara la solicitud de proceder penalmente, escuchando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (sin que se señale en la citada ley si dicha actuación será de oficio o a petición de la institución de fianzas o persona alguna).

Por lo que serán mercantiles aquellas fianzas que sean otorgadas en forma sistemática, a través de pólizas, utilizando medios publicitarios y por conducto de agentes, garantizando obligaciones mercantiles, siempre que el fiador sea comerciante y no se pueda comprobar que el acto garantizado sea de naturaleza civil, porque el fiador o quien contrata con él, son comerciantes ²⁷.

2.- AFINIDADES Y DIFERENCIAS DE LA FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.

Del mismo modo que la fianza civil y la fianza de mercantil o de empresa son una garantía personal, esto quiere decir que en ambas el patrimonio de una persona se complementa a una obligación principal y por lo tanto ajena con la finalidad de garantizar su cumplimiento, por lo que debemos considerar a la fianza civil como base, para la fianza de empresa.

Es claro que las afinidades que existen entre las dos figuras se derivan de que a la fianza civil se le puede entender como el género y la fianza mercantil como la especie, ya que por el hecho de que la fianza mercantil sea regulada por el derecho mercantil no significa que exista una separación definitiva con la fianza civil, aún más, el derecho civil, es el que señala los aspectos esenciales

²⁷ Cfr, Concha Malo Ramón, Revista Mexicana de Fianzas, op. cit. pág. 239-240.

de esta garantía.

Esto resulta más obvio, indica el Maestro Arturo Díaz Bravo, que " El contrato de fianza, al igual que otros surgidos dentro del ius civile, se ha generado por partida doble, es decir que ha adoptado una investidura bipartita ya que lo encontramos en su forma original que es la civil y continuamente con su nuevo atuendo mercantil.

No es sencillo hacer una distinción entre los contratos que presentan esta forma bipartita, cuando se trata de la fianza es aún mayor la dificultad, en virtud de su carácter accesorio, ya que al tener su origen en una obligación principal, se puede concluir, que por analogía jurídica puede tomar la naturaleza civil o mercantil de la relación principal "²⁸.

Generalmente, se ha utilizado como fundamento base de distinción entre ambas figuras lo dispuesto en el artículo 2811 del Código Civil, que señala que " Quedan sujetas a este título las fianzas que sean otorgadas por personas físicas o morales en forma accidental en favor de determinadas personas, siempre que no las expidan en forma de póliza, ni se anuncien públicamente por la prensa u otro medio de publicidad y no empleen agentes para ofrecerlas o promocionarlas ".

De lo anterior se desprende que serán mercantiles aquellas fianzas que se otorguen en forma sistemática, ofreciéndose al público, por conducto de una empresa con autorización Estatal, se expidan en pólizas, utilizando publicidad, por conducto de agentes y produciendo utilidades mediante el cobro de primas, es

²⁸ Cfr, Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, 3a. edición, México, Editorial Harla, S. A. de C. V., 1989, pág. 201.

decir que es onerosa entendiendo por onerosidad el acto de pagar una contraprestación (prima), con el fin de obtener una fianza, que tenga el carácter mercantil la obligación garantizada, por el simple hecho de que el fiador sea comerciante y el acto garantizado no sea de naturaleza civil, siendo por consiguiente civiles, aquellas que no presenten las características antes señaladas.

La fianza mercantil como se señaló, únicamente puede ser otorgada por una persona moral (Institución de Fianzas), debidamente autorizada por el gobierno federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siendo intransferibles dichas autorizaciones y la fianza civil la puede otorgar por cualquier persona que tenga la capacidad para obligarse.

Desde el punto de vista normativo, ambas figuras tienen una distinción en cuanto a la legislación aplicable, ya que la fianza mercantil se encuentra regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, siendo de aplicación supletoria la legislación mercantil, así como el Título décimo tercero de la segunda parte del Código Civil para el Distrito Federal, tal y como lo establece el artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, entendiéndose que la legislación mercantil aplicable es el Código de Comercio, ya que con base en el artículo 2o. de la citada Ley señala que " Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas se otorguen o celebren las instituciones de fianzas serán mercantiles para todas las partes que intervengan ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria " y para la fianza civil será aplicable lo dispuesto en el Código Civil, en el Título décimo tercero.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento, la Fianza Civil se rige por lo

dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y para la Fianza Mercantil el mismo Código en aplicación supletoria, en todo lo no previsto por el Código de Comercio, así como el Código Federal de Procedimientos Civiles en los casos de Juicios Especiales de Fianzas y el Código Fiscal de la Federación, en juicios que tengan como obligación garantizada créditos fiscales.

Otra diferencia entre la fianza Civil y Mercantil, se refiere a los beneficios de orden y excusión, ya que el fiador civil goza de ellos, de conformidad con el Código Civil y las instituciones de fianzas no gozan de dichos beneficios de conformidad con lo señalado en el artículo 118 de la ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En cuanto a la formalidad la fianza civil es consensual y se perfecciona con la voluntad de las partes y la fianza mercantil se expide mediante el otorgamiento de una póliza numerada, según lo establece el artículo 117 de la ley de la materia, independientemente de lo anterior el fiado y la institución de fianzas deberán perfeccionar y formalizar sus obligaciones mediante la firma de un contrato o propuesta de fianza, sin embargo, puede darse el caso de que no se suscriba dicho documento como en las fianzas de fidelidad o judiciales, pero aún así la fianza surtirá efectos frente a terceros, cuando el beneficiario al ejercitar su derecho compruebe por escrito que la póliza fue otorgada y en caso de extravío o pérdida puede exigir a la institución de fianzas un duplicado el cual se expedirá a su costa, según la establece el artículo 117, en su segundo párrafo de la supracitada Ley de

la Materia ²⁹.

3.- CONCEPTO PROPIO : Fianza Mercantil; " Es aquella que se otorga en forma sistemática y de manera onerosa, a través de una empresa con autorización estatal, por medio de una póliza, para garantizar por una persona física o moral una obligación contraída ante otra persona (beneficiario) física o moral, privada o pública, el cumplimiento de dicha obligación garantizada, si el fiado incumple con la misma ".

C) NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERES DE LA FIANZA DE EMPRESA.

Para determinar la naturaleza jurídica, es necesario pensar que la palabra fianza, desde un punto de vista jurídico tiene diversos sentidos, como puede ser de contrato entendiéndose como tal, derivado de su carácter accesorio, ya que sirve para garantizar una obligación principal que contrae una persona llamada fiador quien se compromete y obliga a pagar ante otra llamada acreedor en caso de incumplimiento del fiado, tal y como lo establece el artículo 2794 del Código Civil.

También se puede entender como una obligación accesorio para garantizar el pago de una deuda ajena en caso de incumplimiento, dicha obligación tiene una unión bilateral, que se da entre el deudor y el acreedor, no obstante que en la misma intervienen tres personas; que son fiado, fiador y acreedor, siendo el fiador

²⁹ Cfr, Molina Bello Manuel, La Fianza (como garantizar sus obligaciones con terceros). 1a. edición, México Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de México, S. A. de C. V., 1994, págs. 25-26.

la persona que se convierte en deudor al obligarse a pagar la deuda ajena ante el acreedor, lo anterior con base en el artículo 2796 del Código Civil, que señala que la fianza se puede otorgar sin el consentimiento, ni el conocimiento del fiado, lo anterior no es óbice para la contratación de la fianza, ya que se puede realizar no solo entre fiador y acreedor, sino también entre fiador y fiado, como una estipulación a favor de tercero.

Generalmente la doctrina define a la fianza como el contrato por virtud del cual el fiador se obliga con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace; en este caso la expresión de voluntad del afianzado carece de relevancia, ya que el otorgamiento de fianza beneficia al acreedor y a él no le perjudica.

El Maestro Efrén Cervantes Altamirano, señala que aquellos que sostienen que en el origen contractual de la fianza no existe obstáculo alguno en lo relativo a las fianzas legales y judiciales, ya que éstas consisten en una obligación de otorgar fianza, misma que emana de la ley o de una resolución judicial³⁰.

El Código Civil señala una clasificación tripartita de la fianza en su artículo 2795, hace una distinción entre la fianza convencional, legal y judicial.

La fianza convencional es " Aquella cuya obligación de otorgamiento deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o la que voluntariamente contraen acreedor y fiador aunque no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal " ³¹.

³⁰ Cfr, Cervantes Altamirano Efrén, op. cit. pág. 337.

³¹ Cfr, Concha Malo Ramón, La Fianza en México, 1a. edición, México, Editorial Futuro Editores, S. A., 1988, pág. 46.

De lo anterior, se deduce que la fianza convencional tiene su naturaleza jurídica en el elemento contractual, partiendo de la base de que la obligación del fiado surge del contrato que celebran acreedor y fiador, en el cual el consentimiento del deudor es irrelevante, sin embargo en la práctica demuestra que la naturaleza jurídica de la fianza, tanto convencional, como de empresa la encontramos, salvo casos de excepción en la estipulación en favor de tercero, ya que el contrato se celebra ente el fiado y el fiador y nunca entre acreedor y fiador.

El artículo 2794 del Código Civil señala, que el fiador se compromete con el acreedor a pagar; sin embargo, no debe entenderse el término compromete como un sinónimo de contratar o estipular, ya que la obligación que hay con el acreedor se genera de un contrato ya celebrado, como ocurre en la estipulación en favor de tercero o bien como en el caso de las fianzas de empresa de fidelidad, en las que un acto unilateral del fiador beneficiará al acreedor sin que exista previo contrato para la emisión de la fianza.

Una de las figuras que reglamenta el Código Civil, como declaración unilateral de voluntad es la estipulación a favor de tercero, que consiste en el derecho que se le concede a alguien que no ha intervenido, ni ha sido representado en el acto que le beneficia, es decir, las partes promitente y estipulante acuerdan hacer una prestación en favor de alguien ajeno al acto, que es el beneficiario (acreedor) quien sin intervenir, ni proponérselo puede incluso ignorar al principio, el derecho que tiene a la obligación prometida, al no ser consultado, ni dar su voluntad el beneficiario para la integración del acto,

permite clasificar esta figura como una declaración unilateral de voluntad ³².

El Maestro Rafael Rojina Villegas, señala que en la estipulación en favor de tercero, la declaración unilateral del promitente, realizada en un contrato, en la que se obliga en favor de una persona ajena al mismo, para cumplir una prestación o una abstención; en esta figura intervienen el promitente que será quien emite su voluntad para obligarse ante un tercero y el estipulante que será la persona que tiene un interés jurídico para que el promitente emita su voluntad de obligarse en favor de un tercero; el estipulante no es un mandatario, ni gestor del tercero, ya que si lo fuese se tendrían que aplicar las normas de la representación o gestión de negocios.

Por sus características esta figura jurídica, señala que el estipulante no logra un beneficio personal, sino para otro, que lo obliga a ejecutar una determinada prestación o abstención con relación a un tercero ³³.

Asimismo esta figura tiene la característica de que la obligación que genera será revocable por el estipulante hasta cierto momento, quien puede retractarse y retirar la promesa siempre y cuando el tercero no manifieste su interés en aceptar la estipulación y también es revocable para el beneficiario (tercero), quien puede aceptar o repudiar la estipulación hecha en su favor ³⁴.

³² Cfr, Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, 3a. edición, México, Editorial Harla, S. A. de C. V. Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1984, págs. 183-184.

³³ Cfr, Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Tomo III, 12a. edición, México Editorial Porrúa, S. A., 1983, pág. 213.

³⁴ Cfr, Bejarano Sánchez Manuel, op. cit. pág. 185.

Lo señalado en la parte final tiene su fundamento en el artículo 1871 del Código Civil que señala que " La estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. En tal caso, o cuando el tercero rehúse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido".

Por lo que en la fianza, el promitente se compara con el fiador; el estipulante será el fiado y el tercero lo será el beneficiario (acreedor), por lo que es factible celebrar un contrato que produzca efectos a favor de un tercero (beneficiario), el cual no se encuentra representado en dicho contrato por ninguna de las partes.

En la práctica, el tercero al obtener beneficios por prestaciones estipuladas en su favor, por voluntad de los contratantes, modifica el principio romano "Alteri Stipulari nemo potest ", que significa que " nadie puede adquirir derechos, ni obligarse por intermedio de otra persona ", es decir por los contratantes, lo cual es una excepción a este principio.

El artículo 2852 del Código Civil señala que " La persona ante quien se otorgue la fianza, ...", de lo que se deduce que no se habla de la persona con quien se contrate la fianza, lo que en estricto derecho son cosas totalmente distintas, de lo anterior también se desprende que la estipulación en favor de tercero y su naturaleza jurídica tienen relación con las fianzas que deben expedirse u otorgarse por disposición legal en las cuales la garantía se otorga por orden de una norma jurídica y las fianzas judiciales se otorgan por orden de un juez derivado de un procedimiento judicial.

Como ejemplo de la fianza judicial, está la garantía que debe otorgarse para responder de los daños y perjuicios, que se puedan causar al tercero perjudicado al solicitar ante la autoridad responsable la suspensión del acto reclamado (artículo 170 de la Ley de Amparo); en cuyo caso el fiador se queda obligado en proporción a lo que ha acordado la autoridad responsable, por lo que se desprende, que las fianzas judiciales, se otorgan por consecuencia de una disposición legal, por lo que cualquier obligación derivada de un procedimiento judicial que se deba garantizar con fianza tiene su origen en una disposición legal.

Lo anterior trae como consecuencia, que en el derecho mexicano, se debe de hablar únicamente de fianzas convencionales y legales, ya que las últimas se otorgan como un simple requisito previsto en la Ley, como un deber jurídico ya que también se puede obligar al deudor a otorgarla, como en las fianzas de anticipo, que provengan de un contrato, pedido u obra ante el gobierno federal, en la que el beneficiario solicita al contratista o proveedor una fianza para garantizar la debida inversión o la devolución parcial o total del anticipo otorgado, según lo establece el artículo 25 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Pero desde el punto de vista de operación, el sector afianzador clasifica y contempla a la fianza judicial, la cual se describirá más adelante.

No concordamos con el pensamiento de aquellos que consideran que la naturaleza jurídica de la fianza deriva siempre de un contrato, porque en los casos de que el juez impone la presentación de una fianza lo hace como órgano jurisdiccional en virtud de su función pública como representante del Estado, hay quienes consideran que con la intervención del juez se configura la existencia del contrato, pero no se le debe considerar como acreedor, ni representante por lo ya

señalado; ya que no es necesario la voluntad del tercero (perjudicado), quien será el acreedor, para que se expida la fianza, ya que es evidente que la intención del legislador fue proteger al tercero (perjudicado), por lo que se concluye que la aceptación o negativa del acreedor es irrelevante, ya que se constituirán garantías en su beneficio a través de la obligación fiadora.

Aún cuando la fianza se expide por disposición de la Ley, la misma debe contratarse entre deudor y fiador en beneficio o a favor del acreedor; no debe olvidarse que en la fianza judicial existe un acreedor, así como en la penal que será el Estado quien representa el interés público, vigilando que el inculcado no se sustraiga de la acción de la justicia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2798 del Código Civil, las fianzas pueden garantizar deudas futuras, lo que no influye en su carácter accesorio, pero en casos de reclamación, se podrá dar hasta que la deuda sea líquida o sea cuando se de el incumplimiento del deudor principal, en el caso de fianzas judiciales y legales, la exigibilidad se encuentra condicionada al nacimiento de la obligación futura e incumplimiento del deudor principal, pero la fianza existirá desde el momento en que se constituye y admite la garantía.

El Maestro Cervantes Altamirano, señala que " Tratándose de fianzas legales y judiciales las mismas son ineficaces hasta que nace la obligación principal garantizada " ³⁵.

Lo anterior se contempla en los casos cuando existen contratos que son

³⁵ Cfr, Cervantes Altamirano Efrén, op. cit. pág. 360.

ineficaces, sin ser inválidos, toda vez que hay algún impedimento externo al propio contrato, como el caso de un contrato sujeto a término o condición ya que debe manifestarse el primero o que no suceda lo segundo, lo que trae como consecuencia que la fianza existe pero es ineficaz, hasta que no llegue dicho término o se cumpla la condición.

El mismo Código Civil en su artículo 2828, establece que " El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si esta hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor ".

En este caso se ve claramente la naturaleza jurídica de la fianza de empresa y se define la misma como una declaración unilateral de voluntad por parte del fiador, a favor del acreedor, y el hecho de que éste acepte o rechace la garantía no implica que exprese su voluntad para contratar con el fiador.

Si interpretamos en sentido contrario la primer parte del artículo, veremos que el fiado debe expresar su consentimiento para constituir la fianza y únicamente en casos excepcionales no sucederá esto y en su segunda parte, estaremos en el supuesto de que el contrato de fianza se celebra entre fiado y fiador, por manejarse como caso excepcional la oposición y la ausencia de voluntad por parte del deudor, lo que trae como consecuencia que para tener el fiador derecho de recuperación será necesario la expresión y el consentimiento del fiado.

Observamos aquí la presencia de la declaración unilateral de voluntad al

constituirse la fianza se garantiza una deuda ajena o sea que se garantiza el cumplimiento de la obligación de un tercero (fiado) ante su acreedor (beneficiario) y el fiador pagará por el deudor, si él no lo hace.

Otro ejemplo distinto por su característica es la fianza de fidelidad, que es aquella mediante la cual se garantiza la reparación del daño que sufra en sus bienes o en su patrimonio el beneficiario (acreedor), mediante la comisión de un delito de tipo patrimonial, que puede ser robo, fraude, abuso de confianza o peculado, cometido por un empleado (fiado) por sí o en complicidad con otras personas, en forma intencional sobre dichos bienes y de los que el mismo empleado (fiado) tenga confiados y sea legalmente responsable, siendo un rasgo distintivo de esta fianza la naturaleza de la obligación garantizada, la cual es suspensiva, ya que no existe una obligación pura y simple a garantizar, en virtud de que la misma será la responsabilidad que surjan delitos intencionales que se cometan en los bienes o en el patrimonio, que un patrón (beneficiario) confie a su empleado (fiado), toda vez que para que surja la obligación del fiador (afianzadora) se necesita que el fiado cometiera dichos actos ilícitos, por lo que se deduce que se trata de una obligación la cual esta condicionada a la comisión de tales actos por parte del fiado, por lo que al no existir delito no habrá obligación a cargo del fiador (afianzadora), para reparar dicho daño, sin existir por lo tanto el objeto a garantizar.

Otro rasgo de esta fianza surge cuando el beneficiario (acreedor) solicita directamente al fiador (afianzadora) se otorgue la garantía, esto es que el acreedor (beneficiario) quien puede ser persona física o moral, para protegerse de no sufrir un delito de tipo patrimonial solicita este tipo de fianza para garantizar el debido comportamiento de los empleados en las funciones que se le encomiendan y de

esta forma no resultar perjudicados en su patrimonio, en cuyo caso hablaremos de un contrato celebrado entre fiador y acreedor, sin que intervenga la voluntad del fiado (empleado) y aún sin su consentimiento, por lo que no existe duda que en este caso, la fuente por virtud de la cual surge la obligación del fiador (afianzadora), deriva de un contrato que se celebra con el acreedor (beneficiario), el cual genera derechos y obligaciones, que son el pago de un prima por parte del acreedor y la emisión de una póliza de fianza por parte de la afianzadora, con la cual se garantiza la reparación del daño patrimonial que se llegara a cometer por algún empleado en los bienes en que éste incurra y estén cubiertos por la fianza.

Este tipo de fianza tiene como característica que el propio patrón o empresa (beneficiario), al contratar a un empleado (fiado) le solicite como requisito, el que tramite y le presente una fianza de fidelidad que garantice el correcto desempeño en el puesto que va a ocupar; por lo cual en este caso el empleado acudirá a una afianzadora para solicitar la emisión de una póliza de fianza que garantice dicha función, quedando protegido el patrón o empresa en sus bienes o patrimonio al expedirse la citada póliza, caso en el que estaremos presenciando una estipulación en favor de tercero, donde el fiado tendrá el carácter de estipulante, la afianzadora será el promitente y el patrón o empresa será el tercero (acreedor).

De lo anteriormente expresado podemos concluir que la estipulación en favor de tercero se presenta en aquellos casos en los que el acreedor (beneficiario) es totalmente ajeno al otorgamiento de la póliza y a pesar de esto resulta beneficiado, o sea estaremos hablando de una declaración unilateral de voluntad, la cual esta contenida en una estipulación que se hace a favor de un tercero; teniendo como efectos el nacimiento de un derecho en favor del tercero

para exigir se cumpla por parte del promitente con lo que se obligó, dicho contrato se perfecciona cuando una persona (estipulante), contrata con otra (promitente), para que se obligue en favor de un tercero, sin que el estipulante sea su representante o mandatario, porque si no estaríamos en el supuesto de una representación o gestión de negocios.

Normalmente la institución de fianzas celebra con el fiado o estipulante un contrato antes de obligarse, ya que los términos de la fianza que se va a otorgar los propone el fiado y si dichos términos son aceptados, la afianzadora solicita el otorgamiento de garantías que sean suficientes a su juicio, hecho lo anterior se perfecciona el contrato, debiendo el fiado cubrir el importe de la prima correspondiente, desde ese momento el tercero (beneficiario) adquiere un derecho para exigir del promitente (afianzadora) el cumplimiento o pago de la obligación garantizada.

El tratadista Luis Muñoz, señala que " La fianza mercantil, es un contrato accesorio en relación con el negocio principal, subsidiaria respecto de la obligación que garantiza, de prestaciones recíprocas cuando hay retribución a cargo del acreedor para la emisión de la misma y a cargo de la afianzadora para cumplir con la obligación garantizada, por lo que es un contrato oneroso " ³⁶.

D) ELEMENTOS DE LA FIANZA.

I.- PERSONALES: Existen diversas opiniones sobre los personajes que intervienen en la póliza de fianza, sin embargo, tomando como fundamento lo

³⁶ Cfr, Muñoz Luis, Derecho Mercantil, Tomo IV, 1a. edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974, pág. 207.

dispuesto en el artículo 2794 del Código Civil que señala " La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace ", podemos decir que el fiador y el acreedor son los personajes que intervienen en la fianza civil, no así en la fianza mercantil como lo analizaremos más adelante.

El fiador se compromete a pagar al acreedor, si el deudor no lo hace, el primer personaje es el fiador y el segundo lo será, el acreedor quien es el que tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación que tiene el fiado.

Señala Ramón Concha Malo, que el deudor principal no es un elemento personal, no obstante que exprese su consentimiento para que se otorgue dicha garantía y proponga a su fiador, ya que al existir una obligación y por ende una relación jurídica entre deudor y acreedor, la misma es diferente a la que se crea entre el fiador y acreedor la cual es accesoria y en la que no existe beneficio, ni perjuicio para el deudor principal ³⁷.

En relación con el artículo 1798 del Código Civil que señala que " Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley "; en la fianza convencional basta con que la persona que se va a obligar como fiador tenga la capacidad general para contratar, en el caso de una fianza legal o judicial, que de conformidad con lo señalado en el artículo 2802 del citado Código deberá tener capacidad general para obligarse y tener bienes que sean suficientes, que respaldan la obligación que se garantice y debe someterse a la jurisdicción del juez en el lugar donde se deba cumplir la obligación.

³⁷ Cfr, Concha Malo Ramón, op. cit. págs. 197 - 198.

Además deberá comprobar la citada solvencia mediante la presentación de certificado expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad de dicha localidad, que acredite ser el propietario de bienes raíces suficientes, siempre que la fianza sea mayor de mil pesos, debiendo inscribirse dicha fianza legal o judicial como una anotación preventiva, mediante aviso que se dará en un término de tres días ante el Registro Público de la Propiedad respectivo y extinguida la misma en igual término dará aviso a dicho Organismo Registrador, para cancelar dicha anotación preventiva, lo que trae como consecuencia, que al existir dicha anotación preventiva cualquier persona física moral que quiera gravar o adquirir dicho inmueble tenga conocimiento de lo anterior y no se le causen daños y perjuicios por dicha omisión, en caso de incumplimiento del fiador, o de un fraude por parte del fiador, si éste grava o enajena dichos bienes y de dicha operación quede en insolvencia, según lo establece el artículo 2854 con relación a los artículos 2163, 2169 y 2166 del citado Código.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto con el artículo 2811, del citado Código, las sociedades cuyo objeto social no es otorgar fianzas, no podrán hacerlo, salvo que sus actividades estén conectadas con las actividades propias de la empresa, lo que acontecería con agencias u oficinas de servicio de fianzas.

El Doctor Luis Muñoz señala, que existen otras prohibiciones o incapacidades para ser fiadores como lo señalan los artículos 436 y 563 del Código Civil, que expresan que no podrán dar fianza en representación de sus hijos los que ejercen la patria potestad, ni los tutores en nombre de sus tutelados³⁸.

³⁸ Cfr, Muñoz Luis, op. cit. pag. 206.

En relación a la fianza de empresa los elementos personales que intervienen en la contratación son:

a) Desde luego la institución de fianzas, que es el fiador y la misma deberá estar autorizada para funcionar como tal a título oneroso, de conformidad con lo que señala la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en sus artículos 3o., 5o. y su organización y funcionamiento está regulado en el artículo 15 de la Ley de la Materia.

b) El beneficiario o acreedor será la persona física o moral o bien la entidad de la Administración Pública Federal, ante quien se expide la fianza, debiendo tener capacidad para contratar y será el acreedor de la obligación principal de conformidad con lo estipulado en los artículos 93 y 117 de la Ley de la Materia.

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, señala que " También puede fiarse al que es fiador, es decir, la obligación derivada de la fianza se convierte en obligación principal " ³⁹.

c) Otra figura de la fianza es el deudor principal o fiado, que puede ser cualquier persona física o moral, capaz de obligarse y respecto de cuya obligación se otorga la garantía y puede tener el carácter de tomador o contratante, en los casos de fianzas judiciales y de fidelidad no se precisa su consentimiento y puede procederse en contra de él.

³⁹ Cfr, Rodríguez Rodríguez Joaquín , Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 13a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1978, pág. 276.

d) El tomador, contratante o solicitante, será la persona física o moral que solicita el servicio de afianzamiento y por lo general es el propio fiado, artículo 96 y 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, exceptuando las fianzas judiciales o en las de fidelidad donde normalmente no es el fiado quien solicita la fianza, como ya se ha visto.

e) El obligado solidario o contrafiador, quien es la persona física o moral, que se compromete con sus bienes en forma paralela para cumplir con la obligación contraída por el fiado y ante la afianzadora en los casos en que el fiado no cumpla; este personaje aparecerá únicamente en aquellos casos en los que el fiado no demuestre su solvencia para responder por sí mismo de la obligación garantizada en la fianza, según lo establece el artículo 24, fracción II de la Ley de la Materia.

2.- REALES: Lo será el objeto de la obligación garantizada en la fianza, es decir, la obligación fiadora que nace para garantizar una obligación entre el deudor y el acreedor, la cual no puede ser diferente de la obligación principal, se puede garantizar cualquier obligación lícita y posible.

La obligación principal debe tener las características siguientes:

a) Que exista o pueda llegar a existir, ya que también una obligación futura puede garantizarse como en las fianzas judiciales, de fidelidad, cumplimiento, buena calidad, vicios ocultos, etc., en cuyo caso solo podrá exigirse la responsabilidad del fiador hasta que la deuda sea líquida, tal y como lo establece el artículo 2798 del Código Civil; también debe existir y ser válida, ya que no puede obligarse, lo que no existe, ni puede llegar a existir y debe existir dentro

del comercio.

Cuando una obligación está afectada de nulidad absoluta, no podrá darse fianza; pero en los casos de nulidad relativa se podrá otorgar si la misma se refiere a la incapacidad del deudor principal, en aquel caso en que el acreedor pretende protegerse del riesgo al decretarse la nulidad, en cuyo caso el fiador no podrá hacer valer la excepción de incapacidad del deudor principal al ser requerido por el acreedor, lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 637, 2797 y 2812 del Código Civil.

Si la nulidad es por vicios del consentimiento o falta de forma, el fiador si opondrá excepciones, según lo establece el artículo 2812 del citado Código y al momento de decretarse la nulidad se extingue la obligación fiadora.

Las obligaciones a garantizarse son de dar, hacer y de no hacer, mismas que asume el fiado derivado de su consentimiento y no constituyen el objeto en sí, según lo establece el artículo 1824 del Código Civil, por lo que el fiador puede obligarse a cumplir con la obligación directa del deudor (fiado), cuando está consciente en pagar una cantidad monetaria, entregar bienes o realizar un hecho que no le sea privativo y pueda efectuar el fiador.

En los casos de obligaciones privativas del deudor, las mismas podrán afianzarse cuando se pacte que la prestación a cargo del fiador, consista en el pago de daños y perjuicios, o una pena convencional o de una prestación equivalente al contenido de dicha obligación del deudor y que el fiador pueda

cumplirla ⁴⁰.

El artículo 121 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que "Las Instituciones de Fianzas cuando hayan garantizado obligaciones de dar o hacer cosa determinada podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso.

En las fianzas que garanticen el pago en parcialidades de una suma de dinero, en caso de que el fiado no pague alguna de dichas parcialidades convenidas, el beneficiario no tendrá derecho a reclamar la totalidad de la fianza, si la institución de fianzas realiza el pago de las parcialidades faltantes dentro del plazo estipulado en la fianza, salvo pacto en contrario ".

De lo anterior se desprende, que cuando otorga una fianza el fiador (afianzadora), se compromete a pagar una cantidad de dinero en sustitución del fiado o de cumplir con la obligación de dar una cosa determinada; hacer determinado acto o hecho, o en su defecto no hacer o abstenerse de realizar determinada cosa o hecho y en los casos de pagos en parcialidades, es claro que si cubre las parcialidades pendientes dentro del plazo estipulado en la póliza, la afianzadora no tendrá obligación de responder por la totalidad de dicha póliza salvo pacto en contrario; lo cual es una obligación alternativa, según opina el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez ⁴¹.

Asimismo, el Código Civil en su artículo 2799, señala que " El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere

⁴⁰ Cfr, Zamora y Valencia Miguel Angel, op.cit. pág. 278.

⁴¹ Cfr, Rodríguez Rodríguez Joaquín, op. cit. pág. 276.

obligado a más se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto".

Se deduce de lo anterior, que la obligación principal y la responsabilidad fiadora debe ser análoga, ya que la primera no puede exceder de la fianza y si esto sucediera se reduciría proporcionalmente a la principal y en caso de duda se entiende que se obligó en la misma proporción.

La obligación garantizada puede ser simple o a plazo, pura o condicional de conformidad con lo establecido en los artículos 2798, 2803 y 2835 del Código Civil.

Se concluye que el elemento real de la fianza lo será el objeto de la obligación garantizada que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, a la que se compromete el fiador cumpliendo mediante el pago de una cantidad de dinero o sustituyendo al fiado para cumplir con la obligación garantizada y dar o hacer lo que el fiado no realice, pudiendo garantizarse toda la obligación válida y lícita.

3.- FORMALES: El Código Civil no exige formalidad especial para el otorgamiento de fianza civil, no obstante el consentimiento por parte del fiador deberá ser expreso y no tácito, por lo que el fiador debe obligarse expresamente a responder por el deudor (fiado), ante el acreedor (beneficiario)⁴².

La fianza mercantil, debe otorgarse por escrito, siendo aplicable lo mismo

⁴² Cfr, Muñoz Luis, op. cit. pág. 207.

para la fianza legal o judicial, en virtud de ser necesaria su comprobación, los requisitos a que se sujeta la fianza de empresa, otorgada por instituciones de fianzas se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 117, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que se detallan en la forma siguiente:

a) Las afianzadoras solo asumirán obligaciones, como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, como son de ampliación, disminución, prórroga y otros de modificación, debiendo contener:

1.- Las indicaciones fijadas administrativamente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

2.- El margen de operación que tenga autorizado.

3.- La fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación de dicho margen de operación.

4.- El monto afianzado.

5.- El nombre del beneficiario de la fianza.

6.- El nombre del fiado o indicación de los fiados en casos de fianzas de fidelidad.

7.- La vigencia de la fianza.

8.- Las estipulaciones que convengan las partes, mismas que no podrán contravenir lo establecido en la Ley de la Materia, ni en la legislación Mercantil.

El citado artículo señala que será obligación del beneficiario comprobar por escrito que la póliza fue otorgada y en caso de pérdida o extravío puede solicitar a la afianzadora, le expida a su costa un duplicado de la misma; además establece la presunción de que la obligación fiadora, se ha extinguido cuando sea devuelta una póliza a la institución de fianzas de que se trate, salvo prueba en contrario.

E) DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL SEGURO Y LA FIANZA.

En la actualidad los contratos de fianza y de seguros están plenamente identificados, sin embargo mucha gente los confunde por tratarse de contratos de servicio, por lo que es conveniente señalar las diferencias entre ambos.

1.- La primera de ellas, se refiere a que el seguro es un contrato principal, es decir que no necesita de la existencia de otro, en cambio la fianza es un contrato accesorio, ya que debe existir otro contrato principal en el cual se basará, siguiendo la suerte del mismo y al extinguirse la obligación principal se extingue la fianza.

2.- Otra diferencia se encuentra en el elemento personal, ya que el seguro es un contrato bipartita en el cual intervienen el asegurado y la aseguradora. La fianza es un contrato tripartita como ya se ha visto, pues intervienen tres partes que son el fiador, el fiado y el beneficiario, dicho contrato se perfecciona cuando el beneficiario acepta la póliza.

3.- El seguro ampara o cubre daños ajenos a la voluntad del asegurado, por casos fortuitos o de fuerza mayor y el efecto del mismo es el pago o indemnización al asegurado por el siniestro o eventualidad ocurrido, por lo cual el elemento esencial será el riesgo o eventualidad que se quiere y por el que la aseguradora tendrá la obligación de pagar la indemnización respectiva.

Por el contrario la fianza de empresa garantiza el pago o cumplimiento de una obligación a cargo del fiado que puede ser de dar hacer o no hacer, es decir garantiza obligaciones que asume el fiador en forma voluntaria, al garantizar la institución de fianzas, por terceras personas, siempre tendrá el carácter accesorio dicho contrato, por lo que la garantía tendrá dicho carácter respecto a la obligación principal del fiado, quien en caso de incumplimiento, la exigibilidad de la fianza será inmediata.

4.- En la fianza se cobran las primas con base en un porcentaje sobre el monto afianzado y con dicho porcentaje no cubre el importe reclamado, se puede decir que dicha contraprestación es simbólica, ya que la fianza normalmente opera a base contragarantías señaladas en el artículo 24 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, excepción hecha de las fianzas de fidelidad y las que se otorgan ante autoridades judiciales del orden penal, siempre que no garanticen la reparación del daño y las que se otorguen para obtener la libertad provisional de los acusados o procesados por delitos en contra de las personas en su patrimonio, según lo establece el artículo 22 de la Ley de la Materia.

En el seguro mediante el cálculo y pago de primas y con la aportación de los demás asegurados, se cubren las eventualidades o siniestros que ocurran dentro de la vigencia del mismo, teniendo en cuenta que las compañías

aseguradoras al calcular las primas, se basan en las estadísticas de pérdidas y experiencias teniendo como base los principios de mutualidad, formado entre los diversos asegurados expuestos aún mismo riesgo.

5.- El seguro tiene como característica que si no cubren la prima, no opera el mismo, es decir, no surte efectos y en la fianza si no se cubre la prima y se otorga la póliza al beneficiario, la misma surte sus efectos durante la vigencia en que se haya expedido.

6.- El contrato de seguro la vigencia puede ser fraccionada, es decir, que la vigencia puede ser por 3, 6, 12 o más meses y en la fianza de empresa normalmente la vigencia se estipula por un año sobre el cual se cobra la prima.

7.- La fianza de empresa únicamente puede ser cancelada cuando termine la obligación principal, dado su carácter accesorio, excepción de las fianzas de fidelidad las cuales pueden ser canceladas a solicitud del beneficiario en cualquier momento, por lo que se concluye que la cancelación no es automática.

En el contrato de seguro la cancelación será automática a su vencimiento o en el momento en el que el asegurado lo solicite, en cuyo caso procederá la devolución de primas no devengadas.

8.- En cuanto al objeto garantizado, el seguro es exigible cuando acontece el siniestro o eventualidad ajeno a la voluntad del asegurado, y en el caso de la fianza de empresa la exigibilidad se dará, dado su carácter accesorio cuando el fiado incumpla con la obligación garantizada, momento en que la afianzadora hará frente a dicha obligación.

9.- En el caso de siniestro y pago de la aseguradora al asegurado no existe recuperación por parte de la Compañía de Seguros y en la fianza de empresa en caso de incumplimiento por parte del fiado, una vez presentada la reclamación y la misma sea pagada por la Afianzadora, ésta puede recuperar lo pagado mediante las garantías que tenga otorgadas y que respalden la fianza.

10.- En cuanto a la legislación la fianza de empresa está regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y en lo no previsto en la misma por la Legislación Mercantil y el Contrato de Seguro está regido por la Ley sobre el Contrato de Seguro y por la Ley General de Instituciones de Seguros.

11.- Las fianzas normalmente son solicitadas o exigidas por parte de los beneficiarios y el fiado debe tramitarlas, con excepción de las fianzas de fidelidad que tendrán que ser expedidas a las personas físicas o morales, que necesiten de las mismas para protección de sus bienes o patrimonio. El seguro sin embargo es promocionado en un 100% para su comercialización.

F) DIVERSOS TIPOS DE FIANZA DE EMPRESA.

Derivado de las necesidades para el desarrollo de la actividad económica y social, la fianza de empresa tiene un papel fundamental, para apoyar las operaciones mercantiles, por lo que el sector afianzador ha clasificado en ramos a las fianzas dependiendo la obligación garantizada y están divididas de la forma siguiente:

1.- Fianzas de Fidelidad: Son aquellas que garantizan el resarcimiento del daño patrimonial que llegue a causar algún empleado (fiado) por si o en

complicidad con otras personas por la comisión de delitos como son; robo, fraude, abuso de confianza y peculado, en contra de los bienes de la empresa beneficiaria o de los que le hayan sido confiados o de los que sea legalmente responsable; las puede solicitar el beneficiario sin el conocimiento, ni el consentimiento de sus empleados o las puede pedir el beneficiario al propio empleado como requisito para su contratación.

2.- Fianzas Judiciales: La Dirección General de Crédito, Departamento de Seguros y Fianzas, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, señala que la fianza judicial es aquella que se otorga ante tribunales civiles, familiares, de arrendamiento, penales o administrativas para garantizar la libertad caucional o constitucional de un reo, el resarcimiento de daños y perjuicios en la ejecución y sentencias que no sean definitivas, el interés fiscal en los juicios o recursos administrativos y aquellos negocios que se ventilen en la junta de Conciliación y Arbitraje ⁴³.

Es decir, dichas fianzas garantizan el cumplimiento de los deberes y obligaciones o actos, de particulares o Sector Público, dentro de un procedimiento judicial o derivado de resoluciones judiciales y se otorgan ante quien se tramite la instancia o juicio, debiendo culminar con una sentencia definitiva.

El monto lo determina o fija el juez, derivado de un procedimiento judicial, existirá un plazo perentorio para exhibir la fianza y su efectividad o cancelación, dependen de la última resolución que se haya dado en el procedimiento en la que se exhibió.

⁴³ Cfr, Castañeda Alatorre Fernando, Revista Mexicana de Fianzas, Tomo (3) México 1967, op.cit., pág. 42.

3.- Fianzas administrativas y diversas: Este es el ramo más importante dentro del sector afianzador, ya que las fianzas clasificadas en este ramo son las más utilizadas en todos los sectores de la población, ya que se garantiza cualquier obligación válida legal y de contenido económico, misma que se celebra entre personas físicas o morales (particulares) o entre una persona física o moral (fiado) y una entidad de la Administración Pública Federal (beneficiario); pudiendo garantizarse contratos de obra, de arrendamiento, de proveedores, a contribuyentes, permisionarios, aerolíneas, etc.⁴⁴, normalmente las solicita el beneficiario.

4.- Fianzas de Crédito: Fueron autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el 24 de agosto de 1990, anteriormente las afianzadoras tenían que solicitar autorización para emitir pólizas de este ramo y son aquellas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de determinada suma de dinero.

Se pueden garantizar, operaciones de compraventa de bienes y servicios o distribución mercantil, créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, Contratos de Arrendamiento Financiero, Créditos garantizados con Certificados de Depósito y Bonos de Prenda, expedidos por Almacenes Generales de Depósito, Contratos de Factoraje Financiero y Créditos por la exportación e importación de bienes y servicios.

Está prohibida la emisión de fianzas que garanticen contratos de mutuo, de cuenta corriente y de depósito de dinero.

⁴⁴Cfr, Molina Bello Manuel, ob.cit. págs. 90-91.

G) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LA FIANZA DE EMPRESA.

a) La referencia mas próxima mediante la cual el Gobierno Federal otorga concesiones a compañías para funcionar como afianzadoras, fue mediante un decreto expedido y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1895, en el cual por vez primera se establece un procedimiento, por el cual el beneficiario de una fianza expedida por afianzadora, puede hacerla efectiva, lo anterior esta señalado en la base XII del decreto que expresa " En los casos de que un funcionario o empleado cuya responsabilidad sea la falta de dinero o valores que deban existir en caja,, la compañía (afianzadora) estaba obligada a depositar en dinero en efectivo el importe de la fianza o del desfalco si éste era menor, en un plazo de 8 días posteriores a que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o la Tesorería General de la Federación le notificarán la falta descubierta. Si la responsabilidad fuera por otro motivo, el plazo para constituir el depósito será de treinta días posteriores a la notificación.

En ambos casos la compañía podía inspeccionar los libros, documentos o cuentas respectivas, previa orden de las citadas dependencias, una vez acreditada la responsabilidad o si el empleado estaba conforme, se aplicaban los depósitos correspondientes en forma definitiva" ⁴⁵.

En los casos en que la afianzadora no constituía el depósito, en los plazos citados, a que se refería la base XII antes señalada, la Secretaría de Hacienda ordenaba que de la suma de \$100,000.00, depositada con anterioridad y que

⁴⁵ Cfr.(Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito, Legislación sobre fianzas, México, 1958, pág 20.

servía como garantía, se consignará la cantidad reclamada de la responsabilidad que se tratará, debiendo la compañía (afianzadora) reconstituir la cantidad que se hubiera consignado y dejar íntegro los \$100,000.00, en el término de 10 días, bajo pena, de no poder continuar operando, caducando la concesión que se le hubiera otorgado ⁴⁶.

Al establecer plazos cortos a las afianzadoras para constituir el depósito, trae como consecuencia que la fianza fuera un medio eficaz, para vigilar los intereses de la Administración Pública y de particulares que requerían sus servicios y de este modo podían repararse los daños que les causarían por algún desfalco cometido, los funcionarios o empleados caucionados por las afianzadoras.

b) En el mes de mayo de 1910, se expidió y publicó otra Ley, que tuvo relación con las disposiciones expedidas para el régimen de fianzas que se otorguen ante la Hacienda Pública, en dichas disposiciones del número XX al XXX se regulaba el procedimiento de efectividad de las fianzas que señalaba que " Al conocer de algún desfalco u otra responsabilidad de tipo pecuniario a cargo de algún funcionario o empleado caucionado, la Tesorería de la Federación o la oficina superior de la que dependía el empleado, informara por escrito a la afianzadora, quien deberá realizar el reintegro correspondiente, informándole y otorgándole los datos que le solicite y considerará necesarios, para proteger sus intereses, sin que ella implicara que el Gobierno Federal y las autoridades no pudieran iniciar y proseguir el procedimiento respectivo en contra del o los

⁴⁶ Cfr. (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público.,ob. cit. pág. 21.

responsables " ⁴⁷, los plazos fueron los mismos a los de la ley antes citada.

Sin embargo, existían dos supuestos en los que la afianzadora se podía negar a efectuar el citado depósito.

El primer supuesto o condición se daba cuando la responsabilidad detectada al caucionado se realizara fuera de la vigencia de la fianza y el segundo supuesto era relativo a que el aviso del desfalco no se diera dentro de la vigencia de la fianza, aunque se otorgó al beneficiario la facultad de notificar el desfalco, siempre que la responsabilidad se hubiese dado dentro de la vigencia de la fianza, en cuyo caso también la ley concedió a las afianzadoras un plazo de treinta días posteriores a la notificación para ocurrir a los Tribunales competentes a hacer valer sus derechos y estos decidieran sobre la controversia.

En el caso de que el caucionado estuviera conforme con la responsabilidad que se le imputaba y manifestara la misma ante autoridad judicial o administrativa o en su caso se fugase, el depósito realizado por la afianzadora se aplicaba para el pago del desfalco, a excepción " De que la afianzadora no estuviera conforme con la liquidación o negara la responsabilidad " ⁴⁸.

La afianzadora no respondía por responsabilidades de sus caucionados, cuando las pérdidas de dinero o valores, la sufrieron los empleados y se derivaran por robos, verificados por terceros sin responsabilidad o participación del mismo o en siniestros que se les imputaran, en cuyo caso la afianzadora estaba obligada a

⁴⁷ Cfr, Castañeda Alatorre Fernando, Revista Mexicana de Fianzas, Tomo (7), México, 1971, pág. 39.

⁴⁸ Cfr. (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 41.

demostrar al beneficiario mediante la sentencia que se dictara por juez competente y la que se eximiera al empleado de responsabilidad en el desfalco detectado.

También las afianzadoras no respondían por pérdidas de dinero, que sufrían los caucionados por " Hechos que ejecutaran u omisiones incurridas, por instrucciones u ordenes dadas por escrito, por sus superiores que tengan facultad para darlas y que así lo hayan realizado por los conductos legales " ⁴⁹.

c) El 8 de abril de 1925, se expide la " Ley sobre compañías de Fianzas ", publicándose el día 11 del mismo mes y año, en la cual se contempló a las afianzadoras como instituciones de crédito, aplicándoseles por lo tanto las disposiciones vigentes de la Ley General de Instituciones de Crédito, del 24 de diciembre de 1924.

Esta ley introdujo una variante para el cobro de fianza expedida por afianzadora, mediante la cual se divide el procedimiento tomando en cuenta si el beneficiario fuera el Gobierno Federal, Los Gobiernos del Distrito y Territorios Federales y los Municipios, se utilizaba un procedimiento similar al ya señalado anteriormente del decreto del 3 de junio de 1895 y si el beneficiario era distinto a los ya mencionados, éste debía obtener resolución judicial que declarara procedente su reclamación, comunicando éste resolución a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien ordenaba administrativamente, la aplicación del depósito realizado por la afianzadora.

⁴⁹ Cfr, (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 42.

Si las afianzadoras no hubieran obtenido autorización para operar en la Entidad Federativa donde se emitió la fianza, la caución a favor del Estado no se podía hacer efectiva ⁵⁰.

d) Posteriormente se expidió una nueva Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos bancarios, el 31 de agosto de 1926, la cual se publicó el 29 de noviembre del mismo año, la cual abroga la Ley anterior del 11 de abril de 1925, misma que reglamenta los procedimientos para cobro de fianza expedida por afianzadora, en los mismos términos de la ley abrogada.

e) El 31 de diciembre de 1942, se expidió la Ley de Instituciones de fianzas, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1943, la cual abrogó todas las disposiciones sobre fianzas expedidas con anterioridad, erradicando en forma tajante cualquier afinidad entre las Instituciones de Crédito y las afianzadoras, ya que estableció que la fianza otorgada en forma onerosa, estaría regida en lo no contemplado por dicha ley, por la Legislación Mercantil, así como por el Título Décimo Segundo de la segunda parte, Libro Cuarto del Código Civil.

Se reglamentó en el Título quinto, capítulo primero, subsistiendo la división para el cobro de fianza en razón del beneficiario, ya que el artículo 92 de la citada Ley establecía que cuando un particular (persona física o moral), pretendiera hacer efectiva una fianza expedida por afianzadora, se iniciaría una etapa conciliatoria ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por cualquiera de las partes fiado, beneficiario o afianzadora, para efecto de que la

⁵⁰ Cfr. (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 194.

citada Secretaría diera solución a cualquier controversia y si no fuera posible lo anterior, el quejoso podía acudir ante los Tribunales competentes para la solución de su problema, debiendo en este caso la afianzadora constituir una reserva por obligaciones pendientes de pago, lo anterior se hacía por orden de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siempre que a juicio de ésta, existiera la obligación para la afianzadora de cubrir el importe reclamado.

Dicha etapa conciliatoria, trajo como consecuencia la disminución de procedimientos judiciales, que se promovían contra las afianzadoras con motivo de reclamaciones recibidas, la Ley establecía que los tribunales no podían dar entrada a una demanda, sino se había cumplido con la etapa conciliatoria.

Si se dictaba sentencia contra la afianzadora, la misma era ejecutada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien otorgaba un plazo de 72 horas a la afianzadora para el cumplimiento de la sentencia si no lo hacía o no comprobaba haberlo efectuado, la citada Secretaría ordenaba efectuar el pago al beneficiario con la reserva constituida con anterioridad y si la misma no se hubiera constituido o fuera insuficiente, se ordenaba el remate de valores propiedad de la afianzadora y depositados en Nacional Financiera, que bastarán a cubrir la cantidad reclamada ⁵¹.

Cuando el beneficiario era la Federación, el Distrito, los Estados, Territorios Federales o Municipios, el artículo 96 de la Ley citada señalaba un plazo de 30 días a la afianzadora, contados a partir de la notificación del requerimiento de pago, para efectuar el pago del mismo y si no lo hacía, el

⁵¹ Cfr, (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 132.

beneficiario a través de la oficina correspondiente a su cargo, presentaba su reclamación ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual corría traslado a la afianzadora, para que contestara en un término de cinco días, hecho lo anterior se abría un período probatorio de diez días a ambas partes y la audiencia para desahogo de pruebas se realizaba cinco días después, pronunciando resolución la Secretaría de Hacienda dentro de los diez días hábiles posteriores.

La afianzadora tenía la opción de interponer como recurso, el juicio de nulidad, para inconformarse contra dicha resolución, el cual se promovía ante el Tribunal Fiscal de la Federación, debiendo constituir depósito en efectivo ante el Banco de México, toda vez que las afianzadoras aún no eran consideradas de acreditada solvencia económica, por lo que debían garantizar el importe reclamado.

f) En julio de 1943, se crea la Comisión Consultiva de Fianzas, que viene a fungir como dependencia auxiliar de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en las funciones procesales que tenía a su cargo dicha Secretaría de Estado ⁵², dicha Comisión era competente para tramitar la etapa conciliatoria de los procedimientos de cobro de fianza, promovidos ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, apegándose, a las reglas que dictara la Dirección de Crédito de dicha Secretaría, los proyectos de resolución que dictará dicha comisión, debían ser aprobados por dicha Dirección o por la Subdirección, cuando se delegara dicha facultad, la consecuencia fue una mayor rapidez en dichos procedimientos, favoreciendo a los beneficiarios de las mismas, el procedimiento contencioso era

⁵² Cfr, Castañeda Alatorre Fernando, Revista Mexicana de fianzas, Tomo(7) , op. cit., pág. 147.

regulado en forma supletoria por las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

g) En el año de 1946, se reformó la Ley de Instituciones de Fianzas mediante decreto, expedido el 11 de febrero del mismo año y el 18 de marzo de ese mismo año, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, en el cual se establece que la afianzadora y el beneficiario podían ocurrir a inconformarse mediante juicio de nulidad promovido ante el Tribunal Fiscal de la Federación, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por conducto de la Comisión Consultiva de Fianzas, con dicha reforma al artículo 98 de la Ley citada, se subsanó el error de dos años y medio, que en la práctica era notoria, al no poder el beneficiario inconformarse en contra de una resolución, con lo que se estaba violando la preceptuado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 8°.

h) De nueva cuenta se modifica la Ley de Instituciones de Fianzas, el cual se expidió el 22 de enero y fue publicado el 16 de febrero ambos del año 1948, el que desaparece la Comisión Consultiva de Fianzas y por consecuencia se derogó la etapa conciliatoria, trayendo como innovación que siendo el beneficiario un particular, podía requerir directamente por escrito a la afianzadora, quien en un lapso de 30 días naturales, debía dictaminar la procedencia o improcedencia de las reclamaciones, transcurrido dicho plazo sin que la afianzadora resolviera, el beneficiario podía acudir y solicitar la intervención judicial para el cobro de la fianza, lo anterior trajo como consecuencia que las afianzadoras atendieran con prontitud las reclamaciones que le presentaran y decidieran ellas en primera instancia la procedencia o improcedencia de las reclamaciones.

Otra reforma consistió en el procedimiento de fianza judicial, cuando el beneficiario fuera particular o una Entidad Pública, en el cual el Juez que conozca de lo autos en un incidente que se tramitará conforme al Código de Procedimientos aplicable al juicio principal, conocerá de la reclamación y la resolución que se dicte en dicho incidente y condene a la afianzadora, el cual era ejecutado por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ⁵³.

Por primera vez en su artículo 93, el citado decreto estableció la obligación de que los tribunales, al admitir una demanda, aún cuando fuera en la vía incidental o reconvencional en contra de una afianzadora, deberían comunicarlo en un plazo de cinco días a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en el mismo término tenían que remitir copia de la sentencia que se dictara y la razón de que si la misma había causado ejecutoria, dicha obligación tenía relación con el artículo 94 de la citada ley, que señalaba como punto principal " Que las resoluciones dictadas por un juez, así como los mandamientos de embargo, únicamente podían ser ejecutados a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

El artículo 96, reguló el procedimiento de cobro de fianza cuando el beneficiario era la Federación, los Estados, el Distrito, los Territorios Federales y los Municipios, el cual siguió surtió efectos sin ningún cambio a los ya comentados ⁵⁴.

i) Con la promulgación de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, expedida el 26 de diciembre de 1950 ,siendo publicada en el Diario Oficial de la

⁵³ Cfr, (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit., pág. 193.

⁵⁴ Cfr, (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 194.

Federación el día 29 del mismo mes y año, se derogaron los procedimientos anteriores, y el nuevo procedimiento para cobro de fianza expedida por afianzadora, establecía que si el beneficiario era particular podía elegir en caso de controversia Jueces Locales y Federales y en el caso de que el beneficiario fuera la Federación, el Distrito Federal y los Territorios Federales se tramitarían las controversias ante los jueces del Distrito Federal y las que presentaran los Gobiernos de los Estados y Municipios se llevarían ante el juez de Distrito correspondiente a la localidad, el procedimiento fue idéntico al señalado en la ley de fianzas del 31 de diciembre de 1942, que estipulaba el procedimiento judicial y los plazos a que debía atenderse y sujetarse la afianzadora, siendo aplicable en forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles; la única variante se dió en el plazo que aumentó a 60 días naturales y no de 30 días, para inconformarse a pagar la reclamación la afianzadora; después de dicho plazo iniciaba el procedimiento judicial⁵⁵.

j) El 24 de diciembre de 1953, se expide un decreto que reforma y adiciona la ley antes citada, mismo que se publica en el Diario Oficial de la Federación, el día 30 del mismo mes y año, el cual establece y considera que las Entidades Públicas, siendo beneficiarios de fianzas expedidas por afianzadoras, tenían a su favor la presunción de procedencia del requerimiento que presentaran en contra de una institución de fianzas, debiendo las afianzadoras impugnar las reclamaciones que a su juicio eran improcedentes, al no llegar a un arreglo con dichas Entidades en la etapa inicial, estaba obligada a demostrar ante los tribunales, la improcedencia de dichas reclamaciones.

⁵⁵ Cfr. (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 233.

Se divide el procedimiento para el cobro de una fianza, ya que al ser un particular el beneficiario, seguía rigiendo lo dispuesto en la ley de 1950, pero en los casos que el beneficiario fuera la Federación, el Distrito, Territorios Federales, los Estados y los Municipios, la autoridad ante quien se hubiese otorgado la fianza al no hacerse exigible la misma, debería comunicarlo a la dependencia especializada de la Tesorería de la Federación o Tesorería Local, según sea el caso, anexándole la documentación relativa a la fianza y a la obligación garantizada por ella, dicha dependencia procedía a requerir a la afianzadora en forma personal en su oficina matriz o en sus sucursales, en el requerimiento se apercibía a la afianzadora, para que en el plazo de 90 días naturales, contados a partir de la fecha de notificación del requerimiento hiciera el pago de lo reclamado o bien impugnara el mismo promoviendo juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación, y de no hacerlo se le rematarían valores en bolsa de su propiedad, que fueran bastantes para cubrir el importe reclamado⁵⁶.

k) El 30 de diciembre de 1977, es publicado otro decreto, que reformó el procedimiento para el cobro de fianza de empresa, mismo que entró en vigor el 1o. de enero de 1978, el cual señalaba que en los casos en que el beneficiario fuera la Federación, el Distrito, los Territorios Federales, los Estados y los Municipios, las afianzadoras tenían un plazo de 30 días naturales para realizar el pago de una reclamación, se modificaron los 90 días que establecía la ley anterior, dicho plazo de 30 días empezaba a contar a partir de que se realiza la notificación del requerimiento correspondiente, en el citado plazo la afianzadora también podía acreditar que se había inconformado en contra de dicho requerimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación, al reducirse el plazo, las

⁵⁶ Cfr. (Comp.) Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ob. cit. pág. 256.

afianzadoras quedaban en estado de indifensión ya que los hechos contenidos en el requerimiento no eran propios, sino de un tercero (fiado), el procedimiento de cobro de una fianza, en la cual el beneficiario era un particular no sufrió ninguna modificación con dichas reformas.

1) De nueva cuenta se expide el 27 de diciembre de 1981, un decreto mismo que reforma y adiciona la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicandose el día 29 del mismo mes y año, en el cual se adecuan diversos aspectos que ya eran obsoletos, los legisladores al expedir dicho decreto, transforman la ley de 1950, reformando el capítulo de procedimientos, teniendo como innovación asignar a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, atribuciones que tenía hasta esa fecha la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como eran las reservas legales, autorización para el cobro de primas, conocimiento de reclamaciones y contabilidad de las empresas afianzadoras, con dicho decreto se amplía el plazo concedido a las afianzadoras a 60 días hábiles, en caso de reclamaciones de particulares, para hacer el pago de la reclamación si esta procede, transcurrido dicho término se podía entablar juicio en contra de las afianzadoras, emplazándolas para que produjeran su contestación en un término de 5 días, posteriormente se abre un periodo probatorio de 10 días en forma sucesiva para actor y demandado, se les otorga un plazo de 3 días para alegar por escrito después del periodo probatorio; hecho lo anterior el Tribunal o Juez que conozca del asunto dictará sentencia en un plazo de 5 días y contra dichas sentencias procede el recurso de apelación en efecto devolutivo, contra otras resoluciones procedían los recursos que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles, siendo aplicado el mismo en forma supletoria.

En cuanto al procedimiento para el cobro de fianza siendo el beneficiario la

Federación, el Distrito, los Territorios Federales, los Estados y los Municipios, no sufrió reforma o modificación alguna.

m) El 20 de diciembre de 1990, se expide un nuevo decreto que reforma y adiciona la Ley de la Materia, el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el día 31 del mismo mes y año, y entró en vigor el día 1.º de enero de 1991, mediante el cual se hicieron varias reformas entre las que destaca que los beneficiarios (particulares) a su elección podían presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en esta ciudad, a las Delegaciones Regionales de la citada Comisión o ante los Tribunales competentes, estando obligadas las afianzadoras a someterse al procedimiento de conciliación.

Asimismo, el plazo para que una afianzadora dictamine reclamaciones de particulares, se reduce a 30 días hábiles y no 60 días como se estableció anteriormente.

Las fianzas expedidas por afianzadora ante la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas de acuerdo a lo estipulado en el artículo 95 y de conformidad con el Reglamento de dicho artículo, excepto aquellas que se otorguen para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros casos en que se estará a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación.

Los requerimientos los podían hacer efectivos por conducto de la autoridad ejecutora facultada para ello, ya no es necesario canalizarlo por conducto de la Tesorería de la Federación, la afianzadora dispone de un plazo de 30 días

naturales para hacer el pago o impugnar el requerimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

El artículo 95-bis de la Ley citada, impone a la afianzadora la obligación de cubrir un intereses que se calcularán sobre la cantidad reclamada una vez que se venzan los plazos señalados en el artículo 93, tercer párrafo y 95 fracción III de la Ley de la Materia y hasta la fecha en que se realice el pago al beneficiario, el pago con sus intereses se debe efectuar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución dictada en contra de la institución de fianzas; sino efectúa el pago en el plazo citado deberá cubrir una cantidad igual a la que deba pagar al beneficiario, sino lo hace se dejará sin efectos la autorización para funcionar como institución de fianzas.

Las instituciones de fianzas cuando sea procedente promoverán ante los fiados y obligados solidarios el reembolso de los intereses que hubieren cubierto.

n) El 14 de julio del año de 1993, nuevamente hubo reformas a la citada Ley , derogándose el artículo 92 y modificándose el artículo 93 en el sentido de que al presentar una reclamación un beneficiario (particular) debe acompañar la documentación que soporte la misma y si es necesario la afianzadora le solicitará documentación e información adicionales al beneficiario en un plazo de 15 días naturales, posteriores a la presentación de la reclamación y el beneficiario deberá remitir la documentación e información en un plazo de 15 días naturales y si no lo hace se tendrá por integrada la reclamación.

Si la afianzadora no hace uso de este derecho, se tendrá integrada la reclamación; integrada la misma la afianzadora en un plazo de 30 días naturales

deberá efectuar el pago o informar por escrito al beneficiario las causas de improcedencia; se puede hacer pago parcial si a juicio de la afianzadora la reclamación es parcialmente procedente, estando el beneficiario obligado a recibir dicho pago parcial y podrá acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los Tribunales Competentes o hacer valer sus derechos por la diferencia, siguiendo el mismo procedimiento señalado en la ley de 1990, también, se adiciona un párrafo al artículo 96, que señala que " La certificación expedida por la persona o personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas harán fe en los juicios respectivos y llevarán aparejada ejecución ".

Se reformó el artículo 97, el cual señala que " Las instituciones de fianzas tendrán acción contra el fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de haber pagado ellas, si se comprueba que alguno de los obligados incumplió con obligaciones de terceros y la institución de fianzas corra el peligro o el riesgo de perder sus garantías de recuperación; haya o no requerimiento extrajudicial o judicial por parte del beneficiario ".

El procedimiento de ejecución para el cobro de fianzas expedida por afianzadora, vigente a la fecha y que este contemplado en el capítulo IV de la Ley de la Materia, reformada y modificada en diciembre de 1993 y hasta mayo de 1994, es materia de análisis del capítulo III del presente trabajo de investigación, por lo cual se detallará más adelante y por el momento únicamente se menciona como dato histórico.

CAPITULO II

" EFECTOS DE LA OBLIGACION FIADORA DE LA FIANZA DE EMPRESA ".

A) DE LA AFIANZADORA CON EL DEUDOR U OBLIGADO SOLIDARIO.

La obligación esencial de la afianzadora la asume frente al acreedor (beneficiario) al expedir su póliza, ya que se compromete a cumplir con la obligación garantizada o en su caso a pagar si el deudor (fiado) no cumple en el momento de hacerse exigible la obligación principal garantizada.

En el caso de fianzas de fidelidad o judiciales, el deudor (fiado) debe indemnizar a la afianzadora, en los casos en que se cubra alguna reclamación, aún cuando la póliza se haya expedido sin haber dado su consentimiento el fiado, ya que si la misma se expide contra la voluntad del deudor (fiado), la afianzadora tendrá derecho al reembolso de lo pagado en cuanto hubiere beneficiado dicho pago al deudor (fiado), debiendo cubrirse la deuda principal y sus accesorios.

En los casos de fianzas en que los beneficiarios sean particulares y requieran el pago de una póliza expedida por afianzadora, por incumplimiento de la obligación garantizada por parte del (fiado) deudor principal, antes de hacer el pago la afianzadora puede exigir que el fiado asegure el pago o cumpla con la obligación garantizada (es decir lo releve de la fianza); si hubiera sido requerido judicialmente la afianzadora en virtud de dictamen improcedente de la reclamación recibida, podrá hacer llamar a juicio al fiado para que manifieste lo

que a su interés convenga o en caso contrario, es decir si el fiado no comparece a juicio le perjudicará la sentencia que se dicte en el juicio correspondiente o en el procedimiento conciliatorio y juicio arbitral a que se refiere la Ley Federal de Instituciones de fianzas, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118-bis de dicha Ley.

Asimismo, el deudor principal (fiado), obligados solidarios o contrafiadores estarán obligados a reembolsar a la institución de fianzas lo que corresponda en los términos del contrato respectivo o de la citada ley, no obstante lo señalado en el párrafo anterior, el fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente al acreedor (beneficiario), para demandarle la improcedencia del pago hecho por la afianzadora, así como de los daños y perjuicios que con ese motivo se le hubieren causado; y cuando los que realicen el reembolso (pago) a la afianzadora fueran los solicitantes, obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniere en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor (beneficiario) que hizo efectiva la fianza.

En los casos de pólizas de fianza que se expidan a favor de la Federación, el Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, las mismas se harán efectivas a elección del beneficiario siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93-bis de la Ley de la Materia, así como por lo dispuesto en el artículo 95 de la misma y el reglamento de dicho artículo, excepto en las fianzas que garanticen créditos fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, de estos procedimientos nos ocuparemos en el capítulo tercero del presente trabajo.

El Maestro Arturo Díaz Bravo, señala que la obligación fiadora pese a ser

autónoma, tiene puntos de contacto con la obligación principal garantizada y dicha relación produce las consecuencias siguientes:

a) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 94 y 101, de la Ley de la Materia, el beneficiario previa reclamación que haga por escrito a la institución de fianzas, para hacer efectiva la fianza de que se trate, puede acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los Tribunales competentes, para hacer valer sus derechos en forma directa y exclusiva en contra de la afianzadora o de manera conjunta con el deudor principal (fiado).

b) En caso de incumplimiento del deudor principal (fiado), la fianza no se extinguirá, aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor (fiado), asimismo la fianza no se extinguirá cuando el acreedor (beneficiario), sin causa justificada, deje de promover en el juicio promovido contra el deudor (fiado) lo anterior se establece en el artículo 118 de la Ley de la Materia, que igualmente señala que las afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y excusión.

c) El caso contrario es cuando la fianza se extingue, por haber concedido el beneficiario prórroga o espera el deudor (fiado), sin consentimiento de la fiadora, según lo establece el artículo 119 de la citada ley y el artículo 2846 del Código Civil.

d) Cuando el beneficiario opte por demandar únicamente a la afianzadora, tendrá que someterse al procedimiento especial previsto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y le será aplicable en forma supletoria lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles de acuerdo a lo señalado en el artículo

94 de la citada Ley de la Materia ⁵⁷.

e) Las afianzadoras quedarán libres de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamación dentro del plazo estipulado en la póliza o dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza, esto es aplicable cuando la obligación garantizada en la fianza es por tiempo determinado.

Igualmente las afianzadoras se liberarán de su obligación por caducidad, en fianzas que garanticen obligaciones por tiempo indeterminado, cuando el beneficiario no presente reclamación de la fianza dentro de los 180 días naturales siguientes contados a partir de que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado; una vez ejercitado este derecho por el beneficiario, se podrá hacer efectiva la fianza quedando sujeto a la prescripción, en cuyo caso las afianzadoras se liberarán por prescripción, cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor; todo requerimiento de pago hecho por beneficiario a la afianzadora, suspende la prescripción, salvo que resulte improcedente dicho requerimiento.

El fiado, solicitante, obligado solidario o contrafiador, deben cubrir la prima convenida y otorgar garantías suficientes, a fin de que la institución de fianzas le expida la póliza respectiva que debe entregar al beneficiario para garantizar el cumplimiento de la obligación garantizada en la póliza de fianza.

Dichas garantías deberán ser suficientes para garantizar la recuperación en

⁵⁷ Cfr, Díaz Bravo Arturo, op. cit. pág. 207.

caso de pago de las afianzadoras, y deberán comprobar en cualquier momento las garantías con que cuentan a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, no importando el monto de las responsabilidades que hayan contraído mediante el otorgamiento de fianzas según lo establece el artículo 19 de la Ley de la Materia, se exceptúan de lo anterior las fianzas de fidelidad y las que se otorguen ante autoridad judicial de orden penal, siempre y cuando las mismas no garanticen la reparación del daño y aquellas que se otorguen para obtener la libertad provisional de los acusados o procesados por delitos en contra de las personas en su patrimonio, casos en los que será necesario por parte de la afianzadora obtener garantías suficientes y comprobables tal y como lo establece el artículo 22 de la citada Ley.

De conformidad con lo establecido en el artículos 24 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, las afianzadoras están obligadas a obtener como garantías de recuperación las siguientes:

a) Prenda: debiendo constituirse sobre dinero en efectivo, depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito, valores emitidos o garantizadas por el Gobierno Federal o Instituciones de Crédito; valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Valores u otros bienes valuados por Institución de Crédito o corredor, en los últimos dos casos la responsabilidad fiadora no excederá del 80% del valor de los bienes, según lo establece el artículo 26 de la citada ley.

B) Hipoteca: La misma recaerá sobre bienes valuados por institución de crédito o sobre la unidad completa de una empresa industrial, comprendiendo los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, incluyendo

los derechos de crédito a favor de la empresa; las afianzadoras como acreedoras de las garantías hipotecarias no podrán oponerse a las modificaciones o alteraciones que se hagan a dichos bienes durante el plazo de la garantía hipotecaria, salvo que resulten necesarios para mejorar la prestación del servicio respectivo, el monto de la fianza no podrá ser superior del 80% del valor disponible cuando sean inmuebles y en segundo lugar cuando dicha garantía se establezca sobre empresas industriales, si los rendimientos netos de la explotación, garantizan suficientemente el importe de la fianza, según lo establece el artículo 28 de la citada Ley.

c) Fideicomiso: únicamente se aceptará cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición; para su constitución las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria, cuando se haya pagado el importe reclamado de una fianza o cuando se deba pagar la misma, a enajenar los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y con el producto de dicha enajenación se cubran a la afianzadora las cantidades a que tenga derecho.

d) Obligación Solidaria o Contrafianza: es aceptada cuando la persona demuestra ser propietaria de bienes raíces o establecimiento mercantil, debidamente inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, en estos casos la responsabilidad de la afianzadora no será mayor del 50% del valor disponible de los bienes, según lo establece el artículo 30 de la referida Ley.

Queda claro que el fiado está obligado a pagar la prima por la póliza de fianza que se expida o que le beneficie como en los casos de fianza de fidelidad o judicial, además debe otorgar garantías que respalden y aseguren a la institución de fianzas el reembolso de cantidades que se llegaran a cubrir con motivo de una

reclamación, así como los intereses, gastos y los daños y perjuicios, que se lleguen a ocasionar por el incumplimiento de la obligación garantizada lo cual trae como consecuencia el pago de la fianza.

El artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas, señala que " El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de fianzas, de que esta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente así como para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios. Dicha certificación hará fe en los juicios respectivos salvo prueba en contrario ".

De lo transcrito anteriormente se deduce que la afianzadora al efectuar el pago de una fianza, con motivo de una reclamación, se subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada, por lo que la afianzadora puede exigir al deudor mediante la vía judicial el reembolso de lo que pagó, así como los intereses y accesorios que se hayan generado.

Asimismo, la institución de fianzas podrá liberarse parcial o totalmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza, es impedida o le resulta imposible la subrogación, según lo establece el artículo 122 de la Ley de la Materia, en este sentido se expresa también el Lic. Oscar Vásquez del Mercado ⁵⁸.

⁵⁸ Cfr, Vasquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, 2a. edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, pág. 296.

Sin embargo, el Maestro Arturo Díaz Bravo, expresa que " Si literalmente se lee el citado artículo, el mismo consigna una inexactitud y es incompleto ya que no es cierto que la fiadora se subroga en todos los derechos...., que asistan al acreedor, la verdad es que la subrogación sólo opera hasta por una cantidad igual a la pagada, ya que por el faltante a cubrir el importe de la deuda, el acreedor conserva sus derechos...., en contra del obligado principal " ⁵⁹.

En este sentido, no estamos de acuerdo con el comentario que hace dicho autor, ya que es cierto que la subrogación deviene del pago efectuado por una póliza otorgada, por lo que la subrogación se determinará por la cantidad que desembolse la institución de fianzas, estando obligado el deudor a reembolsar el importe pagado por la afianzadora sin embargo la subrogación como se dijo se determinará hasta por el monto de la fianza o la cantidad pagada, la cual puede incluir intereses como veremos más adelante.

La afianzadora tiene derechos y acciones en contra del deudor, sobre las garantías o contragarantías que se hubiesen obtenido, independientemente de la acción subrogatoria, puede ejercitar sus derechos derivado de la prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria o contrafianza.

De conformidad a lo establecido en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las afianzadoras podrán a su conveniencia elegir cualquiera de los siguientes procedimientos para obtener la recuperación de las cantidades que hayan pagado:

⁵⁹ Cfr, Díaz Bravo Arturo, op.cit. pág. 214.

a) La vía ejecutiva mercantil, según lo establece el artículo 96 y 124, Fracción I, de la misma Ley.

b) La vía hipotecaria, cuando los bienes inmuebles dados en garantía hayan sido gravados, artículo 124, Fracción III de la Ley citada.

c) Proceder a la venta de los inmuebles dados en garantía, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 124, Fracción III, del inciso (a) hasta el inciso(l), de la ley referida⁶⁰.

B) DE LA AFIANZADORA CON EL ACREEDOR.

El efecto básico que se da entre una Institución de Fianzas con el acreedor,(beneficiario) consiste en que al otorgar una póliza de fianza, nace el derecho del acreedor para requerir el pago de la misma, en caso de incumplimiento del deudor principal (fiado) y la obligación principal de la afianzadora será la de pagar cuando dicha reclamación sea procedente por el incumplimiento del fiado en la obligación garantizada.

Al estar consideradas las afianzadoras como empresas de solvencia acreditada, el beneficiario no puede negarse a recibir una póliza de fianza, excepto cuando las instituciones de fianzas sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra; por lo que no será necesario constituir depósito, fianza legal o comprobar que la afianzadora es propietaria de bienes raíces, o de su existencia jurídica, ni podrán fijar importe mayor que el señalado para depósitos

⁶⁰ Cfr, Díaz Bravo Arturo, op. cit. pág. 214.

en efectivo u otras formas de garantía, lo anterior de conformidad a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley de la Materia.

Generalmente las instituciones de fianzas renuncian a los beneficios de orden y excusión, por así ordenarlo el artículo 118 de la Ley de la Materia, que además establece que las fianzas no se extinguirán, aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor (fiado) el cumplimiento de la obligación principal garantizada, ni se extinguirá cuando el acreedor deje de promover en el juicio promovido en contra del deudor.

No obstante lo señalado anteriormente, el fiador (afianzadora) al ser requerido del pago de una póliza de fianza, lo hará del conocimiento del fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, indicándoles el momento en que se vence el plazo establecido en la Ley, para que estos proporcionen la documentación y los elementos que sean necesarios para dictaminar si procede y poder cuantificar la reclamación o en su caso determinar la improcedencia de dicha reclamación, estando obligados a proveer de fondos a la afianzadora para que esta efectúe el pago de lo que sea procedente, si la afianzadora no recibiera la documentación, los elementos o los fondos a que se hizo mención anteriormente, decidirá libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario, en cuyo caso quedan obligados, el fiado, solicitante, obligados solidarios, contrafiadores, a reembolsar a la afianzadora la cantidad pagada y accesorios que se hayan causado.

En caso de no estar conforme con dicho pago, el fiado únicamente conservará sus derechos, acciones y excepciones frente al acreedor (beneficiario), para demandarle la improcedencia del pago realizado por la afianzadora, así como

de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

Si el reembolso lo hacen el solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniere en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor (beneficiario) que hizo efectiva la fianza.

Además en caso de ser requeridas judicialmente, las afianzadoras, pueden denunciar el pleito al fiado (deudor principal) para que ofrezca las pruebas que considere convenientes y si este no comparece a juicio para dicho objeto, le perjudicará la sentencia que se dicte en contra la afianzadora, de igual modo se estará en los procedimientos conciliatorios , de arbitraje y convencionales que establece la Ley de la Materia.

La afianzadora podrá oponer al beneficiario la compensación de lo que este deba al fiado, excepto si el deudor (fiado) renunció a ella, lo anterior lo establece el artículo 118-bis de la citada Ley.

Para requerir a una afianzadora, los beneficiarios deben apegarse a los procedimientos descritos en los artículos 93, 93-bis, 94 y 95 de la referida ley, previo requerimiento que hayan hecho por escrito, gozando la afianzadora de los plazos señalados en dichos artículos para resolver la procedencia o improcedencia de la reclamación, dichos procedimientos los analizaremos en el capítulo III del presente trabajo de investigación.

Otro efecto que se da entre la afianzadora y el acreedor, se encuentra establecido en el artículo 121 de la ley de la Materia, el cual señala que en

obligaciones de dar o hacer las afianzadoras pueden substituir al deudor principal (fiado) en el cumplimiento de la obligación por si o constituyendo fideicomiso; asimismo el artículo citado establece que el beneficiario no tendrá derecho a reclamar la totalidad de una póliza de fianza cuando la misma garantice el pago de una suma de dinero en parcialidades, si el fiado incumplió en el pago de alguna de sus parcialidades convenidas, y la institución de fianzas realiza el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo que se hubiere estipulado en la póliza, salvo pacto en contrario.

Asimismo el artículo 120 de la multicitada Ley, establece que " Las afianzadoras se liberan de su obligación por caducidad, cuando se hubieren obligado por tiempo determinado y el beneficiario no presente su reclamación de la fianza dentro del plazo señalado en la fianza o dentro de los 180 días naturales siguientes a la finalización de la vigencia de la fianza; cuando se obliguen por tiempo indeterminado las afianzadoras igualmente se liberan de sus obligaciones por caducidad, en los casos en que el beneficiario no presente su reclamación dentro de los 180 días naturales siguientes, a la fecha en que la obligación garantizada se haga exigible, por incumplimiento del fiado.

Una vez presentada la reclamación dentro de los plazos señalados nace el derecho para hacer efectiva la póliza de fianza, mismo que queda sujeto a la prescripción, en este caso, las afianzadoras se liberan por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor ".

Todo requerimiento por escrito de pago que haga el beneficiario a la afianzadora o, en su caso la reclamación, suspende la prescripción salvo que

resulte improcedente.

C) ENTRE DOS O MAS AFIANZADORAS.

1.- REAFIANZAMIENTO.- " Es de suponerse que el inicio de las operaciones de reafianzamiento fue motivado porque las afianzadoras se dieron cuenta de que para lograr soportar obligaciones cuantiosas que reportarán fuertes pérdidas en un momento dado y para estar en condiciones de hacer frente al riesgo, o sea descargar parte de la responsabilidad que hubiere asumido al celebrar el contrato de fianza original " ⁶¹.

Esta idea explica el origen del reafianzamiento en nuestro país, que deriva de dos aspectos que tienen relación entre sí y que son el uso de la fianza por múltiples personas físicas o morales, como alternativa de garantías y el crecimiento de las responsabilidades contraídas por el otorgamiento de pólizas, son factores que obligan a las afianzadoras a buscar un respaldo suficiente por medio del reafianzamiento para hacer frente a sus responsabilidades sin que vean mermada su economía, de este modo afirma el desempeño de sus funciones y permanece dentro del mercado.

En un principio las instituciones de fianzas tuvieron la necesidad de recurrir al reaseguro, adaptándose el mercado afianzador a esta figura, llevandolo con la American Security Company of New York, Empresa Norteamericana, que intervenía en negocios de elevada cuantía, para que las afianzadoras pudieran cubrir la demanda existente, por lo que se concluye que el

⁶¹ Cfr, Ibarzabal Jiménez Humberto, "El Reafianzamiento en México", Revista Mexicana de Fianzas, Tomo (17), México 1984, op. cit. págs. 209-210.

reafianzamiento surge como una necesidad de las afianzadoras para repartir las responsabilidades contraídas por la emisión de pólizas de cuantía elevada y ante la falta de instituciones en el país, se realizaba a manera de reaseguro, por ser esta figura la que mas se asimilaba y adaptaba y siendo manejadas con una compañía extranjera ⁶².

a) Concepto: Existen diversos conceptos uno de ellos lo da la Asociación Panamericana de Fianzas quien define al reafianzamiento como " La operación por medio de la cual la afianzadora directa transfiere todo o parte del riesgo a otra compañía similar que recibe el nombre de reafianzadora o reaseguradora " ⁶³.

En el citado concepto se equipará el reafianzamiento con el reaseguro, ya que maneja el vocablo " riesgo " el cual es aplicable al seguro, por lo que no estamos de acuerdo con el mismo.

Otro concepto lo establece el Maestro Oscar Vasquez del Mercado quien señala que " El reafianzamiento es la fianza por la cual una institución se obliga a pagar a otra en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba de cubrir al beneficiario por su fianza. Para tal efecto la institución afianzadora esta obligada, en su caso, a proveer de fondos a la reafianzada " ⁶⁴.

En este concepto vemos que el reafianzamiento es una fianza y se destaca que hay obligación por parte de la institución de fianzas (reafianzadora) de

⁶² Cfr, Gómez Cantú Alejandro, " La Naturaleza Jurídica del Reafianzamiento", Revista Mexicana de Fianzas, Tomo (8) , México, 1972, pág. 291.

⁶³ Cfr, Glosario de Términos, Editado por la Asociación Panamericana de Fianzas, Argentina, 1978, pág. 25.

⁶⁴ Cfr, Vasquez del Mercado Oscar, op. cit. pág 301.

proveer de fondos a la reafianzada, lo cual no ocurre en la práctica como se verá más adelante.

El Lic. Alejandro Gómez Cantú manifiesta que " En el lenguaje económico el reafianzamiento, es el instrumento técnico que la industria de la fianza ofrece a las instituciones del ramo, a fin de recuperar de otra institución una parte de las pérdidas que tuvieren por sus fianzas " ⁶⁵.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece en su artículo 114 que " El reafianzamiento es el contrato por el cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguro debidamente facultada conforme a esta ley o reafianzadoras extranjeras registradas de acuerdo con el artículo 34 de la misma, se obligan a pagar a la institución reafianzada a la proporción correspondiente, las cantidades que esta deba cubrir al beneficiario de la fianza.

Cuando se participe en reafianzamiento, cada afianzadora participante será responsable ante la institución fiadora cedente, por una cantidad proporcional a la obligación garantizada y deberá cubrir la cantidad que le corresponda cuando se haga efectiva una póliza de fianza.

Asimismo, el pago de la prima será proporcional a la cantidad que haya sido cedida; cuando haya recuperación de una reclamación por parte de la reafianzadora deberá reembolsar a las reafianzadoras participantes, las cantidades que hubiera recibido de estas por concepto de reafianzamiento, también deberá comunicar la fiadora directa, a las reafianzadoras, de cualquier modificación a la

⁶⁵ Cfr, Gómez Cantú Alejandro, op. cit. pág 291.

vigencia, monto u otro movimiento que se pretenda realizar a la fianza expedida, debiendo obtener el consentimiento de las reafianzadoras; así como lo relacionado a una reclamación y gestiones que haga frente al fiado, obligados solidarios o contrafiadores y de cualquier hecho que conozca relacionado con la obligación garantizada y las garantías de recuperación ofrecidas ".

b) Existen dos tipos de reafianzamiento.

1) Facultativo: Es el reafianzamiento por el cual una afianzadora (fiador directo), esta facultada para ceder cualquier tipo de fianza a otra, sea afianzadora, aseguradora o reaseguradora sin que exista un contrato formal de reafianzamiento, para que una de estas pueda aceptarlo⁶⁶.

2) Automático: es aquel contrato por el cual una afianzadora cede a otras compañías afianzadoras, aseguradoras o reaseguradoras nacionales o del extranjero, negocios de fianzas que exceden su margen de operación, hasta por cierto monto que se consigna en dicho contrato⁶⁷.

Se puede celebrar entre dos o más afianzadoras, aseguradoras o reaseguradoras por medio de una póliza o contrato de reafianzamiento múltiple, en la cual se establezca el porcentaje de participación de cada institución, porcentaje por el cual deben responder en forma solidaria de la obligación principal garantizada y afianzada, debiendo proveer de fondos a la reafianzada con la finalidad de que cumpla sus obligaciones como fiadora, la falta de provisión oportuna hace responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios

⁶⁶ Cfr, Molina Bello Manuel, op.cit. pág. 157.

⁶⁷ Idem, págs. 157-158.

que ocasione a la reafianzada; sin embargo, en la práctica, se hace el reembolso, una vez que se ha cubierto la reclamación respectiva.

Se debe establecer en la póliza o contrato de reafianzamiento múltiple los datos de identificación como número de póliza, monto de la fianza, quien es la compañía cedente, su margen de operación, vigencia, beneficiario, fiado, concepto garantizado, garantías de recuperación con que se cuente, las instituciones participantes, su margen de operación, monto con el que participan, prima que percibirán, posteriormente se anotará el número de póliza de reafianzamiento tomado y la firma del funcionario autorizado para celebrar el contrato.

Si después de cubrir una reclamación, la reafianzada (fiadora directa), logra recuperar el importe pagado, deberá reembolsar a las reafianzadoras el importe que le hubieran entregado por su participación en el negocio.

2.- COAFIANZAMIENTO.

Para definir esta figura veremos los conceptos siguientes:

El Código Civil establece en su artículo 2837 que " Cuando son dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer.....".

El Maestro Vásquez del Mercado señala que " En el coafianzamiento

participan también dos o más instituciones, solo que aquí las instituciones responden frente al fiado, y no de institución a institución como en el reafianzamiento " ⁶⁸.

La Asociación Panamericana de Fianzas concibe al cofianzamiento como:
" Una póliza bajo la cual dos o más compañías de fianzas se obligan mancomunadamente a garantizar la obligación del fiado " ⁶⁹.

El Lic. Ramón Concha Malo, define al cofianzamiento siguiendo los lineamientos de los artículos 2794 y 2837 del Código Civil, manifestando lo siguiente: " Podemos decir que la cofianza o cofianzamiento, es pues, un contrato por virtud del cual dos o más personas, denominadas cofiadores, se obligan con otra denominada acreedor a pagar por el deudor si este no lo hace" ⁷⁰.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 116 establece que " Hay cofianzamiento cuando dos o más instituciones de fianzas del país otorgan fianzas ante un mismo beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto e igual concepto a un mismo fiado. En el cofianzamiento no hay solidaridad pasiva, debiendo el beneficiario exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones cofianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantías ".

De los anteriores conceptos se desprende que el señalado en el Código Civil en su artículo 2837 y en el artículo 116 de la Ley de la Materia coinciden en

⁶⁸ Cfr, Vasquez del Mercado Oscar, op. cit. pág. 302.

⁶⁹ Cfr, Glosario de Términos de Fianzas, op. cit. pág 14.

⁷⁰ Cfr, Concha Malo Ramón, op. cit. pág 329.

cuatro características y son:

- a) Se da entre dos o más Instituciones de Fianzas (fiadores).
- b) Mismo concepto a garantizar.
- c) Mismo beneficiario.
- d) Mismo fiado.

Sin embargo, la fianza de empresa, tiene como peculiaridad que el monto puede ser idéntico o diverso, ya que no hay solidaridad pasiva, por lo que cada una de las instituciones que participen expiden su póliza por una cantidad proporcional, garantizando un mismo concepto, ante un mismo beneficiario y por un mismo fiado, a fin de constituir una obligación mancomunada entre las afianzadoras, es decir nos encontramos ante una fianza de empresa con una pluralidad de fiadores, obligados en forma mancomunada por disposición legal.

Lo anterior trae como consecuencia que el beneficiario requiera de pago a cada una de las coafianzadoras y que estas gestionen la recuperación con el fiado, obligados solidarios, y contrafiadores por separado e individualmente ya sea en forma extrajudicial o en la vía judicial.

Cabe hacer notar que la figura del coafianzamiento ha desaparecido casi totalmente del mercado, en virtud de que en la actualidad, el reafianzamiento ha abierto un amplio campo de acción de este contrato, debido a que se celebra con mayor rapidez, lo que es más fácil tanto para el fiado, como para el beneficiario

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

y es más conveniente para las instituciones de fianzas.

El único beneficio o utilidad del coafianzamiento se basa en la posibilidad de que si dicha fianza excediera el margen de operación, al expedir la misma fianza distintas instituciones, se evitaría el reafianzamiento según lo establece el artículo 32 de la Ley de la Materia, pero la misma tiene desventajas para las partes que intervienen en la misma como son:

PARA EL FIADO:

I.- Surge la necesidad de acudir a diversas instituciones de fianzas para gestionar las pólizas respectivas, perdiendo tiempo en dichos trámites.

II.- Debe cubrir la prima, gastos de expedición, derechos e impuestos a cada afianzadora que acuda.

III.- Tiene que requisitar y entregar la documentación mínima y necesaria en cada afianzadora para que le emitan la póliza respectiva.

IV.- En caso de reclamación, debe proporcionar información y documentación, a cada una de las instituciones de fianzas que hayan emitido una póliza de fianza.

V.- En caso de reclamación pagada, enfrentará mayores gastos, derivado de la contienda que tenga con cada afianzadora.

PARA LA AFIANZADORA:

A) Tiene la obligación o necesidad de participar con otras afianzadoras en un negocio, lo cual redundará en pérdida de la comisión que por prima cedida les hubiese correspondido si se hubiera contratado reafianzamiento.

B) En caso de reclamación debe estar a expensas de que el fiado le proporcione oportunamente, la información y documentación que justifique la improcedencia de la misma, ya que el fiado deberá proporcionar a cada institución que participe en dicho negocio la citada documentación e información, corriendo el riesgo de que al no ser proporcionada la misma en tiempo se efectúe un pago indebido.

C) En caso de que se pague la reclamación, aún con la documentación e información que le proporcione el fiado y de la misma no se desprenda improcedencia alguna, la posibilidad de recuperación del menoscabo económico sufrido, se verá disminuída por la presencia de otros cofiadores, quienes representan una competencia para dicha gestión, ya sea en forma extrajudicial o en la vía judicial.

D) El tiempo que vivimos y la sociedad en que nos desenvolvemos, necesitan de rapidez y prontitud en los negocios, por lo que el trámite lento del cofianzamiento, trae como consecuencia la pérdida de clientes en el mercado.

PARA EL BENEFICIARIO:

a) Mayores gastos y esfuerzos, que llevan aparejado el reclamar a cada una de las cofianzadoras en forma separada, (debemos recordar la mancomunidad existente en el contrato), corriendo el riesgo de que una institución de fianzas

dictamine en forma procedente la reclamación y que otra la dictamine como improcedente, debiendo iniciar además el juicio o procedimiento respectivo, ante la autoridad competente.

b) Deberá tener además un mayor control administrativo de todas las pólizas de fianza que se otorguen en su favor, ya que podría operar la caducidad en su perjuicio.

De lo anteriormente señalado, concluimos que es obvio que el coafianzamiento, en la actualidad ha caído en desuso y ha sido abandonado casi en forma total por las instituciones de fianza, no se propone su derogación, en virtud de que el mismo tiene su razón de ser, en la necesidad que tienen las compañías de fianzas de protegerse de cualquier intento de fraude, por parte de quien contrate con ellas, ya que al haber casos de identidad en la obligación principal, en el fiado y beneficiario, por un monto igual o distinto, no se dará ni existirá la solidaridad pasiva entre fiadores, sino que habrá mancomunidad y se estará protegiendo en su economía a las instituciones de fianzas mismas que deben tener solidez, dado su función social la cual es vital para nuestro país, ya que en caso de caer en crisis se dañaría en forma irreparable esta parte del sector financiero mexicano, que aunque es pequeño en comparación con otras entidades, es necesario para el desarrollo de la economía actual.

D) EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION (DEBER) PRINCIPAL.

Debemos tomar en cuenta que el fiador (afianzadora) al expedir una póliza de fianza, se compromete por el deudor principal (fiado), ante el acreedor (beneficiario), a cumplir con la obligación garantizada o bien hacer el pago que

resulte procedente de la cantidad que sea reclamada con cargo a la fianza.

Sin embargo es necesario distinguir dos aspectos, el primero cuando el deudor principal debe cumplir con la obligación que contrajo ante el acreedor y la segunda cuando el acreedor, al darse el incumplimiento, por parte del deudor principal, requiere al fiador para que se de cumplimiento a la obligación garantizada o se efectúe el pago procedente.

Se puede dar el caso de que el fiado haya dado su consentimiento en el otorgamiento de la fianza, en cuyo caso se deduce que el fiador si cumple o paga ha obrado por cuenta de éste, el fiador (deudor principal) debe cumplir con la obligación contraída y en caso de no hacerlo el beneficiario (acreedor) puede exigir, que se de cumplimiento a la obligación (deber) principal por parte del fiado (deudor principal), debiendo requerirlo para efecto de que cumpla con su obligación, en los términos pactados o en el plazo fijado, dependiendo del tipo de obligación que se haya contratado si es por tiempo determinado el acreedor deberá requerir al fiado a que cumpla con su obligación dentro del plazo estipulado.

Si la obligación que asumió el fiado fuera por tiempo indeterminado el acreedor deberá estar al tanto de los avances que tenga la obligación objeto del contrato y en caso de no cumplir el fiado con lo estipulado en dicho contrato, deberá requerirle inclusive judicialmente el cumplimiento de dicho contrato, en caso contrario deberá comunicar el atraso e incumplimiento a la afianzadora, para efecto de que ésta requiera al fiado al cumplimiento de la obligación contraída, en cuyo caso el deudor principal (fiado), deberá proporcionar la información y documentación necesaria a la afianzadora, en la que base y funde

las causas que sean imputables al acreedor (beneficiario) para el incumplimiento de la obligación garantizada, según lo establece el artículo 122 de la Ley de la Materia.

Aún cuando la afianzadora sea requerida judicialmente o mediante algunos de los procedimientos convencionales citados, en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ésta puede denunciar el pleito al fiado (deudor principal), para que éste rinda las pruebas que crea convenientes y en caso de que no comparezca al juicio para el efecto indicado, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas, lo anterior es aplicable también en el procedimiento conciliatorio y juicio arbitral a que se refiere la Ley antes citada, pudiendo en estos casos la fiadora (afianzadora) oponer la compensación al beneficiario de lo que éste deba al fiado, excepto cuando el fiado hubiere renunciado previa y expresamente a este derecho según lo establece el artículo 118-bis de la citada Ley.

En los casos de que el acreedor (beneficiario) y el deudor principal (fiado) hubieren tenido algún arreglo respecto a la obligación garantizada sin consentimiento de la afianzadora, se extinguirá la fianza, pero no la obligación principal, por lo que el beneficiario conservará sus derechos para reclamar al deudor principal (fiado), el cumplimiento de la obligación contraída o el pago equivalente a dicho incumplimiento.

La propia Ley establece que en caso de incumplimiento por parte del fiado, en obligaciones de hacer o de dar, previa reclamación hecha a las afianzadoras, éstas podrán substituirlo y cumplir con la obligación garantizada, por sí o constituyendo fideicomiso y si la obligación garantizada fuera el pago de una

suma de dinero en parcialidades, la falta de pago de alguna de dichas parcialidades convenidas, no dará derecho al beneficiario para reclamar a la afianzadora el saldo insoluto, si la institución de fianzas efectúa el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo estipulado en la fianza, salvo pacto en contrario, artículo 121 de la multicitada Ley.

Lo anterior quiere decir que aún cuando la obligación fuera incumplida, la afianzadora tiene derecho a substituir al fiado y cumplir con la obligación garantizada dentro de los plazos convenidos, con lo cual se evita el pago de una cantidad o la interposición de una demanda en contra de la afianzadora, según lo establecen los artículos antes citados, ya que el fiador (afianzadora) puede obligarse a menos y nunca a más que el deudor principal.

Del mismo modo interpretando lo establecido en el artículo 2836 del Código Civil, podemos decir que el propio beneficiario puede requerir el pago de la fianza o que se de cumplimiento a la obligación garantizada, cuando el deudor principal (fiado), sufra menoscabo en sus bienes de modo que corra el riesgo de quedar insolvente; si se quiere ausentar de la República, o si la obligación principal se hace exigible por vencimiento del plazo.

En las fianzas de anticipo por ejemplo el fiado se obliga a invertir la suma de dinero que le sea entregada por el beneficiario, para el inicio de alguna obra, elaboración de algún producto, etc.; simultáneamente se entrega u otorga una fianza de cumplimiento, de darse incumplimiento en la amortización parcial o total del anticipo, en esa proporción se reduce la fianza de cumplimiento, que normalmente se expide por un 10% del monto total del contrato celebrado.

Sin embargo en las fianzas de fidelidad, la exigibilidad de la obligación principal, se dará hasta en tanto el fiado cometa alguna conducta delictiva en bienes patrimonio del beneficiario de los cuales tiene la tenencia, más no el dominio, ya que la obligación garantizada en estos casos son los delitos de fraude, robo, abuso de confianza y peculado, en estas fianzas puede existir consentimiento del fiado para que se otorgue la fianza o puede no haber dicho consentimiento dependiendo quien contrate la fianza, si fue el propio fiado se entiende que conoce la obligación que asume para observar una conducta intachable en el desempeño de sus funciones, y en los casos en que el beneficiario solicita y contrata este tipo de fianza normalmente sus empleados desconocen que se encuentran afianzados, hasta que incurrn en alguno de los citados ilícitos, este tipo de garantía, es una forma de que los beneficiarios respalden su patrimonio, ya que el mismo puede sufrir daños con la conducta ilícita de alguno de sus empleados o comisionistas, cabe hacer notar que en este tipo de fianzas no existen garantías de recuperación al momento de expedir la póliza.

Del mismo modo en las fianzas judiciales penales, que garanticen la libertad provisional del presunto inculpado, las mismas se harán exigibles al momento en que el fiado deje de cumplir con su obligación de presentarse las veces que sea requerido en el juicio que se entabló en su contra ante la autoridad respectiva, quien hará la reclamación respectiva ante la afianzadora.

Por lo que se concluye que la exigibilidad (deber) principal, se dará cuando el deudor principal incumpla con su obligación contraída, trayendo como consecuencia el derecho que tiene el beneficiario a requerir el cumplimiento de la obligación o el pago equivalente a dicho incumplimiento, ya sea en forma extrajudicial o en la vía judicial teniendo en cuenta que deberá apegarse al tipo de

obligación contratada ya sea de dar, hacer o no hacer, así como a los términos y plazos fijados en el contrato que hayan celebrado ambas partes, para de este modo poder requerir el cumplimiento o pago de la obligación garantizada, siguiendo los trámites y procedimientos legales o convencionales establecidos en la Ley de la Materia, ya sea ante la afianzadora y posteriormente ante las autoridades y tribunales competentes y de este modo se cumpla con el objeto para el cual fue expedida la póliza de fianza.

E) EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION (FIADORA) ACCESORIA.

Siguiendo el principio de la accesoriedad de la fianza, se debe entender que la obligación fiadora es accesoria y no el contrato de fianza, por lo que la exigibilidad de dicha obligación fiadora se dará cuando el fiado (deudor principal) no cumpla con la obligación garantizada, dicho incumplimiento debe ser posterior a la expedición de la póliza y en un futuro más o menos próximo, ya que no se pueden garantizar obligaciones ya incumplidas.

Al no gozar las instituciones de fianzas de los beneficios de orden y excusión, el beneficiario puede requerir directamente al fiador (afianzadora), en los casos que la obligación principal se vuelva exigible por incumplimiento del fiado en la obligación contraída y garantizada.

Existen autores sin embargo, que señalan que el contrato de fianza corre su propia suerte, ya que el mismo surte todos sus efectos entre las partes como son el pago de la prima, garantía de la (obligación) deuda principal, aunque posteriormente devenga la nula obligación garantizada, pone también como ejemplo el Lic. Humberto Ruiz Quiroz, que el contrato es válido aunque todavía

no exista obligación garantizada como se desprende de lo dispuesto por el artículo 2798 del Código Civil, que permite prestar fianza "...en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida " ⁷¹.

Sin embargo, en la práctica se dan muchos casos en los que se detecta, que la obligación fiadora surge como consecuencia del contrato de fianza, el cual tiene como objeto el cumplimiento de una obligación, aunque su exigibilidad sea de realización futura e incierta y por lo mismo el monto, como ejemplos se pueden citar:

a) Las fianzas de anticipo, que se otorgan para garantizar la debida inversión o la devolución total o parcial del anticipo que entrega el beneficiario al fiado a cuenta del importe total de una obra o un pedido, ya que se puede dar el caso de incumplir con dicha obra o no se entregue el pedido en la forma convenida y no se amortice en su totalidad el anticipo entregado al fiado, en este tipo de fianza es aplicable lo dispuesto en el artículo 2798 del Código Civil, antes comentado, ya que el deudor principal (fiado) se obliga a pagar una eventual deuda futura, la cual posiblemente no llegue a existir, siendo esta una obligación sujeta a condición suspensiva de realización incierta ⁷².

b) En fianzas que garanticen el pago de una suma de dinero en parcialidades, si el fiado incumple en el pago de una de las parcialidades

⁷¹ Cfr, Ruiz Quiróz Humberto, " El contrato de fianza no es accesorio", Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, año 4, número 4, México, 1980, págs. 177 a 182.

⁷² Cfr, Díaz Bravo Arturo, op. cit. pág. 213.

convenidas, la institución de fianzas puede hacer el pago de dichas parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo estipulado en la póliza de fianza aquí también estamos en el mismo supuesto del artículo anteriormente citado, ya que en créditos fiscales, se puede oponer la nulidad de la resolución que dicte la autoridad competente y la fianza no será exigible hasta en tanto no se resuelva la nulidad, por lo que corre la misma suerte, si dicha resolución destruye en forma retroactiva dicho crédito fiscal, sin que esto sea óbice de que la obligación fiadora no hubiere sido válida, autónoma y diferente a la fiscal, ni extinguida en forma retroactiva, porque sus efectos existieron durante todo el tiempo en que se resolvió dicha nulidad debiendo en este caso el deudor principal (fiado) cubrir la prima respectiva mientras tuvo efectos la póliza de fianza.

c) Fianzas Judiciales; En este tipo de pólizas basta que la obligación principal se vuelva exigible, para que el beneficiario en los casos en que se haya dictado sentencia, requiera a la afianzadora directamente por conducto de la Tesorería de la Federación a la Tesorería del Departamento del Distrito Federal o bien las autoridades Estatales o Municipales que correspondan acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación garantizada, así como de la sentencia emitida, teniendo la afianzadora un plazo de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que se notifica el requerimiento, para pagar sino efectúa el pago en dicho plazo, al día siguiente la autoridad ejecutora de que se trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas solicitará el remate de valores en bolsa, propiedad de la afianzadora de que se trate y que sean suficientes a cubrir el monto reclamado.

Si la fianza es judicial penal, el primer acto de la autoridad tendiente a hacer exigible el pago del monto total de la fianza, será requerir la presentación

del fiado, dentro del plazo que se conceda a la afianzadora, debiendo presentar su reclamación a la afianzadora en su oficina matriz, sucursales, oficinas de servicio o en el domicilio del apoderado designado para ello, no podrán presentarlas a los agentes de fianzas, ya que no están facultados para ello; si dentro del plazo antes citado la afianzadora no presenta al fiado ante la autoridad respectiva, la Autoridad Ejecutora Federal o Local según sea el caso, procederá en los términos del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas haciendo exigible la fianza al día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la institución de fianzas para presentar al fiado sin haberlo hecho.

En ambos casos surte efectos el contrato de fianza al emitirse la póliza de fianza, pudiendo existir incumplimiento y ser exigible la fianza o no, existiendo todo el tiempo la fianza y el contrato celebrado entre las partes.

De lo anterior se desprende que el contrato de fianza no es el accesorio, sino lo es la obligación fiadora; según lo establece el artículo 2799 del Código Civil, que establece que "el fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la deudor, en caso de deuda si se obligó por menos o por tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto", es decir que la obligación del fiador deberá limitarse estrictamente al nivel que la obligación del deudor principal (fiado), este artículo señala la accesoriedad de la garantía, la cual nunca será mayor a la estipulada en la póliza de fianza, sobre una obligación preexistente, o bien la misma puede ser futura, condicional o a plazo como ya lo vimos anteriormente.

El Lic. Francisco Lozano, señala que " Por regla general la fianza no puede existir sin una obligación válida ", ya que puede recaer sobre una obligación anulable, siempre y cuando no sea decretada por un juez la nulidad, esa obligación será anulable; por lo que concluye que deberá interpretarse de la forma siguiente el artículo 2797 del Código Civil: " Cuando se pronuncie por el juez la nulidad, destruido lo principal, tiene que ser destruido lo accesorio, es decir la fianza no subsiste, se extingue con la obligación principal "⁷³.

Se debe entender entonces que el contrato de fianza en sí no es accesorio, sino que la obligación fiadora será la accesorio, ya que sigue la suerte de la obligación principal, toda vez que normalmente el solicitante, fiado, obligados solidarios o contrafiadores requieren los servicios de las instituciones de fianzas, para el efecto de que se le expidan las pólizas de fianzas, que le sean necesarias, mismas que les son solicitadas por los beneficiarios, tanto para poder participar en un concurso, como para recibir la entrega de anticipos ya sea para iniciar una obra, o empezar a surtir un pedido, o bien para garantizar el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato, etc., salvo los casos de fianzas de fidelidad donde el beneficiario en algunas ocasiones requiere de este tipo de fianzas para afianzar a sus empleados, para el buen desempeño de sus labores.

Como se ha indicado, la obligación fiadora (garantizada), será exigible hasta en tanto se de el incumplimiento por parte del fiado, debiendo en estos casos las instituciones de fianzas, responder de la obligación contraída por el incumplimiento de su fiado, ya sea cubriendo el importe procedente reclamado o bien cumpliendo por sí o constituyendo fideicomiso, para que la obligación

⁷³ Cfr, Lozano Noriega Francisco, op. cit. págs. 367-368.

fiadora contraída al expedir la fianza, sea debidamente llevada a cabo en los términos y condiciones que se establecieron al expedir la póliza de fianza, o pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado; ya que la obligación fundamental del fiador consiste en cumplir por el deudor si éste no lo hace o sea que la obligación del fiador (afianzadora) será exigible solo en defecto del cumplimiento del deudor principal, por lo que se concluye que la obligación fiadora es la que tiene el carácter de accesorio y no el contrato de fianza que celebran las partes, ya que este subsiste mientras se cumpla o no con la obligación garantizada y contraída por la afianzadora al emitir su póliza de fianza respectiva.

CAPITULO III

" DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACION Y EJECUCION DE LA FIANZA DE EMPRESA ".

A) PROCEDIMIENTO PARA FIANZAS EXPEDIDAS ANTE PARTICULARES. ·

1.- RECLAMACION Y PROCEDIMIENTO ANTE LA AFIANZADORA.

Para exigir el pago de una fianza expedida ante particular, por parte de una institución de fianzas, legalmente autorizada por el Gobierno Federal, previo otorgamiento discrecional que haya hecho la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para funcionar como tal, se deberá estar a lo regido por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que contiene las disposiciones legales que reglamentan los procedimientos para hacer efectivas dichas pólizas de fianza y que son los siguientes:

El primer paso para reclamar una fianza expedida ante particulares, lo hará el beneficiario quien deberá presentar su escrito de reclamación a la institución de fianzas requiriéndola del pago de la fianza, en su oficina principal o sucursal que le corresponda en atención a su domicilio, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para acreditar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada en la citada póliza de fianza y para que cumpla con su obligación fiadora.

Una vez que reciba el escrito de reclamación, la institución de fianzas

tendrá derecho de solicitar al beneficiario la información o documentación que le sean necesarias y se relacionen con la fianza reclamada, este derecho deberá hacerlo valer dentro de los quince días naturales siguientes, contados a partir de la fecha en que le haya sido presentada dicha reclamación; si la institución de fianzas no hace uso de este derecho se tendrá por integrada la reclamación.

Si la afianzadora hace uso de este derecho, el beneficiario también tendrá un plazo de quince días naturales para proporcionar la información y documentación que la afianzadora le requiera los cuales se contarán a partir de que lo solicite la afianzadora, vencido el plazo y en caso de no hacerlo, se tendrá por integrada la reclamación; una vez integrada la reclamación, la afianzadora dispondrá de un plazo de treinta días naturales, para proceder al pago de la reclamación o en su caso deberá informar por escrito al beneficiario las razones, causas o motivos por la que se dictaminó la improcedencia de la reclamación.

En la práctica las afianzadoras, una vez recibida una reclamación por parte de un beneficiario (particular), proceden a verificar " Si no ha ocurrido la cancelación de la fianza o bien que en realidad ha ocurrido el incumplimiento de la obligación garantizada "⁷⁴.

De conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 61 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, " Las instituciones de fianzas tienen la obligación de informar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en los términos que la misma le señale, sobre las reclamaciones judiciales o

⁷⁴ Cfr, Sierra Macedo Manuel y González Juan Pedro, Asociación Panamericana de Fianzas, Revista Seminario Regional de Fianzas I , "Cancelación o Reclamación de Fianzas", México, D. F. 1981, pág. 30.

extrajudiciales, que reciban indicando si han pagado o los motivos de oposición de la institución, las garantías que correspondan y demás datos pertinentes, para efecto de que la propia Comisión oyendo a la afianzadora, constituya o no el pasivo por la responsabilidad a su cargo, pues en virtud de ser el objeto de las afianzadoras el otorgamiento de garantías, es de vital importancia conocer su situación financiera, ya que de ello depende la seguridad de los acreedores (beneficiarios) de que existe el respaldo suficiente para la obligación principal garantizada".

Cuando las afianzadoras hayan garantizado obligaciones de dar o hacer, podrán substituirse en el cumplimiento de la obligación garantizada al deudor principal, por sí o constituyendo fideicomiso; igualmente cuando se garantice el pago de una suma de dinero en parcialidades convenidas, no dará derecho al beneficiario para reclamar el importe total de la fianza, si la institución de fianzas realiza el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo que se hubiere estipulado en la póliza salvo pacto en contrario, según lo establece el artículo 121 de la Ley de la materia.

La institución de fianzas deberá comunicar al solicitante, fiado, obligados solidarios y contrafiadores, si los hay, (recordemos el caso de las fianzas de fidelidad en las cuales no existe en la mayoría de los casos contragarantías), la presentación de la reclamación, que haya recibido, para efecto de que le proporcionen la documentación que compruebe la improcedencia de la citada reclamación, o bien le provean de fondos suficientes para realizar el pago si procede la reclamación; si la afianzadora no comunica al fiado y obligado solidario, la existencia de una reclamación presentada por el beneficiario, puede darse el caso de que aquellos le demuestren con posterioridad a la realización del

pago realizado por dicha reclamación, que no hubo tal incumplimiento y la obligación garantizada hubiese sido satisfecha y de este modo le opongan a la afianzadora las excepciones que ésta pudo haber hecho valer ante el beneficiario, para acreditar la improcedencia de la reclamación.

En caso de que la institución de fianzas, no reciba los documentos y elementos o los pagos parciales que en su caso procedan con motivo de la reclamación, podrá decidir libremente el pago de la reclamación presentada, en cuyo caso el solicitante, fiado, obligados solidarios o contrafiadores, estarán obligados a reembolsar a la afianzadora lo que a ésta le corresponda en los términos del contrato respectivo o de la propia Ley de la Materia, sin que puedan oponer a la institución fiadora, las excepciones que el fiado tuviera frente a su acreedor, incluyendo la del pago de lo indebido, por lo que no serán aplicables en ningún caso, los artículos 2832 y 2833 del Código Civil para el Distrito Federal y los correlativos de los Estados de la República.

No obstante lo señalado anteriormente el fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente a su acreedor para demandar la improcedencia del pago hecho por la afianzadora y de los daños y perjuicios que con dicho motivo le hubieren causado; si los que hubieren hecho el reembolso (pago) a la afianzadora fueran el solicitante o los obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniere en contra del fiado y por la vía de subrogación ante el acreedor (beneficiario) que hizo efectiva la fianza.

La institución de fianzas en todo momento tendrá derecho de oponer al beneficiario la compensación de lo que ésta deba al fiado, excepto cuando el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ello; todo lo señalado

anteriormente lo establece el artículo 118-bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual se hará constar en el contrato solicitud respectivo.

Si la institución de fianzas, a quien se requiere al pago de una póliza, contrató reafianzamiento con otras afianzadoras, deberá darles aviso de la reclamación que recibió por parte del beneficiario, para el efecto de que éstas coadyuven a la afianzadora principal en la resolución de la reclamación, de tal manera que si la afianzadora principal considera y dictamina la procedencia de la reclamación, las reafianzadoras le provean de fondos suficientes en la proporción en que hubieran participado a fin de cubrir la reclamación presentada, cabe hacer notar que en la práctica no se lleva a cabo esto, no obstante de señalarlo el artículo 115 de la Ley antes citada y las reafianzadoras, en caso de no proveer en forma oportuna a la afianzadora principal, serán responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen.

Una vez transcurrido el plazo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en que se tenga por integrada la reclamación, la afianzadora de que se trate deberá proceder al pago que corresponda o en su defecto, comunicará por escrito al beneficiario, las razones, causas o motivos de su improcedencia; si a juicio de la afianzadora procede la reclamación parcialmente, podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo señalado, estando obligado el beneficiario a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, cuando no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución de fianzas de que se trate, podrá acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para efecto de que su reclamación se ventile por medio de un procedimiento conciliatorio o bien ante los Tribunales competentes como se analizará más adelante.

Se establece en la citada Ley, que cuando la afianzadora haga el pago de una reclamación después del plazo de treinta días naturales, posteriores a que sea integrada la misma, deberá cubrir los intereses que se mencionan en el artículo 95-bis, de Ley de la materia.

También se establece que la sola presentación de escrito de pago a la presentación de la reclamación, interrumpirá la prescripción señalada en el artículo 120, sin perjuicio de que haya operado la caducidad de acuerdo al tipo de fianza reclamada en los términos señalados en el citado artículo, dicha prescripción se interrumpirá salvo que resulte improcedente la reclamación.

Se concluye que el principal requisito que debe cumplir el beneficiario (particular), para iniciar el trámite de efectividad de una fianza es precisamente la presentación de su escrito de reclamación teniendo en cuenta la obligación garantizada, ya que si el beneficiario no requiere a la afianzadora el pago por dicho incumplimiento, en el plazo estipulado en la fianza o en un lapso no mayor de 180 días naturales siguientes, a la fecha en que termine la vigencia de la fianza, cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedará libre de su obligación caducidad.

Si por el contrario, la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado, se liberará de sus obligaciones por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamación dentro de los 180 días naturales siguientes, contados a partir de la fecha en que el fiado del incumplimiento del fiado.

Por lo que al presentar el escrito de reclamación a la institución de fianzas, dentro de los plazos antes citados, habrá nacido el derecho del beneficiario

(particular) para hacer efectiva la póliza, de acuerdo a los procedimientos que a continuación se señalan.

2.- RECLAMACION Y PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISION NACIONAL DE SEGUROS Y FIANZAS.

a) ARBITRAJE EN ESTRICTO DERECHO.

Cuando el beneficiario (particular) no estuviere conforme con la resolución y la misma se dictaminó procedente en forma parcial o improcedente totalmente y se lo comunique la institución de fianzas, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o bien acudir ante los Tribunales competentes conforme lo establecen los artículos 93-bis y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Si acude ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el beneficiario presentará su escrito de reclamación en contra de la institución de fianzas, y se agotará el procedimiento conciliatorio conforme a las reglas siguientes:

a) El reclamante (beneficiario), deberá presentar un escrito ante la citada Comisión, del cual se le correrá traslado a la afianzadora de que se trate, en un plazo no mayor de diez días naturales, contados a partir de la fecha en que sea presentado el escrito de reclamación.

b) La afianzadora una vez recibido el traslado, que mediante oficio le hará llegar la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, tendrá un plazo de diez días

naturales, para rendir un informe por escrito a la citada Comisión, en el que deberá responder en forma detallada a todos y cada uno de los hechos que contenga la reclamación, dicho informe deberá ser rendido por conducto de un representante legal de la afianzadora, además puede solicitar si lo desea, que la Comisión mencionada cite al fiado o a su representante legal a la junta de avenencia, que se celebrará el día y hora que haya fijado dicha Comisión y que se hará constar en el oficio antes citado, debiendo proporcionar la afianzadora, en su caso, el domicilio que tiene del fiado, o el de su representante legal, para efecto de que sea citado por la dicha Comisión.

c) Una vez que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas reciba una reclamación, por parte de un beneficiario (reclamante) debe fijar día y hora, para efecto de que se celebre una junta de avenencia entre las partes involucradas, dicha junta deberá celebrarse dentro de los veinte días naturales siguientes, contados a partir de la fecha en que se haya presentado la reclamación por parte del reclamante (beneficiario); en caso de no celebrarse la junta en la fecha citada por cualquier circunstancia, la misma se realizará dentro de los siguientes ocho días naturales.

El día de la junta de avenencia antes señalada, la afianzadora puede presentar el informe citado anteriormente, por conducto de su representante legítimo, lo anterior se da en la práctica y contradice lo señalado en el inciso anterior, ya que al fijar un plazo de veinte días naturales para que se efectúe la junta de avenencia, excede el plazo de diez días naturales que se fija a la institución de fianzas para rendir el informe señalado en el inciso b), como veremos más adelante.

Podrá la institución de fianzas, el día de la junta efectuar el pago de la reclamación, si es que procede ya sea en forma total, o bien si fuera en forma parcial deberá acompañar el informe ya señalado anteriormente; si la afianzadora no presentara el informe en tiempo y forma se hará acreedora a una multa administrativa, que le impondrá la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, por un monto equivalente a cincuenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Citadas las partes, el día que debe celebrarse la junta, si no comparece el reclamante (beneficiario), se entenderá que no desea la conciliación y que es su voluntad no someter sus diferencias al arbitraje de la Comisión; si la que no comparece es la afianzadora, se le impondrá una multa administrativa, equivalente a cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, y se volverá a citar a las partes hasta que acuda la afianzadora, si a partir de la segunda citación la afianzadora no asiste, la Comisión aplicará una nueva multa administrativa equivalente a quinientas veces el salario mínimo por cada inasistencia.

Si el que no acude es el fiado o su representante legal se desahogará la junta de avenencia, con la intervención del reclamante (beneficiario) y la afianzadora de que se trate, sin embargo, en la audiencia relativa, la afianzadora, presentando el informe antes mencionado, podrá argumentar la imposibilidad de conciliar y su voluntad de no someter sus diferencias al arbitraje lo cual se hará constar en el acta que al efecto levante la Comisión, debidamente firmada por las partes, dejando a salvo los derechos del acreedor para acudir ante los Tribunales competentes.

Si comparecen a la junta de avenencia las tres partes reclamante, fiado y afianzadora, la Comisión los exhortará para conciliar sus intereses y si esto no fuera posible, la Comisión los invitará voluntariamente y de común acuerdo para que le designen arbitro, sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho a elección de las mismas, dicho compromiso se hará constar en el acta que se levante ante la citada Comisión o la Delegación Regional de la misma, ante la cual se haya presentado la reclamación procediendo a tramitar el procedimiento arbitral que hayan elegido las partes.

El juicio arbitral de estricto derecho deberá apegarse al procedimiento convencional que fijen las partes en acta ante la Comisión, siendo aplicable de manera supletoria el Código de Comercio, con excepción de sus artículos 1235 y 1236 y a falta de disposición de dicho Código será aplicable el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, salvo lo dispuesto por el artículo 617.

Las notificaciones se harán en forma personal o por correo certificado con acuse de recibo, surtiendo efectos al día siguiente de la notificación y éstas únicamente serán las relativas al traslado de la reclamación, de la cita para la junta de avenencia, de la demanda y del laudo que se dicte en el arbitraje.

En el compromiso arbitral de estricto derecho regirán los términos siguientes:

a) Nueve días para la presentación de la demanda, contados a partir de que se celebre el compromiso arbitral y el mismo plazo para contestar la demanda por

parte de la afianzadora y fiado en su caso, contados a partir del día siguiente en que sean emplazados a juicio.

b) Transcurrido el último plazo señalado anteriormente la citada Comisión, dictará acuerdo fijando el término que considere prudente, para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo de pruebas, sin que dicho término exceda de cuarenta días.

c) Posterior a ésto se concederá un término de diez días comunes a las partes para formular alegatos.

d) Para todos los demás casos se concederá un término de tres días.

Los términos serán improrrogables y se contarán por días hábiles, las notificaciones que no sean personales, se harán a las partes por medio de listas que se fijarán en los estrados de la Comisión o de la Delegación Regional correspondiente, surtiendo efectos al día siguiente en que sean fijados en los estrados.

Si alguna de las partes, no ejercita su derecho dentro de los términos antes señalados, tendrá por perdido su derecho que debió ejercitar, y sin necesidad de que se acuse rebeldía, el procedimiento deberá continuar su curso.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas tendrá la facultad para allegarse todos los elementos de juicio que considere necesarios, para resolver las controversias que sean sometidas al arbitraje, asimismo las autoridades administrativas y los Tribunales deberán auxiliarse, en la esfera de su

competencia. Por lo que la Comisión puede valerse de cualquier persona, ya sea parte o tercero en el arbitraje o bien de cualquier documento o cosa que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral.

Una vez que tenga todos estos elementos y de que transcurran los términos antes señalados para las partes, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, emitirá su laudo en contra del cual como medio de defensa, las partes únicamente podrán interponer el juicio de Amparo.

Contra cualquier otra resolución en el juicio arbitral de estricto derecho, se admitirá como único recurso el de revocación.

Cuando se dicten acuerdos y resoluciones por parte de la Comisión en el juicio arbitral de estricto derecho y los mismos no sean cumplidos por parte de las afianzadoras, éstas se harán acreedoras a una multa administrativa que impondrá la propia Comisión equivalente a la cantidad de 50 a 100 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Si el laudo condena a la institución de fianzas, se le otorgará un plazo de 15 días hábiles siguientes a su notificación para su cumplimiento o para interponer el juicio de amparo, si no lo promueve o no da cumplimiento al pago a que fue condenado, la propia Comisión, impondrá a la afianzadora una multa hasta por el importe de lo condenado, con lo cual la afianzadora estará cubriendo el doble de lo reclamado; lo anterior en virtud de que corresponde a la citada Comisión la ejecución del laudo que se pronuncie por lo que transcurrido el plazo antes señalado concederá a la Institución de Fianzas de que se trate, un plazo de cinco

días para que lo cumpla y en caso de que no acredite haber dado cumplimiento al laudo, la propia Comisión ordenará el remate en bolsa de valores propiedad de la afianzadora, poniendo a disposición del reclamante la cantidad que corresponda.

Como se señaló anteriormente, a solicitud de la afianzadora la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas le girará oficio al fiado o a su representante legal en el domicilio que para tal efecto le proporcione para que exprese personalmente o mediante escrito dirigido a la citada Comisión lo que a su interés convenga dentro del término que le señale, en atención al interés jurídico que le corresponda, para los efectos de lo dispuesto por el artículo 118-bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debiendo manifestar su interés o no de asistir a la junta de avenencia y en su caso, de ser necesario, designar o no árbitro al organismo citado, de conformidad al citado procedimiento.

B) ARBITRAJE EN AMIGABLE COMPOSICION.

Cuando algún beneficiario no estuviese conforme con el dictamen (resolución) que haya emitido la afianzadora de que se trate, podrá acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio ante la citada Comisión.

Deberá presentar el reclamante su escrito de reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o ante la Delegación Regional correspondiente, y se seguirá el mismo trámite que se señaló en el arbitraje en estricto derecho.

El día de la junta de avenencia la afianzadora puede presentar el informe antes mencionado o efectuar el pago de la reclamación si ésta procede sea en

forma parcial o total, si no presenta el informe en tiempo y forma, se hará acreedora a una multa administrativa que le impondrá la citada Comisión, por un monto equivalente a cincuenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Si el día de la junta no comparece el reclamante, se entenderá que no desea la conciliación ante la Comisión, lo cual se asentará en un acta; si no comparece la institución de fianzas se le impondrá una multa administrativa equivalente a cinco días del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y se fijará nuevo día y hora para que se lleve a cabo la junta, si no comparece a la segunda cita la afianzadora, se le impondrá una nueva multa por la cantidad de quinientos veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal por cada inasistencia.

Si no compareciere el fiado o su representante legal, se llevará a cabo la junta de avenencia, con la intervención del reclamante y la institución de fianzas, exhortándolos la Comisión para conciliar sus intereses, pudiendo la institución de fianzas de que trate, manifestar su voluntad de no someter sus diferencias al arbitraje, lo cual se hará constar en un acta que levantará la citada Comisión, la cual deberá ser firmada por las partes.

Si comparecen las tres partes involucradas, reclamante (beneficiario), fiado y afianzadora, la Comisión los exhortará a conciliar sus intereses y si esto no fuere posible, el reclamante podrá designar árbitro a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para el efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento arbitral en amigable composición, siempre y cuando así lo hubiera convenido expresamente con el fiado, el cual será obligatorio para la institución

de fianzas, lo que se hará constar en el acta que se levante para tal efecto.

Las Delegaciones Regionales de la Comisión citada, tramitarán los procedimientos conciliatorios y en su caso los procedimientos arbitrales en amigable composición, que las partes les designen en razón de su competencia.

En el juicio arbitral en amigable composición, se fijarán de manera breve y concisa las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, en el mismo no se sujetarán las partes a formalidades especiales, pero observarán las esenciales del procedimiento, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas resolverá en conciencia y a buena fe guardada; no habrá incidentes y la resolución que se dicte, solo admitirá aclaración de la misma, a instancia de parte presentada dentro de los tres días siguientes al de la notificación de dicha resolución.

El incumplimiento por parte de la institución de fianzas a la resolución dictada por la Comisión o la Delegación Regional correspondiente, se castigará con una multa administrativa que impondrá la propia Comisión o Delegación Regional correspondiente de 50 a 100 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, esta multa se aplicará si transcurre el plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación; si la afianzadora no cumpliera dicha resolución, se hará acreedora a una nueva multa hasta por el importe de lo condenado.

Para tal efecto la Comisión citada, otorgará un plazo adicional de cinco días a la afianzadora, para que acredite haber cumplido con lo ordenado, en caso contrario, la citada Comisión ordenará el remate en bolsa de valores propiedad de la afianzadora y pondrá la cantidad que corresponde a disposición del reclamante.

de fianzas, lo que se hará constar en el acta que se levante para tal efecto.

Las Delegaciones Regionales de la Comisión citada, tramitarán los procedimientos conciliatorios y en su caso los procedimientos arbitrales en amigable composición, que las partes les designen en razón de su competencia.

En el juicio arbitral en amigable composición, se fijarán de manera breve y concisa las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, en el mismo no se sujetarán las partes a formalidades especiales, pero observarán las esenciales del procedimiento, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas resolverá en conciencia y a buena fe guardada; no habrá incidentes y la resolución que se dicte, solo admitirá aclaración de la misma, a instancia de parte presentada dentro de los tres días siguientes al de la notificación de dicha resolución.

El incumplimiento por parte de la institución de fianzas a la resolución dictada por la Comisión o la Delegación Regional correspondiente, se castigará con una multa administrativa que impondrá la propia Comisión o Delegación Regional correspondiente de 50 a 100 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, esta multa se aplicará si transcurre el plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación; si la afianzadora no cumpliera dicha resolución, se hará acreedora a una nueva multa hasta por el importe de lo condenado.

Para tal efecto la Comisión citada, otorgará un plazo adicional de cinco días a la afianzadora, para que acredite haber cumplido con lo ordenado, en caso contrario, la citada Comisión ordenará el remate en bolsa de valores propiedad de la afianzadora y pondrá la cantidad que corresponde a disposición del reclamante.

La etapa conciliatoria es una innovación importante en la tramitación y efectividad de las fianzas expedidas por afianzadoras ante particulares, ya que vino a reducir el inmenso número de procedimientos judiciales promovidos en contra de las instituciones de fianzas con motivo de reclamaciones, en virtud de que por disposición legal los beneficiarios (particulares) deben agotar esta etapa, toda vez que un juez está impedido a dar entrada a una demanda sin que se compruebe haber sido agotada la etapa conciliatoria; donde en caso de no estar las partes de acuerdo en someter sus diferencias al arbitraje ante la citada Comisión, quedan expedidos los derechos del quejoso (beneficiario), para acudir ante los Tribunales competentes para la solución de su problema.

Sin embargo; se obliga a las afianzadoras a constituir una reserva, por obligaciones pendientes de pago hasta por el monto reclamado, siempre que a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público exista obligación para la afianzadora de cubrir dicha reclamación.

Cabe hacer notar que en la práctica, las Instituciones de Fianzas, normalmente no someten sus diferencias al arbitraje en virtud de que los términos para integrar sus expedientes y para rendir el informe ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas son muy cortos y prefieren que los beneficiarios (quejosos) los demanden ante las autoridades competentes, teniendo tiempo para preparar su contestación de demanda y ofrecer las pruebas, elementos y documentos que consideren pertinentes, además de que se tiene opción de oponer otro tipo de recursos como veremos enseguida.

3.- JUICIO CONTRA UNA INSTITUCION DE FIANZAS (PROCEDIMIENTO ESPECIAL).

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

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

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

En esta fracción se sugiere aumentar el plazo de cinco a nueve días hábiles, lo anterior en virtud de que los hechos que contestará la afianzadora son ajenos, esto es, son del fiado y para conseguir la información necesaria e indispensable para producir la contestación se requiere por parte de las afianzadoras de mayor tiempo al establecido en esta fracción, lo cual provoca en la actualidad que las afianzadoras muchas veces queden en estado de indefensión.

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

Se recomienda que el plazo se amplíe a quince días hábiles para efecto de que se preparen en forma conveniente dichas pruebas, el término para alegar por escrito en forma sucesiva no deberá modificarse.

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

Esta fracción en la práctica no se respeta, toda vez que en forma excepcional ocurre que se dicte la sentencia en dicho plazo, debido a la carga de trabajo de los tribunales, por el número de juicios que se ventilan, se propone ampliar el plazo de cinco días hábiles para que el tribunal o juez dicte la sentencia que en derecho corresponda.

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

En cuanto este párrafo se sugiere no se le haga modificación alguna, en virtud de que tal y como lo establece el artículo 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las instituciones de fianzas mientras no sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra, son consideradas de acreditada solvencia y no están obligadas, por tanto, a constituir depósito o fianzas legales, salvo los casos que derivan de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales.

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

A esta fracción deberá agregarse, que el juez o tribunal que no cumpla con dicha disposición, incurrirá en responsabilidad, por lo que los mismos deberán de abstenerse de ejecutar directamente a las instituciones de fianzas, con lo anterior se daría mayor contundencia a la intervención que en estos casos tiene la citada Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, además de resolver las controversias de jurisdicción que en la práctica actualmente se suscitan.

"a) Tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución de fianzas, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, dentro de los diez días siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. Si dentro de las setenta y dos horas siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la propia Comisión ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución de fianzas de que se trate y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca del juicio ".

En este inciso será conveniente establecer que la sentencia que condene a pagar a la afianzadora debe ser firme, inimpugnable y ejecutoriada, ya que de esta forma será jurídicamente inobjetable que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, con fundamento y base en dicha sentencia requiera a la institución de fianzas su cumplimiento.

"b) Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas determinará

los bienes de la institución de fianzas que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo, la misma Comisión dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes ".

Se sugiere que en este inciso se faculte a la afianzadora para que por conducto de su representante legal designe en primer término los bienes propiedad de su mandante para que los mismos sirvan para garantizar lo reclamado y sólo en caso de que se niegue a hacerlo, sea la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la que haga uso de ese derecho.

"VI.- El Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio de las reglas procesales contenidas en este artículo y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establece el propio Código; y"

Considero prudente adicionar a esta fracción el contenido del artículo 2812 del Código Civil, para efecto de que el fiador pueda oponer las excepciones y defensas que sean inherentes a la obligación garantizada.

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

Se debe incluir, que los particulares se deberán sujetar a la jurisdicción que señale la afianzadora, como ocurre en la práctica derivado del clausulado de las propuestas de contrato de fianza que firman al momento de solicitar la fianza, con excepción de las fianzas de fidelidad donde en ocasiones no existe dicha propuesta.

La fracción VIII fue derogada pero es conveniente señalar que la misma se refería a que este artículo y sus disposiciones eran aplicables a las fianzas otorgadas a favor de los particulares.

Como se desprende de lo antes señalado, para promover un beneficiario (particular) un juicio (procedimiento especial), contra una institución de fianzas es requisito indispensable, haber presentado inicialmente su reclamación directamente a la afianzadora, posteriormente acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y agotar el procedimiento conciliatorio y si no fuera posible llegar a un arreglo conciliatorio, el beneficiario (particular), tendrá derecho de acudir ante el tribunal o autoridad competente pudiendo ser federal o local, en la práctica y por desconocimiento los beneficiarios (particulares), interponen sus demandas ante los jueces civiles, en donde dado el cumulo de trabajo, el procedimiento (juicio) es demasiado lento en perjuicio de los beneficiarios (particulares), caso contrario ocurre en los Juzgados de Distrito donde se les da mayor celeridad a los juicios que ahí se ventilan sin que los beneficiarios acudan ante dicho Tribunal.

4.- LA DENUNCIA DEL PLEITO AL FIADO.

Como ya se ha mencionado las instituciones de fianzas, al recibir una reclamación de sus pólizas por parte de un beneficiario no importando si es particular o un organismo público lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, indicando el momento en que se vence el plazo establecido en la Ley, en las pólizas de fianza o en los procedimientos convencionales (que se celebran ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) con los beneficiarios, para efecto de que la afianzadora emita

una resolución de la misma en su caso o bien se inconformen en contra de la reclamación presentada por el beneficiario ante la afianzadora.

Por lo anterior, el fiado, solicitante, obligados solidarios y contrafiadores, estarán obligados a proporcionar en forma oportuna a la institución de fianzas de que se trate, todos los elementos y documentación necesaria para determinar la procedencia y cuantificar en su caso la reclamación o en su defecto la improcedencia de la misma, incluyéndose en este caso las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza.

En el caso de que la reclamación fuera considerada y dictaminada procedente en forma total o parcial por parte de la afianzadora, el fiado, solicitante, obligados solidarios y contrafiadores tendrán la obligación de proveer a la afianzadora, las cantidades necesarias para que ésta haga el pago al beneficiario de lo que se reconozca como procedente de la reclamación recibida.

Si la afianzadora no recibe los documentos, los elementos necesarios o los pagos parciales o totales a que se hizo mención anteriormente, podrá decidir libremente el pago de la reclamación que hubiere recibido por parte del beneficiario y en dicho caso, el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, estarán obligados a reembolsar a la institución de fianzas, lo que a ésta le corresponda en los términos del contrato respectivo o de la Ley de la Materia, sin que los mismos pudieran oponerle a la afianzadora, las excepciones que el fiado (deudor) tuviera frente al beneficiario (acreedor), incluyendo la del pago de lo indebido, por lo que no serán aplicables en ningún caso, los artículos 2832 y 2833 del Código Civil para el Distrito Federal y los correlativos de los

Estados de la República, dichos artículos establecen lo siguiente:

"Artículo 2832: Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago".

"Artículo 2833: Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no podrá éste repetir contra aquél, sino solo contra el fiador".

De lo transcrito anteriormente, se desprende que el fiado (deudor) no puede oponer a la afianzadora, las excepciones que tuviera frente a su acreedor, si no aportó los elementos, documentos y pagos parciales o totales dentro del término establecido en la Ley de la Materia, siempre que la afianzadora se los hubiera requerido; no obstante lo anterior si la afianzadora pagó la reclamación, el fiado reembolsará el importe que le corresponda cubrir a la afianzadora, pero el fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente al acreedor (beneficiario) de la póliza de fianza, para demandarle la improcedencia del pago efectuado por la afianzadora, así como de los daños y perjuicios que con dicho motivo le hubiere causado.

Si por el contrario los que realicen el pago (reembolso) a la afianzadora, fueran el solicitante, los obligados solidarios o los contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniere en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor que como beneficiario de la fianza la hizo efectiva, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2830 del Código Civil.

Por lo anterior, las instituciones de fianzas, al ser requeridas o demandadas por cualquier beneficiario ya sea particular o un organismo público, podrán denunciar el pleito al deudor principal (fiado), señalando el domicilio que tenga del deudor principal (fiado) o de su representante legal, para efecto de que éste rinda las pruebas que crea convenientes dentro del término que establece la Ley de la Materia o dentro del procedimiento de que se trate y en caso de que no salga al juicio para el citado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie en contra de la institución de fianzas, lo señalado anteriormente también es aplicable en los procedimientos conciliatorios y juicios arbitrales que se lleven ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o sus Delegaciones Regionales, así como en los procedimientos convencionales que celebren las instituciones de fianzas con el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores ante los citados tribunales o árbitros para resolver sus controversias y las formas de hacer efectivas las garantías de recuperación a favor de las afianzadoras.

Asimismo, los derechos y obligaciones de la afianzadora frente al beneficiario de las pólizas, podrán sujetarse a procedimientos convencionales para su efectividad, siendo necesario que las partes se sujeten a lo establecido en el Libro Quinto del Código de Comercio y demás leyes que sean aplicables con las modalidades siguientes:

1.- El procedimiento convencional ante tribunales o mediante arbitraje, se podrá pactar en los contratos de solicitud de fianza o propuestas múltiples que suscriban las afianzadoras con el fiado, solicitante obligados solidarios y contrafiadores, o bien en documentos por separado, mismos que deben ser ratificados ante Notario o Corredor Público, o bien ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. También, podrán pactarse en cualquier estado del juicio ante

el juez que conozca de la demanda que se hubiere interpuesto, conforme a lo establecido en el artículo 94 de la Ley de la Materia o durante el procedimiento seguido ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas de conformidad con lo establecido en los artículos 94 y 93-bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Si las partes convienen un procedimiento convencional, los tribunales y en su caso la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se ajustarán a dicho procedimiento y a petición de las partes darán por terminado el juicio respectivo o el procedimiento arbitral iniciado por las partes.

Dicho procedimiento convencional, podrá acordarse por separado con el fiado o cualquiera de los obligados solidarios o contrafiadores, sin que el mismo surta efectos con aquellos que no lo hubieren celebrado.

Los procedimientos convencionales que se celebren con los beneficiarios de las fianzas, se harán constar en el texto de las pólizas de las fianzas o en documentos adicionales a la misma y serán otorgados conforme al artículo 117 de la Ley de la Materia, considerándose aceptados dichos procedimientos convencionales por parte de los beneficiarios, si la afianzadora de que se trate no recibe observaciones negativas dentro de los diez días naturales contados a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza de fianza o los documentos adicionales a la misma, que contengan los procedimientos convencionales a que se sujetará la reclamación de la fianza.

La denuncia del pleito al fiado se hará saber de manera inequívoca al fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores debiendo transcribirse lo

señalado en el artículo 118-bis de la Ley de la Materia en el contrato solicitud respectivo, según lo establece la propia ley.

Las instituciones de fianzas, en cualquier momento tendrán derecho a oponer la compensación al beneficiario, de lo que éste le deba al fiado (deudor principal), excepto cuando el fiado hubiere renunciado previa y expresamente a ella.

B) PROCEDIMIENTOS PARA FIANZAS EXPEDIDAS ANTE ORGANISMOS PUBLICOS.

1.- FIANZAS OTORGADAS ANTE LA FEDERACION QUE GARANTIZAN OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS.

El procedimiento de ejecución para fianzas otorgadas ante la federación, para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, lo regula el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual nos remite a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, mismo que se rige por lo dispuesto en el artículo 143, párrafo tercero, que establece dos reglas a seguir:

a) La autoridad ejecutora requerirá directamente a la afianzadora para que efectúe el pago de la cantidad que le sea reclamada, anexando copia de los documentos que acrediten su reclamación y la exigibilidad de los mismos. La afianzadora deberá designar en cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, un apoderado para recibir requerimientos de pago y el domicilio para dicho efecto.

Sobra este comentario sobre lo problemático y costoso para las instituciones de fianzas, el tener que nombrar representantes y señalar domicilios en todo el territorio nacional, ya que únicamente se trata de facilitar el trabajo burocrático, y no hacer expedita la administración de justicia.

El citado artículo continúa señalando que las instituciones de fianzas deben notificar de los cambios que se realicen, en relación a sus apoderados o a sus domicilios dentro de los quince días siguientes al que se efectuen.

Se sugiere se reforme dicho párrafo, ya que si por alguna causa alguno de los apoderados o domicilios designados son cambiados o removidos, por decir, el 8 de enero de 1996, dentro del área geográfica correspondiente a la competencia de la Sala Regional del Centro, la afianzadora debe dar aviso antes del 23 de enero del mismo año, pero es necesario preguntar que pasará o que ocurrirá con la validez de las notificaciones que se realicen en dicho período, ya que como lo señala dicho párrafo, dicha información debe proporcionarse a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien ordenará su publicación en el Diario Oficial de la Federación para conocimiento de las autoridades ejecutoras, lo cual llevará tiempo considerable.

El artículo citado continúa señalando que en las regiones donde no se hagan los señalamientos mencionados, las notificaciones de los requerimientos se harán por estrados.

b) Si no se realiza el pago dentro del mes siguiente a la fecha en que surta efectos la notificación del requerimiento, la autoridad ejecutora solicitará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el remate en Bolsa de Valores

propiedad de la institución de fianzas de que se trate, bastantes a cubrir el importe de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado, y le envíe de inmediato su producto.

Ahora bien el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone que las afianzadoras estarán obligadas a enviar una copia de todas las pólizas de fianza que expidan a favor de la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, o bien ante las autoridades Estatales o Municipales que correspondan; al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las Entidades Federativas, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde estén instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la afianzadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competentes de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación garantizada que fue incumplida por el fiado.

Lo mismo ocurre con las pólizas que se otorgan ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, con la salvedad de que el propio Instituto requiere en forma directa a las instituciones de fianzas, dependiendo el lugar donde se expidan las pólizas de fianza.

La autoridad ejecutora correspondiente y que este facultada para ello, procederá a requerir de pago, en forma personal o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la Institución de Fianzas, debiendo presentar el requerimiento en forma motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la

exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, en los lugares señalados o en el domicilio del apoderado designado, por lo anterior, los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas y los que realicen autoridades distintas a las ejecutoras facultadas para ello, no surtirán efecto alguno.

En dicho requerimiento de pago se apercibirá a la afianzadora, de que si dentro del plazo de 30 días naturales, contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores propiedad de la institución de fianzas de conformidad con lo siguiente:

Si al transcurrir el plazo señalado, la afianzadora no acredita ante la autoridad ejecutora correspondiente, haber efectuado el pago del requerimiento o bien que se impugnó el mismo mediante juicio de nulidad que se presente ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda al domicilio de los establecimientos o la del apoderado designado, donde se hubiere hecho el requerimiento.

En caso contrario la autoridad ejecutora deberá suspender el procedimiento de ejecución, cuando se compruebe que se ha realizado el pago o bien cuando se acredite que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiendo para tal efecto la copia sellada de la misma.

Aquí encontramos una oscuridad en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues el artículo 95 señala un plazo de 30 días naturales, para efectuar el pago o impugnar el requerimiento; pero el artículo 207 del Código Fiscal de la Federación, ordenamiento que es aplicable según la propia Ley antes citada,

establece que toda demanda debe presentarse ante la Sala Regional correspondiente dentro de los 45 días hábiles siguientes a aquel en que haya surtido sus efectos la notificación de la resolución (requerimiento de pago), que se impugna, por lo que existe una confusión para determinar si deben contarse los términos conforme a lo establecido en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas o lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, en la práctica se aplica lo segundo, es decir las demandas que presentan las instituciones de fianzas son presentadas dentro de los 45 días hábiles siguientes, a que surte efectos la notificación.

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

- a) Por pago voluntario;
- b) Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;
- c) Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación que declare la improcedencia del cobro;
- d) Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro.

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

Se considera necesario reformar la Ley de la Materia, para efecto de

establecer un plazo acorde a lo que señala el Código Fiscal de la Federación, además se debe incluir que el beneficiario de una póliza de fianza que se encuentre en trámite de efectividad, estará facultado para recibir el pago de la reclamación correspondiente, no obstante la remisión que haya hecho ante la autoridad ejecutora facultada para dicho fin y para hacer efectivo el cobro de la misma, si el pago lo realiza el fiado, del obligado solidario, de la afianzadora o bien de un tercero, los beneficiarios podrán desistirse del requerimiento enviando una copia autógrafa a la afianzadora y el original a la autoridad ejecutora correspondiente del escrito de desistimiento y las autoridades ejecutoras estarán facultadas para resolver las solicitudes de desistimiento que le presenten las instituciones de fianzas, por dichas causas y como pruebas supervinientes.

2. FIANZAS OTORGADAS ANTE LA FEDERACION QUE GARANTIZAN OTROS TIPOS DE OBLIGACIONES.

El 15 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, relativas al reglamento del Artículo 95, para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, lo anterior con el fin de regionalizar el procedimiento administrativo de ejecución para hacer efectivas las fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros.

Lo anterior fué como consecuencia, de la lentitud con que se ventilaban los procedimientos para hacer efectivas dichas pólizas de fianza, motivo por el cual se actualizaron y adecuaron las disposiciones que reglamentan el procedimiento

administrativo de ejecución previsto en el artículo 95 de la Ley antes citada.

Dicho reglamento establece que para hacer efectivas las fianzas otorgadas por las afianzadoras a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintos de las que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, las autoridades procederán a integrar el expediente respectivo con los documentos siguientes:

a) Contrato o documento en el cual consta la obligación o crédito a cargo del fiado.

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

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

d) Liquidación de adeudo, en donde conste el monto del crédito u obligaciones exigibles y accesorios legales si éstos estuvieren garantizados.

e) Si los hubiere, copia de la demanda, escrito de inconformidad o cualquier otro recurso legal presentado por el fiado, así como copia de las sentencias o resoluciones firmes de las autoridades competentes y de las notificaciones respectivas.

f) Otros documentos que estimen convenientes, así como los que soliciten,

en su caso, la Tesorería de la Federación, la Tesorería del Distrito Federal, las Tesorerías o Secretaría de Fianzas de los Estados o las Tesorerías Municipales respectivamente.

Las autoridades que acepten las fianzas deberán comunicar a la autoridad ejecutora más cercana a la ubicación donde estén instaladas las oficinas principales, sucursales oficinas de servicio de las afianzadoras, o bien la del mismo domicilio del apoderado designado para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, para efecto de que éstas procedan a hacer efectivo el cobro de la fianza de que se trate, enviándole mediante oficio-remisión, los documentos ya señalados, para que la autoridad ejecutora a su vez proceda a formular requerimiento de pago a la institución de fianzas, el citado oficio-remisión, el cual deberá contener los datos siguientes:

- I.- Nombre de la autoridad u oficina remitente.
- II.- Lugar y fecha;
- III.- Nombre del fiado;
- IV.- Importe de la obligación o crédito y en su caso, los accesorios legales a cobrar;
- V.- Concepto de la obligación o crédito garantizado;
- VI.- Fecha en que se hizo exigible la obligación o crédito a cargo del fiado;
- VII.- Institución de Fianzas;
- VIII.- Número, fecha e importe de la póliza de la fianza y, en su caso, de los documentos modificatorios de la misma;
- IX.- Relación de los documentos que integran el expediente y que tienen

referencia con la obligación o crédito garantizado.

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

A la institución de fianzas únicamente se le enviará copia del oficio-remisión.

La autoridad que aceptó la fianza, si después de remitir la documentación a la autoridad ejecutora, recibe del fiado o la institución de fianzas, el pago de la fianza que se pretende hacer efectiva, dará aviso a la autoridad ejecutora para efecto de que ésta no formule el requerimiento solicitado, expresando el número y clase de comprobante oficial de pago y su fecha o bien que se desista del requerimiento que hubiere notificado.

En caso de no ser así la autoridad ejecutora al recibir el expediente y el oficio-remisión antes señalados, requerirá de pago en forma personal o por correo certificado con acuse de recibo a la institución de fianzas de manera fundada y motivada, anexándole los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

En el requerimiento se apercibirá a la institución de fianzas, para que dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento le sea notificado, acredite a la autoridad ejecutora haber efectuado el pago de lo reclamado o haber demandado su improcedencia ante el Tribunal Fiscal de la Federación, y si no lo hace la autoridad ejecutora solicitará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que ordene a la institución u organismo que corresponda, se rematen en bolsa, valores propiedad de la

afianzadora o en su defecto se disponga de las inversiones de la reserva de fianzas en vigor; bastantes a cubrir el importe de lo reclamado, debiendo acompañar la autoridad ejecutora, copia del requerimiento en el que conste la fecha de recepción por parte de la afianzadora de que se trate o en su defecto la sentencia firme que declare la validez del requerimiento formulado, hecho lo anterior se pondrá a disposición de la autoridad ejecutora el importe reclamado.

Si la afianzadora demanda ante la Sala Regional correspondiente del Tribunal Fiscal de la Federación, la nulidad e improcedencia del requerimiento de cobro, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora acompañando una copia sellada de la demanda interpuesta en contra del requerimiento, hecho lo anterior la autoridad ejecutora procederá a suspender el procedimiento de ejecución.

En los casos en que se efectúe el pago, la autoridad ejecutora registrará en su caja el importe del pago obtenido como consecuencia del requerimiento, debiendo expedir el comprobante de pago respectivo en el que se hará constar el número y fecha del requerimiento formulado.

Cuando la institución de fianzas acredite a la autoridad ejecutora el cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada por la fianza, deberá desistirse dicha autoridad del cobro, mediante oficio que dirigirá a la institución fiadora, del cual marcará copia a la autoridad que aceptó la fianza, así como en su caso a la beneficiaria de la misma, dejando a salvo el derecho de proceder o formular nuevo requerimiento de pago cuando sea procedente, aunque la Ley de la Materia lo establece, ésto en la práctica no se lleva a cabo ya que si la afianzadora envía escrito a la autoridad ejecutora antes de los 30 días naturales que marca la Ley contados a partir de la fecha de notificación del requerimiento,

la autoridad ejecutora normalmente no se desiste del cobro dentro de dicho término por lo que las afianzadoras, para evitarse problemas impugnan el requerimiento respectivo ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

Este procedimiento de ejecución terminará por una de las causas siguientes:

- a) Por pago voluntario;
- b) Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;
- c) Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación que declare la improcedencia del cobro;
- d) Por desistimiento del cobro, que haga la autoridad que efectúe el requerimiento, debiendo hacerlo por oficio suscrito por funcionarios facultados o autorizados para ello.

Los casos no previstos en el reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas o las dudas que surjan en su aplicación serán resueltas por la dependencia especializada de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

3) PROCEDIMIENTO PARA FIANZAS DE FIDELIDAD.

Este procedimiento constituye un caso especial, en virtud de que el mismo deriva de lo pactado por las partes al contratar la fianza, lo cual es establecido en el clausulado incluido dentro del cuerpo de la propia póliza de que se contrate.

La fianza de fidelidad, como ya vimos garantiza la reparación del daño patrimonial, que cause un empleado o empleados por la comisión de un delito,

por sí o en complicidad con otras personas, en contra de los bienes de la empresa beneficiaria o de los que ésta sea jurídicamente responsable, siempre que el delito cometido sea de robo, abuso de confianza, fraude, peculado.

Existen distintos tipos de fianzas de fidelidad, debido a las diversas necesidades de las empresas o patrones (personas físicas), para caucionar al personal que consideran de alto riesgo, en virtud de las funciones que desempeñan y que hace necesario que manejen grandes cantidades en valores, dinero o mercancía por lo que es indispensable contratar una fianza por determinada cantidad que garantice el correcto desempeño de sus funciones.

La fianza de fidelidad, puede ser solicitada por la empresa o patrón particular (beneficiario) o bien por el propio empleado (fiado) a solicitud del beneficiario como requisito para que pueda ser contratado y empezar a laborar.

El procedimiento de ejecución por lo tanto se deriva de lo pactado por las partes al momento de contratar la fianza quedando plasmadas sus obligaciones y derechos en el propio texto de la póliza de fianza y se rige de conformidad con las reglas que se señalan:

a) Al descubrir alguna irregularidad o ilícito de un fiado o fiados implicados, el beneficiario deberá dar aviso por escrito a la institución de fianzas, en su oficina principal o sucursal correspondiente, en razón del domicilio del beneficiario, dentro de los diez días naturales siguientes al descubrimiento, este aviso se conoce como "aviso preventivo", el cual debe darse por hechos cometidos durante la vigencia de la fianza, ya que la fianza no garantiza hechos cometidos fuera de la vigencia de la fianza.

La póliza de fianza señala también que el beneficiario podrá reclamar y hacer efectiva una fianza, si detecta algún ilícito a cargo de un fiado o fiados, y el mismo se descubre dentro de los sesenta días naturales siguientes, a la terminación de la vigencia de la fianza o a la terminación de la relación laboral, si se detecta algún ilícito después de dicho término no procederá la reclamación; si es detectada dentro de ese término deberá dar aviso "aviso preventivo" por escrito a la institución de fianzas dentro de los mismos diez días naturales siguientes a la fecha de descubrimiento.

b) Presentado el "aviso preventivo", el beneficiario tendrá un plazo de treinta días naturales contados a partir de la presentación del "aviso preventivo" para integrar y presentar por escrito su formal reclamación a la institución de fianzas en su oficina principal o sucursal respectiva, anexando a dicho escrito copia de los documentos que acrediten la relación laboral del empleado (fiado), así como copia de los documentos que acrediten en forma fehaciente la responsabilidad que se imputa a él o los fiados, así como una copia simple de la denuncia o querrela que haya presentado ante la autoridad correspondiente por los probables hechos delictuosos, hecho lo anterior si la institución de fianzas considera que la documentación recibida no es suficiente tendrá derecho a inspeccionar los libros, cuentas y documentos que tengan relación con la responsabilidad que se reclama.

c) La institución de fianzas cuenta con un plazo de treinta días naturales, para resolver la procedencia o improcedencia de la reclamación que hubiere recibido, dicho plazo se contará a partir de la fecha en que se recibió la formal reclamación por parte del beneficiario, mientras transcurre dicho plazo, el beneficiario no puede ejercitar acción o procedimiento alguno en contra de la

afianzadora, relacionado con la reclamación que se tramita.

Cabe hacer mención que existe una laguna, en relación al término para presentar una reclamación, toda vez que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala en su artículo 120, que " Cuando las instituciones de fianzas se hubieren obligado por tiempo determinado, quedarán libres de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza ", lo anterior en virtud de que actualmente las afianzadoras al integrar nuevos productos de fianzas de fidelidad manejan diversos términos para complementar las reclamaciones.

Al ser garantizada la reparación del daño de tipo patrimonial, cometido por algún empleado (fiado) por si o en complicidad con otras personas en estricto derecho la obligación fiadora (afianzadora), se haría exigible hasta el momento en que exista una sentencia ejecutoriada en la cual se condene al empleado (fiado) a dicha reparación del daño.

Es obvio y claro que para cumplir el beneficiario con dicho requisito, deberá de agotar todas las etapas y pasos dentro del proceso penal iniciado en contra de él o los responsables, teniendo en cuenta que además los indiciados podrán interponer medios de defensa, lo que trae como consecuencia que para hacer efectiva una fianza de fidelidad, transcurriría un enorme lapso de tiempo, tomando en consideración la lentitud y trabas del sistema judicial penal y si la afianzadora exigiera a los beneficiarios en forma terminante que hasta que no exista sentencia ejecutoriada en la que se condene al empleado (fiado) a la

reparación del daño, para de esta forma cubrir el importe reclamado, se haría poco menos que funcional la existencia y conveniencia de las fianzas de fidelidad.

Sin embargo en la práctica actualmente, este tipo de garantías son pagadas a los beneficiarios (acreedor) cuando a criterio de la institución de fianzas, con los documentos y elementos que le son aportados, por los beneficiarios junto con su escrito de reclamación, se deduce y comprueba la responsabilidad de él o los fiados, lo que en muchas ocasiones es benéfico para ambas partes, en razón de las relaciones comerciales que tienen las mismas, lo cual se deriva de la emisión de otro tipo de fianzas, para garantizar otras obligaciones y que los beneficiarios necesitan por lo que, deben solicitar los servicios de las instituciones de fianzas, lo cual no ocurriría, si las afianzadoras se apegaran en las fianzas de fidelidad, a dar cumplimiento con el pago reclamado, hasta que exista sentencia firme en contra del fiado que lo condene a la reparación del daño causado al beneficiario.

4.- PROCEDIMIENTO PARA FIANZAS JUDICIALES PENALES.

Para hacer efectivas estas fianzas, las autoridades judiciales del orden penal (beneficiarios), deberán apegarse a lo establecido en el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas el cual regula el procedimiento a seguir y señala lo siguiente:

"1.- La autoridad judicial, para el solo efecto de la presentación del fiado, requerirá personalmente o por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora en sus oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien en el domicilio del apoderado designado para ello. Dicho requerimiento podrá hacerse en cualquiera de los establecimientos mencionados o en el

domicilio del apoderado de referencia, que se encuentre más próximo al lugar donde ejerza sus funciones la autoridad judicial de que se trate ".

La finalidad de esta disposición, radica en hacer del conocimiento de la afianzadora, que el fiado ha incumplido con alguna de las condiciones impuestas al otorgársele la libertad provisional, o bien, que se ha dictado al fiado una sentencia condenatoria; o bien, se trata de libertad condicional, que ha incurrido en alguna violación a las condiciones que le fueron impuestas al fiado, o que se ha presentado algún cambio en su situación jurídica.

"II.- Si dentro del plazo concedido, no se hiciera la presentación solicitada, la autoridad judicial lo comunicará a la autoridad ejecutora federal o local, según sea el caso, para que proceda en los términos del artículo 95 de la Ley de la Materia (el cual ya analizamos), a dicha comunicación se deberá acompañar la constancia fehaciente de la diligencia de requerimiento ".

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

En relación a este procedimiento, en la práctica se debe aplicar lo establecido en el artículo 120 de la Ley de la Materia, relativo a la caducidad, que opera a favor de la afianzadora, si el beneficiario no requiere el pago de la misma dentro de los 180 días naturales siguientes, a partir de que se haya hecho exigible la obligación garantizada, es decir, a partir del incumplimiento del fiado, ya que es materialmente imposible que las instituciones de fianzas, presenten a los fiados ante la autoridad judicial. Por lo que sería conveniente agregar o adicionar al

citado artículo 130 de la Ley de la Materia que, " Si la autoridad judicial de que se trate, no requiere a la institución de fianzas la presentación del fiado, en los términos que establece la fracción I de este artículo, dentro del plazo de 180 días naturales contados a partir de la fecha en que el fiado haya dejado de presentarse ante dicha autoridad teniendo obligación de hacerlo, caducarán los derechos del beneficiario para exigir la presentación del mismo y en su consecuencia el pago de la fianza que se pretenda reclamar ". Esta excepción será oponible por la institución de fianzas indistintamente ante la autoridad judicial para que la declare o ante la Autoridad Ejecutora que haya hecho el requerimiento de la fianza o en su caso en el juicio correspondiente.

C) LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERESES POR RECLAMACIONES.

Este hecho se derivó en virtud de que debido al número de reclamaciones que recibían las instituciones de fianzas, por parte de los distintos beneficiarios, fueran particulares (personas físicas o morales), o bien el propio Gobierno Federal, estaban obligadas a dictaminar las mismas, en el plazo establecido, dictaminando improcedentes muchas de ellas, y los beneficiarios (particulares) acudían a interponer su reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para efecto de que ésta, citara a las partes a una junta de avenencia, para llegar a un arreglo y si esto no fuera posible, se dejan a salvo los derechos del beneficiario (particular) para hacerlos valer ante la autoridad competente, sea del fuero común o federal.

Al dictaminar las afianzadoras improcedentes otro tipo de pólizas, que se expedían ante el Gobierno Federal, acudían ante el Tribunal Fiscal de la

Federación a impugnar el requerimiento que recibieron y que se dictaminó improcedente, lo cual traía como consecuencia en ambos casos que al tener que acudir los beneficiarios ante los tribunales del fuero común y federales perdían demasiado tiempo en el trámite de efectividad para hacer exigible una póliza de fianza, y si al final lograban ganar el juicio normalmente se condenaba a las afianzadoras al pago del monto reclamado en primera instancia.

Toda vez que desde la fecha de presentación de la reclamación a la institución de fianzas, y hasta que se dicte sentencia que la condene a la afianzadora, transcurría un tiempo considerable, trayendo lo anterior como consecuencia un grave perjuicio económico para los beneficiarios, ya que en muchas ocasiones, únicamente lograban recuperar la cantidad reclamada, sin que se tuviera en cuenta los intereses y gastos que hubiese generado la promoción del juicio que se promovió.

A partir del primero de enero de 1990, y con el fin de proteger a los beneficiarios de las fianzas, se reforma la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y se establece en el artículo 95-bis, que " en los procedimientos y juicios que se promuevan conforme a lo señalado en los artículos 93-bis, 94 y 95 de la Ley y se dicte resolución en contra de las instituciones de fianzas, éstas estarán obligadas, sin que medie mandamiento judicial alguno e independientemente del monto reclamado o del monto al que haya sido condenada la institución de fianzas, a cubrir al beneficiario de la fianza un interés que se calculará aplicando la tasa anual equivalente al resultado de multiplicar por 1.15 la estimación del costo porcentual promedio de captación de las instituciones de crédito del país, que el Banco de México publica periódicamente en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al mes inmediato anterior que los intereses se devenguen ".

Dichos intereses se calcularán sobre la cantidad reclamada a partir de que venzan los plazos señalados en el último párrafo de la fracción I del artículo 93, que es de 30 días naturales contados a partir de que se integre la reclamación, así como la fracción III del artículo 95, que es de 30 días naturales a partir de que se realice el requerimiento de pago, ambos artículos de la Ley de la Materia, calculándose los intereses hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago al beneficiario.

El pago de la cantidad reclamada o a la que fue condenada la institución de fianzas, junto con sus intereses, deberá efectuarse dentro de los 15 días hábiles siguientes, a la notificación de la resolución dictada en contra de la afianzadora.

Si la institución de fianzas no efectúa dicho pago dentro de los 15 días hábiles siguientes, a partir de que venza el plazo de 15 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución dictada en contra de la afianzadora, se le aplicará una multa equivalente a la suma que deba pagar al beneficiario.

Si la institución de fianzas no cubre la cantidad reclamada, así como los intereses y la multa aplicada dentro de los 60 días naturales siguientes a la notificación de la resolución en contra de la afianzadora, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá revocar la autorización para operar como institución de fianzas; o bien si la afianzadora reiteradamente realiza actos que signifiquen una resistencia indebida para cumplir las obligaciones derivadas de sus fianzas, lo anterior se encuentra establecido en el artículo 105, fracción XI de la Ley de la Materia.

Dicha reforma produjo un beneficio en favor de los beneficiarios de las

fianzas, ya que anteriormente y dado el tiempo que transcurría al promover un juicio en contra de una afianzadora al condenarlos, únicamente lo hacían en cuanto al importe reclamado inicialmente, por lo que las afianzadoras retardaban los dictámenes de las reclamaciones o bien dictaminaban en forma improcedente obligando a los beneficiarios a acudir ante los tribunales competentes a hacer valer sus derechos; en la actualidad las afianzadoras deben analizar y estudiar en forma detallada las reclamaciones que les sean presentadas y emitir un dictamen debidamente fundado y motivado, para no dar causa o motivo a una demanda en su contra, la cual en caso de perderla, las obliga a cubrir intereses al beneficiario el cual se calculará desde que se venzan los plazos establecidos en la Ley de la Materia, así como una multa equivalente hasta por el monto reclamado, lo anterior sería en perjuicio a las instituciones de fianzas, si éstas no acreditan con el juicio respectivo la improcedencia de la reclamación o requerimiento impugnado.

D) DISPOSICIONES IMPORTANTES EN MATERIA DE RECLAMACIONES CONTENIDAS EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

1.- SUPLETORIEDAD DE LA LEY.

Como hemos visto, la fianza de empresa no cuenta con una legislación propia sobre materia de fianzas, en general la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con una legislación similar sobre la fianza como contrato civil, misma que contiene una influencia decisiva del Derecho Romano y del Derecho Francés.

Dichas normas definen a la fianza como un contrato accesorio, por el cual una persona (fiador), se compromete con el acreedor (beneficiario), a cumplir por el deudor (fiado), si éste no lo hace. (Artículo 2794 del Código Civil).

No es necesario señalar todas las particularidades que distinguen al contrato de fianza civil, conforme al Código Civil, pero si es necesario advertir que muchos de sus preceptos buscan proteger al fiador y en virtud de que la legislación civil es aplicable normalmente a la fianza de empresa, a falta de disposiciones que regulen específicamente el contrato de fianza de empresa, se deriva la supletoriedad de la ley, como se desprende de lo señalado en el artículo 113 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que señala "En lo no previsto por esta ley regirá la legislación mercantil y el título décimo tercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal".

Asimismo, el artículo 94 de la Ley de la Materia que regula los juicios en contra de las instituciones de fianzas señala en su fracción VI que " El Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio de las reglas procesales contenidas en este artículo y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establece el propio Código ".

Esta disposición es relativa a los juicios promovidos por beneficiarios (particulares) en contra de las afianzadoras, por lo que es claro que existe supletoriedad de la Ley de la Materia.

Cuando las instituciones de fianzas otorguen pólizas de fianzas a favor de la Federación del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en

los artículos 93 y 93-bis de la Ley de la Materia o siguiendo las disposiciones que señala el artículo 95 de la citada ley " Excepto las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación ", la fracción III del artículo 95 de la Ley de la Materia señala que " En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de 30 días naturales, contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores propiedad de la institución bastantes a cubrir el importe reclamado ".

La fracción V señala que " En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago la institución de fianzas, dentro del plazo de 30 días naturales señalado en la fracción III de dicho artículo, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado en donde se hubiere formulado el requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma ".

Esta última fracción sería aplicable únicamente en aquellas fianzas otorgadas a favor de la Federación que garanticen obligaciones a cargo de terceros y no sean créditos fiscales, así la fracción III antes citada, se contrapone a lo establecido en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 207 que señala que " La demanda se presentará por escrito directamente ante la Sala Regional competente, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación de la resolución impugnada.....".

Se desprende que las instituciones de fianzas cuentan con un plazo de cuarenta y cinco días hábiles, que se contarán a partir del día siguiente en que haya surtido efectos la notificación del requerimiento que se pretende impugnar, por lo que sería violatorio rematar valores propiedad de la afianzadora si después de treinta días naturales, la autoridad ejecutora, no tiene conocimiento o constancia de que se hubiese impugnado el requerimiento.

Todo lo señalado pretende justificar la necesidad de contar con una legislación íntegra y propia de la materia de fianzas, ya que actualmente la misma es supletoria, en lo no previsto por la misma, en diversas disposiciones legales.

2.- EL DERECHO CONSIGNADO EN UNA POLIZA.

Ya vimos que uno de los efectos principales entre el fiador y el acreedor nace de la constitución de la fianza, por la cual el fiador se compromete a pagar por el deudor, si éste incumple con la obligación garantizada.

Las instituciones de fianzas son consideradas de acreditada solvencia y no están obligadas a constituir depósitos o fianzas legales, excepto por las responsabilidades que puedan derivarles de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales o en los casos en que sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra.

Todas las pólizas de fianzas que se emitan en papelería oficial de las instituciones de fianzas se presumirán, salvo prueba en contrario legalmente válidas y las afianzadoras no podrán objetar la capacidad legal de quien las suscriba, según lo establece el artículo 12 de la Ley de la Materia.

El artículo 13 de la ley citada señala que " Las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas, sin calificar dicha solvencia ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas o comprobación de que la institución de fianzas es propietaria de bienes raíces, ni de su existencia jurídica.

Las mismas autoridades no podrán fijar mayor importe para las fianzas que otorguen las afianzadoras, que el indicado para depósitos en efectivo u otras formas de garantía. La infracción de este precepto será causa de responsabilidad".

Para mayor abundamiento el artículo 117 de la Ley de la Materia establece que " Las instituciones de fianzas sólo asumirán obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, tales como de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación, debiendo contener, en su caso, las indicaciones que administrativamente fijen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

El beneficiario, al ejercitar su derecho, debe comprobar por escrito que la póliza de fianza fue otorgada y en caso de pérdida o extravío, podrá exigir a la institución de fianzas de que se trate, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza de fianza que se haya emitido a su favor.

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

Por lo que se concluye que el derecho consignado en una póliza de fianza expedida a favor de cualquier beneficiario, consiste en el nacimiento de la obligación fiadora, lo cual deriva en la facultad que tienen los beneficiarios, para hacer exigible la póliza de fianza, en aquellos casos que haya incumplimiento de parte de los fiados en la obligación garantizada, debiendo apegarse a los lineamientos establecidos en la Ley de la Materia, como son escrito de reclamación presentado ante la afianzadora, procedimiento convencional o arbitraje ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o en su caso demandar a la institución de fianzas ante los tribunales competentes, en aquellos casos en que las afianzadoras emitan dictámenes improcedentes en forma total o parcial, debiendo en su caso los beneficiarios recibir las cantidades que las afianzadoras les entregaren con motivo de la reclainación presentada, reservándose su derecho de hacer exigible la fianza por la diferencia no cubierta ante la autoridad respectiva o ante los tribunales competentes.

Se establece en el artículo 103-bis de la Ley de la Materia, que las afianzadoras y los beneficiarios podrán convenir libremente procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros para resolver sus controversias, en cuyo caso bastará que consten en el texto de las propias pólizas de fianza o en documentos adicionales a las mismas otorgadas conforme a lo establecido en el artículo 117 de la citada ley, considerándose aceptados los procedimientos convencionales por parte de los beneficiarios, si dentro del plazo de diez días naturales, contados a partir de la fecha en que hubieren recibido la póliza de fianza o los documentos adicionales a la misma, no hacen observaciones negativas a las mismas y lo comuniquen a la afianzadora dentro del citado plazo, el procedimiento convencional debe ajustarse a lo establecido en la póliza de fianza.

3.- LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSION.

El Código Civil establece en su artículo 2814 que " El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes ".

El artículo 2815 del citado Código establece que " La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguido o reducido a la parte que no se ha cubierto ".

Estas disposiciones son aplicables únicamente a la fianza civil, ya que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece en su artículo 118 que " Las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y de excusión, y sus fianzas no se extinguirán, aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor ".

Es claro y notorio, que en la fianza de empresa, se aplica lo dispuesto en la Ley de la Materia, y el beneficiario podrá, requerir directamente a la institución de fianzas para que cubra el importe reclamado o bien cumpla con la obligación garantizada en la póliza de fianza.

El artículo 118-bis de la Ley de la Materia, en su cuarto párrafo, establece que " Las instituciones de fianzas al ser requeridas o demandadas por el acreedor (beneficiario), podrán denunciar el pleito al deudor principal (fiado) para que éste rinda las pruebas que crea convenientes. En caso de que no salga al juicio para el

indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas. Lo anterior también será aplicable en el procedimiento conciliatorio y juicio arbitral a que se refiere esta ley, así como en los procedimientos convencionales que establezcan las partes conforme al artículo 103-bis de la misma ley".

Lo anterior es benéfico para las instituciones de fianzas, ya que al requerirla o demandarla el beneficiario directamente, aún cuando renunció a los beneficios de orden y excusión, puede hacer comparecer al deudor principal (fiado), para que éste ofrezca los documentos que crea convenientes y en caso de no ser así le perjudicará la sentencia que se dicte contra la institución de fianzas, esto también es bueno para los beneficiarios, ya que de esta manera no tendrán que requerir en primera instancia al fiado, sino que lo podrán hacer directamente contra la afianzadora.

El texto de dicho artículo se hará saber de manera inequívoca al fiado, solicitante y en su caso a los obligados solidarios o contrafiadores, debiendo transcribirse en el contrato solicitud respectivo.

El mismo tiene semejanza a lo establecido para la fianza civil en el artículo 2823 del Código Civil que señala " Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor (beneficiario), puede denunciar el pleito al deudor principal (fiado), para que éste rinda las pruebas que crea convenientes y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador (afianzadora)".

4.- LA PRORROGA O ESPERA.

Se entiende por prórroga " La extensión o ampliación de la competencia que corresponde a un juez, así como del término que la ley o el juez concede a las partes para ejercitar una facultad procesal o cumplir con una obligación o cargas procesales " ⁷⁵.

La espera es " El término que la ley o los acreedores conceden al deudor para exonerarlo de la obligación de pagar los créditos el día de su vencimiento fijando determinado plazo para que lo haga " ⁷⁶.

El Código Civil establece en su artículo 2846 que " La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza ".

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala en su artículo 119 " Que la prórroga o espera concedida por el acreedor (beneficiario) al deudor principal (fiado), sin consentimiento de la institución de fianzas (fiador), extingue la fianza".

Es notorio que en ambos preceptos se señala que si el acreedor (beneficiario) sin consentimiento de la afianzadora concede una extensión, ampliación o modificación en el término en que el deudor principal (fiado) deba cumplir con la obligación garantizada en la póliza de fianza, se extingue la

⁷⁵ Cfr. Pallares Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 21a. edición México 1994, ob. cit. pág. 358.

⁷⁶ Idem, ob. cit. pág. 343.

misma, en caso contrario si la institución de fianzas (fiador) otorga su consentimiento el mismo debe ser por escrito, ya sea mediante documento modificadorio, de ampliación o prórroga que se emita para tal efecto.

Se reitera que los beneficiarios deben evitar celebrar cualquier convenio o arreglo con el fiado, tendiente a que cumplan con la obligación garantizada en la póliza de fianza, preferentemente deberán informar a la afianzadora, por escrito presentado en sus oficinas del incumplimiento del fiado y si fuera factible señalar que otorgarán una prórroga o espera al fiado para que éste cumpla con la obligación garantizada, solicitando la anuencia de la afianzadora quien denerá emitir el documento modificadorio respectivo en caso de estar de acuerdo y si no fuera así, el beneficiario iniciará el procedimiento de reclamación respectivo, para efecto de que no opere la caducidad establecida en la Ley de la Materia.

Si por el contrario el beneficiario otorgará una prórroga o espera al fiado sin el consentimiento de la afianzadora traerá como consecuencia la extinción de la póliza de fianza, perdiendo el beneficiario su derecho para poder hacer efectiva dicha fianza, pero conservará sus derechos para reclamar el cumplimiento de la obligación contraída (principal) o el pago que sea equivalente a dicho incumplimiento, en contra del fiado únicamente, pero no podrá contra la institución de fianzas, quien como ya vimos quedó liberada por la extinción de la póliza de fianzas.

El artículo 121 de la Ley de la Materia establece que " En caso de incumplimiento por parte del fiado, en obligaciones de hacer o de dar, previa reclamación hecha a la institución de fianzas, éstas podrán sustituirlo y dar cumplimiento con la obligación garantizada, por sí o constituyendo fideicomiso y

en el caso de que la obligación garantizada fuera el pago de una suma de dinero en parcialidades, la falta de pago de alguna de dichas parcialidades convenidas, no dará derecho al beneficiario de reclamar a la institución de fianzas el saldo insoluto, si la afianzadora efectúa el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo estipulado en la póliza de fianza, salvo pacto en contrario".

Con lo señalado anteriormente las instituciones de fianzas tienen un beneficio, que es el de poder sustituir al fiado en el cumplimiento de la obligación garantizada dentro de los plazos convenidos, evitando una posible demanda en su contra, en virtud de que el fiador (afianzadora) puede obligarse a menos, pero nunca a más que el deudor principal (fiado).

En las fianzas de fidelidad, la exigibilidad de la obligación principal, estará condicionada en tanto el empleado (fiado) no incurra en un acto ilícito que quebrante el patrimonio del beneficiario, si así fuera el beneficiario deberá reportar de inmediato, el descubrimiento de dicha conducta delictiva a la institución de fianzas, en los casos de que el empleado aún se encuentre laborando, no deberá informarle que se ha descubierto algún faltante, ya que se puede dar el caso de que el fiado huya del lugar, perdiéndose la opción para la afianzadora, de poder negociar con el fiado la recuperación de lo detectado, no podrá el beneficiario negociar con el fiado para que éste le cubra el importe faltante, ya que lo anterior trae como consecuencia, que no proceda la reclamación que se presente en estos términos y por consecuencia la extinción de la de fianza.

Es claro que si el fiado no cumple con la obligación garantizada en el plazo o términos convenidos a las pólizas de fianza, tiene el beneficiario derecho para

hacer exigible la misma en forma directa ante la afianzadora y en caso de emitirse un dictámen improcedente en forma total o parcial, el beneficiario podrá acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para efecto de celebrar junto con la institución de fianzas y el fiado en su caso, un procedimiento conciliatorio y de no ser posible por no estar de acuerdo las partes, se dejarán a salvo los derechos del beneficiario para hacerlos valer ante las autoridades competentes sean Locales o Federales.

En caso contrario, es decir, si hubiera una prórroga o espera, concedida por el beneficiario al deudor principal (fiado), sin consentimiento de la afianzadora se extinguirá la póliza de fianza, lo que le ocasionaría al beneficiario mayores trastornos para obtener de parte del fiado el cumplimiento de la obligación principal o el pago equivalente a dicho incumplimiento, ya que si ha incumplido será difícil que le cubra cantidad alguna, debiendo demandar al fiado para obtener el reembolso por la obligación incumplida, lo cual le genera mayores gastos y pérdida de tiempo, pudiendo evitarse lo anterior, al requerir a la afianzadora al momento en que se de el incumplimiento en la obligación garantizada, teniendo en cuenta si la vigencia de la fianza es por tiempo determinado o si la vigencia de la misma es por tiempo indeterminado con el fin de que no caduquen sus derechos, por una presentación extemporánea de la reclamación o requerimiento de pago con cargo a la fianza de que se trate.

Es conveniente para el beneficiario, que cuando se de un incumplimiento para evitar que se extinga la fianza, informe a la institución de fianzas de la posibilidad de otorgar una prórroga o espera al deudor principal (fiado) para que éste, dé cumplimiento en fecha posterior a la obligación garantizada en la fianza y la afianzadora dé su anuencia por escrito para diferir los términos y plazos en que

debió de darse cumplimiento con la obligación garantizada.

5.- CADUCIDAD Y PRESCRIPCION.

Se entiende por caducidad " La extinción de la instancia judicial porque las dos partes abandonen el ejercicio de la acción principal " ⁷⁷.

En cuanto a la fianza, la caducidad opera o procede por un no hacer de parte del beneficiario, no es acto, ni inactividad, sino una sanción que la ley establece y que consiste en la pérdida del ejercicio que debió hacer valer el beneficiario mediante la presentación de su reclamación o requerimiento de pago en el término señalado en la Ley de la Materia.

Esto quiere decir que el beneficiario ha perdido el interés en que nazca su derecho, para el cumplimiento de la obligación, que no es su deseo que se haga efectiva la póliza de fianza, al dejar transcurrir el tiempo en que debió ejercitar su derecho.

La caducidad según establece el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas operará " Cuando la Institución de Fianzas se hubiera obligado por tiempo determinado, quedando libre de su obligación por caducidad si el beneficiario no presenta la reclamación o el requerimiento de pago de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

⁷⁷ Cfr. Eduardo Pallares, ob. cit. pág. 119.

En los casos en que la afianzadora se hubiere obligado por tiempo indeterminado, se liberará de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente su reclamación o requerimiento de pago de la fianza dentro de los ciento ochenta días siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado ".

Una vez que presente la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza el cual quedará sujeto a la prescripción, el artículo 1135 del Código Civil señala que " Prescripción es un medio de adquirir bienes o liberarse de obligaciones mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la ley ".

La prescripción según el artículo 1041 del Código de Comercio " Se interrumpirá por la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones o por la renovación del documento en el que se funde el derecho del acreedor.

Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial si el actor se desistiese de ella o fuese desestimada su demanda ".

La prescripción supone un hecho negativo, una simple abstención que en el caso de acciones consiste en no ejercitarlas, en el de las obligaciones en no exigir su cumplimiento, dentro del término señalado en la ley.

El Código Civil en su artículo 1136, establece que " La adquisición de bienes, en virtud de la posesión se llama prescripción positiva , la liberación de

obligaciones, por no exigirse su cumplimiento se llama prescripción negativa".

De lo anterior, se desprende que la prescripción negativa liberatoria o extintiva, es una causa de extinción de las obligaciones (entendiendo éstas en el sentido de la definición Justiniana " obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae re..."), cuya naturaleza patrimonial es puesta de relieve por el legislador en el citado Código en el artículo 754 el cual establece que " Son bienes muebles, por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de una acción personal " ⁷⁸.

El propio Código Civil en su artículo 1141 señala que " La prescripción adquirida por el deudor principal aprovecha siempre a los fiadores ".

Los artículos citados son también aplicables a la fianza de empresa, la cual garantiza obligaciones de dar, hacer o no hacer, como complemento el citado Código establece en su artículo 1157 " La prescripción negativa se verifica por el solo transcurso del tiempo fijado por la ley ".

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece en su artículo 120 en su tercer párrafo que " La institución de fianzas se liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor .

Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la

⁷⁸ Cfr. Ruiz Rueda Luis, ob. cit. pág. 200.

institución de fianzas o, en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, suspende la prescripción salvo que resulte improcedente ".

Lo establecido en la Ley de la Materia es aplicable, operará la prescripción, una vez que sea presentado el escrito de reclamación a la institución de fianzas, salvo que el mismo resulte improcedente, por haber operado la caducidad que establece el mismo artículo o porque la reclamación no sea debidamente fundada y motivada, caso en que el beneficiario podrá acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o en su defecto agotado dicho trámite ante la citada Comisión, acudirá a hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes en contra de la afianzadora.

En los casos de fianzas otorgada ante la Federación que garanticen diversos tipos de obligaciones o créditos fiscales, la afianzadora podrá acudir ante el Tribunal Fiscal de la Federación dentro del plazo establecido en la Ley de la Materia que es de 30 días naturales contados a partir de que sea notificado el requerimiento, lo cual es aplicable a fianzas que no garanticen créditos fiscales y de aquellas que sí garanticen créditos fiscales se estará a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación debiendo impugnar la afianzadora el requerimiento de pago dentro del término de 45 días hábiles contados a partir de la fecha en que surta efectos el requerimiento de pago, en cuyo caso si se interrumpe la prescripción desde el momento en que fue presentada la reclamación tal y como lo establece la Ley de la Materia.

Se concluye que la caducidad opera por la falta del ejercicio de una acción para iniciar la reclamación de una póliza de fianza y la prescripción es la pérdida del derecho del beneficiario, por el transcurso del tiempo para poder hacer

efectiva una póliza de fianza, sin que esto sea impedimento para que el acreedor (beneficiario), pueda hacer valer o ejercitar su derecho en contra del deudor principal (fiado), para efecto se cumpla con el contrato celebrado entre las partes o cubra el equivalente a dicho incumplimiento.

6.- FACULTAD DE INTERVENIR EN ASUNTOS INVOLUCRADOS AL OTORGAR UNA POLIZA DE FIANZA.

El artículo 101 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que " Las instituciones de fianzas podrán constituirse en parte y, en consecuencia, gozar de todos los derechos inherentes a ese carácter en los negocios de cualquier índole y en los procesos, juicios u otros procedimientos judiciales en los cuales otorguen fianza, en todo lo que se refiere a las responsabilidades derivadas de ésta; así como en los procesos que se sigan a los fiados por responsabilidades que hayan sido garantizadas por dichas instituciones. Asimismo, a petición de parte, serán llamadas a dichos procesos o juicios, a fin de que estén a las resultas de los mismos ".

De lo anterior se desprende que las afianzadoras al garantizar diversas obligaciones ante autoridades administrativas, laborales y fiscales, pueden comparecer por sí mismas en los procesos o juicios en donde hayan otorgado fianza, para todo lo relativo a las responsabilidades que se deriven de la misma o bien deberán comparecer a petición de parte, ya sea del fiado o el beneficiario a los juicios o procesos que se ventilen, para efectos de que las afianzadoras estén en su carácter de parte, al resultado de los mismos, momento en que se podrá hacer efectiva dicha garantía.

También pueden intervenir en aquellos juicios, en que el beneficiario pretenda hacer que se cumpla con la obligación principal (garantizada) en forma directa ante el fiado.

Como complemento al artículo antes citado, la Ley de la Materia establece en su artículo 103-bis, fracción III que " Por lo que se refiere a los procedimientos convencionales que celebren las instituciones de fianzas con los beneficiarios de las pólizas de fianza, bastará que consten en el texto de las mismas, otorgadas conforme el artículo 117 de dicha ley, siendo consideradas como válidas o aceptadas por parte del beneficiario, cuando la afianzadora de que se trate no reciba negativa de observaciones a los mismos, dentro del plazo de 10 días naturales, contado a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza de fianza y en su caso, los documentos adicionales a la misma en que se fije el procedimiento convencional a que se sujetará la reclamación de la fianza ".

Las instituciones de fianzas asumen obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, como de ampliación, disminución, prórroga, y otros documentos de modificación, en las mismas pólizas o documentos modificatorios se hará constar el procedimiento a que se sujetará el beneficiario, fiado y la afianzadora en caso de controversia.

De aquí se deriva la facultad de las instituciones de fianzas, para ser parte en aquellos procesos, juicios o procedimientos en que se otorguen fianzas, gozando de todos los derechos que tenga en su carácter de parte interesada relativa a la responsabilidad garantizada que se deriva de la póliza de fianza, también puede acudir como parte en los procesos que se entablen o sigan en

contra de los fiados por responsabilidades que hayan sido garantizadas por dichas instituciones.

Un ejemplo de éste puede ser una fianza que sirve para suspender la ejecución de una sentencia, dicha fianza la solicita una de las partes que intervienen en un juicio por no estar conforme, con la sentencia del juez, interponiendo si lo juzga conveniente la parte afectada el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva derivada del juicio mercantil respectivo.

La apelación puede ser admitida en el efecto devolutivo, en cuyo caso, si el demandado interpone el recurso de apelación, el actor podrá ejecutar la sentencia si en la primera instancia otorga una fianza que garantice los daños y perjuicios que se puedan ocasionar a su contraparte con motivo de la ejecución de dicha sentencia; de la misma manera la contraparte afectada puede solicitar al tribunal de alzada la ejecución de la sentencia, en cuyo caso deberá otorgar una contragarantía, que puede ser por medio de prenda, hipoteca o fianza, suficiente para garantizar los daños y perjuicios que pueda ocasionar a su contrario, en caso de que la sentencia que se dicte en el recurso de apelación modifique o revoque la sentencia que se haya dictado en primera instancia.

En la práctica las instituciones de fianzas, por regla general se abstienen de comparecer como parte en los procesos o juicios que se sigan en contra de los fiados, a menos que sean requeridas para que comparezcan en los citados juicios o procesos, por lo que no hacen valer su derecho consignado en la Ley de la Materia, de comparecer por su propia cuenta en aquellos asuntos donde otorgan fianzas y se deriven responsabilidades a su cargo por la obligación garantizada en la póliza de fianza.

7.- FACULTAD DE SUSTITUIRSE AL FIADO.

Las instituciones de fianzas podrán substituir al deudor principal (fiado), según lo establece la Ley de la Materia en su artículo 121 que establece lo siguiente: " Cuando se hayan garantizado obligaciones de hacer o de dar, las instituciones de fianzas podrán substituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación principal (garantizada) por sí o constituyendo fideicomiso ".

Este párrafo de la Ley de la Materia, es aplicable en aquellas fianzas que garanticen las distintas obligaciones de hacer o de dar, debido a su infraestructura y organización, las afianzadoras al ser notificadas del incumplimiento del deudor principal (fiado), podrán dar cumplimiento a la obligación garantizada en la póliza de fianza substituyendo al deudor principal (fiado) por sí mismas, caso en los que las instituciones de fianzas podrán hacer entrega de los bienes, obras o productos a que se hubiere comprometido el fiado o su equivalente, lo cual deberá ser a satisfacción del propio beneficiario y dentro del plazo que fijen las partes (afianzadora y beneficiario), para lo cual el fiado deberá convenir con la institución de fianzas, la forma en que reembolsará a ésta, las cantidades que deriven de dicho incumplimiento y por las que la institución de fianzas se comprometerá con el acreedor (beneficiario) a dar cumplimiento.

El mismo artículo establece en su segundo párrafo que " En las fianzas que garanticen el pago de una suma de dinero en parcialidades, la falta de pago por el fiado de alguna de sus parcialidades convenidas, no dará derecho al beneficiario a reclamar la fianza por la totalidad del adeudo insoluto, si la institución de fianzas hace el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo que

para tal efecto se hubiere estipulado en la póliza salvo pacto en contrario ".

Lo anterior es normalmente aplicable en aquellas fianzas que garantizan convenios de pagos en parcialidades ante el Instituto Mexicano del Seguro Social o ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quienes al momento de requerir a la afianzadora deben acompañar a su requerimiento de pago, la liquidación de adeudo respectiva, así como las copias de las ordenes de ingreso o comprobantes de pagos efectuados por el fiado y el acta de incumplimiento donde se hará constar la fecha en la cual el fiado dejó de cubrir en forma oportuna dichos pagos parciales, si no se acompañan dichos documentos, la afianzadora podrá impugnar dicho requerimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación en la Sala que le corresponda en razón del lugar donde se haya notificado dicho requerimiento.

Una excepción a lo anterior son las fianzas de arrendamiento puro, ya sea de bienes muebles o inmuebles, en donde se establecen plazos específicos para requerir a las afianzadoras el pago de las mensualidades no cubiertas por el fiado, que normalmente es de diez a treinta días, plazo en el cual, si los beneficiarios no requieren a la afianzadora el pago de dicha mensualidad, pierden el derecho para cobrar la misma, continuando vigente la póliza de fianza por las mensualidades pendientes, en estos casos el beneficiario deberá acompañar a su escrito de reclamación el recibo correspondiente a la mensualidad no cubierta, pues en la práctica es común que el fiado cubre la mensualidad con cheque a favor del beneficiario obteniendo de éste el recibo de renta y si el cheque le es devuelto al beneficiario por falta o insuficiencia de fondos pretenden requerir dicha mensualidad a la afianzadora acompañando el cheque devuelto, lo cual deviene en la improcedencia de la reclamación, por no acompañar el beneficiario el

documento (recibo de renta), el cual obra en poder del fiado, debiendo el beneficiario promover un juicio ejecutivo mercantil para la recuperación de la cantidad que ampara dicho título de crédito.

Por lo anterior es preferible que los beneficiarios otorguen el recibo de renta respectivo, una vez que sea cobrado el cheque que le haya entregado el fiado para cubrir la mensualidad correspondiente, ya que de no ser así se ven impedidos para requerir el cobro de dicha mensualidad a la institución de fianzas.

Es obvio que los beneficiarios para hacer exigible una fianza que garantice el pago de una suma de dinero en parcialidades, ya sean créditos fiscales, convenios de pago o pago de rentas, deberán acreditar dicho incumplimiento a la afianzadora, para que ésta haga frente por sí misma y de cumplimiento dentro del plazo señalado en la póliza para tal efecto con los pagos incumplidos por el fiado.

También las afianzadoras podrán dar cumplimiento con la obligación garantizada si es de hacer o de dar, por medio de fideicomiso, mediante el cual el fiduciario (banco) vigilará que la afianzadora cumpla en los términos pactados que se establecerán en un documento adicional a la póliza de fianza, ya sea pagando al beneficiario o cumpliendo con la obligación garantizada con una prestación igual o equivalente y en caso de no ser así se procederá a la realización de los bienes o derechos afectos al mismo.

Para dicho fin, las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria para que proceda a la enajenación de los bienes o derechos presentes no sujetos a condición, que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que con el producto de dicha enajenación se cubra al beneficiario las cantidades a que éste

tenga derecho.

El artículo 103-bis de la Ley de la Materia establece que " Las instituciones de fianzas podrán convenir libremente con el beneficiario los derechos y obligaciones para hacer efectivas las pólizas de fianzas.....,

III.- Por lo que se refiere a los procedimientos convencionales con los beneficiarios de las fianzas, bastará que consten en el texto de las pólizas de fianza, o en su caso en los documentos adicionales a las mismas y que sean otorgados conforme a la Ley de la Materia para que se consideren aceptados por el beneficiario, cuando la institución de fianzas de que se trate no reciba negativa de observaciones a los mismos, dentro del plazo de diez días naturales, contados a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza de fianza o los documentos adicionales a la misma, en que se establezca el procedimiento convencional a que se sujetará la reclamación de la fianza " .

Se concluye que al poder hacer frente las afianzadoras, en el cumplimiento de la obligación garantizada en sus pólizas de fianza, por si mismas o constituyendo fideicomiso, se evitan una serie de juicios en su contra y tienen la opción de dar cumplimiento con la obligación garantizada substituyendo al fiado, previa negociación con éste para que se establezca la forma en que reembolsará a la afianzadora las cantidades a que ésta tenga derecho.

CAPITULO IV

" GARANTIAS DE RECUPERACION DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS Y EXTINCION DE LA FIANZA ".

A) GARANTIAS DE RECUPERACION.

La Ley Federal de Instituciones de fianzas, regula lo relativo a las garantías de respaldo que deben exigir las afianzadoras a los fiados por las pólizas que se emitan, en su artículo 19, señala que " Las instituciones de fianzas deberán tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, cuando así lo estime necesario, podrá solicitar a las instituciones de fianzas que le acrediten haber dado cumplimiento y haber constituido garantías suficientes por las pólizas emitidas dentro del plazo que le señale la propia Comisión ".

En virtud de que la fianza es una garantía de cumplimiento de una obligación ajena, el primer elemento que debe tener en consideración una institución de fianzas, incluso antes de analizar el esquema de contragarantías, será la capacidad que tiene el deudor para cumplir con la obligación contraída, ya que las garantías únicamente serán necesarias en el caso de pago por incumplimiento.

Para entender lo que es capacidad de cumplimiento por parte del fiado se

deben tener en cuenta las características siguientes:

Fama Pública: la cual se origina por los hábitos o costumbres de cumplimiento.

Capacidad Técnica: la cual está basada en los conocimientos, organización, aptitudes y experiencia que tenga el fiado.

Capacidad Material: la cual se deriva de los recursos materiales a los que pueda tener acceso el deudor, para cumplir su obligación.

Dichos elementos tienen un papel determinante en el análisis para la expedición de una fianza, ya que al faltar alguno de ellos las probabilidades de incumplimiento de la obligación garantizada crecen en forma notable.

Al ser la fianza un contrato accesorio, que garantiza el cumplimiento de una obligación (principal) por parte del fiado, al expedir las mismas, las afianzadoras deberán asegurarse de que podrán recuperar las cantidades que lleguen a pagar por ellas, a través de las garantías de recuperación que constituyan a su favor y que la propia Ley de la Materia les exige constituir, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 que señala " Las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener en los términos de esta Ley, podrán ser:

- I.- Prenda, hipoteca o fideicomiso;
- II.- Obligación Solidaria;
- III.- Contrafianza; o

IV.- Afectación en garantía en los términos previstos por esta Ley.

Las garantías a que se refiere este precepto deberán satisfacer los requisitos señalados en el presente capítulo...", dichas garantías las veremos a continuación.

1. PRENDA.

El Lic. Francisco Lozano Noriega, señala que la palabra " Prenda, tiene tres acepciones principales, se puede denominar al contrato, al derecho real a que da nacimiento el contrato y, por último, sirve para designar la misma cosa sobre la que se constituye ese derecho real de garantía llamado prenda " ⁷⁹.

El Código Civil en su artículo 2856 establece el concepto de la prenda y señala que " La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago ".

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 26 establece que " La garantía que consista en prenda, solo podrá constituirse sobre:

- I.- Dinero en efectivo;
- II.- Depósito, préstamos y créditos en instituciones de crédito;
- III.-Valores indicados en la fracción III del artículo 40 de esta Ley,
(Valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal e Instituciones de Crédito).

⁷⁹ Cfr. Lozano Noriega Francisco, op. cit. pág. 389.

IV.- Valores señalados en la fracción IV del artículo 40 de esta Ley, (Valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Valores). En el caso de esta fracción, la responsabilidad de la fiadora no excederá del 80% del valor de la prenda, y

V.- Otros bienes valuados por institución de crédito o corredor. En este caso, la responsabilidad de la fiadora no excederá del 80% del valor de los bienes".

De lo anterior se desprende que los bienes que constituyen la garantía prendaria, serán objeto de entrega al acreedor prendario, es decir, a la afianzadora, constituyéndose la garantía, en nuestro derecho la entrega puede ser real o virtual, también llamada jurídica.

Es real cuando materialmente se entrega el bien al acreedor prendario (afianzadora), si se trata de bienes consistentes en dinero, en efectivo o valores, cualquiera que sea el monto de la fianza, deberá depositarse en un plazo de cinco días hábiles en una institución de crédito y solo se podrá disponer de ellos cuando la fianza sea reclamada o se cancele, o bien cuando se sustituya la garantía, en la práctica no es muy común solicitar este tipo de garantía, salvo que no existan inmuebles que se otorguen en garantía u obligados solidarios.

Si los bienes estuvieran depositados en alguna institución de crédito, casa de bolsa, persona moral o instituto para el depósito de valores (indeval), bastará que el deudor prendario dé instrucciones al depositario para constituir la prenda.

Si los bienes sobre los que se va a constituir la prenda son distintos a dinero en efectivo o valores, independientemente del monto de la fianza, la

prenda podrá quedar en poder del otorgante de la misma, en cuyo caso éste se considerará como depositario judicial en caso de responsabilidad civil o penal correspondiente, según lo establece la Ley de la Materia en su artículo 27.

Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, si éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, incluso en poder del mismo deudor, solo que en este caso para que surta efectos frente a terceros se requiere que el contrato de prenda sea inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, con el fin de que la afianzadora tenga derechos contra terceros, el inconveniente es que por tratarse de bienes muebles que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro, es difícil, no solo su localización, sino el ejercicio del derecho preferente que tiene el acreedor prendario en el pago de su obligación.

La Ley de la Materia establece las reglas para realizar la venta de los bienes sobre los que se constituyó la prenda en favor de la afianzadora por parte del deudor prendario, pudiendo la propia afianzadora solicitar la venta en representación del deudor prendario y con el producto de la misma se aplique la parte del precio que cubra las responsabilidades del fiado, el artículo 123 de la citada ley señala que " Cuando proceda la afianzadora solicitará por escrito al depositario de los bienes que constituyan la prenda, bajo su más estricta responsabilidad, le haga entrega de los mismos debiendo proporcionar al citado depositario copia certificada de la constancia que haya expedido el beneficiario de la fianza, de haber recibido el pago de la reclamación de la póliza y sin más formalidad que la entrega de la copia certificada de la constancia expedida por el beneficiario, la institución de fianzas podrá ejercitar los derechos del deudor prendario para hacer efectivos los préstamos o créditos concedidos por la

institución de crédito de que se trate y que constituyan la garantía prendaria en favor de la institución fiadora " .

Si se constituyó prenda en dinero en efectivo o en depósitos ante una institución de crédito, la afianzadora podrá aplicarlos en recuperación de lo que haya pagado y de los accesorios que le correspondan conforme al contrato celebrado con el fiado; si por el contrario la prenda se constituye sobre valores, la afianzadora podrá solicitar la venta de dichos valores por conducto de una casa de bolsa, debiendo cubrir el deudor prendario los gastos que se origine con este motivo.

Si la prenda se constituye sobre bienes distintos a los señalados anteriormente, se hará efectiva de la manera siguiente:

La afianzadora en representación del deudor prendario, solicitará a un corredor público o a dos comerciantes, si en el lugar no hubiere corredores, procedan a la venta directa de los bienes en un término de quince días hábiles, si no se logra la venta de dichos bienes en el término señalado, el corredor público o los comerciantes que tengan encargada la venta, harán una convocatoria dentro de los diez días hábiles siguientes, la que deberá ser publicada en el Diario Oficial de la Federación o en algún periódico de mayor circulación del lugar donde estén los bienes, solicitando postores, fijando como base para posturas las dos terceras partes del precio del avalúo que se haya practicado, o del precio que convengan las partes en el contrato relativo, lo que resulte mayor, la vigencia del avalúo no debe exceder de tres meses.

Transcurridos los diez días hábiles, contados a partir de que se haya hecho

la publicación respectiva, sin que se hubieren vendido los bienes, se hará otra convocatoria y la publicación respectiva, y el precio base de la postura será el que resulte de hacer una disminución del 25% del que sirvió de base para la primera convocatoria y así en forma sucesiva, se hará hasta conseguir su venta, previa publicación de las respectivas convocatorias, con el mismo intervalo para cada caso.

Si no hubiera postores, la afianzadora tendrá derecho para adjudicarse los bienes pignorados en el valor que corresponda a las dos terceras partes del precio de cada convocatoria, el deudor prendario puede oponerse a la venta de los bienes dados en garantía en cualquier momento del procedimiento, debiendo realizar el pago a la afianzadora, dentro de las 72 horas siguientes a partir de que se haya opuesto a la venta, si transcurre dicho término y la afianzadora no recibe el pago se continuará el procedimiento para la venta de dichos bienes, sin que por ofrecimientos posteriores del deudor prendario pueda suspenderse el citado procedimiento, a menos que realice el pago de las cantidades a favor de la afianzadora".

Establece también la Ley de la Materia que " Si antes de realizar la venta, los valores dados en prenda, vencen o son amortizados, la institución fiadora podrá conservar con el mismo carácter las cantidades que por este concepto reciba en sustitución de los títulos cobrados o amortizados. Los valores y el importe de su venta podrá aplicarlos la afianzadora en pago de los deudos a su favor.

Si por el contrario se realiza la venta de los bienes pignorados, el corredor o los comerciantes que la realizaron, harán entrega de los bienes al comprador,

extendiendo un documento en el cual se formalice la operación, y que servirá de constancia al adquirente, quien realizará el pago y con el producto de la venta de los bienes citados se cubrirán a la afianzadora las cantidades que hubiera erogado en el proceso de venta, así como los accesorios establecidos en la Ley o los que hubieran convenido las partes y del remanente que resulte, aplicará lo necesario para recuperar la cantidad pagada al beneficiario de la póliza de fianza; si una vez aplicado el producto de la venta de los bienes al pago de los gastos efectuados con ese motivo y a la recuperación de las cantidades que le adeude el fiado a la institución de fianzas, si sobra alguna cantidad a favor del deudor prendario, la afianzadora debe entregarla de inmediato o proceder a la consignación correspondiente, acompañando la documentación que compruebe las aplicaciones que se realizaron conforme al procedimiento antes descrito, si hay violaciones al procedimiento establecido en el artículo 123 de la Ley de la Materia, la afianzadora responderá ante el deudor prendario, de los daños y perjuicios que se le causen ".

Es notorio y sería complejo para las instituciones de fianzas, celebrar este tipo de contratos ya que al constituirse la prenda sobre diversos bienes pudiendo ser dinero en efectivo, depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito, valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal e Instituciones de Créditos, valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional de Valores y otros bienes valuados por institución de crédito o corredor, se tendrían que celebrar contratos entre las partes, si la entrega es real no habría inconveniente, pero si es jurídica y se nombra a un tercero o es el propio deudor prendario quien conserva la cosa, se deberá inscribir dicho contrato ante el Registro Público correspondiente y en caso de incumplimiento se harán demasiados trámites y gastos para realizar la venta de los bienes para que la

afianzadora se adjudique los mismos, por lo que en la práctica no es común solicitar por parte de las afianzadoras este tipo de garantía, excepto cuando no existan inmuebles que puedan otorgar en garantía o personas que se comprometan como obligados solidarios.

2. HIPOTECA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2893 del Código Civil, "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

La palabra "hipoteca" tiene tres opciones según lo manifiesta el Lic. Francisco Lozano Noriega, quien dice " Que la primera interpretación la entendemos como un derecho real, la segunda se entiende por el contrato que da nacimiento al citado derecho real y por último por hipoteca se entiende la cosa misma afectada con este gravamen, o la afectación misma cuando se crea por voluntad unilateral".

La hipoteca no como contrato, sino como derecho que da nacimiento al contrato, es un derecho real, ya que es un derecho que va directamente sobre la cosa, permite al titular de ese derecho obrar sobre la cosa sin intervención de otra persona"⁸⁰.

⁸⁰ Cfr, Lozano Noriega Francisco, op. cit. págs. 410-411.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 28, establece las reglas para constituir garantía por medio de la hipoteca y entre otras señala que "La garantía que consista en hipoteca, deberá constituirse sobre bienes valuados por una institución de crédito o sobre la unidad completa de una empresa industrial, en dicho caso se comprenderán todos los bienes materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su conjunto, incluyendo los derechos de crédito a favor de la empresa".

La hipoteca debe constituirse ante Notario Público y se hará constar en una escritura pública, inscribiéndola posteriormente en el Registro Público de la Propiedad correspondiente en la sección de hipotecas o de gravámenes.

En la práctica no es muy común que las instituciones de fianzas acepten como garantía de recuperación un inmueble sobre el cual se constituya la hipoteca, pues en esta figura jurídica es muy tardada y costosa su recuperación.

El segundo párrafo del artículo citado establece que " Las instituciones de fianzas como acreedoras de las garantías hipotecarias, no podrán oponerse a las alteraciones o modificaciones que se hagan a dichos bienes, durante el plazo de la garantía hipotecaria, salvo que las mismas resulten necesarias para la mejor prestación del servicio correspondiente; en este caso el monto de la fianza no podrá ser superior del 80% del valor disponible de los bienes, cuando se constituya sobre inmuebles, y si la garantía hipotecaria es constituida sobre empresas industriales la misma se podrá gravar o constituir la hipoteca en segundo lugar, si los rendimientos netos de la explotación libres de toda carga, alcanzan para garantizar en forma suficiente el importe de dicha fianza".

La hipoteca es una garantía que se constituye sobre inmuebles, y puede celebrarla el dueño de la cosa, o sea el que tenga facultad de disposición respecto a esa cosa, por lo que si quien pretende celebrar la hipoteca es un representante, el mismo será convencional o legal el primero será un mandatario quien debe tener facultades para actos de dominio y de disposición sobre los bienes de su mandante, y así poder constituir ese gravamen, en el caso de representantes legales si fuera el padre en representación de su hijo en virtud de la patria potestad que ejerce el mismo deberá tener autorización judicial.

La Ley de la Materia establece en su artículo 124 que " En los casos de fianzas garantizadas mediante hipoteca o... sobre inmuebles, las instituciones de fianzas podrán proceder a su elección para el cobro de las cantidades que hayan pagado por esas fianzas y sus accesorios, en la vía ejecutiva mercantil o en la vía hipotecaria debiendo vender los inmuebles de conformidad con las reglas siguientes:

La afianzadora solicitará, bajo su más estricta responsabilidad, a un corredor público o..., que proceda a la venta de los bienes de que se trate, previo avalúo practicado por una institución de crédito, o tomando como referencia el valor convencional fijado de común acuerdo por las partes, lo que resulte mayor.

El avalúo no debe tener una antigüedad mayor de tres meses, se deberá notificar al propietario de los bienes, el inicio del procedimiento por medio de carta certificada con acuse de recibo, por conducto de un notario o corredor público o en vía de jurisdicción voluntaria.

Una vez que se notifique al propietario el procedimiento, puede oponerse a

la venta de los bienes, acudiendo dentro del término de cinco días hábiles después de la notificación, ante el juez de primera instancia en donde estén ubicados los bienes o con el juez del domicilio de la institución de fianzas para efecto de hacer valer las excepciones que tuviera.

Si hubiera oposición se le correrá traslado a la afianzadora, del escrito de oposición por el término de tres días, únicamente para que se suspenda la venta de los bienes, y si hay ofrecimiento de pruebas el término para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo de las mismas no podrá exceder de diez días.

Transcurrido dicho término el juez citará a una junta, la que deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes para oír alegatos de las partes, hecho lo anterior pronunciará la resolución respectiva, contra la misma procederá el recurso de apelación únicamente en el efecto devolutivo.

Si se declara infundada la oposición interpuesta por el propietario, se notificará a la afianzadora para que ésta proceda a la venta de los bienes, independientemente de que el deudor (propietario), sea condenado al pago de gastos y costas que se hubieren originado.

Se debe adjudicar el bien al comprador que mejores condiciones ofrezca, lo cual se hará constar mediante la escritura pública correspondiente que debe firmar el deudor y en caso de que se niegue a firmar, la afianzadora podrá solicitar al juez que lo haga en su caso.

Si no hubiera comprador el corredor formulará una convocatoria que debe ser publicada en el Diario Oficial de la Federación, o en alguno de los periódicos

de mayor circulación de donde se encuentren ubicados los bienes, para que dentro del plazo de diez días naturales contados a partir de la fecha en que se haga la publicación de la convocatoria, se venda el inmueble en pública subasta al mejor postor, sirviendo como base el valor que se haya fijado en el avalúo practicado por la institución de crédito o el que hayan fijado de común acuerdo las partes, lo que resulte mayor, y se le hará un descuento del 20% en caso de ser necesario, bajo el mismo procedimiento se realizarán las convocatorias siguientes con el descuento mencionado sobre el precio base señalado.

Si el bien se adjudica al comprador y se hace constar lo anterior en escritura pública, con el producto de la venta se hará entrega a la institución de fianzas de las cantidades necesarias para recuperar lo pagado, los accesorios del caso, los gastos y costas respectivos y en su caso las primas pendientes de pago, lo anterior teniendo como base los términos de la contratación con el deudor hipotecario y si existiera algún remanente, el mismo se pondrá a disposición del deudor hipotecario y, en su caso, se hará la consignación respectiva, acompañando los documentos en los que conste la forma en que se aplicaron las cantidades que se entregaron a la afianzadora con motivo de dicho procedimiento.

Si no hay postores en las públicas subastas la afianzadora tendrá la facultad de adjudicarse el inmueble de que se trate, en un precio igual al que sirvió de base en la almoneda de que se trate.

Las situaciones no previstas por la Ley de la Materia, relativas al procedimiento para el cobro de las cantidades que hubieren pagado las afianzadoras por fianzas expedidas y en las cuales se haya constituido hipoteca, se regirán en forma supletoria por el Código Federal de Procedimientos Civiles,

en el entendido de que en todo momento las instituciones de fianzas estarán obligadas a respetar los derechos de los acreedores preferentes.

Es conveniente recordar que el artículo 103-bis de la Ley de la Materia, establece que " Las afianzadoras podrán convenir en forma libre con los fiados, obligados solidarios, solicitante o contrafiador, procedimientos convencionales ante los tribunales o árbitros que hayan elegido para resolver sus controversias y la forma de hacer efectiva las garantías de recuperación a favor de la afianzadora".

3.- FIDEICOMISO.

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que " En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria ".

En la fianza de empresa, el fideicomitente lo será el fiado o deudor principal, el fideicomisario lo será la afianzadora y el fiduciario la institución expresamente autorizada para dicho fin conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, dicha ley establece que si no se designa normalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto la que señale el juez de primera instancia del lugar en donde estén ubicados los bienes, también establece que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 29 establece que " El fideicomiso solo se aceptará como garantía cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición. En lo conducente, se aplicarán al fideicomiso las proporciones y requisitos exigidos por esta Ley para las demás garantías.

En la constitución del fideicomiso podrá convenirse el procedimiento para la realización de los bienes o derechos afectos al mismo, cuando la afianzadora deba pagar la fianza, o habiendo hecho el pago al beneficiario de la misma, tenga derecho a la recuperación correspondiente. Para estos efectos, las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria para que proceda a la enajenación de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que con el producto de esa enajenación se cubran a la afianzadora las cantidades que tenga derecho, debidamente comprobadas ".

De los conceptos citados se entiende que el virtud del fideicomiso, el fideicomitente (fiado u obligados solidarios) destinan ciertos bienes para garantizar con ellos el cumplimiento de las obligaciones que el deudor principal (fiado) contrae con el acreedor de las mismas.

En este negocio jurídico la institución de fianzas es el fideicomisario y el fiduciario, quien recibe los bienes para cumplir los fines del fideicomiso, siempre lo será un banco.

Serán objeto del fideicomiso en garantía, toda clase de bienes y derechos presentes no sujetos a condición, excepto aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular, pudiendo tratarse de bienes muebles o

inmuebles en cuyo caso se aplican las proporciones y requisitos que exige la ley para las garantías prendaria e hipotecaria.

En virtud de que los bienes que se dan en fideicomiso se consideran afectos al fin a que se destinan, esto es para garantizar las obligaciones del fiado (fideicomitente), únicamente se podrán ejercitar respecto de ellos los derechos y acciones que se refieran a dicho fin, el cual surtirá efectos frente a terceros, cuando se trate de bienes inmuebles, a partir de la fecha en que sea inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio respectivo, previo otorgamiento que se haya hecho constar en escritura pública ante Notario, si por el contrario se trata de bienes muebles desde el momento en que la institución fiduciaria (banco) tiene en su poder las cosas muebles o títulos al portador. Si se trata de títulos nominativos se tomará en cuenta la fecha en que se endosan a la institución fiduciaria y cuando lo exige la ley, a partir del momento en que se hace contar la existencia del fideicomiso en los registros del emisor. Si se trata de créditos no negociables o derechos personales, desde que el fideicomiso hubiera sido notificado al deudor, lo anterior lo establece el artículo 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para el caso de fianzas garantizadas mediante... o fideicomiso sobre inmuebles, las afianzadoras podrán proceder a su elección para el cobro de las cantidades que hayan pagado por esas fianzas y sus accesorios en la vía ejecutiva mercantil, en la vía hipotecaria o haciendo vender los inmuebles de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 124 de la Ley de la Materia, el cual señala que "La institución de fianzas bajo su estricta responsabilidad, solicitará a la institución fiduciaria, que proceda a la venta de los bienes de que se trate, previo avalúo practicado por institución de crédito, o tomando como referencia el valor

convencional fijado de común acuerdo por las partes, lo que resulte mayor, dicho avalúo no deberá tener una antigüedad mayor de tres meses.

Se notificará al propietario de los bienes, el inicio del procedimiento, por carta certificada con acuse de recibo, a través de un notario o corredor público o en vía de jurisdicción voluntaria, hecho lo anterior el propietario se puede oponer a la venta de sus bienes, debiendo acudir en un plazo de cinco días hábiles, posteriores a la notificación, ante el juez de primera instancia del lugar en donde estén ubicados los bienes, o ante el juez competente del domicilio de la afianzadora, haciendo valer las excepciones que tuviere, se dará traslado a la fiduciaria y a la afianzadora del escrito de oposición por tres días, únicamente para que se suspenda la venta de los bienes, si se promueve alguna prueba, el término para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo de las mismas no podrá exceder de diez días, se citará a las partes a una junta la cual deberá celebrarse dentro de tres días para oír alegatos de las partes y dentro de los tres días siguientes el juez pronunciará una resolución, misma que podrá ser apelada, únicamente en el efecto devolutivo.

Si se declara infundada la oposición interpuesta por el propietario de los bienes, se notificará lo anterior a la afianzadora y al fiduciario para proceder a la venta de los bienes, independientemente de que el deudor sea condenado al pago de gastos y costas, y se adjudicará el bien al comprador que ofrezca mejores condiciones, debiendo constar lo anterior en escritura pública que deberá firmar el deudor y si se negare, la institución de fianzas o el fiduciario podrán solicitar al juez que lo haga.

Si no hay comprador, el fiduciario hará una convocatoria que se publicará

en el Diario Oficial de la Federación, o en alguno de los periódicos de mayor circulación de donde estén ubicados los bienes, para que dentro del plazo de diez días naturales, contados a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria, se venda el inmueble en pública subasta al mejor postor, teniendo como base el precio señalado en el avalúo practicado o el que hayan fijado de común acuerdo las partes, el que resulte mayor, debiendo aplicar un descuento del 20% y en caso de ser necesario, con el mismo procedimiento se efectuarán posteriores convocatorias aplicando el descuento mencionado sobre el precio base señalado.

Si en las convocatorias no hubiera postores, la institución de fianzas tiene la facultad de adjudicarse el inmueble de que se trate, a un precio igual del que sirvió de base en cada almoneda.

Si por el contrario se realizara la venta, el producto de la misma se entregará a la institución de fianzas y en su caso a la fiduciaria, para que se aplique la cantidad necesaria a recuperar lo pagado por la afianzadora, los accesorios del caso, los gastos y costas respectivos, y las primas que estuvieren pendientes de pago, lo anterior con base en los términos de la contratación con el fideicomitente, si existe algún remanente se pondrá a disposición del fideicomitente o en su caso se hará la consignación respectiva anexando los documentos relativos a la aplicación de las cantidades antes señaladas, en lo no previsto por la Ley de la Materia, se regirá aplicando supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles ".

4. OBLIGACION SOLIDARIA.

Es una garantía personal que establece una solidaridad pasiva, por existir

una pluralidad de deudores de una misma obligación, en la cual el acreedor (afianzadora) puede exigir a cada uno de los deudores, efectúen el pago total de la obligación, constituyendo esta garantía en provecho del acreedor, contra la insolvencia eventual de cualquiera de los codeudores.

Se llama garantía personal porque no hay afectación de bienes determinados como en el caso de la prenda, hipoteca o fideicomiso, en este tipo de garantía un tercero ajeno se obliga con el fiado en los mismos términos que aquél, y responde con todo su patrimonio del cumplimiento de su obligación solidaria al mismo tiempo que el fiado, e incluso antes que éste, ya que no goza de los beneficios de orden y de excusión.

Se pueden constituir varios obligados solidarios cuando el riesgo de la fianza lo amerite, en cuyo caso la afianzadora puede exigir el pago a cualquiera de ellos, o a todos al mismo tiempo.

La obligación solidaria se hace constar en la solicitud de fianza o en el contrato para la expedición múltiple de pólizas de fianzas que se maneja actualmente, estos documentos son básicos para integrar el expediente de la fianza ya que si no se contase con los mismos la institución de fianzas no podría hacer valer dicha obligación solidaria mediante algún juicio de recuperación.

La institución fiadora, solicita este tipo de garantías que serán suficientes para respaldar un posible incumplimiento en la obligación que se va a garantizar, por lo que en dichos casos el solicitante o el fiado en su caso, podrá presentar un obligado solidario o contrafiador, que será una persona física o moral que responderá con sus bienes ante la afianzadora.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece en su artículo 30 que " La garantía que consista en obligación solidaria o contrafianza, se aceptará cuando el obligado solidario o el contrafiador comprueben ser propietarios de bienes raíces o establecimiento, inscrito en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio respectivo.

En todo caso, el monto de la responsabilidad de la institución de fianzas no excederá del 50% del valor disponible de los bienes ".

Es claro que el porcentaje que debe tener como garantía la institución de fianzas es de dos a uno, es decir si la responsabilidad de la afianzadora no debe exceder del 50% del valor de los bienes, es claro que su contragarantía es por el doble de su obligación afianzada.

En la práctica para aceptar la firma de uno o varios obligados solidarios, las instituciones de fianzas realizan una investigación de dichas personas ya sea mediante la revisión de boletines internos en los cuales aparecen aquellas personas que han tenido problemas con las distintas afianzadoras por incumplimiento pudiendo aparecer el propio fiado o los obligados solidarios, si no están boletinados entre las afianzadoras, se procede a realizar una investigación en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, sobre los bienes inmuebles que ofrezcan como contragarantía de la obligación que se pretende afianzar, si dichos bienes están libres de todo gravamen y son propiedad de las personas que los ofrecen en garantía, se podrá otorgar la fianza respectiva previa requisición de la solicitud de contrato de fianza o la propuesta múltiple para la expedición de pólizas de fianza.

Si se expide una póliza de fianza y la misma fuera reclamada por incumplimiento del fiado, la institución de fianzas podrá promover los juicios mercantiles respectivos antes de haber pagado o después de haberlo hecho para efecto de constituir la garantía u obtener la recuperación de las cantidades que hubiere pagado con dicho motivo.

Si la afianzadora procede a embargar al fiado u obligados solidarios en la vía ordinaria mercantil con providencia precautoria, lo hará aún sin haber requerimiento judicial o extrajudicial si la obligación garantizada se ha hecho exigible o bien cuando alguno de los obligados sufra menoscabo en sus bienes, de manera que este riesgo de quedar insolvente o bien por proporcionar datos falsos los obligados solidarios respecto de su solvencia o domicilio.

También si la institución de fianzas comprueba que alguno de los obligados ha incumplido obligaciones de terceros, podrá actuar en esta vía si existe peligro de que la afianzadora corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación, dicha acción podrá ser ejercitada, tanto como acto prejudicial, como después de haber iniciado el juicio respectivo, debiendo entablar la demanda en la forma y plazos prescritos por el Código Federal de Procedimientos Civiles si se promueve como acto prejudicial.

Si por el contrario la institución de fianzas, hubiera cubierto alguna cantidad con cargo a una fianza, se promoverá juicio ejecutivo mercantil, en contra del fiado y de los obligados solidarios, para obtener la recuperación de dicha cantidad, por esta característica, el pago de uno de los codeudores (obligado solidario), hace que se extinga la deuda para todos, desapareciendo los vínculos obligatorios que unían a la afianzadora con los demás codeudores, pero quien

haya realizado el pago, podrá exigir de los otros codeudores, la parte que les corresponda de acuerdo a lo convenido y en su defecto, los codeudores están obligados entre sí por partes iguales, la Ley de la Materia en su artículo 118-bis, cuarto párrafo, señala que " Cuando los que hubieren hecho el pago a la afianzadora fueren el solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniera en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor (beneficiario) de la fianza que se hizo efectiva ".

Si la parte de alguno de los codeudores no puede obtenerse de él, la pérdida se reparte entre los demás, aún entre aquellos a quienes el acreedor (afianzadora) hubiere liberado en virtud del pago que hubiere realizado, la pluralidad de vínculos se establece entre cada deudor solidario con el acreedor, siendo distintos unos de otros, de tal modo que si la afianzadora reclama el todo de uno de los obligados solidarios y éste resultare insolvente, puede reclamar de los demás o de cualquiera de ellos por separado.

Se concluye que una garantía de recuperación más eficaz que tienen las afianzadoras, es la obligación solidaria, que al ser una garantía que se otorga en forma personal, se constituye al momento de checar la relación de personas boletinadas entre las afianzadoras y al efectuar una investigación de los bienes inmuebles en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, sin que en los mismos exista alguna anotación preventiva o gravamen, momento en el que se recibe como garantía la firma de los obligados solidarios que cubran estos requisitos, siempre que el valor de los inmuebles basten a garantizar el doble del importe garantizado en la fianza que se va a expedir.

Otro beneficio en favor de las afianzadoras, es al recibir este tipo de

garantías, consiste en que puede actuar en contra de cualquiera de los obligados solidarios o contra todos al mismo tiempo incluyendo al fiado, solicitando que se cumpla con la obligación garantizada o en su defecto proporcionen la información necesaria y tendiente a cualquier reclamación o en su caso provean de fondos a la institución de fianzas para que ésta efectúe el pago del importe reclamado, ya que de no ser así la afianzadora cubrirá el importe reclamado y tendrá derecho a la recuperación de dicha cantidad y accesorios, mediante la promoción del juicio ejecutivo mercantil, en contra del propio fiado y de sus obligados solidarios en forma indistinta, ya que los mismos no gozan de los beneficios de orden y excusión.

Recordemos que esta garantía al ser personal no se afectan bienes determinados como en la prenda e hipoteca, aquí un tercero se obliga con el fiado en los mismos términos que aquél y responde con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación garantizada, se pueden constituir varios obligados solidarios, en cuyo caso la institución de fianzas puede exigir el pago (reembolso) a cualquiera de ellos o a todos al mismo tiempo, dicha obligación solidaria se hará constar en la solicitud o contrato de fianza que se requisite y cuando son varios obligados solidarios se hará constar en la propuesta múltiple para la expedición de pólizas de fianza, dichos documentos son necesarios para integrar el expediente de fianza respectivo y para poder promover alguna instancia o juicio por parte de las afianzadoras, en contra de dichos obligados solidarios.

5.- AFECTACION MARGINAL.

Otra garantía de recuperación que las afianzadoras están obligadas a obtener según lo establece la Ley de la Materia es la afectación en garantía o

afectación marginal, dicha garantía es prácticamente una hipoteca simplificada en la formalidad de su constitución, esta es una figura exclusiva de las afianzadoras para garantizarse por las obligaciones que asumen, tiene características similares a los derechos reales, pues surte efectos frente a terceros desde la fecha en que el contrato solicitud de fianza o la propuesta múltiple para la expedición de pólizas de fianzas, se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio correspondiente.

Normalmente la afectación marginal de inmuebles se efectúa en fecha muy cercana a la expedición de la fianza, siendo esta figura más flexible y menos costosa que la hipoteca, prenda o fideicomiso, por lo que su uso es más regular que dichas contragarantías.

El artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala lo siguiente " El fiado, obligado solidario o contrafiador expresamente y por escrito, podrán afectar, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. El documento en que se haga la afectación, ratificado por el propietario del inmueble ante Juez, Notario, Corredor Público o la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, se asentará, a petición de las instituciones de fianzas en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio correspondiente.

La afectación en garantía surtirá efectos contra tercero desde el momento de su asiento en el citado Registro, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de esta Ley, debiendo indicarse así en el propio asiento registral..."

En la práctica las instituciones de fianzas para evitar un gasto adicional al fiado, obligado solidario o contrafiador, realizan este trámite ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, donde el trámite para la ratificación de firmas es gratuito, debiendo comparecer únicamente las personas que van a otorgar y afectar en garantía el inmueble o inmuebles de su propiedad, debiendo llevar consigo una identificación oficial, copia de las escrituras en donde consten los datos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, acta de matrimonio si dichas personas son casadas para acreditar el régimen bajo el cual se casaron, si están casados bajo el régimen de separación de bienes únicamente deberá comparecer el propietario del bien inmueble que se va a afectar en garantía, si por el contrario estuviera en el régimen de sociedad conyugal deberá comparecer además el cónyuge para ratificar su firma y obligarse solidariamente a afectar el bien inmueble de que se trate, debiendo llevar la solicitud de contrato de fianza o la propuesta múltiple para la expedición de pólizas de fianzas debidamente requisitada con la firma de un funcionario autorizado por la afianzadora.

Hecho lo anterior, se emitirá la póliza de fianza respectiva y la institución de fianzas presentará el documento con la ratificación de las firmas ante el Registro Público de la Propiedad correspondiente, donde previo pago de derechos se efectuará la anotación marginal, empezando a surtir efectos contra terceros.

Si hubiera cumplimiento de la obligación garantizada por parte del fiado y se debe cancelar la fianza, la Ley de la Materia establece en el mismo artículo 31 en su párrafo tercero y siguiente que " Las instituciones de fianzas estarán obligadas a extender a los fiados, solicitantes, obligados solidarios o contrafiadores que hubieren constituido garantías sobre bienes inmuebles, las constancias necesarias para la tildación de las afectaciones marginales asentadas

conforme a este artículo, una vez que las fianzas correspondientes sean debidamente canceladas, sin responsabilidad para ellas y siempre que no existan a favor de las afianzadoras, adeudos a cargo de su fiado por primas o cualquier otro concepto que se derive de la contratación de la fianza.

Las instituciones de fianzas serán responsables de los daños y perjuicios que causen a los interesados por no entregar a éstos las constancias antes mencionadas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la fecha en que reciben la solicitud de los mismos y, en su caso, desde que el fiado, obligados solidarios o contrafiadores, cubran a la afianzadora los adeudos a su cargo.

Las firmas de los funcionarios de las instituciones de fianzas que suscriban las constancias a que se refiere el párrafo anterior, deberán ratificarse ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, Notario o Corredor Público. Para tal efecto, las instituciones de fianzas deben registrar las firmas de las personas autorizadas ante la citada Comisión para la expedición de tales constancias ".

Para realizar una afectación en garantía sobre bienes inmuebles propiedad del fiado, obligado solidario o contrafiador la institución de fianzas debe tomar en cuenta, si la fianza es muy cuantiosa, que el fiado u obligado solidario reúna garantías suficientes.

También es importante resaltar que la inscripción en el Registro o asiento, como lo establece el artículo 31 de la Ley de la Materia, debe ser eso precisamente, es decir inscripción principal que se hará en la sección de hipotecas, gravámenes o sección segunda (los nombres varían en cada Estado), y

se anotará como un gravamen, al margen de la inscripción de la propiedad del inmueble, ya que anteriormente la Ley de la Materia en su artículo 28 disponía que " La afectación se anotará marginalmente en la inscripción de la propiedad", dicha anotación no producía los efectos de la inscripción de un gravamen real o sea de preferencia en el pago oponible a terceros ".

Si hubiera incumplimiento en la obligación garantizada por parte del fiado, la institución de fianzas podrá en la vía judicial requerir de éste o de los obligados solidarios, el reembolso de las cantidades que hubiere pagado, en cuyo caso ésta podrá embargar los bienes inmuebles que hubieren sido dados en garantía y sobre los cuales se hubiera inscrito una afectación marginal, aún cuando dichos bienes hubieran pasado a terceros por cualquier título, los efectos de dicho embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público correspondiente, con lo cual se respeta el lugar o preferencia que tenga la afianzadora frente a otros acreedores posteriores a dicha anotación.

Los créditos de las instituciones de fianzas se pagarán con preferencia a los de acreedores hipotecarios o embargantes, posteriores al momento en que se haya efectuado el asiento registral sobre dichos bienes, lo anterior está establecido en el artículo 100 de la Ley de la Materia.

Es conveniente recordar que las afianzadoras pueden convenir libremente con el fiado, obligado solidario o contrafiador, procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros, para resolver sus controversias y la forma de hacer efectivas las garantías de recuperación constituidas a favor de la afianzadora independiente a lo establecido en la Ley de la Materia, debiendo sujetarse las partes a lo establecido en el Libro Quinto del Código de Comercio y demás leyes

que resulten aplicables, con las modalidades siguientes:

a) Los procedimientos pueden pactarse en documentos por separado o en los propios contratos solicitud de fianza que suscriban las afianzadoras con el fiado, obligados solidarios o contrafiadores ya sea ante tribunales o mediante arbitraje, y lo podrán hacer en cualquier momento o estado del juicio ante el juez que se hubiere interpuesto la demanda o durante el procedimiento seguido ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

b) Los tribunales y la citada Comisión, se ajustarán al procedimiento convencional que hubieren pactado las partes y a petición de las mismas, darán por terminado el juicio o el procedimiento iniciado.

c) Dicho procedimiento convencional, podrá acordarse por separado con el fiado o con cualesquiera de los obligados solidarios o contrafiadores, sin que surta efecto para los que no lo hubieren celebrado.

La anotación marginal es una figura es más flexible y menos costosa que la hipoteca, tanto para los fiados, obligados solidarios o contrafiadores, quienes deben acudir a ratificar sus firmas, llevando la documentación indispensable para cumplir con dicho trámite ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, donde el trámite es gratuito, por lo que para constituir dicha garantía únicamente se tendrá que pagar los derechos en el Registro Público de la Propiedad respectivo, para efecto de que se realice dicho asiento al margen de la inscripción de propiedad, y no como en la hipoteca donde forzosamente para su constitución debe hacerse ante Notario Público.

Las afianzadoras al constituir esta garantía en su favor, cuentan con una garantía real, la que se constituye sobre un bien inmueble propiedad del fiado, obligado solidario o contrafiador, teniendo derecho de preferencia oponible a terceros a partir de que se inscriba dicha afectación marginal, pudiendo embargar dichos bienes que hubieren sido registrados, aún cuando hubieren pasado a tercero por cualquier título, los créditos de las instituciones de fianzas se pagarán con preferencia a los de acreedores hipotecarios o embargantes.

Como conclusión se debe señalar que para proceder a la tildación de una afectación marginal, ya sea por cumplimiento del fiado de la obligación garantizada y por consecuencia la cancelación de la fianza o bien al promover algún juicio o procedimiento el fiado, obligado solidario o contrafiador, no tengan ningún adeudo por primas pendientes o cualquier otro concepto que se derive por el pago efectuado por la afianzadora, debiendo expedir la afianzadora la constancia respectiva en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha en que se reciban la solicitud del fiado, obligado solidario o contrafiador o a partir de que cubran a la afianzadora los adeudos a su cargo.

El Registro Público de la Propiedad y de Comercio solo procederá a la tildación de las afectaciones marginales, cuando la solicitud se presente acompañada de la constancia expedida por la afianzadora, debiendo ir firmada la misma por un funcionario de la afianzadora y este ratificada ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, Notario o Corredor Público.

Como una observación, mencionaremos que el valor de los inmuebles, debe ser conforme al artículo 28 de la Ley de la Materia del 80% del importe de las fianzas.

B) LA RECUPERACION POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS.

Al haber incumplimiento por parte de los fiados en la obligación garantizada, empezarán por parte de los beneficiarios los procedimientos para hacer efectivas dichas pólizas de fianza, ante las afianzadoras; y por parte de las afianzadoras empezarán los procedimientos ante los tribunales competentes para constituir y hacer efectivas las garantías de recuperación con que cuentan sean del fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, como lo veremos a continuación.

1.- MERCANTILIDAD DE LA LEY.

Uno de los puntos fundamentales para definir la mercantilidad de la fianza de empresa, se encuentra establecida en la Ley Federal de Instituciones de fianzas en su artículo 2o. que señala que " Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas se otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadores u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria".

La misma Ley prohíbe que toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas por el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, otorguen habitualmente fianzas a título oneroso.

La solicitud de autorización para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusiva el reafianzamiento, deberá ser acompañada del

proyecto de escritura constitutiva, un plan de actividades que, como mínimo contemple el capital social inicial, ámbito geográfico y programas de operación técnica, colocación de fianzas y organización administrativa; así como del comprobante de haber constituido en Nacional Financiera, S. N.C., un depósito en moneda nacional o valores de Estado, por su valor de mercado, la autorización respectiva quedará sujeta la condición de que la afianzadora quede organizada y de comienzo a sus operaciones dentro del plazo de tres meses a partir de la aprobación de la escritura constitutiva y haya registrado ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas los documentos relacionados con la oferta, solicitud y contratación de fianzas o la derivada de éstas, así como los modelos de contratos que se utilicen para ceder responsabilidades en reafianzamiento sin que haya correcciones o modificaciones a los citados documentos, el depósito constituido será devuelto a la institución de fianzas al comenzar sus operaciones o se aplicará al fisco federal si no se cumple con lo antes señalado.

Si por el contrario se denegara la solicitud, la autoridad podrá retener al solicitante, hasta el 10% del depósito y lo aplicará al fisco federal en razón de las erogaciones que con el trámite se hubieren hecho.

Otra característica relativa a la mercantilidad de la Ley la encontramos en el artículo 15 de la Ley de la Materia que establece lo siguiente " Las instituciones de fianzas deberán ser constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles en cuanto no esté previsto en esta ley"

La Ley será aplicable a las instituciones de fianzas, cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso y a instituciones que sean autorizadas para

practicar operaciones de reafianzamiento.

La escritura constitutiva y cualquier modificación a la misma, deberán someterse a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dictada la aprobación podrán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, sin que haya mandamiento judicial, si se hiciere una inscripción que contravenga lo anterior dicha inscripción no surtirá efecto legal.

Se deduce la mercantilidad de la Ley, y para redundar lo anterior la Ley de la Materia señala en su artículo 117 que " En lo no previsto por esta Ley regirá la Legislación Mercantil y el título décimo tercero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal ".

Además como veremos a continuación, los juicios mercantiles que promueva una afianzadora para efecto de constituir las garantías que tengan o para hacerlas efectivas, por las reclamaciones que reciban o por los pagos que de las mismas realicen, están regulados en la Ley de la Materia y en la Legislación Mercantil.

En cuanto a las garantías de recuperación que tengan las instituciones de fianzas otorgadas por el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, las afianzadoras, podrán constituir las o hacerlas efectivas por medio de procedimientos o juicios mercantiles que promuevan en contra de dichas personas según lo establece la Ley de la Materia.

2.- LA PROVIDENCIA PRECAUTORIA.

Uno de los juicios que pueden entablar las instituciones de fianzas en contra del fiado, obligado solidario o contrafiador, es el juicio ordinario mercantil con providencia precautoria, para efecto de constituir las garantías que hubieren otorgado dichas personas, dicha acción la tendrán las afianzadoras, antes de haber pagado ellas cualquier reclamación que se les hubiere presentado en la vía judicial o extrajudicial, cuando la obligación garantizada se hubiera hecho exigible aún cuando no haya el requerimiento antes señalado, si cualquiera de los obligados solidarios, fiado o contrafiador sufren menoscabo en sus bienes y estén en riesgo de quedar insolventes, cuando hayan proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o sus domicilios, cuando la afianzadora compruebe que alguno de los obligados haya incumplido obligaciones de terceros de modo que se corra el riesgo de las garantías de recuperación y en los demás casos previstos en la legislación mercantil, lo anterior lo establece el artículo 97 de la Ley de la Materia.

Las instituciones de fianzas según lo establece el artículo 98 de la Ley de la Materia " Tendrán acción contra el fiado, solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, para obtener el secuestro precautorio de bienes antes de haber ellas pagado acreditando cualquiera de los extremos a que se refiere el artículo anterior.

La acción a que se refiere este artículo podrá ser ejercitada por las afianzadoras, tanto como acto prejudicial, como después de haber iniciado el juicio respectivo. En el primero de los casos señalados, las instituciones deberán entablar la demanda en la forma y plazos prescritos por el Código Federal de

Procedimientos Civiles ".

El citado Código establece en su título cuarto, artículo 389 que " Dentro del juicio, o antes de iniciarse éste pueden decretarse, a solicitud de parte, las siguientes medidas precautorias:

- I.- Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio, y
- II.- Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito ".

La medida señalada en la fracción I se concederá, a solicitud del interesado, quien deberá fijar el importe de la demanda, si aún no se instaura el juicio, la resolución que conceda la medida fijará el importe de la cantidad que deba asegurarse.

El artículo 391 del citado ordenamiento establece que " La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella ocasionen y la parte contra la que se dicte, podrá obtener el levantamiento de la medida o que no se efectúe, otorgando contragarantía suficiente para responder de los resultados del juicio ".

En este caso las afianzadoras al ser consideradas de acreditada solvencia no están obligadas, a constituir depósitos o fianzas legales, excepto por responsabilidades que puedan derivarles de juicios laborales, de amparo o por créditos fiscales, siempre que no sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra.

Toda medida precautoria se decretará sin audiencia de la contraparte, y se ejecutará sin notificación previa, si se dicta resolución que niegue la medida, será apelable la misma en ambos efectos y la que la conceda, sólo lo será en el efecto devolutivo.

Si la medida se decretó antes de iniciarse el juicio, quedará insubsistente si no se interpone la demanda dentro de los cinco días de practicada y se regresarán las cosas al estado que guardaban antes la medida precautoria.

No obstante lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en la práctica las instituciones de fianzas, promueven normalmente en forma conjunta el juicio ordinario mercantil con providencia precautoria ante el juez o tribunal correspondiente, siendo admitidas las demandas presentadas, en un solo acto, sin que se tramite el mismo por cuerda separada como sería lo correcto a la demanda se debe acompañar copia certificada del poder para acreditar la personalidad de quien promueve en nombre de la afianzadora, copia simple de la póliza de fianza, copia del contrato solicitud de fianza o de la propuesta múltiple para la expedición de pólizas de fianza, los documentos o constancias que acrediten el probable incumplimiento de la obligación garantizada, debiendo señalar el importe por el cual se promueve la providencia precautoria, asentar los nombres de los demandados y solicitar el embargo precautorio y el exhorto en caso de que alguno de los demandados radique fuera del lugar donde se promueva el juicio.

Admitida la demanda, se procederá a las diligencias respectivas, sean en el lugar donde se promueva o diligenciando el exhorto respectivo en aquellos casos que los demandados radiquen fuera de la localidad, corriéndoles traslado a los

demandados, con la copia de la demanda y documentos anexos para que produzcan su contestación dentro del término de nueve días, más aquellos que correspondan en razón de la distancia en caso de exhortos, y en su caso propongan la reconvencción en los casos que proceda, de la reconvencción se dará traslado a la parte contraria para que produzca su contestación dentro del término de nueve días (en la práctica normalmente los demandados no reconviene, pero en aquellos casos en que sucede esto el juicio principal y la reconvencción se substanciarán al mismo tiempo y se resolverán en la misma sentencia), una vez contestada la demanda, se abrirá el juicio a prueba, donde no existe uniformidad de criterios en los tribunales, ya que difieren en el término, algunos fijan quince días y otros de acuerdo al Código de Comercio en su artículo 1383, fijan el término de 40 días, lo anterior retarda el procedimiento es conveniente recordar que lo que se busca es trabar e inscribir un embargo precautorio, antes de que las afianzadoras paguen cualquier cantidad por alguna reclamación que les presenten o se les pueda presentar y con el término fijado para el ofrecimiento de pruebas, en ocasiones se agota el plazo para las afianzadoras debiendo resolver o emitir su dictamen y pagar la reclamación en su caso.

Las afianzadoras una vez que el juez o tribunal correspondiente, gire el oficio respectivo al Director del Registro Público de la Propiedad y de Comercio, anexándole copia certificada por duplicado del acta de embargo, deberán presentar el oficio y previo pago de derechos que haga la afianzadora, se inscribirá el embargo precautorio sobre los inmuebles embargados, (caso en el que se devolverá el exhorto al juez que giró el mismo) continuando el procedimiento en el estado que guarde el mismo.

Concluido el término probatorio, sin ningún otro trámite se mandará a

hacer la publicación de probanzas, sin que haya impedimento para lo anterior por encontrarse pendiente alguna diligencia, se podrán admitir las pruebas documentales supervinientes que ofrezca cualquiera de las partes fuera de dicho término, dándose conocimiento a la otra parte para que en un término de cinco días como máximo, para que pueda alegar lo que le convenga.

Hecha la publicación de probanzas se entregarán los autos originales primero al actor y después a los demandados por diez días a cada uno, para que formulen alegatos y transcurrido dicho término se citará a las partes para sentencia, la cual se deberá pronunciar dentro de los quince días siguientes.

Contra dicha sentencia solo procederá el recurso de apelación en el efecto devolutivo, si la sentencia primera instancia levanta la providencia o embargo precautorio, no se ejecutará la misma, sino existe previa fianza que otorgue la parte demandada.

Si derivado del recurso de apelación se confirma o se decreta que procedió la providencia precautoria dicha sentencia causará ejecutoria y no admitirá recurso alguno.

Se concluye que el embargo precautorio que se trabe e inscriba por parte de las afianzadoras, es una medida precautoria la cual se promoverá en aquellos casos que la Ley de la Materia establece para efecto de que las afianzadoras constituyan la garantía (embargo precautorio) sobre aquellos bienes que otorguen o hayan otorgado las citadas personas.

3.- EMBARGO SOBRE BIENES AFECTADOS EN GARANTIA.

Como ya analizamos las instituciones de fianzas, pueden afectar en garantía del cumplimiento de obligaciones del fiado, bienes inmuebles propiedad del mismo fiado, obligado solidario o contrafiador, siempre que éstos en forma expresa y por escrito así lo establezcan, debiendo ratificar el propietario del inmueble el documento donde se haga constar la afectación ante Notario, Corredor Público o ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, dicha afectación se asentará, a petición de las afianzadoras en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, surtiendo efectos contra terceros desde el momento en que se asiente en el Registro citado.

El artículo 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que " Las instituciones de fianzas podrán embargar bienes que hubieren sido registrados como lo establece el artículo 31 de esta Ley (afectación marginal), aún cuando dichos bienes hubieren pasado a terceros por cualquier título, los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público correspondiente.

Los créditos de las instituciones de fianzas se pagarán con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargantes, posteriores al momento de que se haya hecho el asiento registral ".

Dicho artículo es claro sobre la facultad que tienen las afianzadoras para embargar bienes inmuebles, sobre los cuales previamente se haya inscrito una afectación marginal, pudiendo trabar el embargo en la vía ordinaria o ejecutiva mercantil, retrotrayéndose los efectos del embargo definitivo a la fecha en que se

inscribió en el Registro Público correspondiente la afectación marginal, si por alguna causa el fiado, obligado solidario o contrafiador, que hubieran afectado a favor de la afianzadora algún inmueble de su propiedad, lo gravan, enajenan, transfieren o hipotecan el mismo a un tercero, sin el conocimiento, ni el consentimiento de la institución de fianzas, antes de que cumpla el fiado con la obligación garantizada en la póliza de fianza, con la finalidad de evadir su responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta de que no se cumplirá con la obligación principal y por consecuencia, habrá un requerimiento extrajudicial o judicial por parte del beneficiario (acreedor) hacia la afianzadora.

Con dicha disposición se protegen los intereses de las afianzadoras, ya que éstas conservan sus derechos de preferencia sobre aquellos inmuebles afectados, aún cuando los mismos pasen a terceros por cualquier título, evitando la posible comisión de un delito penal (fraude) en contra de las afianzadoras, por parte del fiado, obligado solidario o contrafiador.

Presentada la demanda respectiva, una vez realizado y trabado el embargo respectivo en la vía ordinario o ejecutiva mercantil, la afianzadora solicitará al juez o tribunal respectivo que gire oficio al C. Director del Registro Público de la Propiedad y de Comercio, para que se inscriba el embargo respectivo, acompañándole copia certificada por duplicado del acta de embargo donde debe constar que existe una afectación marginal, sobre el bien inmueble sobre el cual se traba el embargo, con el objeto de que se retrotraigan los efectos de dicho embargo a la fecha en que se inscribió dicha anotación marginal, de no asentarlos así en el acta de embargo respectiva deberá acreditar posteriormente ante el tribunal o juez respectivo, que existe inscripción (afectación) con documentación en la cual conste lo anterior, porque correría el riesgo de que una vez cubiertos

los derechos ante el Registro Público correspondiente la inscripción del embargo precautorio o ejecutivo se efectúe en la fecha en que se reciba el citado oficio.

En la práctica existe el problema que aún cuando exista una inscripción previa (anotación marginal) con cargo a una fianza, el personal del Registro Público respectivo, inscribe el embargo precautorio o ejecutivo, en la fecha en que se presentan por parte de las afianzadoras, los oficios girados por los jueces o tribunales correspondientes, lo anterior es en perjuicio de las afianzadoras y en contra de la propia Ley de la Materia, debiendo acudir los representantes legales de las afianzadoras ante el propio Director del Registro Público de la Propiedad de la localidad que corresponda, para hacer la aclaración respectiva con fundamento en lo establecido en la citada Ley, muchas veces por desconocimiento en dichos organismos señalan que dicha inscripción (anotación marginal), no es una inscripción de un derecho real, sino una anotación previa lo cual es un error, ya que la propia Ley establece que dicha figura surte efectos contra terceros desde la fecha en que el contrato solicitud de fianza, donde se establece la garantía se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y al momento de trabar embargo mediante el juicio respectivo sea ordinario mercantil con providencia precautoria o ejecutivo mercantil, dicho embargo tendrá efectos retroactivos a la fecha del asiento de dicha garantía.

Al ser la anotación marginal una figura exclusiva de las afianzadoras para garantizarse por obligaciones que asumen y por tener características similares a los derechos reales, surtiendo efectos contra terceros desde el momento de su inscripción, las afianzadoras al embargar los bienes inmuebles dados en garantía conservan sus derechos de preferencia frente a otros acreedores posteriores a dicha anotación y los embargos de las mismas deben inscribirse en forma

retroactiva a la fecha en que se hizo la inscripción del contrato afectando esos bienes, para guardar sus derechos de preferencia en los créditos que se reclamen por las instituciones de fianzas.

4. LA SOBRECARGA POR EL PAGO.

Anteriormente al ser demandada una afianzadora por un beneficiario o bien al impugnar la propia afianzadora un requerimiento de pago con el fin de ganar tiempo y retardar el pago de una reclamación procedente, al momento de dictarse la resolución definitiva en el juicio promovido, únicamente era condenada al pago de la suerte principal, reclamada por el beneficiario, debiendo éste promover en su caso, el incidente de liquidación de intereses y gastos respectivo, en el que no siempre obtenían las prestaciones reclamadas, perdiendo demasiado tiempo en su perjuicio.

Con las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, del mes de diciembre de 1989, se establece como una medida de protección hacia los beneficiarios de las fianzas, el pago por parte de las instituciones de fianzas de un interés moratorio, lo anterior con el fin de que se les resarza a los beneficiarios de los daños ocasionados a consecuencia del tiempo que requiera la resolución de los juicios que promuevan en contra de las afianzadoras, por reclamaciones de fianzas en las que no hubo cumplimiento en la obligación garantizada.

La Ley de la Materia establece los diversos procedimientos y juicios para hacer efectiva una póliza de fianza, ya sea mediante un procedimiento arbitral ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; por juicio contra una institución de fianzas o mediante requerimientos de pago por fianzas otorgadas a favor de la

Federación del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, las cuales a través de la autoridad ejecutora iniciará el procedimiento de ejecución respectivo, tratándose de fianzas que garanticen obligaciones diversas a aquellas que se refieran a créditos fiscales, caso en el que se aplicará lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

El artículo 95-bis de dicha Ley señala en su primer párrafo que " En los procedimientos y juicios promovidos en contra de las instituciones de fianzas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93-bis, 94 y 95 de esta ley y se dicte resolución en contra de las afianzadoras, éstas estarán obligadas, sin que medie mandamiento judicial alguno e independientemente del monto reclamado, a cubrir al beneficiario de la fianza un interés que se calculará aplicando la tasa anual equivalente al resultado de multiplicar por 1.15 la estimación del costo porcentual promedio de captación de las instituciones de crédito del país, que el Banco de México publica periódicamente en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al mes inmediato anterior a aquel en que los propios intereses se devenguen ".

Aquí se establece la obligación de las afianzadoras de cubrir al beneficiario, sin que haya mandamiento judicial de por medio, un interés independiente al monto reclamado, cuando las instituciones de fianzas obtengan una resolución en su contra en el procedimiento o juicio entablado por el beneficiario con motivo de una reclamación por incumplimiento de la obligación garantizada en la póliza de fianza, señalando las bases para el cálculo de dichos intereses.

El segundo párrafo del citado artículo señala que " Dichos intereses se

calcularán sobre la cantidad reclamada a partir de que se venzan los plazos señalados en el último párrafo, fracción I, del artículo 93 o en la fracción III del artículo 95, según corresponda y hasta la fecha en que efectivamente se haga el pago al beneficiario".

Los plazos a los que se refiere este párrafo son en el primer caso, cuando se ha presentado e integrado la reclamación a la institución de fianzas, teniendo ésta un plazo hasta de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que se integró la reclamación para proceder al pago, sino lo hiciera y el beneficiario promoviera algún procedimiento o juicio, en el cual se resolviera que la afianzadora debe pagar la cantidad reclamada como suerte principal, tendrá que cubrir además al beneficiario los intereses generados desde que se venció el plazo de los 30 días naturales contados desde que se integró la reclamación y hasta la fecha en que se realice el pago al beneficiario; el plazo a que se refiere dicho párrafo en segunda instancia es el referente al apercibimiento que se le hace a la institución de fianzas en el mismo requerimiento de pago que se realizan por parte de la autoridad ejecutora que representa a la Federación, al Distrito Federal, a los Estados y los Municipios, para que dentro del plazo de 30 días naturales, contados a partir de que el citado requerimiento se realice a la afianzadora, si ésta no realiza el pago en dicho plazo e impugna el requerimiento de pago con el objeto de ganar tiempo y retardar el pago de la reclamación a que está obligado, una vez impugnado dicho requerimiento ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda y si se declara que no procede la nulidad del requerimiento impugnado la afianzadora, sin que haya algún mandamiento judicial está obligada a cubrir los intereses generados desde que se cumplieron los 30 días naturales posteriores a la fecha en que se realizó el requerimiento de pago y hasta la fecha en que se realice en forma efectiva el pago

al beneficiario.

El tercer párrafo del artículo señalado establece que " El pago de la cantidad reclamada con sus intereses deberá efectuarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución dictada en contra de las instituciones de fianzas ".

El párrafo siguiente de dicho artículo señala que " Si la institución de fianzas no efectúa el pago de los intereses, dentro de los 15 días hábiles siguientes, a que venza el plazo señalado en el párrafo anterior, cubrirá, además una multa equivalente a la suma que deba pagar al beneficiario. En caso contrario se estará a lo señalado en la fracción XI del artículo 105 de esta Ley ".

Los párrafos antes transcritos se refieren a los plazos que tienen las afianzadoras, para realizar el pago de intereses a que está obligada sin que exista mandamiento judicial, una vez que se le notifica la resolución dictada en su contra en el juicio o procedimiento que se siga, así como las sanciones a que se hacen acreedoras las afianzadoras sino cubren dichos intereses en el plazo citado las cuales van desde una multa equivalente a la cantidad que debe pagar al beneficiario, lo cual traería como consecuencia que las afianzadoras estarían obligadas a cubrir el doble de lo garantizado en su póliza de fianza, además de los intereses que deberá cubrir al propio beneficiario.

Otra sanción que establece la Ley de la Materia, es la relativa a aquella a la que se hace acreedora la institución de fianzas y que consiste en la revocación de la autorización para operar como institución de fianzas por parte de la Secretaría

de Hacienda y Crédito Público, en aquellos casos en que las afianzadoras no cubran dentro de los 60 días naturales siguientes a la notificación de la resolución en su contra, tanto la cantidad a favor del beneficiario, como los intereses a que está obligada a cubrir y la multa equivalente a la cantidad que deba pagar al beneficiario, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 95-bis de la Ley de la Materia, o la revocación de la autorización se hará si en forma reiterada la afianzadora realiza actos que impliquen una resistencia indebida para cumplir las obligaciones derivadas de sus fianzas.

Con dichas disposiciones es claro que el legislador buscó proteger los intereses de los beneficiarios, y de esta forma las afianzadoras agilizaran sus resoluciones en aquellas reclamaciones o requerimientos de pago que reciban por incumplimiento de la obligación garantizada a cargo del fiado y de esta forma no evadan las afianzadoras su responsabilidad al dictaminar improcedentes dichas reclamaciones o requerimientos, y los beneficiarios demanden a las afianzadoras o que las propias afianzadoras impugnen los requerimientos, con el fin de no pagar dentro de los plazos establecidos en la Ley de la Materia, lo que ocurría anteriormente; en la actualidad no es conveniente para las afianzadoras retardar los dictámenes o pagos de reclamaciones, ya que de ser así les serán aplicables los intereses y las sanciones antes descritas.

El último párrafo del artículo 95-bis de la Ley de la Materia, establece que " Cuando sea procedente, las instituciones de fianzas promoverán ante los fiados y demás obligados, el reembolso de los intereses que hubiesen cubierto conforme al presente artículo ".

Sobre este punto las afianzadoras tendrán derecho para reclamar a los

fiados y demás obligados en forma judicial, cuando aquellos no obstante haber sido notificados por la institución de fianzas, de que existe una reclamación o requerimiento de pago por incumplimiento en la obligación garantizada, no aporten la documentación o información necesaria para desvirtuar dicha reclamación o bien si no proveen de los fondos necesarios a la afianzadora para que ésta cubra las cantidades reclamadas por los beneficiarios, dentro de los plazos ya señalados.

En este caso el fiado o los obligados solidarios no podrán oponer a la afianzadora las excepciones que tuvieran frente al acreedor (beneficiario), incluyendo la del pago de lo indebido, pero conservarán sus derechos, acciones y excepciones frente al beneficiario para demandar la improcedencia del pago realizado por la afianzadora y de los daños y perjuicios que con este motivo se le hubieren causado.

Independientemente de lo anterior, las afianzadoras al ser requeridas o demandadas por el acreedor (beneficiario), podrán denunciar el pleito al deudor principal (fiado), para que éste rinda las pruebas que considere convenientes y en caso de que no comparezca en el juicio para el objeto citado, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas, lo anterior también es aplicable en los procedimientos convencionales, conciliatorios y juicios arbitrales, que ya analizamos, lo cual se hará constar y se hará saber al fiado, obligado solidario o contrafiador, en el contrato solicitud de fianza o en la propuesta múltiple en la expedición de pólizas de fianza, que celebren con la afianzadora.

5.- LA VIA EJECUTIVA MERCANTIL.

Otro de los procedimientos que tienen las afianzadoras para obtener la recuperación de las cantidades que tuviera que pagar por el fiado, obligados solidarios o contrafiadores, es el juicio ejecutivo mercantil, para tal efecto opera la subrogación tal y como lo establece el artículo 122 de la Ley de la Materia el cual señala que " El pago hecho por una institución de fianzas en virtud de una póliza, la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que a favor del acreedor se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada.

La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza, es impedido o le resulte imposible la subrogación ".

El Maestro Arturo Díaz Bravo, señala al respecto del artículo antes citado que " Es importante acotar el alcance de tal precepto, que literalmente entendido, consigna una inexactitud y, además, es incompleto: no es cierto que la fiadora su subroga en todos los derechos,...etc., que asistan al acreedor; la verdad que la subrogación solo opera hasta por una cantidad igual a la pagada, y que, por el faltante para cubrir el importe de la deuda, el acreedor conserva sus derechos,...etc. en contra del obligado principal " ⁸¹.

No estamos de acuerdo con dicho comentario, ya que al señalar que es inexacto el alcance que esta norma pueda tener si se interpreta literalmente, ya

⁸¹ Cfr. Díaz Bravo Arturo, op. cit. pág. 214.

que si bien es cierto que los derechos y privilegios subrogados en favor de la afianzadora derivan de la obligación principal garantizada, también lo es que el propio precepto es limitativo al señalar que el pago efectuado por una afianzadora deviene de la póliza otorgada, es decir que el alcance de la subrogación estará determinado por el monto de la fianza y, en su caso, por la cantidad que erogue la institución de fianzas.

Los derechos y las acciones que obtiene la afianzadora por el pago realizado, convergerán en ocasiones con las contragarantías que previamente haya obtenido, de tal modo que, independientemente de la acción subrogatoria, también cuentan con acciones derivadas de la prenda, hipoteca, fideicomiso, solidaridad o contrafianza que se hubiere obtenido en forma de contragarantía.

La citada convergencia de acciones se presenta cuando la afianzadora decide ejercitar la acción del beneficiario en contra del deudor principal y tal acción coincide con alguna de las que la Ley de la Materia concede a la fiadora en contra del deudor principal ⁸².

" En este orden de ideas, la afianzadora tendrá a su disposición los siguientes procedimientos:

- a) La vía ejecutiva mercantil, de conformidad con los artículos 96 y 124 fracción I de la Ley de la Materia.
- b) La vía hipotecaria, cuando los bienes gravados sean inmuebles, artículo 124, fracción II, de dicha Ley.

⁸² Cfr. Díaz Bravo Arturo, op. cit. pág. 214.

c) La venta de los inmuebles otorgados en garantía, conforme a lo dispuesto en la fracción III del citado artículo " ⁸³.

Las afianzadoras para efecto de que les reembolsen las cantidades que hubiesen pagado por reclamaciones, ya sea en forma extrajudicial o judicial, podrán proceder en la vía ejecutiva mercantil en contra del fiado, obligados solidarios o contrafiadores, acompañando a su escrito inicial de demanda, el documento donde se consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, una copia simple de la póliza de fianza, la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la afianzadora de que se trate, de que ésta pagó al beneficiario, dichos documentos llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente así como para el cobro de primas vencidas no pagadas y accesorios.

La certificación señalada anteriormente, hará fe en los juicios respectivos, salvo prueba en contrario, lo anterior lo establece el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Además de dichos documentos se debe anexar el testimonio de poder notarial donde conste la personalidad (apoderado), de quién promueve en nombre y representación de la afianzadora, se debe acompañar dicho documento en copia certificada.

El procedimiento se sujetará a lo establecido en el Código de Comercio, que establece los pasos y términos a que deberá ajustarse dicho procedimiento y

⁸³ Idem, op. cit., pág. 214-215.

que entre otros son los siguientes:

a) Presentada la demanda por el actor, acompañada del título ejecutivo, el juez o tribunal dictará auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor o deudores sean requeridos de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas, (las afianzadoras normalmente embargan los bienes inmuebles que le dieron en garantía y en caso de estar gravados los mismos, señalan otros bienes poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, o en depósito de persona nombrada por éste) y girará el exhorto respectivo en los casos que proceda, por radicar alguno de los deudores fuera de su jurisdicción.

b) Si no se encontrara al deudor o deudores en la primera búsqueda se le dejará citatorio, fijando día y hora para que aguarde, si no lo espera, se procede a realizar el embargo con cualquier persona mayor de edad que se encuentre en la casa o con el vecino más cercano, no podrá suspenderse la diligencia de embargo, y se dejarán a salvo los derechos del deudor o deudores para que reclamen sus derechos durante el juicio o fuera de él.

c) Realizado el embargo, se correrá traslado al deudor o deudores o a la persona con quien se practique la diligencia apercibiéndolo para que dentro del término de cinco días (o el que corresponda en razón de la distancia cuando se trate de exhortos), para efecto de que el deudor o deudores comparezcan ante el juzgado donde se presentó la demanda, a realizar el pago de la cantidad demandada y las costas o en su caso contesten la demanda entablada en su contra

oponiendo las defensas y excepciones que tuviera en contra de la afianzadora⁸⁴.

d) Cumplido el término antes señalado para contestar la demanda, la institución de fianzas podrá solicitar al juez ante quien promovió la demanda o ante el cual se diligenció el exhorto, que gire el oficio respectivo al C. Director del Registro Público de la Propiedad y de Comercio correspondiente, acompañándole copia certificada por duplicado del acta de embargo, para efecto de inscribir el embargo trabado sobre los bienes inmuebles propiedad de los demandados donde deben constar los datos de registro o bien proporcionarlos en su oportunidad, presentado el oficio y previo pago de derechos se inscribirá el embargo, retrotrayéndose los efectos del mismo en aquellos casos en los que se hubiera hecho una inscripción marginal o se hubiera embargado en forma precautoria.

e) En cuanto al procedimiento si los demandados (deudores) no verifican el pago dentro del plazo de cinco días (o aquél que le corresponda en razón de la distancia en los casos de exhortos), ni contestan la demanda oponiendo las defensas y excepciones que tuviera contra la ejecución, a petición del actor (afianzadora) y previa cita que se haga a las partes se dictará sentencia de remate, mandando proceder a la venta de los bienes embargados y que con su producto se haga el pago al acreedor.

f) En el caso contrario es decir si el deudor o deudores se oponen a la ejecución, expresando las defensas y excepciones que tenga, se abrirá el juicio a prueba, concediendo a las partes un término que no excederá de quince días,

⁸⁴ Cfr. Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo sexto, volumen II, Contratos, 4a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1981, pág. 324.

concluido el citado término y sentada razón de lo anterior, se ordenará la publicación de probanzas y pasarán los autos por cinco días a cada una de las partes primero al actor y luego a los demandados, para que aleguen lo que a su derecho convenga.

g) Presentados los alegatos o transcurrido el término para hacerlo, se citará a las partes para oír sentencia dentro del término de ocho días, si la sentencia declara que ha procedido la vía ejecutiva mercantil se ordenará se haga el trance y remate de los bienes embargados y con su producto se haga el pago al acreedor (afianzadora) de las prestaciones reclamadas, en cuyo caso para proceder a la venta de los bienes secuestrados, debe haber previo avalúo hecho por dos corredores o peritos y un tercero en caso de discordia, nombrados aquellos por las partes en litigio o el último por el propio juez.

h) Presentado el avalúo y notificadas las partes para que concurran al juzgado a imponerse de aquél, se anunciará en forma legal la venta de los bienes tomando como valor las dos terceras partes, del valor que se haya fijado en el avalúo publicándose por tres veces, en los estrados del juzgado, en la tesorería respectiva, en el boletín judicial y en uno de los diarios de mayor publicación en el lugar en donde se encuentren los bienes, dicha publicación se hará tres veces, dentro de tres días, si se tratará de bienes muebles, y dentro de nueve días si fueran bienes raíces, rematándose en seguida en pública almoneda y al mejor postor conforme derecho, sino se presenta postor, el acreedor (afianzadora) podrá pedir la adjudicación de los bienes por el precio que para subastarlos se les haya fijado en la última almoneda.

La Ley de la Materia establece en su artículo 124, fracción III, inciso f),

que " Contra la resolución que dicte el juez procederá el recurso de apelación solo en el efecto devolutivo ".

Si se declara infundado el recurso se notificará a la institución fiadora para proceder a la venta de los bienes, independientemente de que el deudor o los deudores sean condenados al pago de gastos y costas, realizada la venta, el producto de la misma será entregado a la afianzadora (actor), para que se aplique la cantidad necesaria a recuperar lo pagado por la afianzadora, los accesorios del caso, los gastos y costas respectivos, las primas pendientes de pago y los intereses que en su caso hubiere cubierto la afianzadora, todo ello con base en los términos de la contratación con los deudores, si existe algún remanente, se pondrá a disposición de los deudores y en su caso se hará la consignación respectiva, acompañando los documentos relativos a las aplicaciones de las cantidades antes citadas, según lo establecido en la Ley de la Materia en el artículo antes señalado.

Se deduce que con la promoción de dicho juicio ejecutivo mercantil, las afianzadoras al obtener sentencia que decrete la procedencia de dicha vía, recuperan las cantidades que hubieren erogado con motivo de una reclamación recibida y cubierta al beneficiario, sea en forma extrajudicial o judicial, según lo hemos analizado en este capítulo, ya sea porque la misma procedió y se cubrió en forma oportuna o bien porque las demandaron o ellas mismas impugnaron la reclamación y siendo condenadas a pagar las cantidades reclamadas por el beneficiario, así como a cubrir los intereses establecidos por la Ley de la Materia, lo cual es obligatorio para las afianzadoras sin que haya mandamiento judicial, bajo pena de ser multadas y que se les revoque la autorización para operar y funcionar como institución de fianzas.

6. RETROTRACCION DEL EMBARGO PRECAUTORIO.

Las instituciones de fianzas una vez que embarguen bienes en forma precautoria, para constituir garantías por las cantidades que tengan que pagar, con motivo del incumplimiento de la obligación garantizada, exista o no un requerimiento extrajudicial o judicial, también en los casos en que cualquiera de los obligados sufra un menoscabo en sus bienes y exista el temor de que quede insolvente, si dichos obligados hubieran proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o a su domicilio, o cuando se compruebe que dichos obligados han incumplido obligaciones de terceros de manera que la afianzadora, corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación y en los demás casos previstos en la legislación mercantil.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 99 establece que " Al practicarse el embargo en el juicio ejecutivo mercantil de recuperación, iniciado por una institución de fianzas sobre los mismos bienes embargados precautoriamente, la institución conservará respecto a los demás acreedores el mismo lugar que tenía el embargo precautorio, retrotrayéndose los efectos del embargo definitivo a la fecha del embargo precautorio ".

Lo anterior, no deja lugar a dudas sobre los derechos de preferencia que tienen las afianzadoras sobre los demás acreedores hipotecarios o embargantes posteriores al momento en que se haya inscrito el embargo precautorio, ya que una vez girado el oficio por el juez ante quien se promovió la demanda ejecutiva mercantil y el mismo se presente ante el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, para que previo pago de derechos que haga la afianzadora ordene la inscripción del embargo ejecutivo, con la fecha en que se inscribió el embargo

precautorio, en la práctica el Registrador de dicho organismo, solicita a las afianzadoras le acrediten que la inscripción del embargo precautorio se hizo con cargo a la misma póliza de fianza, sobre la que la afianzadora promovió en la vía ordinaria mercantil acompañándole las constancias o copias de las demandas selladas por el Tribunal Superior de Justicia, en las que conste el número o números de pólizas de fianzas sobre las cuales se promovió en ambas instancias y la constancia de la inscripción del embargo precautorio, hecho lo anterior se proceden a la inscripción del embargo ejecutivo mercantil sobre el mismo inmueble, retrotrayéndose los efectos del embargo en la vía ejecutiva mercantil a la fecha en que se inscribió el embargo precautorio con lo cual se protegen los derechos de preferencia de la afianzadora.

Esta disposición es en beneficio de las afianzadoras, pues de no ser así, correrían el riesgo de quedar en lugares posteriores al momento que pretendieran inscribir un embargo en la vía ejecutiva mercantil, si ya hubiera embargos de otros acreedores posteriores al embargo precautorio, por consecuencia tendrían menos posibilidades de obtener la recuperación de las cantidades que hubieran cubierto por reclamaciones de fianzas, toda vez que si no guardaran esos derechos de preferencia, la recuperación sería casi imposible.

Al retrotraerse los efectos del embargo en la vía ejecutiva mercantil a la fecha del asiento del embargo precautorio, la recuperación para las instituciones de fianzas está asegurada, ya que al estar constituida la garantía sobre aquellos bienes ofrecidos por el propio fiado, obligado solidario o contrafiador, bastará que las afianzadoras traben embargo en la vía ejecutiva mercantil, sobre los mismos bienes embargados precautoriamente, ya que dicha inscripción (embargo precautorio) surte efectos contra terceros desde el momento en que se inscribe el

mismo y se conservan con derechos de preferencia para las afianzadoras.

C) FORMAS DE EXTINCION DE LA FIANZA DE EMPRESA.

Diversos autores coinciden en que la obligación del fiador puede extinguirse de dos formas; por vía de consecuencia y por la vía principal.

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, señala que " La fianza mercantil no tiene modos particulares de extinción, distintos de la civil " ⁸⁵.

La extinción por vía de consecuencia, se dará al extinguirse la obligación principal garantizada, en virtud del carácter accesorio de la fianza, y por la vía principal, cuando se extingue la obligación del fiador, pero subsiste la obligación principal.

El artículo 2842 del Código Civil establece que " La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones ".

La Ley de la Materia establece los siguientes supuestos:

a) " La fianza se extingue, si hay prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, según lo establece el artículo 119 de dicha Ley, ya que si al momento de concederse la misma, era solvente el deudor principal, puede ocurrir que después

⁸⁵ Cfr, Rodríguez Rodríguez Joaquín, op. cit., pág. 146.

ya no lo sea " ⁸⁶.

b) Cuando las afianzadoras se hubieren obligado por tiempo determinado, quedarán libres de obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza, artículo 120, primer párrafo de dicha Ley.

c) Si las afianzadoras se obligan por tiempo indeterminado, se liberarán de sus obligaciones por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado, (artículo 120, segundo párrafo de la Ley de la Materia).

d) Las instituciones de fianzas se liberarán por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor, artículo 120, cuarto párrafo de la Ley citada.

e) La institución de fianzas podrá liberarse total o parcialmente sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza, es impedido o le resulta imposible la subrogación, artículo 122, párrafo segundo de la Ley de la Materia.

f) Por cumplimiento de la obligación garantizada, este principio es básico ya que toda causa de extinción de la deuda principal trae como consecuencia la

⁸⁶ Cfr, Sánchez Medal Ramón, op. cit.,pág.401.

extinción de la fianza, lo cual es debido a su carácter accesorio.

Se debe destacar que la novación de la obligación principal no genera la subsistencia de la fianza, pues para ello es menester que exista pacto expreso en ese sentido entre el acreedor (beneficiario) y el fiador (afianzadora) el cual debe constar por escrito.

Por lo que respecta a la fianza de empresa, la obligación de la afianzadora no se extingue aún cuando el acreedor (beneficiario) no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación, ni cuando el acreedor deje de promover sin causa justificada en el juicio entablado contra el deudor, artículo 118 de la Ley de la Materia.

Como ya vimos, el cuarto párrafo del artículo 120 de la Ley de la Materia, establece que " Las acciones derivadas de la fianza se extinguirán por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor", la excepción sería en aquellas fianzas que se expiden para garantizar créditos fiscales ante el Gobierno Federal, cuyo término legal para la prescripción se fijará con base en el Código Fiscal de la Federación, el cual es de cinco años, con la salvedad de que cualquier requerimiento de pago hecho por escrito a la institución de fianzas por el beneficiario o la presentación de la reclamación de la fianza, suspende la prescripción salvo que resulte improcedente.

Por último recordemos que las afianzadoras asumen obligaciones como fiadoras, mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, como pueden ser de ampliación, disminución, prórroga,

y otros documentos de modificación, por lo que el beneficiario, para ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada y en caso de pérdida o extravío, el mismo beneficiario podrá exigir a la afianzadora, que le proporcione, a su costa, un duplicado de la fianza expedida a su favor; la devolución de una póliza de fianza a la institución de fianzas que la otorgó, establece a su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario.

Al garantizar las pólizas de fianzas el cumplimiento de obligaciones a cargo de terceros (fiados), las mismas derivado de su carácter accesorio sobre la obligación principal, se extinguirán cuando se cumpla en forma cabal con dicha obligación o en aquellos casos ya descritos.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La fianza de empresa, es el medio que permite y fomenta la realización de valores indispensables para la convivencia social, como son el sentido de responsabilidad que se fomenta por parte del fiado al compromiso para cumplir con la obligación principal, también se brinda confianza y solidaridad cuando la afianzadora (fiadora) compromete su patrimonio por un tercero (fiado), a quien respalda ante el acreedor (beneficiario) y la seguridad que tiene el propio acreedor a quien en su momento se le cumplirá con la obligación principal o se le resarcirá por el daño causado por parte de la institución de fianzas.

SEGUNDA: La naturaleza jurídica de la Fianza de Empresa, consiste en la estipulación en favor de tercero, con la excepción de las fianzas de fidelidad, donde el contrato de fianza se celebra entre el acreedor y la institución de fianzas, por lo que en dichas fianzas no habrá garantías de recuperación, salvo en aquellas fianzas de fidelidad que sean emitidas en forma individual donde el propio fiado es quien las tramita ante la afianzadora y estaremos ante una estipulación en favor de tercero (beneficiario).

TERCERA: Dado su carácter empresarial, las afianzadoras al obtener garantías de recuperación, por las obligaciones contraídas mediante sus pólizas, de conformidad con la Ley de la Materia, al realizar cualquier pago con cargo a una fianza, están obligadas las propias afianzadoras a obtener del propio fiado o de quienes se obligaron con él la recuperación de aquellas cantidades que hubiere cubierto, con lo que mantendrán la solvencia económica, liquidez y solidez que en forma permanente deben tener las instituciones de fianzas.

CUARTA: Teniendo dentro de su objeto social el expedir pólizas de fianzas a título oneroso, mediante la obtención de las garantías de recuperación suficientes, las afianzadoras pueden tener pérdidas naturales por dos causas, la primera de ellas se da en aquellas fianzas que se expiden sin garantías de recuperación como las de fidelidad o judiciales penales y la segunda causa se dará en los demás tipos de fianzas donde a pesar de existir garantías de recuperación previas a la expedición de cualquier póliza de fianza, las mismas pueden dejar de serlo por eventualidades que se susciten desde la emisión de la póliza, cuando se llegue a reclamar la misma y cuando se pague una reclamación, y el fiado y demás obligados no puedan hacer el reembolso a la afianzadora.

QUINTA: Es necesario reformar el Código de Comercio, con el fin de establecer un capítulo especial que precise la existencia de fianzas mercantiles de empresa, toda vez que éstas se otorgan por una institución autorizada, a título oneroso y en forma habitual, mientras que las mercantiles pueden existir si se celebran entre comerciantes y la ley le atribuye dicho carácter mercantil, con la reforma que se sugiere se despejarían las dudas que existen en la actualidad entre ambas.

SEXTA: La subrogación de derechos en favor de las afianzadoras establecida en el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, derivado del pago que haga una afianzadora con cargo a una póliza, no debe entenderse como un concepto genérico ya que su alcance se encuentra limitado por el monto de la fianza o en su caso por las cantidades pagadas, se propone reformar este artículo para efecto de que se incluya el pago de intereses que estarán obligados a reembolsar el fiado y sus demás obligados.

SEPTIMA: Las reformas a la Ley de la Materia del mes de mayo de 1994, establecieron beneficios para los distintos beneficiarios teniendo en cuenta la obligación garantizada, con los distintos procedimientos para hacer efectivas las pólizas de fianzas se buscó agilizar los dictámenes de reclamaciones por parte de las afianzadoras, so pena de no ser así se imponen sanciones y multas que van desde el pago de intereses sin que haya mandamiento judicial, hasta la revocación de la autorización para funcionar y operar como institución de fianzas en caso de reincidencia.

OCTAVA: Hay beneficios para la afianzadora con dichas reformas, para liberarse de sus obligaciones por caducidad, si los beneficiarios no presentan la reclamación dentro del plazo estipulado en la póliza de fianza o dentro de los 180 días naturales siguientes a partir de la fecha de la expiración de la vigencia de la fianza o de que se haga exigible la obligación garantizada por incumplimiento del fiado, si por el contrario es presentada la reclamación dentro de los plazos señalados en ese momento nace el derecho del beneficiario para hacer efectiva la fianza, lo cual quedará sujeto a prescripción liberándose la afianzadora cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor.

NOVENA: Se sugiere reformar el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para que en el mismo se establezca que cuando las fianzas garanticen créditos fiscales federales a cargo de terceros, las afianzadoras al dictaminar improcedentes los requerimientos de pago con cargo a dichas fianzas, deberán impugnarlo dentro del término de los 45 días hábiles concedidos por las reglas del Código Fiscal de la Federación y suprimir el término de 30 días naturales que señala el citado artículo 95, toda vez que se crea una confusión y

una laguna en la Ley de la Materia, ya que la misma establece que en este tipo de fianzas se deberá estar a lo ordenado en el Código Fiscal de la Federación, en la práctica las afianzadoras se apegan a lo señalado en el citado Código siendo admitidas las demandas, por lo que se debe reformar dicho artículo 95 estableciendo el plazo de 45 días hábiles.

DECIMA: Se propone sea derogado el inciso a) del artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, que impone a las afianzadoras la obligación para designar un apoderado para recibir requerimientos de pago y un domicilio para dicho fin en cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, lo anterior constituye una carga gravosa e innecesaria para las afianzadoras, se ofrece como una solución establecer que los requerimientos de pago a las instituciones de fianzas se realicen mediante oficio remitido por correo certificado con acuse de recibo en la oficina matriz u oficinas principales de las afianzadoras.

DECIMA PRIMERA: Las reclamaciones y procedimientos convencionales que se tramitan ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas por beneficiarios particulares, en la práctica no surten efectos, toda vez que las afianzadoras, presentan los informes que le son requeridos, pero no se someten al arbitraje ante la mencionada Comisión con lo que hacen perder tiempo a los beneficiarios con este trámite, por lo que se sugiere reformar la Ley de la Materia y suprimir el citado trámite y el procedimiento ante dicho organismo.

DECIMA SEGUNDA: Los fiados al serles notificada la presentación de una demanda en contra de la institución de fianzas y al denunciarles pleito, para efecto de que comparezcan a juicio y hagan valer sus derechos y de no ser así, les

perjudicará la sentencia que se dicte en contra de la propia afianzadora, sin que puedan oponerle ninguna excepción estarán obligados a reembolsar en su caso lo pagado y podrán demandar al beneficiario por el cobro de lo indebido, pero no a la afianzadora por el pago realizado, si se les denunció el pleito en su oportunidad y no comparecieron a juicio.

DECIMA TERCERA: En el procedimiento de reclamación de fianzas de fidelidad, la obligación de las afianzadoras, será exigible hasta contar con sentencia firme en la que se condene al fiado por la comisión del delito patrimonial en cuestión y se fije la reparación del daño correspondiente, por lo cual los pagos efectuados por las afianzadoras antes de contar con este requisito, en muchos casos obedecen a cuestiones de tipo comercial, más no jurídicas, por lo que es conveniente reformar la Ley de la Materia para efecto de que los "pagos" sean considerados como anticipos o pagos provisionales condicionados a la continuación del proceso penal hasta que haya resolución firme.

DECIMA CUARTA: El requerimiento que se hace a las afianzadoras, señalado en el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para fianzas judiciales penales, se realiza con la finalidad de informar a la afianzadora, de que su fiado ha incumplido con alguna de las condiciones impuestas para otorgársele la libertad provisional o que se le ha dictado sentencia condenatoria; o bien, violó alguna de los requisitos por los que se le concedió su libertad condicional, o se ha presentado algún cambio en su situación jurídica; ya que es materialmente imposible que la afianzadora pueda presentar al fiado.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BEJARANO, SANCHEZ MANUEL. OBLIGACIONES CIVILES. 3a. EDICION. EDITORIAL HARLA, S.A. DE C.V. COLECCION TEXTOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS. MEXICO, 1984.
- 2.- BIALOSTOSKY, SARA. PANORAMA DE DERECHO ROMANO. 1a. EDICION. TEXTOS UNIVERSITARIOS FACULTAD DE DERECHO U.N.A.M., MEXICO, 1982.
- 3.- CERVANTES, AHUMADA RAUL. DERECHO MERCANTIL. 4a. EDICION. EDITORIAL HERRERO, S. A. MEXICO, 1983.
- 4.- CONCHA, MALO RAMON. LA FIANZA EN MEXICO. 1a. EDICION. EDITORIAL FUTURO EDITORES, S.A. MEXICO, 1988.
- 5.- DIAZ, BRAVO ARTURO. CONTRATOS MERCANTILES. 3a. EDICION EDITORIAL HARLA, S. A. MEXICO, 1989.
- 6.- FLORIS, MARGADANT GUILLERMO. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. 8a. EDICION. EDITORIAL ESFINGUE, S.A. MEXICO, 1978.
- 7.- LOZANO, NORIEGA FRANCISCO. CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL CONTRATOS. 5a. EDICION. EDITADO POR LA ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A. C., MEXICO, 1990.

8.- MOLINA, BELLO MANUEL. LA FIANZA. 1a. EDICION, EDITORIAL MC GRAW-HILL INTERAMERICANA DE MEXICO, S.A. DE C.V. MEXICO, 1994.

9.- MOTO, SALAZAR EFRAIN. ELEMENTOS DE DERECHO. 33a. EDICION EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1986.

10.- MUÑOZ, LUIS DR. DERECHO COMERCIAL. TOMO III. CONTRATOS. 1a. EDICION. TIPOGRAFICA EDITORA ARGENTINA. BUENOS AIRES, 1960.

11.- MUÑOZ, LUIS DR. DERECHO MERCANTIL. TOMO IV. 1a. EDICION. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MEXICO, 1973.

12.- OLVERA, DE LUNA OMAR. CONTRATOS MERCANTILES. 1a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1982.

13.- PETIT, EUGENE. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. 3a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1968.

14.- RODRIGUEZ, RODRIGUEZ JOAQUIN. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. TOMO II. 13a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1978.

15.- ROJINA, VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO III. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. 12a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1983.

16.- ROJINA, VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO IV. CONTRATOS. 12a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1983.

17.- ROJINA, VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO SEXTO, VOLUMEN II CONTRATOS. 4a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1981.

18.- RUIZ, RUEDA LUIS. FIANZA DE EMPRESA. ESTUDIOS JURIDICOS. 1a. EDICION. EDICION PRIVADA FIANZAS MEXICO, S. A. MEXICO, 1985.

19.- SANCHEZ, MEDAL RAMON. DE LOS CONTRATOS CIVILES. 7a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1984.

20.- VASQUEZ, DEL MERCADO OSCAR. CONTRATOS MERCANTILES. 2a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1985.

21.- ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL. CONTRATOS CIVILES. 2a. EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1985.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 64a. EDICION, EDITORIAL PORRUA, S. A., MEXICO, 1995.
- 2.- CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS, EDITORIAL PORRUA, S. A., 61a. EDICION, MEXICO, 1995.
- 3.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, EL 24 DE FEBRERO DE 1942.
- 4.- CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION , EL 28 DE DICIEMBRE DE 1994.
- 5.- CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION , EL 15 DE ENERO DE 1996.
- 6.- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION , EL 14 DE JULIO DE 1993.
- 7.- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, EL 18 DE MAYO DE 1994.
- 8.- NUEVO CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 61a. EDICION, EDICIONES ANDRADE, S. A., MEXICO, 1994.

9.- REGLAMENTO DEL ARTICULO 95 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, PARA EL COBRO DE FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACION, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, EL 18 DE MAYO DE 1994.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

- 1.- DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, PALLARES EDUARDO, EDITORIAL PORRUA, S. A., 21a. EDICION, MEXICO, 1994.
- 2.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M., EDITORIAL PORRUA, S. A., 2a. EDICION, MEXICO, 1985.
- 3.- GLOSARIO DE TERMINOS DE FIANZAS, EDITADO POR LA ASOCIACIÓN PANAMERICANA DE FIANZAS, ARGENTINA, 1978.
- 4.- LEGISLACION SOBRE FIANZAS, EDITADO POR LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, MEXICO, 1958.
- 5.- REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS No. 4, EDITADA POR LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, MEXICO, 1980.
- 6.- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO, TOMO XVI, MEXICO, 1976.
- 7.- REVISTA MEXICANA DE FIANZAS No. 3, EDITADA POR EL LIC. CASTAÑEDA ALATORRE FERNANDO, MEXICO, MARZO DE 1967.
- 8.- REVISTA MEXICANA DE FIANZAS No. 7, EDITADA POR EL LIC. CASTAÑEDA ALATORRE FERNANDO, MEXICO, ABRIL DE 1971.

9.- REVISTA MEXICANA DE FIANZAS No. 8, EDITADA POR EL LIC.
CASTAÑEDA ALATORRE FERNANDO, MEXICO, MARZO DE 1972.

10.- REVISTA MEXICANA DE FIANZAS No. 13, EDITADA POR EL LIC.
CASTAÑEDA ALATORRE FERNANDO, MEXICO, MARZO DE 1979.

11.- REVISTA MEXICANA DE FIANZAS No. 14, EDITADA POR EL LIC.
CASTAÑEDA ALATORRE FERNANDO, MEXICO, JUNIO DE 1981.

12.- REVISTA MEXICANA DE FIANZAS No. 17, EDITADA POR EL LIC.
CASTAÑEDA ALATORRE FERNANDO, MEXICO, JUNIO DE 1984.

13.- REVISTA SEMINARIO REGIONAL DE FIANZAS I, EDITADO POR LA
ASOCIACION PANAMERICANA DE FIANZAS, MEXICO, 1981.