

FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO

ANTOKA

RESEÑA.....	1
--------------------	----------

Capítulo Primero.

LAS GARANTÍAS

1.- Concepto de garantía.....	2
2.- Distinción de las garantías con los privilegios y el derecho de retención.....	3
3.- Función de las garantías.....	5
4.- Clasificación de las garantías.....	5

Capítulo segundo

LA FIANZA.

1.- Concepto.....	2
2.- Características de la obligación fiadora.....	8
2.1. La accesoriedad.....	8
2.1. La accesoriedad.....	8
22.1. La accesoriedad.....	8
3.- La fianza de empresa.....	12
4.1.- Relaciones de la fianza entre la afianzadora y el beneficiario.....	13
4.2.- Relaciones de la fianza entre la afianzadora y el fiado.....	14

CAPÍTULO TERCERO

PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA

1.- Procedimiento convencional.....	14
2.- Procedimientos incidentales en fianzas judiciales.....	15
3.- Procedimiento de reclamación establecido en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	16
3.1- Reclamación ante la afianzadora.....	16
3.2- Información al fiado, y en su caso a sus coobligados, que se ha presentado una reclamación.....	18
3.4.- Pago o rechazo de la reclamación.....	19
3.5.- Causas de rechazo de la reclamación.....	19
3.6.- Omisión de la afianzadora para contestar en el plazo legal.....	25
3.7.- Crítica al procedimiento de reclamación ante la afianzadora.....	26

3.8.- Opciones del beneficiario en caso de inconformidad.....	27
4.1.- Plazo para presentar la reclamación que se sigue ante la CONDUSEF.....	28
4.2.- Ante quién debe presentarse la reclamación.....	28
4.3.- Requisitos que debe contener la presentación de la reclamación ante la CONDUSEF.....	28
4.4.- Procedimientos de Conciliación y de Arbitraje, en amable composición o en estricto derecho.....	28
5.- Procedimiento de reclamación ante los tribunales competentes establecido por el artículo 94 de la ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	32
6.- Procedimientos de ejecución para hacer efectivas fianzas otorgadas ante La Federación, las entidades federativas y los Municipios.....	36
6.1.- Procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	36
6.2.- Procedimiento establecido por el artículo 143 del código fiscal de la federación.....	42

CAPÍTULO CUARTO

ACCIONES DE LA AFIANZADORA EN CONTRA DEL FIADO, SOLICITANTE OBLIGADO SOLIDARIO, CONTRAFIADOR ANTES O DESPUÉS DE HABER PAGADO UNA RECLAMACIÓN.

1.- Acciones establecidas en los artículos 97 y 98 de la ley.....	45
1.1.- El artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	45
1.2.- El artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	45
2.- Acción establecida por el artículo 96 de la ley.....	46
2.1.- La acción de reembolso.....	46
2.2.- Requisitos para que proceda la vía ejecutiva.....	46
3.- Acción de subrogación.....	46
4.- Procedimiento convencional.....	47

CAPÍTULO QUINTO

LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO

1.- Concepto de garantías independientes.....	47
2.- Origen de este tipo de garantías independientes.....	48
3.- Especies de garantías independientes.....	50
4.- Sujetos que intervienen en la contratación de una garantía independiente típica.....	52
5.- Ventajas para los interesados en las garantías independientes.....	53
6.- Tipos de garantías independientes o autónomas, por relación a las obligaciones garantizadas.....	53
7.- Tipos o modalidades de garantías independientes en cuanto a forma de su reclamación.....	56
8.- Características de las garantías independientes.....	57
9.- Relaciones involucradas en las garantías independientes.....	57
9.1.- Relación entre garante y ordenante.....	57
9.2.- Relación entre el beneficiario y el garante.....	60
10.- Naturaleza de las garantías a primer requerimiento o independientes.....	62
11.- La llamada “fianza a primer requerimiento”.....	65
12.- La regulación de las garantías a primer requerimiento.....	67
13.- Reglas Uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, (publicación número 458), conocidas como URDG.....	69
14.- Las garantías a primer requerimiento en América Latina y México.....	76

CAPÍTULO SEXTO

LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO EN NUESTRO DERECHO.

1.- Necesidad de emitir fianzas a primer requerimiento.....	80
2.- Breve referencia al Fronting.....	82
3.- ¿Las compañías afianzadoras en México pueden emitir “fianzas” a primer requerimiento?.....	84
3.1- La autonomía de voluntad y la fianza a primer requerimiento.....	85
3.2- Fianzas a primer requerimiento y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	87
4.- Ventajas y desventajas, para las afianzadoras, de emitir fianzas a primer requerimiento.....	95
4.1.- Ventajas.....	95
4.2.- Desventajas.....	97
5.- Condiciones de afianzamiento y reclamación de fianzas a primer requerimiento.....	100
5.1.- Condiciones de afianzamiento para emitir fianzas a primer requerimiento.....	101
5.2- Condiciones en cuanto al procedimiento de reclamación.....	103
6.-¿Es necesario regular la figura de fianza a primer requerimiento en México?.....	106
CONCLUSIONES	107
OBRAS CONSULTADAS	109

RESEÑA

La globalización, los grandes avances tecnológicos (los teléfonos celulares, las computadoras, las copadoras, el fax, Internet, etc, son instrumentos que, hace poco menos de treinta o veinte años no se habían generalizado), la realización de grandes obras de construcción, han ocasionado que el comercio se vuelva más ágil, que se encuentre en constante crecimiento, y, por lo tanto, que se busque una mayor seguridad en las transacciones.

La fianza como se encuentra regulada actualmente, para algunos resulta insuficiente como una garantía realmente efectiva en el caso de que una de las partes en un contrato incumpla con sus obligaciones. La fianza típica tradicional ha venido perdiendo terreno ante las llamadas garantías independientes que se han ido expandiendo en materia internacional y en otros países y en las cuales las notas de accesoriedad y subsidiaridad atribuibles a la fianza desaparecen o se encuentran muy mermadas.

Y lo mismo puede decirse de la fianza de empresa y, al respecto, es ilustrativo cómo en algunas leyes se ha dejado de exigir solamente a la fianza emitida por una institución de fianza como forma de garantía, buscándose otras.

Los beneficiarios se sienten frustrados o insatisfechos al reclamar el pago de una reclamación ante una afianzadora, toda vez que por el carácter accesorio y subsidiario de esta garantía, y por la forma en que se encuentra regulada, además de la experiencia adquirida por las afianzadoras, es difícil, y se podría decir imposible en muchas ocasiones, cobrar una fianza.

En México, a pesar de que desde hace más de cien años comenzaron a surgir las primeras compañías dedicadas en forma habitual a otorgar fianzas, aún no se ha legislado internamente en cuanto a las llamadas “garantías a primer requerimiento”, inclusive es de destacarse la poca exposición doctrinaria al respecto en nuestro país.

El propósito de este trabajo consiste en realizar un breve estudio de la fianza, sobre todo la fianza de empresa, las relaciones a que la misma da lugar y determinar qué son las garantías a primer requerimiento, las relaciones que se producen, su naturaleza, y también precisar qué se debe entender por fianza a primer requerimiento, ya que muchas veces se habla de fianzas a “primer requerimiento” sin reflexionar acerca de su significado y alcances. Los beneficiarios poco a poco han venido solicitando que se emitan en su favor fianzas a primera demanda, y aunque ha encontrado resistencia en el sector afianzador, tarde o temprano se vendrán imponiendo en nuestro país.

Una vez hecho lo anterior, se analizará si conforme a nuestra legislación se puede permitir que las instituciones de fianzas emitan fianzas a primer requerimiento, las ventajas y desventajas de emitir este tipo de fianza. Posteriormente se propondrán diversas condiciones que deben preverse en cuanto a la emisión y en cuanto a la reclamación de una fianza otorgada a primer requerimiento, para concluir si es necesario o no regular esta figura en nuestro país.

CAPÍTULO PRIMERO

LAS GARANTÍAS

1.- concepto de garantía.

La palabra “garantía” es un concepto equívoco, utilizado comúnmente en todas las disciplinas del derecho con diversas connotaciones. Entre los diversos significados, tenemos, entre otros, los siguientes:

1.- En la Constitución se habla de las “garantías individuales”, por lo que se equipara el término a la protección de los derechos fundamentales del hombre.

Aquí el término se ha criticado, porque, se dice que una cosa son los derechos individuales y otra la garantía de esos derechos, que en nuestro país lo constituye el juicio de amparo, que se encuentra consagrado en los artículos 103 y 107 de nuestra Constitución Política.

2.- Ricardo Luis Lorenzetti¹ señala que en el derecho contractual, “se utiliza el término para calificar una ampliación de las obligaciones del acreedor”, y así se habla de las garantías de evicción, vicios, funcionalidad de la cosa vendida, ya sea en cuanto a mantenimiento, servicios, etc. (así, por ejemplo, cuando se compra un aparato eléctrico, generalmente se indica por el vendedor que éste tiene una “garantía”, generalmente de un año.)²

3.- En un sentido amplio, y referido a las obligaciones se dice que la garantía es “toda seguridad adicional que el propio deudor o un tercero otorga al acreedor para el supuesto de que la obligación no sea total y debidamente cumplida a su vencimiento”³.

4.- En otro sentido, se define la obligación de garantía como “la obligación accesoria o no, pero vinculada y coordinada con la obligación principal que crea un derecho subjetivo a favor del beneficiario, que se adiciona al derecho de crédito que se quiere asegurar”.⁴

¹ Lorenzetti Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos* Tomo Iii, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, página 476.

² El artículo 40 de la Ley Federal de Protección al Consumidor señala que “las leyendas garantizado, garantía o cualquier otra equivalente sólo podrán emplearse cuando se indiquen en qué consisten y la forma en que el consumidor puede hacerlas efectivas” y en el capítulo IX se alude a las garantías.

³ Farina, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, 2ª. Edición, 1ra. Reimpresión, Editorial Astrea, 1999, página 334.

⁴ Villegas, Carlos Gilberto, *Las Garantías del Crédito*, Tomo I, segunda edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, página 73.

A pesar de todas las distintas concepciones acerca de la garantía, esta conlleva implícita la idea de seguridad.

Para Arce Gargollo⁵ hay relaciones que no son propiamente negocios de garantía. Entre otros, señala los siguientes:

- La cláusula penal o convencional que se pacta en algunos negocios jurídicos.
- El derecho de retención que en algunos casos concede la ley al acreedor (por ejemplo: en la compraventa, en el mandato o en la comisión mandato o en la comisión).
- La reserva de dominio como modalidad en la compraventa.
- El contrato de seguro con todas sus especies; o
- El contrato de arrendamiento financiero.

Aunque para Arce la solidaridad tampoco es propiamente una garantía, para algunos autores⁶ e inclusive en parte de nuestra legislación sí es considerada como una garantía personal.

2.- Distinción de las garantías con los privilegios y el derecho de retención.

Carlos Alberto Villegas refiere que en Argentina el Código Civil define en su artículo 3875 a los privilegios como “el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro”. Asimismo, indica que tal derecho “es una calidad que pueden tener ciertos créditos a los que la ley por alguna razón valora más que otros, y en tal virtud les confiere prioridad de cobro. Normalmente el fundamento es la equidad o el bien público”⁷.

Por su parte, Planiol y Ripert⁸ señalan que el privilegio es una disposición de la ley que favorece a un acreedor, y que tal idea es la que expresa la propia palabra “privilegio”: *ley establecida en interés privado*.

⁵ Arce Argollo, Javier, “Introducción al estudio de los medios de garantía modernos”, en *Revista de Derecho Privado*, Número 18, Año 6, México, 1995, páginas 43 y 44.

⁶ Así Bonnecase comprende a la solidaridad entre las garantías personales, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, páginas 14, 90 y siguientes. Y en nuestra legislación la ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 24 fracción II incluye dentro de las garantías de recuperación a la obligación solidaria.

⁷ Villegas, Carlos Alberto, Op.cit. Tomo I, página 47.

⁸ Planiol, Marcel et al, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo VI Contratos de Garantía, Privilegios e Hipotecas, Traducido por Lic. José M. Cajica, Jr., Segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, páginas 97 a 132.

En principio, todo deudor responde con su patrimonio de sus deudas. El artículo 2964 del Código Civil Federal dispone que “el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes”, exceptuando aquellos que conforme a la ley son inalienables o no embargables.

En virtud de la ley y en razón de la naturaleza del crédito, a ciertos acreedores por ley se les concede la prerrogativa de cobrar antes que a otros, así, se dan por la ley los privilegios y el derecho de retención y los acreedores, se pueden clasificar en quirografarios o comunes, privilegiados y con derecho de retención.

En el Código Civil Federal se hace referencia expresa a la palabra privilegios en los artículos 1448, 2032, 2195, 2222, 2845 y 2939 y en los artículos 2980 a 2998 se contemplan diversos privilegios y acreedores preferentes, y de primera a cuarta clase.

En materia mercantil, a ley de concursos mercantiles, establece, con respecto a la graduación de créditos, que los acreedores se clasifican en los siguientes grados según la naturaleza de sus créditos: I. Acreedores singularmente privilegiados; II. Acreedores con garantía real; III. Acreedores con privilegio especial, y IV. Acreedores comunes.(Artículo 217)

El artículo 218 de la referida Ley de Concursos Mercantiles nos dice que son acreedores singularmente privilegiados, cuya prelación se determinará por el orden de enumeración, los siguientes: I. Los gastos de entierro del Comerciante, en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento, y II. Los acreedores por los gastos de la enfermedad que haya causado la muerte del Comerciante en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento.

El artículo 220 de la misma ley concursal dispone que son acreedores con privilegio especial todos los que, según el Código de Comercio o leyes de su materia, tengan un privilegio especial o un derecho de retención.

En realidad lo que instituye la ley son categorías de créditos y no de acreedores, de manera que acreedor puede ser titular de diversos créditos con diferentes privilegios e incluso sin privilegio.

En fin, es la ley la que crea diversas categorías de créditos y establece preferencias de pago de unos respecto de otros, constituyendo así el régimen de privilegios. “esto diferencia los “privilegios” de las “garantías”. Las garantías se constituyen por una manifestación de voluntad, unilateral o convencional. Los privilegios emanan de la ley, son legales.

Son características de los privilegios las siguientes: son de origen legal; son accesorios de los créditos a que se refieren; son de interpretación restrictiva; son indivisibles

Por otra parte, el derecho de retención es aquél que tiene un acreedor, que detenta una cosa, perteneciente a su deudor por virtud del cual puede negarse a devolverla en el caso de que no le haya sido pagado lo que le es debido por razón de esa misma cosa.

Tales privilegios y derecho de retención se encuentran establecidos en la Ley, no surgen de la voluntad, por lo que no constituyen garantías en sentido estricto, aunque tuvieren una función de garantía.

3.- Función de las garantías

Toda relación jurídica obligacional lleva implícita el riesgo de que el deudor no pueda o no quiera hacer frente a sus obligaciones.

El deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio, pero, existe el riesgo de que pueda caer en insolvencia.

Para protegerse el acreedor del incumplimiento de las obligaciones por el deudor surgen las garantías, que tienen como objetivo que el acreedor cuente con una protección adicional para el caso de que el deudor no pague su obligación. “Las garantías de la obligación tienen la función de ampliar las posibilidades del acreedor para ver satisfecho su crédito, especialmente en los casos en que el patrimonio del deudor no resulta suficiente...; o bien confiriendo al acreedor un derecho subjetivo que le atribuye un poder directo e inmediato sobre un bien determinado, cuya titularidad corresponde al deudor o a un tercero..., o bien atribuyendo al acreedor la posibilidad de que, respecto de la prestación comprometida, respondan no sólo el patrimonio del deudor, sino también otros patrimonios”.⁹

4.- Clasificación de las garantías

Se han elaborado diversas clasificaciones de garantías, pero la más importante es aquella que las divide en garantías personales y garantías reales.

a).- Garantías personales.- En estas un tercero distinto a la persona del deudor, compromete su patrimonio para asegurar el cumplimiento de la obligación de éste, con lo que se confiere al acreedor un derecho de crédito a favor del beneficiario, para con la persona del garante.

Así, se tiene que existen dos obligaciones, la obligación garantizada, que existe entre el acreedor y deudor y la obligación de garantía, que existe entre acreedor y garante. Por tal motivo, la solidaridad pasiva, aunque como hemos visto para alguna parte de la doctrina y aún en cierta legislación es una garantía, no constituye tal, porque no crea una obligación diversa, el deudor solidario asume una obligación principal.

Las garantías personales típicas son la fianza y el aval, aunque éste último solamente se configura en los títulos de crédito.

⁹ Estrada Alonso, Eduardo, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, página 1.

No obstante, en materia de garantías personales, no existe el criterio de que éstas deben estar restringidas a los casos que expresamente determine la ley; es decir su número puede ser abierto. Por lo tanto, el devenir de los años ha permitido que se creen las llamadas garantías independientes, con base en el principio de autonomía de la voluntad a las que más adelante haremos referencia.

2.- Garantías Reales.- Son aquellas en las cuales un determinado bien o bienes del deudor o de un tercero, aseguran el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor y confieren a éste los derechos de persecución y de preferencia.

Son garantías reales, entre otras: la prenda, la hipoteca, el fideicomiso en garantía, y se ha llegado a sostener que la afectación en garantía establecida en el artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas también constituye una garantía real.¹⁰

Las garantías reales se encuentran establecidas y limitadas en la ley, su número es cerrado, por lo que no pueden crearse garantías reales por voluntad de las personas.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FIANZA.

1.- Concepto.

Al ser la fianza la forma más común y estudiada de las garantías personales, se ha equiparado en una acepción muy amplia a la misma garantía personal o simplemente a garantía como puede verse en diversas disposiciones del Código Civil Federal, y en otras leyes se utiliza la palabra fianza como sinónimo de garantía.

Así, por poner un ejemplo, en el artículo 1006 se establece que el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado “a dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo”. Es claro que el usufructuario puede dar otra garantía y no simplemente fianza.

La fianza es conceptualizada en el artículo 2794 del Código Civil Federal como un contrato, por virtud del cual el fiador se compromete a pagar por el deudor si éste no lo hace.

No obstante que la fianza se define como un contrato, nada impide que dicha forma de garantía pueda surgir por una declaración unilateral de voluntad. Y en cuanto a su fuente

¹⁰ Murguía Pozzi, Juan, *Naturaleza y efectos de la afectación en garantía prevista en los artículos 28 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas*, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1973, pág. 97.

contractual, el acto puede ser celebrado entre el fiador con el acreedor o bien por el fiado con el fiador con estipulación a favor de un tercero beneficiario.

Lo más común en materia civil, es que la fianza sea un contrato que se celebra entre el acreedor y el fiado; de hecho para la mayor parte de los autores, la fianza tiene su fuente en tal contrato.

En materia de fianza de empresa, que más adelante se verá, se ha dicho que, por regla general, la obligación del fiador surge de un contrato con estipulación a favor de un tercero¹¹, que es el beneficiario de tal fianza¹². Y así lo ha llegado a sostener la Judicatura¹³, aunque más recientemente ha sostenido al igual que otros autores, que la fianza de empresa es unilateral¹⁴.

No obstante, no será motivo de este trabajo discutir sobre tal fuente de la obligación en la fianza, sino limitarnos a expresar someramente lo que se ha dicho en relación con tal fuente, como ya se ha hecho, para con posterioridad, señalar las características de ésta obligación fiadora, y luego adentrarnos al estudio de la fianza de empresa y las relaciones que se producen en la misma para, analizar si es factible o no que en nuestro derecho se

¹¹ Ruíz Rueda, Luis, “La fianza de empresa a favor de tercero” en *Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos*. Fianzas México, S.A., Edición Conmemorativa Luis Ruíz Rueda, 1925-1985, Imprenta Madero, págs.77 a 98.

¹² En nuestro derecho Ramón Concha Malo ha criticado la tesis que considera que, por lo general, la fuente de la obligación fiadora, en la fianza de empresa surja de una estipulación a favor de tercero, Ramón, *La fianza en México*, Futura Ediciones, S.A. de C.V., México, 1988, páginas 45 a 46. En España, Carrasco Perera ha señalado “no consigo imaginar un caso en el que esta figura pueda tener lugar...El fiador (promitente) podría, de acuerdo a los principios, oponer al acreedor (beneficiario) todas las excepciones derivadas de las condiciones objetivas de las que deriva el derecho atribuido y las que deriven del contrato mismo. Pero no podría oponer sus otras excepciones que pudiera ostentar contra el estipulante, y menos aún las que pudieran existir entre beneficiario y estipulante (por ejemplo la compensación). Si esto se acepta y no veo modo cómo puede no aceptarse-habríamos construido una fianza en contradicción frontal con los principios que gobiernan a esta institución en el CC. El fiador no podría oponer entonces las excepciones derivadas de la relación de valuta (deudor-acreedor), en contra de lo que ordena el artículo 1853; y podría oponer, por el contrario, las excepciones derivadas del contrato con el deudor, del cual, se dice, el fiador deriva su derecho; por ejemplo, la resolución de este contrato porque el estipulante (deudor) no ha pagado la comisión convenida. No se trata ahora de decir que el art. 1853 CC no pueda ser excluido convencionalmente, sino de concluir que con el esquema diseñado lo que estarían realmente pactando las partes es una delegación, en la forma en que la concibe el BGB en sus §§784 ss.” Carrasco Perera, Ángel, *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, La Ley, 1992, Madrid, páginas 90 y 91.

¹³ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXXI, páginas 735 y 735.

¹⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: XII, Septiembre de 2000 página 750.

puedan emitir fianzas “a primer requerimiento”, lo que es, precisamente, la preocupación del autor.

2.- Características de la obligación fiadora.¹⁵

Se dice que son dos las características de la obligación fiadora: la accesoriedad y la subsidiaridad.

Es conveniente analizar dichas notas por separado y determinar si las mismas son esenciales o no a la fianza.

2.1. La accesoriedad.

Con respecto a accesoriedad, se puede decir que ésta característica consiste en que la obligación fiadora sigue la misma suerte que la obligación principal que se garantiza, por lo que se dice que si la obligación no es válida, la fianza tampoco lo es. Es decir, la obligación del fiador está sujeta a las vicisitudes de la obligación del deudor principal.

Para Reyes López “accesoriedad significa aceptar el nexo de subordinación a la obligación principal. Ello se ve reflejado en la necesidad de que exista y se encuentre válidamente constituida la obligación garantizada y en que las vicisitudes de dicha obligación repercutan inevitablemente en la fianza”¹⁶.

Sin embargo, el término también tiene varias acepciones, con respecto a la fianza: “El concepto histórico de accesoriedad carecía de connotación técnica; la fianza era «accesoria» porque «accedía», se sumaba a otra obligación de por sí existente. Una segunda acepción no técnica del término pasa por su consideración nominal: accesorio es la fianza porque supone la existencia de otra obligación. La fianza es accesorio en un tercer sentido, admitido como tal en la CC; a saber, la fianza como activo patrimonial es un crédito (cosa), accesorio de otro activo patrimonial (otro crédito (otro crédito)...Y, por fin, accesoriedad hace igualmente referencia al modo en que se ordenan las diversas obligaciones que pesan sobre el deudor principal y que por lo mismo se extienden al fiador”¹⁷.

Entre otras, de las siguientes disposiciones establecidas en el Código Civil Federal, se desprende el carácter accesorio de la fianza.

"Art. 2797.- La fianza no puede existir sin una obligación válida..."

¹⁵ Si bien la obligación del fiador se ha dicho que es accesorio, no así el contrato de fianza. Al respecto, puede verse Bonnacase, Op. Cit. Págs. 926 y 1001.

¹⁶ Reyes López, María José, *Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Editora General de derecho, S.L., Valencia, 1996, página 136.

¹⁷ Carrasco Perera, Angel, Op.cit., páginas 131-132.

Art. 2799.- 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 del deudor”

Art. 2812.- El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor”.

“Art. 2813.- La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones”.

“Art. 2842.- La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones”.

Cabe señalar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, según expresa un principio jurídico; sin embargo, no sucede lo mismo a la inversa, “la fianza sí sigue la suerte de la obligación principal, no así ésta, que es independiente, puesto que es principal y existe, haya o no garantía accesorio”¹⁸.

Por la nota de accesoriedad la fianza está subordinada a la obligación del deudor principal, de tal forma que el fiador puede hacer valer las excepciones inherentes a la obligación garantizada

No obstante, hay casos en los que se pone en duda tal accesoriedad y que son, entre otros, los siguientes:

Primero.- El caso en que se garantiza una obligación de una persona incapaz. Si bien la obligación asumida por el incapaz está afectada de nulidad, el fiador no puede hacer valer tal excepción ya que el artículo 2797 del Código Civil Federal dispone que la fianza puede recaer “sobre una excepción cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado”.

Y, para desentrañar qué se entiende por “excepción puramente personal”, hay que acudir a lo dispuesto por el artículo 637 del Código Civil Federal, mismo que dispone que la nulidad por actos de administración o contratos celebrados por los incapacitados sin autorización del tutor (artículo 635) sólo puede ser alegada, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por la personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación. También se da la misma solución en el caso de los menores emancipados, que durante la minoría de edad, requieren de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces o de un tutor para asuntos judiciales.

¹⁸ Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Parte CXXXII, página 297

Para algunos autores, este caso, no es una excepción al principio de accesoriedad de la fianza, ya que no se estaría hablando de fianza, a pesar de ser una norma que se contemplan como referida a este acto jurídico.

Así, Reyes López opina que “Al desaparecer la relación causal que vinculaba al fiador con el deudor principal, la fianza ha desaparecido, dando lugar con ello al nacimiento de una nueva relación, que algunos autores califican como contrato de garantía pero que quizás, se pueda afirmar con mayor precisión que se trata de un convenio expromisorio, reasunción de deuda o, en su caso, de una promesa del hecho ajeno”.¹⁹ También dice la mencionada autora que “a pesar de lo dispuesto en el propio ordenamiento este caso queda desvirtualizado su calidad de auténtico supuesto de garantía. La fianza persiste por imposición legal pero más que de un auténtico caso de fianza habría que pensar que se trata de una obligación principal en la que se está asegurando el cumplimiento por parte del sujeto incapacitado.”²⁰

Estrada Alonso señala que el artículo 1824 del Código Civil español, análogo al artículo 2797 de nuestro Código Civil Federal, en su segundo párrafo, “supone una quiebra importante sobre la accesoriedad de la fianza (como característica esencial y de orden público), al declarar la inmunidad de la obligación de garantía respecto de la causa de anulación de la obligación principal.”²¹ Y, al igual que Guilarte, pone en duda que esto sea una fianza ordinaria²².

Segundo.- Garantía de Obligaciones futuras²³.- se dice que “la fianza de deuda futura supone, en cierta medida otra quiebra al principio de accesoriedad, pues la relación o situación de fianza nace, se constituye y existe, sin que exista la obligación principal”²⁴.

Sin embargo, también hay quien sostiene que tampoco en este caso se pierde la característica accesoría porque “no se quebranta con esta fianza el principio de accesoriedad por el hecho de que la misma nazca con anterioridad a la obligación o deuda garantizada, pues no cabe impedir que la voluntad de los interesados aprecie anticipadamente el interés a satisfacer y su eventual protección refiriéndola a la deuda futura y alterando el orden cronológico de la formación del negocio. Siempre y cuando la fianza necesite para su efectividad, aunque no para su nacimiento, de la vigencia real de la

¹⁹ Reyes López, Op.cit., página 155.

²⁰ Ibid, página 171.

²¹ Estrada Alonso, Op.cit., pág. 119.

²² Ibid. Pág. 123.

²³ Un tratamiento arduo del tema puede verse en Reyes López María José, Op.cit. páginas 193 a 223.

²⁴ Estrada Alonso, Op.cit., página 123.

obligación futura.”²⁵ La fianza en este caso considera siendo accesoria, ya que al momento en que nazca la obligación garantizada, la fianza seguirá las vicisitudes de la misma, y si la obligación no es válida, tampoco lo será la del fiador, o si es menos onerosa, la obligación del fiador se reduce, etc.

2.2.- La Subsidiaridad

Ahora bien, por lo que toca a la subsidiaridad, ésta se maneja en dos sentidos: en uno se considera que la fianza es subsidiaria porque debe existir incumplimiento del fiado para que se haga exigible la obligación del fiador; en otro sentido, se dice que es subsidiaria porque antes de exigirse la fianza, el acreedor debe requerir el pago al fiado y en todo caso, después de aplicar el valor sobre de los bienes del deudor al pago de la obligación; es decir, porque existe el beneficio de orden y de excusión. En el primer caso, se señala que la característica es esencial al contrato de fianza, mientras que en el segundo que es de la naturaleza de la fianza, pero no de la esencia de la misma²⁶.

Por tal motivo, tomando en cuenta el segundo de los sentidos acerca de la subsidiaridad, se dice que cuando el fiador, sea por disposición de la ley o por renuncia voluntaria, no goza de los beneficios de orden y de excusión, que la fianza deja de tener el carácter de subsidiaria.²⁷

Sin embargo, considero que es más aceptable la primera opinión, y que “la subsidiaridad es de esencia en la obligación del fiador y la acompaña inseparablemente cualquiera que sea el régimen que sobre el beneficio de excusión sancione el derecho positivo. La obligación del fiador resulta de distinto grado y está en otro plano que la deuda principal, y su exigibilidad presupone siempre, conceptualmente, la exigibilidad y vencimiento de la obligación fiada. En resumen, la consideración relevante, en todo caso, no es que el fiador pague antes o después que el deudor principal, sino que siempre lo hace en lugar de éste.”²⁸ “O dicho de otra forma; cuando la garantía es subsidiaria, el incumplimiento del deudor forma parte del supuesto de hecho de la obligación de garantía, es la causa concreta de esta obligación, con independencia de si la garantía es ordinaria o a primer requerimiento”.²⁹

²⁵ Núñez Zorrilla, Núñez Zorrilla, María del Carmen, *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, página 160.

²⁶ Castán Tobeñas, José, “Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia” *Derecho Civil Español Común y Foral*; 6ª ed. Tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1944, pág. 348.

²⁷ Sánchez Medal, Ramón, Ramón. *De los contratos civiles*, 9ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1988, pág. 458.

²⁸ Guilarte Zapatero, Vicente, *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 1997, páginas 16 y 17.

²⁹ Núñez Zorrilla, María del Carmen, Op.cit., página 62.

El carácter subsidiario de la fianza se desprende de la propia definición que proporciona el artículo 2794 del Código Civil Federal, que dispone que el fiador se compromete a pagar si el deudor no lo hace; es decir, siempre debe existir el incumplimiento previo del deudor.

En una tesis sostenida en 1941 por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se dijo que “La calidad de fiador, esto es, de obligado subsidiario, no se pierde por el solo hecho de haber renunciado a los beneficios de orden y excusión...ninguno de esos beneficios legales mira a la esencia sino solo a la naturaleza de la fianza, por lo que bien puede suprimirlos la voluntad expresa de las partes, sin que por eso deje de subsistir la fianza con todos sus elementos esenciales.”³⁰

Así pues existen dos criterios en cuanto a las características de accesoriedad y subsidiaridad en la fianza, para algunos, como Díez Picazo³¹, estos caracteres definen la forma de cómo la fianza se encuentre regulada, pero no pueden considerarse en modo alguno como esenciales o derivados de una preexistente naturaleza de las cosas. Para otros las características apuntadas son esenciales al contrato de fianza, por lo que no habría tal si no se dan tales características, siendo el caso de la nulidad por incapacidad un caso de excepción previsto por la ley y que solamente confirma la regla de que salvo tal caso, que para algunos no constituye fianza, la accesoriedad es una característica de la esencia de la fianza.

3.- La fianza de empresa

La fianza de empresa es definida por Concha Malo como “aquella que otorga en forma habitual y profesional una sociedad mercantil-en nuestro derecho una sociedad anónima-mediante el pago de un premio o prima-sobre la base de la solvencia del sujeto afianzado-recuperabilidad de lo pagado, en su caso, con control por parte del Estado no sólo en cuanto al nacimiento de la empresa otorgante- autorización para operar-a su funcionamiento y desarrollo- por considerarse que operan en cierta forma con el rédito público-sino también en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas al expedir dicha garantía.”³²

Si bien, la fianza de empresa es mercantil, no toda fianza mercantil es fianza de empresa, en razón de que el fiador puede ser una sociedad mercantil, o bien que el acto que garantiza sea de carácter mercantil, pero la forma más común de fianza mercantil, es, precisamente, la fianza de empresa.

Diferencias con la fianza civil.

³⁰ Semanario Judicial de la Federación, Parte LXVIII, página 48.

³¹ Citado por Estrada Alonso, página 78. Citado también por Reyes López, , Op.cit., páginas 135-136.

³² Concha Malo, Op. Cit., página 59.

- La Fianza civil puede ser otorgada por individuos o compañías en forma ocasional (artículo 2811 C.Civ. y artículo 3 LFIF) mientras que la fianza de empresa es otorgada por compañías debidamente autorizadas para emitir fianza en forma habitual (artículos 1 y 3 LFIF)
- En la fianza civil no se puede emitir las fianzas a través de pólizas (artículo 2811 C.Civ y 3 LFIF), mientras que en la fianza de empresa la fianza se acredita a través de pólizas numeradas (artículo 117 LFIF).
- En la fianza civil no se deben anunciar públicamente o por la prensa o cualquier otro medio el otorgamiento de fianzas (artículo 2811 C.Civ. y 3 de la LFIF). Mientras que en la fianza de empresa sí se puede anunciar por las afianzadoras.
- En la fianza civil no se emplean agentes para que intermedien en el otorgamiento de fianzas (artículo 2811 C.Civ. y 3 LFIF), mientras que las afianzadoras pueden emitir pólizas a través de agentes (artículo 87 LFIF)
- La fianza civil puede ser gratuita u onerosa (artículo 2795 C.Civ). De hecho, es más común que sea gratuita³³, en razón de que quien se obliga con el deudor principal es conocido de éste, es su pariente o su amigo. La fianza de empresa es onerosa, (artículo 1 LFIF) aunque muchas veces el fiado no pague la prima, tal situación no le quita el carácter de onerosa a la fianza, ya que la afianzadora puede exigir tal pago (artículo 96 LFIF).
- En la fianza civil el fiador goza de los beneficios de orden y excusión (artículo 2814 y 2815) y división (artículo 2837), aunque por lo general se renuncia a tales beneficios, mientras que en la fianza de empresa por ley la afianzadora no goza de los beneficios de orden y excusión (artículo 118 Bis).
- En cuanto a la legislación que regula la fianza civil, se aplica la correspondiente a cada entidad federativa, que es similar a la establecida en el Código Civil Federal; mientras que la fianza de empresa se regula por las disposiciones de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y, en lo no previsto por ésta, por la legislación mercantil y por el Código Civil Federal.

3.1.- Relaciones entre la afianzadora y el beneficiario.

La relación principal que surge a cargo de la afianzadora es la de pagar al beneficiario en el caso de que el fiado incumpla con la obligación garantizada.

³³ Incluso para Planiol y Ripert fianza es gratuita, “Pero a veces el fiador no consiente en obligarse sino mediante una suma más o menos importante, pagada por el acreedor. El contrato se asemeja entonces al seguro..la convención es válida, pero cambia de naturaleza. Op. Cit. Página 22. En el mismo sentido Carlos Alberto Villegas, Op. Cit. Página 111.

Para tal efecto, la Ley ha establecido una serie de procedimientos atendiendo al tipo de fianza o en razón del beneficiario.

3.2.- Relaciones entre la afianzadora y el fiado.

Antes de emitir la fianza, por lo general, salvo casos de excepción como la fianza de fidelidad, el fiado acude a la afianzadora o por medio de un agente, celebra un contrato con ella, a través del cual la afianzadora se compromete a expedir una póliza a través de la cual garantiza el cumplimiento de una obligación ante un tercero, beneficiario de dicha fianza.

La afianzadora debe contar con garantías suficientes que le proporcione el fiado para, en el caso de que llegue a pagar la fianza, por ser procedente la reclamación que de la misma presente el beneficiario, poder recuperar lo pagado.

Existen casos de excepción en el que no se exige que se constituya una garantía, como las fianzas de fidelidad y las fianzas penales en determinados casos, establecidos en el artículo 22 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Una vez hecho el pago por parte de la afianzadora, y aún antes, si no cuenta con garantías de recuperación, la misma tiene derecho a ejercitar diversas acciones que establece la Ley.

CAPÍTULO TERCERO

PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE LA FIANZA DE EMPRESA

Existen diversos procedimientos para hacer efectiva una fianza; algunos solamente los pueden hacer valer los particulares o la Federación, estados o Municipios, cuando opten por este procedimiento, tratándose de fianzas emitidas en su favor. Tratándose del cobro de fianzas que garantizan obligaciones fiscales ante la Federación, solamente puede hacerse valer el procedimiento administrativo de ejecución, conforme a lo dispuesto por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación;

1.- Procedimiento convencional.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 103 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas Las afianzadoras pueden convenir, con los beneficiarios el procedimiento a seguirse para hacer efectiva alguna póliza de fianza. *Bastará que el procedimiento conste en el texto de las propias pólizas de fianza, o en documentos adicionales a las mismas otorgadas conforme al artículo 117 de esta ley.* Se considerarán aceptados los procedimientos convencionales por parte del beneficiario, cuando la institución de fianzas de que se trate no reciba negativa de observaciones a los mismos, dentro del plazo de diez días naturales, contados a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza de fianza y en su caso, los documentos adicionales a la misma en que se contenga el procedimiento convencional a que se sujetará la reclamación de la fianza.

El procedimiento convencional entre beneficiario y la afianzadora, para que se pueda llevar a cabo, necesariamente las partes se deben sujetar a lo establecido en el Libro Quinto del Código de Comercio y demás leyes que resulten aplicables.

El procedimiento convencional también se puede pactar en cualquier estado del juicio ante el juez que conozca la demanda interpuesta en contra de la afianzadora, en los términos del artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, o durante el procedimiento seguido ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios Financieros.

El artículo 103 Bis no establece distinción, sin embargo hay quien considera que la afianzadora no puede convenir un procedimiento de reclamación con respecto a las fianzas que garantizan créditos fiscales ante la Federación.

Así, en un voto particular emitido por un integrante de la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ³⁴ que declaró la nulidad de un requerimiento de pago que se hizo fuera del plazo previsto en un convenio celebrado entre la Tesorería de la Federación y diversas afianzadoras sostuvo que “Cuando la fianza garantiza obligaciones fiscales, estamos en presencia de un contrato administrativo (sic) y, por definición, el procedimiento administrativo de ejecución no puede ser materia de convenio”, y que “la obligación fiscal no nace de la voluntad de las partes, es una obligación "ex lege" y por ello no puede ser materia de convenio” por lo que “Los funcionarios fiscales no están autorizados para convenir las obligaciones fiscales o su ejecución; si lo hacen, las estipulaciones respectivas se deben considerar inaplicables, por razones de "orden público", aplicando, en su lugar, el Código Fiscal de la Federación.

No obstante, también se ha dicho que, dada la naturaleza mercantil de las fianzas “cuando se suscita una controversia en relación al término para la extinción de las facultades de la autoridad fiscal, para hacer efectivas las fianzas constituidas a su favor y deba dilucidarse si se estará a lo previsto por la ley de la materia al respecto o a lo convenido por las partes, es claro que debe respetarse la voluntad de éstas expresada en dicho convenio.”³⁵

Cabe preguntarse si en el procedimiento convencional la afianzadora puede renunciar a oponer excepciones de la obligación garantizada al acreedor y realizar el pago de la fianza, a primer requerimiento. En el capítulo siguiente en el que me abocaré a analizar la fianza a primer requerimiento, propondré una respuesta a esta interrogante.

2.- Procedimientos incidentales en fianzas judiciales.-

Conforme a lo dispuesto por el artículo 94 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las fianzas que se otorguen ante las autoridades judiciales que no sean del orden penal, se harán efectivas a elección de los acreedores de la obligación principal siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93, y consecuentemente el procedimiento ante la CONDUSEF o ante los tribunales competentes con base en el 94 de la ley, o bien,

³⁴ Voto particular del Magistrado Rubén Aguirre Pangburn consultable en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarta Época, Año I. No. 1. Agosto 1998, Página 73 y siguientes.

³⁵ Semanario Judicial de La Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito y Acuerdos, 9ª. Época, Tomo IX, Enero de 1999, páginas 659 y 660.

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

También, como caso de excepción se tiene lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley de Amparo que establece que “cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad proveniente de las garantías y contragarantías que se otorguen con motivo de la suspensión” se tramitará un incidente. Este incidente deberá promoverse dentro de los seis meses siguientes al día en que se notifique a las partes la ejecutoria de amparo; en la inteligencia de que, de no presentarse la reclamación dentro de ese término, se procederá a la devolución o cancelación, en su caso, de la garantía o contragarantía, sin perjuicio de que pueda exigirse dicha responsabilidad ante las autoridades del orden común”

Pero, el trámite más frecuente para hacer efectiva una fianza otorgada entre particulares o cuando en determinados casos se permita a las autoridades la opción de ejercitar el procedimiento de reclamación, es el establecido en el artículo 93 de la Ley de la Materia, procedimiento necesariamente previo a acudir ante la CONDUSEF o ante los tribunales competentes.

3.- Procedimiento de reclamación establecido en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Este numeral dispone un procedimiento que pueden hacer los particulares o los beneficiarios a que se refiere el párrafo primero del artículo 95 de la misma ley cuando opten por seguir este procedimiento, (lo que es poco probable que se dé, toda vez que se tienen mayores ventajas, como se verá, si se promueve el procedimiento administrativo de ejecución para requerir el pago de la afianzadora).

En el procedimiento seguido conforme al artículo 93, que es el más común, resaltan las siguientes fases:

3.1- Reclamación ante la afianzadora.- En este procedimiento, el beneficiario debe presentar su reclamación³⁶ directamente ante la institución de fianzas, por escrito, “acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza”.

Según la Circular F-10.1.4 de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas de 13 de agosto de 2002, los escritos de reclamación deberán de contener como mínimo los siguientes

³⁶ Tal “reclamación “ tiene el doble objeto de satisfacer un requisito previo necesario en virtud de que hace nacer el derecho para hacer efectiva la fianza, así como evitar la caducidad en favor de las instituciones afianzadoras, en términos del artículo 120 de la citada Ley”, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Parte IV, Agosto de 1996, página 203.

datos, con el objeto de que las instituciones de fianzas cuenten con elementos para la determinación de su procedencia (total o parcial) o improcedencia:

- a) Fecha de la Reclamación;
- b) Número de póliza de fianza relacionado con la reclamación recibida;
- c) Fecha de expedición de la fianza;
- d) Monto de la fianza;
- e) Nombre o denominación del Fiado;
- f) Nombre o denominación del Beneficiario;
- g) Domicilio del beneficiario para oír y recibir notificaciones;
- h) Descripción de la obligación garantizada;
- i) Referencia del contrato fuente (Fechas, número de contrato, etc);
- j) Descripción del incumplimiento de la obligación garantizada que motiva la presentación de la reclamación, acompañando la documentación que sirva como soporte para comprobar lo declarado, y
- k) Importe de lo reclamado, que nunca podrá ser superior al monto de la fianza.

Por otra parte, la “Resolución por la que se expiden las disposiciones de Carácter General a que se refiere el artículo 112 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas”³⁷ y que tiene por objeto la detección y prevención del lavado de dinero, así como de financiamiento al terrorismo, establece conforme a las Reglas cuarta y Sexta, y la disposición cuarta transitoria, que a partir del 17 de Agosto de 2004, se le deben solicitar diversos requisitos al beneficiario, pero que no se refieren a la documentación que demuestre la existencia y exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, sino a datos mínimos y documentos para identificar al beneficiario: a).- Los datos mínimos a solicitarle son: 1.- Nombre, Denominación o razón social; 2.- Actividad o profesión, giro mercantil, actividad u objeto social; 3.- Registro Federal de Contribuyentes; 4.Domicilio (calle, número, colonia, código postal, delegación o municipio, ciudad o población y entidad federativa); 5.- Teléfono(s); 6.- Correo electrónico, en su caso; 7.- Fecha de nacimiento o constitución; 8.- Nacionalidad y 9.Nombre del administrador o administradores, director, gerente general o apoderado legal, que con su firma pueda obligar a la persona moral para efectos de celebrar la Operación de que se trate, debiendo obtener demás (i) domicilio particular (Calle, Número exterior, y en su caso, interior, Colonia, Código Postal, Delegación o Municipio, Ciudad o Población y Entidad Federativa), y (ii) Fecha de nacimiento. b) y Los documentos mínimos que se habrán de solicitar en copia simple debidamente cotejada con su original o bien en copia certificada son los siguientes: 1.- Identificación oficial; 2.- Constancia de la Clave Única del Registro de Población (CURP), expedida por la Secretaría de Gobernación (SEGOB), cuando cuenten con ésta (Persona Física); 3. Cedula de Identificación Fiscal expedida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), cuando cuenten con ésta en tratándose de Persona Física, si se trata de Personas Moral el requisito es obligatorio; 4.- Comprobante de domicilio particular y/o fiscal; 5.- Testimonio original o copia certificada de la escritura constitutiva inscrita en el Registro Público que corresponda, que acredite fehacientemente su legal existencia; 6.- Testimonio notarial o copia certificada del instrumento donde consten los poderes vigentes del representante o representantes legales,

³⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 2004.

expedido por fedatario público, (cuando no estén contenidos en la escritura constitutiva); 7.- Identificación oficial del o los representantes legales, considerando para tales efectos los documentos de identificación válidos, a que se hizo referencia en el apartado de documentos de identificación de personas físicas; 8.- Si además es persona moral de nacionalidad extranjera deberá recabarse además otros documentos que se precisan en la mencionada Resolución.

3.2 – Información al fiado, y en su caso a sus coobligados, que se ha presentado una reclamación.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al recibirse la reclamación, la afianzadoras “lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, haciéndoles saber el momento en que se vence el plazo establecido en la Ley, en las pólizas de fianza o en los procedimientos convencionales celebrados con los beneficiarios para, resolver o inconformarse en contra de la reclamación”.

La Ley no señala plazo para hacer del conocimiento del fiado o sus coobligados, que se ha presentado la reclamación de la fianza expedida para garantizar obligaciones a su cargo, pero es obvio que tal notificación se le debe comunicar con la suficiente anticipación, antes de vencerse el plazo con que cuanta la afianzadora para dictaminar si la reclamación debe pagarse total o parcialmente o si es improcedente.

Por otro lado, la consecuencia de no informar al fiado que se ha presentado una reclamación de pago de una fianza expedida a su nombre, únicamente consiste en que, si la afianzadora paga y repite en contra de su fiado, que éste le pueda oponer las excepciones que tenía en contra del acreedor, beneficiario de la fianza.

Tratándose del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, si la afianzadora no le notifica la reclamación, solamente en el caso de que también tuvieren una relación con el acreedor, beneficiario de la fianza, y derivada de la obligación garantizada por ésta, podrían oponer las excepciones que tuvieren en contra del acreedor a la afianzadora.

3.3 Integración de la reclamación.- La afianzadora tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de quince días naturales, contado a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación.

Si la afianzadora solicita, dentro de tal plazo, información o documentación, el beneficiario tendrá quince días naturales para proporcionar lo requerido, y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación.

Si la institución no hace uso del derecho a solicitar información o documentación, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario.

Es menester indicar que una cosa es integrar y otra muy distinta que por ese sólo hecho sea procedente la reclamación. Si la afianzadora solicita documentación e información al beneficiario y éste se la proporciona, la reclamación queda integrada, pero no por ello puede decirse que es procedente la misma. Asimismo, si la afianzadora no ejerce su

derecho a solicitar información o documentación adicional y por tal motivo queda integrada la reclamación, como se presentó, ello tampoco significa que la reclamación sea por tal hecho, procedente, sino simplemente que la afianzadora ya no podrá requerir mayor documentación o información.

3.4.- Pago o rechazo de la reclamación.- Una vez integrada la reclamación en la afianzadora tendrá un plazo hasta de treinta días naturales, contado a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario, “las razones, causas o motivos de su improcedencia”.

Cabe preguntarse si basta que la afianzadora alegue solamente una causa de rechazo o tenga que aducir todas las que considere. En mi opinión basta que solamente se indique una, sin que ello menoscabe que, si el beneficiario no está de acuerdo con tal causa de rechazo y acude ante la Condusef o ante los tribunales competentes, la afianzadora pueda hacer valer otras causales de rechazo, ya que no existe preclusión para ello, tan es así que, inclusive, el artículo 93 señala en su primer párrafo que la afianzadora no dé **contestación** dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 94 de la ley

3.5.- Causas de rechazo de la reclamación.- Entre las causas de rechazo que puede hacer valer la afianzadora están las siguientes:

a).- Por falta de documentación.- Se puede rechazar el pago porque el beneficiario no haya acompañado “la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza”. Por ejemplo, si la afianzadora garantizó la debida inversión del anticipo que se otorgara a la fiada para la construcción de una casa, y, al momento de efectuar la reclamación, el beneficiario omite exhibir la constancia fehaciente de que realizó tal entrega de anticipo.

Es importante señalar que la afianzadora, para integrar la reclamación puede exigir al beneficiario que le acredite tal entrega; o bien, si no lo hace, al quedar integrada la reclamación en la manera en que fue presentada, se puede rechazar la reclamación sin necesidad de habérselo pedido. Sin que ello obste para que el beneficiario presente otra reclamación ante la afianzadora exhibiéndole la documentación que demuestre tal entrega de anticipo.

b).- Por encontrarse en status subjúdice la obligación garantizada con la fianza.- Es decir, si existe un juicio o medio de defensa que haya hecho valer el fiado, por virtud del cual no se pueda establecer si es imputable a él el incumplimiento, mientras se litiga sobre la obligación garantizada. La fianza en este caso no es exigible sino hasta en tanto sea resuelta en definitiva la controversia planteada por la fiada en contra de la obligación principal que fue garantizada. El artículo 2190 del Código Civil Federal señala que se llama exigible “aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse (sic) conforme a derecho.”, por lo tanto, si el fiado interpone un juicio o medio de defensa que atañe a la obligación que se garantiza, al no ser exigible la obligación garantizada, la reclamación no resulta procedente.

c).- Por reclamación anticipada.- Porque se reclame la fianza por el beneficiario antes del plazo que el fiado tenía para dar cumplimiento a su obligación también se puede rechazar el pago. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1958 del Código Civil Federal “el plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes”. Por lo tanto, “si el deudor está en aptitud de pagar y el acreedor de recibir el pago hasta el último instante del día de vencimiento de la obligación, mientras no transcurra éste, no se podrá hablar de incumplimiento”³⁸. Por otra parte, la Ley establece limitativamente cuáles son los casos en que el deudor pierde el plazo presumido en su favor³⁹ y es difícil que se den tales casos, ya que si se hace efectiva la garantía es porque fiado otorgó fianza para garantizar el cumplimiento de su obligación. Como ejemplo, si el beneficiario reclama el pago de una fianza que se expidió para garantizar el pago de rentas, si el fiado tenía para pagar los primeros cinco días de cada mes y el beneficiario reclama la fianza antes de transcurrido tal plazo, la reclamación es improcedente.

d).- Por falta de interpelación en obligaciones sin plazo.- Porque el beneficiario no hubiere interpelado al fiado, en aquellos casos en que no se hubiere fijado un plazo para que éste cumpliera con su obligación. En otro ejemplo, si se garantiza el cumplimiento de una obligación consistente en la entrega de una pintura, si no se fijó plazo, antes de hacer efectiva la fianza, conforme a lo dispuesto por el artículo 2105 y 2080 del Código Civil Federal aplicado de manera supletoria, se le tiene que requerir al fiado que cumpla dentro del plazo de 30 días, por lo que si no se da tal interpelación, que no debe confundirse con el beneficio de orden, la reclamación también es improcedente.⁴⁰

La afianzadora también puede oponer al beneficiario las excepciones derivadas de la obligación principal garantizada, por ejemplo la excepción de contrato no cumplido, así como aquellas que derivan de la fianza, por lo que puede oponer las causas de extinción por vía de consecuencia, como aquellas formas de extinción por vía directa.

f).- Causas de extinción por vía de consecuencia.- Por vía de consecuencia la obligación fiadora se extingue total o parcialmente, según el caso, “al mismo tiempo que la del deudor” (artículo 2842) si la obligación garantizada también se extingue por las siguientes formas establecidas en el Código Civil Federal:

³⁸ Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXIII, página 467.

³⁹ Estos casos son: I. - Cuando después de contraída la obligación resultare insolvente, salvo que garantice la deuda; II.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; III.- Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren a menos que sean sustituidas por otras igualmente seguras.

⁴⁰ Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo VI, Vol. II, quinta edición, Editorial Porrúa, 1986, página 286.

-Por Pago (artículo 2062); Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

Si el fiado pagó su obligación, es obvio que la reclamación que presente el beneficiario resulta improcedente.

Cabe señalar que el **ofrecimiento de pago, seguido de la consignación**, hace las veces de tal, su reúne los requisitos que para el pago exige la ley. Artículo 2097)

-Por compensación (artículos 2185, 2186 y 2199).- Tiene lugar ésta si el beneficiario y el fiado reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

Así si el fiado adeuda al beneficiario mil pesos, pero éste a su vez le debe dos mil pesos, al operar la compensación entre ellos, la obligación fiadora también se extingue. Para que exista compensación se requiere que exista reciprocidad de deudas, que las mismas sean fungibles, que las deudas sean líquidas y también que sean exigibles.

Esta excepción no la podrá hacer valer la afianzadora si el fiado renunció previamente a ella (artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

-Por prescripción de la obligación principal (Artículos 1135 y 1147); la prescripción es una forma de extinción de obligaciones por el solo transcurso del tiempo y con los requisitos que fija la ley.

Si la obligación del fiado es de pagar los honorarios al profesional, beneficiario de la fianza, su obligación de pagar los mismos se extingue en dos años, a partir de la fecha en que el beneficiario dejó de prestar sus servicios. Por vía de consecuencia también se extingue la fianza por prescripción.

-Por novación (artículo 2220); se da la novación cuando se altera substancialmente una obligación sustituyéndose por otra.

La novación debe constar expresamente. Para que se actualice la figura de la novación, basta que las partes manifiesten de manera clara su intención de cambiar por otra, la obligación primitiva.

La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de la fianza, que entonces pasará a garantizar la nueva obligación, pero dicho acreedor no puede “reservarse la fianza sin consentimiento del fiador”.

-Por confusión (artículo 2206); procede la extinción de la obligación garantizada y, por vía de consecuencia, también de la fianza, entendida como obligación fiadora, si las calidades de deudor y acreedor se reúnen en una misma persona. Por ejemplo el fiado es deudor de su tío, pero al fallecer éste, deja como único heredero a su sobrino, por lo que al momento de adjudicarse los bienes del patrimonio de su difunto tío, se extingue su obligación por confusión,

Por remisión o renuncia (artículos 2209 y 2210); La renuncia es conceptualizada por Gutiérrez y González como “el acto jurídico unilateral de dimisión o dejación voluntaria de un derecho de índole patrimonial.”⁴¹

Y la remisión es definida por el autor aludido como “el acto jurídico por el cual el acreedor dimite voluntaria y unilateralmente al derecho de exigir, total o parcialmente a su obligado-deudor, el pago de la prestación debida.”⁴²

-Por quita (artículo 2847); la quita equivale al perdón parcial de una deuda, y reduce la fianza en la misma proporción en que se da.

-Por reducirse el monto de la obligación garantizada.- Si se garantiza una obligación de cien mil pesos y el acreedor y el fiado acuerdan reducir su monto a noventa mil pesos, en la misma proporción debe ser disminuida la obligación de la afianzadora.

-Por transacción. (artículo 2994) La transacción es un convenio por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

El artículo 2952 del Código Civil Federal señala que “el fiador sólo queda obligado por la transacción cuando consienta en ella”

-Por inexistencia, nulidad absoluta o nulidad relativa de la obligación garantizada (artículos 2226, 2224 y 2227, así como 2813);

En cuanto a la última de las nulidades, para algunos autores éste tipo de nulidad es personal y no puede hacerla valer el fiador, ello acorde con lo dispuesto por el artículo 2230 que señala que “la nulidad por causa de error, dolo violencia lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”

La afianzadora, conforme a lo dispuesto en el artículo 2812 del Código Civil federal, no puede oponer las “excepciones personales del fiado”, y la única excepción personal que no podría aducir sería la fundada en la incapacidad del fiado, según lo ha señalado la mayor parte de la doctrina, y acorde con lo dispuesto por el artículo 2797 en su segunda parte, que hace referencia a la excepción puramente personal, disposición que debe correlacionarse con lo establecido en el numeral 637 del mismo ordenamiento.

⁴¹ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 9ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, página 1114. Nota: la definición en el texto original está escrita con mayúsculas.

⁴² Ibid, página 1120. Nota: la definición en el texto original está escrita con mayúsculas.

No obstante, tal solución es discutible. Al comentar el artículo 1824 del Código Civil español, el cual establece al igual que lo hace la primera parte de nuestro artículo 2797 que fianza no puede existir sin una obligación válida, pero, señala también que, no obstante, puede recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, aunque expresamente ejemplifica “como la de la menor edad”, Reyes López señala que tal disposición se justifica históricamente porque “responde a la idea de que se trata de una norma a favor de los menores con la finalidad de que puedan realizar negocios jurídicos con terceros, puesto que se parte de la premisa de que encontrarán en el fiador una persona responsable que garantice su obligación.”⁴³

El fiador civil por lo general conoce a la persona que va a afianzar, es su pariente o tiene lazos estrechos de amistad con el deudor, por tal motivo se ha llegado a decir que la fianza civil es gratuita en la mayor parte de ocasiones, y, por tal motivo, al resultar el fiador un conocido del menor de edad, y que aún así ha querido obligarse en tal carácter, se justifica que no pueda oponer la excepción fundándose precisamente en tal hecho. Pero, en el caso del fiador profesional, quien se obliga onerosamente, es difícil o imposible que tenga conocimiento de la minoría de edad del deudor. Razón por la cual, “una interpretación adecuada aunque no se corresponda con la literalidad del precepto, sería aquella según la cual sólo se pudiera aceptar la admisibilidad de esta excepción si el fiador hubiera prestado su consentimiento conociendo de antemano las circunstancias personales del deudor. En caso contrario, habrá que pensar que sería más acertado alegar la existencia de un vicio del consentimiento, ya que, como pone de manifiesto MANRESA, la falta de conocimiento fundada en el error daría lugar a invocar la existencia de un vicio del consentimiento que facultaría incluso solicitar la declaración de nulidad.”⁴⁴

-Por simulación (artículo 2182). Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas. La simulación absoluta no produce efectos jurídicos.

Es difícil probar la simulación, ya que los simuladores tratan de evitar que se conozca el acto verdadero al que encubre el simulado. Es común que se simulen préstamos, que por la peligrosidad que implica garantizar éstos, con contratos de compraventa, en los que supuestamente se da un anticipo, el cual difícilmente se acredita su entrega. La experiencia demuestra que cuando se pretende demostrar la entrega de un supuesto anticipo, sobre todo cuando el monto del mismo es excesivo, con un recibo que no cumpla los requisitos fiscales (si la supuesta obligación garantizada lo requiere), y, además se pretende probar su entrega “en efectivo”, es probable que existe una simulación.

⁴³ Reyes López, Op.cit. página 169.

⁴⁴ Ibid. Página 170.

-La afianzadora también puede oponer al beneficiario la **excepción de contrato no cumplido**⁴⁵, esto es, si se garantiza un contrato sinalagmático en el que existe interdependencia de obligaciones, si el beneficiario no cumplió con su obligación, el fiado tiene derecho a hacer valer la excepción de contrato no cumplido, por ejemplo, si el vendedor no entrega la cosa vendida, el fiado puede oponerse a pagar el precio de la misma y la afianzadora válidamente puede hacer valer tal excepción.

g).- Causas de extinción por vía directa.- La obligación de la afianzadora se extingue por “las mismas causas que las demás obligaciones (artículo 2842 del Código Civil federal), por lo que **se extingue por las causas a que se ha hecho referencia, referidas a la obligación del fiador y también por causas que son exclusivas de la afianzadora**, conforme a los siguientes casos establecidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

-Por prórrogas o esperas concedidas por el beneficiario al deudor principal, sin consentimiento de la afianzadora (artículo 119); La prórroga es el otorgamiento de un plazo por el acreedor al deudor, antes de que venza la obligación de éste, mientras que la espera es la concesión de un plazo adicional al deudor una vez que ha transcurrido el plazo que éste tenía para dar cumplimiento con su obligación.

-Por caducidad (artículo 120).- “Existe la caducidad cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio de un derecho (realización de un acto cualquiera, o ejercicio de la acción”, de tal modo que transcurrido el término, no puede ya el interesado verificar el acto...o ejercitar de la acción.”⁴⁶

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas contempla tres supuestos para que la obligación de la afianzadora se extinga por caducidad y que son:

i Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado *por tiempo determinado*, quedará libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta su reclamación de la fianza *dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza*.

ii. En defecto de lo anterior, esto es si no estipula ningún plazo en la fianza, la misma se extingue por caducidad *dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza*

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

⁴⁵ Al respecto se puede consultar la Tesis del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava. Época, Tomo XI-Mayo, Página 329.

⁴⁶ Coviello Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, trad. Felipe de Jesús Tena, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, página 520.

-Por prescripción (artículo 120);.- El artículo 120 de la Ley señala que Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda (referidos a la caducidad), habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberara por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor.

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

-Si por culpa o negligencia del acreedor la afianzadora no puede subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor (artículo 122). La subrogación se define como el “acto jurídico en virtud del cual hay una sustitución admitida o establecida por la ley en el derecho de un acreedor, por un tercero que paga la deuda, o bien presta al deudor fondos para pagarla, permaneciendo idéntica e invariable la relación obligatoria.”⁴⁷

Asimismo, también se extingue por los siguientes casos establecidos en el Código Civil Federal:

-Si el acreedor consiente en la cesión de deudas hechas por el fiado a un tercero, sin la anuencia de la afianzadora (artículo 2055);

-Porque el acreedor beneficiario haya liberado a alguno de los cofiadores sin consentimiento de la afianzadora, tal liberación le aprovecha hasta donde alcance la parte del cofiador liberado;

-Cuando quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones (artículo 2847)

3.6.- Omisión de la afianzadora para contestar en el plazo legal.- Si no contesta nada la afianzadora a la reclamación del beneficiario “dicha omisión debe entenderse como una negativa ficta.”⁴⁸

Si a juicio de la afianzadora procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, y el beneficiario estará obligado a recibirlo⁴⁹, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia. Si el pago se hace

⁴⁷ Gutiérrez y González, Op.cit., página 984. Nota: En el texto original la definición está con mayúsculas y resaltada.

⁴⁸ Así lo señaló el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, abril de 2004, página 1455.

⁴⁹ El artículo 2078 del Código Civil Federal señala que el pago nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de disposición de la ley, como en el caso.

después del plazo referido, la institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 Bis de la Ley, en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago.

3.7.- Crítica al procedimiento de reclamación ante la afianzadora.- En este punto haremos referencia a la exposición de Pablo Retes González Cos⁵⁰ quien ha dicho que el procedimiento establecido en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas “está lejos de guardar un equilibrio entre las partes que intervienen en él. El desahogo de la reclamación, en efecto, no satisface cabalmente las *formalidades esenciales del procedimiento* que exige el artículo 14 de la Constitución para considerar que una persona ha sido oída y vencida en juicio.”

También critica Retes González “la amplitud excesiva que prevalece en los plazos otorgados a las instituciones de fianzas para dar respuesta a las reclamaciones” y dice que “esto se agrava si tomamos en cuenta que la institución afianzadora goza de una facultad discrecional para determinar con qué documentos y en que momento se tiene por integrada una reclamación. Esta amplitud y margen de discrecionalidad del que se beneficia la afianzadora a través de del proceso de integración de la reclamación trastoca por completo el equilibrio que debe prevalecer entre las partes y prolonga indefinidamente los plazos de respuesta previstos en la ley de la materia, colocando al beneficiario en una situación de evidente desventaja. De este modo, la fianza de empresa, en cuanto a garantía del crédito, no cumple en el aspecto adjetivo ni con el principio de equidad procesal ni con la expectativa del acreedor de maximizar sus utilidades, toda vez que su ejecución resulta extremadamente arbitraria, problemática, lenta y tediosa.”

“Con los cuestionamientos antes señalados – sostiene Retes González- no se pretende sin más que, las afianzadoras renuncien a su legítimo derecho de determinar si a su juicio procede o no pagar una reclamación sino advertir o resaltar que dicha resolución debe en todo momento no sólo respetar las formalidades esenciales del procedimiento sino además debe guardar el equilibrio entre las partes, resolver conforme a derecho y de acuerdo al principio de equidad y finalmente, por difícil o insólito que parezca, abstraerse de su condición de parte interesada, actuando con independencia, objetividad e imparcialidad.”

Para finalizar, Retes González propone:

“Desde la óptica de los *principios del debido proceso*, tanto la reclamación como su contestación deben ser planteadas y resueltas en definitiva, preferentemente, por una instancia ajena e independiente, toda vez que la independencia del órgano jurisdiccional es garantía de una mayor imparcialidad en la decisión que recaiga sobre la pretensión del beneficiario. Cabe precisar, no obstante, que si bien es cierto, por lo que se refiere al proceso de ejecución establecido en el numeral 94 de la LIF es irreprochable desde la perspectiva de la Teoría General del Proceso; también lo es que el procedimiento previo de

⁵⁰ Retes González Cos, Pablo, *La fianza ante otras alternativas de garantía*, Tercer congreso Nacional de Seguros y Fianzas celebrado en Boca del Río Veracruz Noviembre de 2000.

reclamación trastoca completamente la *garantía judicial* de la *garantía del crédito*. En este sentido, sería conveniente que el procedimiento de reclamación, como lo anotamos anteriormente, se substanciará bajo las características definitorias de los juicios sumarios: *simpliciter, breviter ac sine strepitu et figura iudicii* (simplemente, brevemente, sin solemnidad y figura de juicio).

Desde la perspectiva de la *técnica de los procesos de ejecución*, es indispensable que los plazos en que la institución de fianzas debe dar contestación a la reclamación presentada por el beneficiario sean reducidos al mínimo, eliminando el margen de discrecionalidad de la institución afianzadora por lo que a la integración de la reclamación se refiere.”

No parece acertada la propuesta de Retes en el sentido de que “tanto la reclamación como su contestación deben ser planteadas y resueltas en definitiva, preferentemente, por una instancia ajena e independiente”, en virtud de que tal consideración traería aparejada como consecuencia un gasto, para la afianzadora o el beneficiario, en la contratación de un tercero “independiente”, que resolviera acerca de la procedencia o improcedencia de la reclamación, además de que la decisión de éste a la vez sería impugnada ante una autoridad judicial ya sea por la afianzadora o el beneficiario, en caso de no estar de acuerdo con su decisión.

3.8.- Opciones del beneficiario en caso de inconformidad.- Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, o si la afianzadora no le dio respuesta dentro del plazo de treinta días, una vez integrada la reclamación, o, en su caso, si dicho beneficiario no está de acuerdo con el pago parcial que le efectúe la afianzadora, podrá, a su elección, acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes, conforme a lo establecido en el artículo 94 de la Ley. Es necesario insistir en que antes de agotar tales opciones el beneficiario debe requerir el pago, por escrito a la afianzadora, ya que “el trámite ante la citada comisión o por la vía judicial no procedería, si la afianzadora no se hubiere negado a pagar la fianza, y no podría negarse a tal pago, si no se hubiere requerido para que lo hiciera”⁵¹

4.- Procedimientos ante la CONDUSEF.

Se ha visto ya que el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, *directamente* ante la Institución de Fianzas y que en caso de que ésta no le dé contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la CONDUSEF; o bien, ante los tribunales competentes.

⁵¹ Tesis del Noveno Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito al resolver el Amparo directo 2979/95 y que puede consultarse en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo III, Marzo de 1996 páginas 941 y 942.

En este caso, tenemos los siguientes trámites:

4.1.- Plazo para presentar la reclamación que se sigue ante la CONDUSEF.- *“Las reclamaciones deberán presentarse dentro del término de un año contado a partir de que se suscite el hecho que les dio origen, señala el artículo 65 de la Ley*

Dicho artículo 65 hace referencia al *“hecho que les dio origen”*, que debe ser, que se haya presentado el reclamo conforme al artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y: a).- Que hayan transcurrido el plazo de treinta días a partir de que fue integrada la reclamación sin que la afianzadora haya dado una respuesta o; b) Que la afianzadora haya pagado parcialmente la reclamación o bien; c) Que la respuesta de la afianzadora sea contraria a los intereses del beneficiario.

4.2- Ante quién debe presentarse la reclamación.- La reclamación podrá presentarse a elección del beneficiario, en el domicilio de la Comisión Nacional o en la Delegación de la misma que se encuentre más próxima al domicilio del beneficiario, o en la Unidad Especializada de la afianzadora que corresponda”.

4.3.- Requisitos que debe contener la presentación de la reclamación ante la CONDUSEF.- Las reclamaciones de los beneficiarios podrán presentarse por comparecencia del afectado, en forma escrita, o por cualquier otro medio idóneo, cumpliendo los siguientes requisitos:

- I. Nombre y domicilio del reclamante;
- II. Nombre y domicilio del representante o persona que promueve en su nombre, así como el documento en que conste dicha atribución;
- III. Descripción del servicio que se reclama, y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación;
- IV. Nombre de la Institución de Fianzas contra la que se formula la reclamación.
- V. Documentación que ampare la contratación del servicio que origina la reclamación. La CONDUSEF estará facultada para suplir la deficiencia de las reclamaciones en beneficio del Usuario. (artículo 63)

Las reclamaciones podrán ser presentadas de manera conjunta por los usuarios que presenten problemas comunes debiendo elegir al efecto uno o varios representantes formales comunes.

La CONDUSEF podrá rechazar de oficio las reclamaciones que considere improcedentes. (artículo 65)

La presentación de la reclamación que reúna los requisitos interrumpirá la prescripción (artículo 66)

4.4.- Procedimientos de Conciliación y de Arbitraje, en amable composición o en estricto derecho.- Ahora bien, ante la Condusef se pueden llevar a cabo dos procedimientos:

a).- procedimiento de conciliación

Este procedimiento se encuentra establecido en el capítulo I del Título Quinto de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, y abarca los artículos 60 a 72 del ordenamiento en cuestión.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la CONDUSEF “está facultada para actuar como conciliador entre las Instituciones Financieras y los usuarios, con el objeto de proteger los intereses de estos últimos.”

Los rasgos de este procedimiento los resumimos en la siguiente manera:

- **Audiencia de conciliación.-** Se encuentra establecida en el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

La Condusef citará a las partes a una **audiencia** de conciliación que se realizará dentro de los veinte días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se reciba la reclamación;

- **Informe que debe rendir la afianzadora.-** La afianzadora deberá, por conducto de un representante, rendir un informe por escrito que se presentará con anterioridad o hasta el momento de la celebración de la **audiencia** de conciliación.

En el informe, se responderá **detalladamente** y de manera razonada⁵² a todos y cada uno de los hechos de la reclamación, **en caso contrario, dicho informe se tendrá por no presentado para todos los efectos legales a que haya lugar**

La falta de presentación del informe, no podrá ser causa para suspender o diferir la **audiencia** y ésta deberá darse por concluida el día señalado para su celebración, salvo que por cualquier circunstancia, a juicio de la Condusef no pueda celebrarse en la fecha indicada, caso en el cual se deberá verificar dentro de los cinco días hábiles siguientes;

La falta de presentación del informe hará tener por cierto lo manifestado por el Usuario, independientemente de las sanciones a que haya lugar.

-**Requerimiento de información adicional.-** La Condusef, cuando así lo considere o a petición del Usuario, en la **audiencia** de conciliación correspondiente o dentro de los **diez**

⁵² En un proyecto de “Lineamientos a los que deberán sujetarse las Instituciones Financieras al rendir ante la Comisión Nacional, los informes previstos en los procedimientos conciliatorios” elaborado en febrero de 2000 por la Junta de Gobierno de dicha Comisión se dijo que “Se entenderá por detallado, que la Institución Financiera se refiera amplia y explícitamente a todos y cada uno de los hechos que se contengan en la reclamación” y que “se entenderá por razonado, que la institución exponga todas las consideraciones por las cuales estima procedentes sus afirmaciones”.

días hábiles anteriores a la celebración de la misma, podrá requerir información adicional a la afianzadora, y en su caso, diferirá la audiencia requiriendo a la Institución fiadora para que en la nueva fecha presente el informe adicional;

En la audiencia respectiva se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, y si esto no fuere posible, la Condusef las invitará a que de común acuerdo designen como árbitro para resolver su controversia a ella misma o a algunos de los árbitros que ésta les proponga, quedando a elección de las partes que el juicio arbitral sea amigable composición o de estricto derecho.

El compromiso correspondiente se hará constar en acta que al efecto se firme ante la Condusef. En caso de no someterse al arbitraje se dejarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los tribunales competentes o en la vía que proceda.

-Dictámen técnico.- Si la afianzadora rechaza el arbitraje o no asiste a la audiencia de conciliación y *siempre que del escrito de reclamación o del informe presentado por la institución de fianzas, se desprendan elementos que a juicio de la CONDUSEF permitan suponer la procedencia de lo reclamado*, la propia Comisión Nacional podrá emitir, previa solicitud por escrito del Usuario, un dictamen técnico que contenga su opinión. Para la elaboración del dictamen, la CONDUSEF podrá allegarse todos los elementos que juzgue necesarios.

La Condusef entregará al reclamante, contra pago de su costo, copia certificada del dictamen técnico, a efecto de que lo pueda hacer valer ante los tribunales competentes, *quienes deberán tomarlo en cuenta en el procedimiento respectivo.*

A la fecha de terminación de este trabajo, se encuentra pendiente una reforma a la Ley para que este dictamen técnico tenga el carácter de título ejecutivo, lo que ha sido considerado inconstitucional por el medio financiero⁵³.

Qué pasa en caso de acuerdo o desacuerdo.- En caso de que las partes lleguen a un acuerdo para la resolución de la reclamación, el mismo se hará constar en el acta circunstanciada que al efecto se levante. En todo momento, la Condusef deberá explicar al usuario los efectos y alcances de dicho acuerdo; si después de escuchar la explicación el usuario decide aceptar el acuerdo, éste se firmará por ambas partes y por la Condusef, fijándose un término para acreditar su cumplimiento;

La carga de la prueba respecto del cumplimiento del convenio corresponde a la afianzadora y, en caso de omisión, se hará acreedora de la sanción que proceda conforme a la ley.

Concluidas las audiencias de conciliación y en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la CONDUSEF ordenará a la afianzadora correspondiente que registre la

⁵³ Salgado, Alicia, “Avanza análisis legislativo de reformas a la Condusef”, *El Financiero*, 9 de agosto de 2004, Sección Finanzas, página 12.

reclamación como pasivo contingente, dando aviso de ello, en su caso, a las Comisiones Nacionales a la que corresponda su supervisión. Ese registro contable podrá ser cancelado por la institución fiadora, bajo su estricta responsabilidad si transcurridos ciento ochenta días naturales después de su anotación, el reclamante no ha hecho valer sus derechos ante la autoridad judicial competente o no ha dado inicio al procedimiento arbitral conforme a la Ley.

Si el usuario no acude a la audiencia de conciliación, y no presenta dentro de los diez días hábiles siguiente a la fecha fijada para su celebración justificación de su inasistencia, se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la CONDUSEF por los mismos hechos, y se debe levantar acta en donde se haga constar la inasistencia del Usuario.

La falta de comparecencia del fiado o de su representante, no impedirá que se lleve a cabo la audiencia de conciliación.

En caso de que la afianzadora incumpla con cualesquiera de las obligaciones derivadas del convenio de conciliación, la CONDUSEF ordenará a la Institución de fianzas que registre el pasivo contingente que derive de la reclamación.

Las Delegaciones Regionales Estatales o Locales de la CONDUSEF en las que se presente una reclamación, estarán facultadas para substanciar el procedimiento conciliatorio y, en su caso, arbitral acogido por las partes, hasta la formulación del proyecto de laudo.

Las afianzadoras podrán cancelar el pasivo cuando haya sido decretada la caducidad de la instancia, la preclusión haya sido procedente, la excepción superviviente de prescripción proceda o exista sentencia que haya causado ejecutoria en la que se absuelva a la Institución. También podrá cancelarla cuando haya efectuado pago con la conformidad del usuario.

b).-Procedimiento de arbitraje, en amigable composición y en estricto derecho

Este procedimiento se encuentra regulado en el capítulo II del Título Quinto de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, que comprende los artículos 72 Bis a 78.

En los procedimientos arbitrales en amigable composición o de estricto derecho, las partes de común acuerdo, podrán adherirse, de manera total o parcial, a las reglas de procedimiento establecidas por la CONDUSEF, publicadas en el Diario Oficial de la Federación.

Según el artículo 73 de la Ley de Protección y Defensa al usuario de Servicios Financieros por lo que toca al convenio que fundamente el juicio arbitral en amigable composición, las partes facultarán, a su elección a la CONDUSEF o a alguno o algunos de los árbitros propuestos por ésta para resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, la controversia planteada y fijarán de común acuerdo y de manera específica las cuestiones

que deberán ser objeto del arbitraje, estableciendo las etapas, formalidades, términos y plazos a que deberá sujetarse el arbitraje.

Y por lo que respecta al convenio que fundamente el juicio arbitral de estricto derecho, las partes facultarán a la Comisión Nacional o alguno o algunos de los árbitros propuestos por ésta, a resolver la controversia planteada con estricto apego a las disposiciones legales aplicables, y determinarán las etapas, formalidades y términos y plazos a que se sujetará el arbitraje, con arreglo a lo que dispone en el artículo 75 de dicha Ley.

Por lo general es raro que la afianzadora se someta al arbitraje ante la Comisión facultada.

En la página web de la CONDUSEF⁵⁴, se señala que entre los meses de enero a abril de 2004, en relación con el sector afianzador existieron 171 asistencias técnicas, 82 reclamaciones, ningún arbitraje, diez solicitudes de dictámenes técnicos, 3 solicitudes de defensoría legal, y ninguna defensoría.

5.- Procedimiento de reclamación ante los Tribunales competentes establecido por el artículo 94 de la ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Al no estar conforme el beneficiario con la causal de rechazo, pueda acudir en la vía especial de fianzas prevista por el artículo 94 de la Ley a demandar a la afianzadora.

Dicho artículo en forma genérica señala que “los juicios contra las instituciones de fianzas”, se substanciarán conforme a las reglas que en dicha disposición se prevé.

Podría pensarse entonces que tal vía la pueden ejercitar no solamente los beneficiarios en contra de la afianzadora con motivo de una reclamación de fianza, sino cualquier otra persona

No obstante, el artículo 93 de la Ley señala que si el beneficiario no está de acuerdo con la respuesta de la afianzadora, puede acudir en demanda ante los tribunales “en los términos previstos por el artículo 94 de esta Ley”, por lo que tal procedimiento debe estar reservado únicamente para los beneficiarios.

El artículo 94 prevé una vía especial para demandar a la afianzadora.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas contempla un procedimiento especial. Y en virtud de que las reglas establecidas no prevén todos los supuestos, en forma supletoria se aplican el Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen dichos ordenamientos.

Los particulares podrán elegir libremente jueces federales o locales para el trámite de su reclamación, señala la fracción VII de dicho artículo 94, lo que pone de manifiesto que la

⁵⁴ http://www.condusef.gob.mx/estadisticas/inf_ene_abril_2004.htm.

vía está reservada únicamente para los beneficiarios, con motivo de la reclamación de alguna fianza y no para cualquier otra persona.

De dicho procedimiento se pueden derivar las siguientes etapas, con posterioridad a la demanda interpuesta en contra de la afianzadora:

a).- Emplazamiento.- Se emplazará a la institución y se le correrá traslado de la demanda para que la conteste.

b).- Contestación.- la afianzadora debe contestar en un plazo de cinco días hábiles, aumentados con los que correspondan por razón de la distancia

En este caso, la afianzadora puede hacer valer las excepciones y defensas a las que ya hemos aludido al tratar sobre el procedimiento de reclamación ante la propia afianzadora, establecido en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Sobresale, para los efectos de este trabajo, lo dispuesto por la última de las fracciones establecidas en el artículo 94 y que dice:

“Las instituciones de fianzas tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza.”

Además, la afianzadora puede hacer valer excepciones dilatorias, procesales, como las establecidas en el artículo 1122 del Código de Comercio:

I.- La incompetencia del Juez;

II. La Litispendencia.

III. La conexidad de la causa;

IV.- La falta de personalidad o incapacidad del actor;

V.- La falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que está sujeta la acción intentada;

VII.- La improcedencia de la vía.

VIII.- Las demás a que dieren ese carácter las leyes.

c) Ofrecimiento y desahogo de Pruebas.- Lo ideal es que, una vez contestada la demanda, conforme a la fracción II del artículo 94 que comentamos, se abra la etapa probatoria. Dicha disposición establece “un término ordinario de prueba por diez días hábiles”.

La afianzadora, en ejercicio del derecho previsto por el artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al contestar la demanda puede solicitar que se denuncie el pleito al fiado.

Una vez abierto el juicio a prueba, el artículo 94 no dispone si el término es solamente para el ofrecimiento o bien también para el desahogo de las pruebas. En ocasiones se ha dicho que comprende los dos y que al no establecerse expresamente el término para ofrecimiento, éste debe ser de tres días, conforme a lo dispuesto por la fracción VI del artículo 1079 del Código de Comercio y los demás para desahogo. Pero en otras también se ha sostenido que el término es solamente para el ofrecimiento y que el desahogo de las pruebas se da según la naturaleza de las mismas.

Así, puede suceder que las partes ofrezcan la prueba pericial, la cual es imposible, dada la brevedad del término, que se desahogue dentro de los límites que indica el artículo 94, lo que ocasiona que el juicio también se prolongue más.

Por supuesto, también dentro del procedimiento pueden existir medios de defensa que lo hagan también más extenso en el tiempo.

d).- Alegatos.- Una vez terminado el período probatorio, el artículo 94 dispone que el actor y demandado, sucesivamente, gozarán de un plazo de tres días hábiles para alegar por escrito.

Claro está, corresponde a las partes impulsar el procedimiento y solicitar, acabada la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas, que se abra la etapa de alegatos, por lo que si las partes se tardan, antes de que transcurran los plazos de caducidad establecidos en el artículo 1076 del Código de Comercio, en hacer tal solicitud, el juicio también se larga por tal motivo.

e).- Sentencia.- El tribunal o juez dictará sentencia en el plazo de cinco días hábiles, dispone la fracción III del artículo 94; sin embargo, también en este caso debe mediar el impulso procesal de las partes realizando la solicitud para que se dicte tal sentencia. Y el Juzgador, dada la carga de trabajo, en la mayor parte de los casos se tarda mucho más del plazo que indica esta disposición para dictar sentencia.

f).- Recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva.- Contra la resolución definitiva procederá el recurso de apelación en ambos efectos.

Tal recurso deberá promoverse dentro del plazo de nueve días en términos de lo dispuesto por el artículo 1344 del Código de Comercio, días que también son hábiles, y cuyo cómputo comienza también conforme al artículo 1075.

Tal recurso debe proceder también en contra de las sentencias dictadas por los Juzgados Mixtos de Paz, ya que el artículo 94, al ser la norma especial, no distingue en razón de la cuantía del negocio.

g).- Amparo en contra de la sentencia que resuelve la apelación en contra de la definitiva.- Si en segunda instancia se confirma la sentencia definitiva que condena a la afianzadora o se revoca la sentencia definitiva favorable a ésta, dictándose una condenatoria, la afianzadora puede interponer demanda de amparo que se tramita ante un Tribunal Colegiado de Circuito.

El Tribunal de amparo puede negar la protección de la Justicia Federal a la institución de fianzas o bien conceder el amparo liso y llano o para el efecto de que el Tribunal de Alzada, siguiendo los lineamientos del Tribunal Colegiado dicte una nueva resolución, o, también, otorgar libertad de jurisdicción al tribunal de apelación. En este caso, la afianzadora puede volver a interponer amparo, en caso de no estar de acuerdo con la nueva resolución dictada con plenitud de jurisdicción.

Si el Tribunal Colegiado niega el amparo a la institución de fianzas, al recibir el expediente el Juez, por lo general éste espera a que el actor promueva para que se ordene el pago a la afianzadora. El juez concede, por lo general cinco días a la afianzadora para que realice el pago de la cantidad a que fue condenada con el apercibimiento de que, de no pagar, se girará oficio a l CONDUSEF para que a través de ella se ejecute la sentencia.

Ejecución de sentencia.- Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se ejecutarán exclusivamente por conducto de la CONDUSEF, conforme a las siguientes reglas:

- Tratándose de sentencia que condene a pagar a la institución, la CONDUSEF, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. Si dentro de los tres días hábiles siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, dicha Comisión ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca el juicio; y
- Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la CONDUSEF determinará los bienes de la institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo. La misma Comisión dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes;

De los procedimientos a los que hemos hecho referencia, lo más común es que para hacer efectiva una fianza otorgada entre particulares, el beneficiario presente su reclamación ante la afianzadora y, en caso de no obtener una respuesta satisfactoria, continúe ante los tribunales competentes.

Como se puede observar, el trámite para hacer efectiva una fianza puede llegar durar meses o años, y, aunque la afianzadora rechaza la reclamación con el convencimiento de que ésta es improcedente y que cuenta con las excepciones suficientes, el beneficiario, aunque carezca de razón, en el fondo no lo siente así, y es frecuente la opinión desfavorable que existe en contra del sector afianzador, ya que se piensa, (aunque en algunos casos por desgracia sí llegue a ser cierto), que las afianzadoras utilizan argucias para alargar el

procedimiento de reclamación y no cumplan con su obligación fiadora.⁵⁵ Sánchez Medal, después de mencionar las desventajas y censuras a que por regla general ha dado la fianza, señala que “la *fianza de empresa* no siempre constituye una eficaz garantía, pues son muchas las defensas que la experiencia y la especialización en este tipo de negocios han enseñado a las instituciones de fianzas para eludir el pago de responsabilidades”.⁵⁶

6.- Procedimientos de ejecución para hacer efectivas fianzas otorgadas ante La Federación, las entidades federativas y los Municipios.

6.1.- Procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La Federación, las entidades federativas y los Municipios pueden hacer efectivas las fianzas otorgadas ante ellos, a elección del beneficiario, siguiendo el procedimiento de reclamación al que ya nos hemos referido, o bien, seguir un procedimiento de ejecución conforme a las reglas que establece el artículo 95 de la Ley (excepto la Federación tratándose de fianzas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación).

Debe considerarse que una vez que se haya optado por alguno de los procedimientos, no puede variarse tal opción. Es importante mencionar también que existen algunos criterios que consideran que la administración pública paraestatal que incluye a los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria, los fideicomisos públicos no puede tener la opción de seguir el procedimiento establecido por el artículo 95 de la Ley.⁵⁷

Este procedimiento de ejecución consta de las siguientes etapas, según el referido artículo 95 y su Reglamento:

a)- Comunicación de la autoridad aceptante de la fianza a la autoridad ejecutora para hacer efectiva la fianza. Al hacerse exigible la fianza, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, la autoridad aceptante deberá comunicarlo, mediante oficio de remisión, a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

⁵⁵ Una de las críticas más fuertes que se ha hecho al sector afianzador puede verse en Sodi Serret, Carlos, “Afianzadoras Tramposas, Con Tesofe y Jueces Familiares”, *Excélsior*, sección editorial, 10 de mayo de 2000 en donde el autor manifiesta su inconformidad con el actuar de las afianzadoras.

⁵⁶ Sánchez Medal, Op. Cit., págs. 466 y 467.

⁵⁷ Vid. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo: VII, Junio de 1991, página 277.

El expediente que integren las autoridades que acepten las fianzas contendrán los siguientes documentos: a) Contrato o documento en que conste la obligación o crédito a cargo del fiado; b) La póliza de fianza respectiva; c) Acta de incumplimiento levantada “con intervención de las autoridades competentes” donde consten los “actos u omisiones del fiado que constituyen el incumplimiento”; d).- Liquidación formulada, por el monto del crédito u obligaciones exigibles y sus accesorios legales si éstos estuvieran garantizados; e) Si los hubiere, copia de la demanda o cualquier recurso interpuesto por el fiado, así como de las resoluciones firmes de las autoridades competentes y de las notificaciones que correspondan y f) Los demás documentos que estimen convenientes las autoridades aceptantes y las que les soliciten, en su caso, las ejecutoras.

Una vez remitida la documentación a la ejecutora si el fiado o la afianzadora realizan el pago, la autoridad que aceptó la fianza avisará a la ejecutora para que no formule el requerimiento o bien, en su caso, se desista del mismo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tratándose de fianzas otorgadas ante las autoridades judiciales del orden penal, antes de que se ejercite el procedimiento de ejecución, las fianzas se harán efectivas conforme a las siguientes reglas:

“I.- La autoridad judicial para el solo efecto de la presentación del fiado, requerirá personalmente a la institución fiadora en sus oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien en el domicilio del apoderado designado para ello. Dicho requerimiento podrá hacerse en cualquiera de los establecimientos mencionados o en el domicilio del apoderado de referencia, que se encuentre más próximo al lugar donde ejerza sus funciones la autoridad judicial de que se trate.;

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

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

b).- Requerimiento de pago por autoridad competente.- La autoridad ejecutora facultada para ello en los términos de las disposiciones que le resulten aplicables, procederá a requerir de pago, en forma personal, o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora, de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado por la afianzadora. En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, salvo que la afianzadora en la póliza de fianza haya señalado el domicilio del agente para recibir requerimientos, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello.

En cada caso en particular se debe analizar si la documentación acredita que el acto se encuentre debidamente fundado y motivado.

c).- Apercibimiento de remate de valores.- En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contado a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo;

d).- Demanda de nulidad.- En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, señalado aludido, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado por la afianzadora para recibir requerimientos donde se hubiere formulado el citado requerimiento. La autoridad ejecutora, debe suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma. Se ha dicho que “la suspensión persiste mientras no haya sentencia firme, y no la hay en los casos en que contra ella se promueva el juicio de amparo. Cuando la sentencia llega a ser firme, o bien termina el procedimiento de ejecución, si es improcedente el cobro, o, en hipótesis contraria, si resulta que es procedente, concluye y queda viva la facultad de ejecución.”⁵⁸

Improcedencia del llamamiento al fiado.- En el juicio contencioso, se ha determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que no procede la denuncia del pleito al fiado⁵⁹.

La afianzadora contrariamente a lo que sucede en el procedimiento de reclamación que se siguen los particulares, actúa como actora, y corresponde a ella la carga de la prueba de acreditar que el requerimiento de pago es improcedente.

Hemos visto ya parte de las excepciones que puede hacer valer la afianzadora en el procedimiento de reclamación que se sigue en su contra.

Sin embargo, en el procedimiento administrativo de ejecución existen muchos criterios que han determinado que en estos casos, las afianzadoras solamente pueden oponerse al cobro alegando “vicios propios” del requerimiento. Y se ha llegado a sostener, que las afianzadoras “no pueden invocar como agravio la ilegalidad de los documentos de los que se desprende el crédito principal a cargo del fiado, concretándose a argumentar respecto de dichos documentos, si la Tesorería de la Federación los acompañó o no los acompañó con el requerimiento de pago.”⁶⁰

⁵⁸ Semanario Judicial de la Federación Sexta Época, Volumen XCVIII, página 21.

⁵⁹ Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 72, Diciembre de 1993, página 16.

⁶⁰ Puede verse la tesis visible del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte III, Junio de 1996, página 838.

Es interesante lo anterior, porque, con tal razonamiento la fianza se acerca, a lo que se ha dicho de las garantías autónomas o independientes documentarias, a las que en otro lugar de este trabajo haré referencia y cuyo análisis constituye uno de los objetivos de este estudio. Más adelante retomaremos el tema.

Acerca de la improcedencia, es menester señalar que el diccionario señala lo siguiente: “improcedente adj. No conforme a derecho. Inadecuado, inoportuno. FAM. improcedencia.”⁶¹

Y, por lo tanto, la afianzadora puede demandar la improcedencia del cobro por no ser éste conforme a derecho, por lo que sí se puede sostener que pueden hacerse valer causales de improcedencia relacionadas con el crédito garantizado, con la obligación del fiado que da origen al cobro de la fianza.

En algún criterio, que sostuvo en 1975 el primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se dijo que la afianzadora “siempre está facultada para impugnar legalmente el cobro, de una manera frontal, aun cuando ello implique aducir vicios legales en la determinación del crédito fincado originalmente a su fiado, cuando tales vicios legales se desprenden del texto mismo de las resoluciones notificadas a la fiadora ... Pues si el cobro se le hace directamente a dicha fiadora, y los vicios de la determinación del crédito se desprenden de los documentos justificativos del cobro de la fianza, no se ve que a dicha fiadora le falte acción al respecto, ni que las autoridades puedan tener un derecho legalmente tutelado a cobrar un crédito ilegalmente fincado.”⁶²

La Doctora Dolores Heduán Virúes ha sostenido que al demandarse la improcedencia del cobro de un requerimiento de pago, en los términos del entonces artículo 95 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, similar al actual artículo 95, que “Los conceptos de impugnación planteables en los juicios correspondientes, pueden versar válidamente sobre cualquier aspecto del contrato de fianza que origine el cobro, inclusive sobre la inexistencia, ineficacia o interpretación del mismo; sobre algunos hechos o circunstancias que se relacionen con los actos que motivaron el otorgamiento de la fianza o que tengan influencia en cuanto a su exigibilidad; sobre extinción de la fianza o prescripción de la acción para hacerla efectiva; y sobre irregularidades del procedimiento encaminado a su cobro.”⁶³

Sin embargo, con respecto a algunas excepciones propias de la afianzadora, se ha llegado a sostener que no son aplicables cuando las autoridades a que se refiere el artículo 95, “optan”, por seguir el procedimiento establecido en este artículo. Así, por ejemplo, el Pleno

⁶¹ Larousse, Diccionario de la lengua Española Esencial, , 1994, 1ª ed. 23ª. Reimp., pág. 357.

⁶² Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: 82 Sexta Parte, página 38.

⁶³ Heduán Virúes, Dolores ,Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación en “*Publicaciones de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal (Asociación Nacional de Abogados)*”, México, D.F., 1971, página 106.

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la caducidad establecida en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, “será aplicable a las fianzas que garanticen obligaciones diversas de las fiscales federales otorgadas en favor de las entidades descritas, solamente cuando el beneficiario haya optado por exigir su pago mediante el procedimiento regulado en los numerales 93 y 93 bis invocados, mas resulta inaplicable cuando se haya acudido al previsto en el artículo 95 de la propia ley.”⁶⁴

e).- Trámite del juicio de nulidad.- Sin que analicemos, por no ser objeto de este trabajo, las vicisitudes que pueden surgir en el juicio contencioso administrativo, señalaremos únicamente que por lo general, una vez presentada la demanda por la afianzadora, ante la Sala correspondiente, (la competencia en razón del territorio de las salas regionales del Tribunal Fiscal de la Federación se rigen por el lugar donde se ubique la sede de la autoridad que dicte la resolución impugnada), ésta, en el caso de que admita la demanda, por no existir alguna causal de improcedencia o de sobreseimiento, correrá traslado de ella a la autoridades o autoridades demandadas, emplazándola para que la conteste en el plazo de cuarenta y cinco días hábiles, siguientes a aquél en que surta efectos el emplazamiento (artículo 212 del Código Fiscal de la Federación).

Una vez contestada la demanda y si no existe alguna cuestión pendiente que impida la resolución, el Magistrado Instructor, diez días después de que haya concluido la sustanciación del juicio notificará a las partes que tienen diez días para formular alegatos por escrito.

Pasado el período de alegatos, procede el dictado de la sentencia.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 237 del Código Fiscal Federal, Las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.

Cuando se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia o resolución de la sala deberá examinar primero aquéllos que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana. En el caso de que la sentencia declare la nulidad de una resolución por la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, o por vicios de procedimiento, la misma deberá señalar en que forma afectaron las defensas del particular y trascendieron al sentido de la resolución.

No se podrán anular o modificar los actos de las autoridades administrativas no impugnados de manera expresa en la demanda.

El artículo 238 del Código Fiscal de la Federación señala las causales por las que se declarará la ilegalidad de la resolución administrativa: incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución;

⁶⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo: XII, Diciembre de 2000 página 12.

omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso; vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada; si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas; cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Por otra parte, el artículo 239 del Código Fiscal de la Federación indica los efectos de la sentencia definitiva, señalando que ésta podrá: I. Reconocer la validez de la resolución impugnada; II. Declarar la nulidad de la resolución impugnada; III. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales; IV. Declarar la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de una obligación, así como declarar la nulidad de la resolución impugnada.

Si la sentencia obliga a la autoridad a realizar un determinado acto o iniciar un procedimiento, deberá cumplirse en un plazo de cuatro meses contados a partir de que la sentencia quede firme.

Si la resolución dictada en definitiva por la Sala declara la nulidad lisa y llana o para efectos, la autoridad podrá interponer recurso de revisión en contra de tal sentencia, en los términos establecidos por el artículo 248 del Código Fiscal de la Federación.

Si se declara la validez de la resolución impugnada y, en algunos casos, la nulidad para efectos y la afianzadora no está conforme puede interponer demanda de amparo directo.

En ambos casos, conoce un Tribunal Colegiado en Materia administrativa del asunto, quien puede, a su vez revocar la sentencia si es procedente el recurso de revisión, o confirmarla. Y, tratándose del juicio de amparo puede negar el mismo u otorgar la protección de la Justicia Federal a la afianzadora, en términos similares a los que hicimos referencia al analizar el juicio especial de fianzas.

A grandes rasgos, y en forma muy resumida, ese es el trámite del juicio por el que la afianzadora solicita la nulidad del requerimiento de pago.

f).- Remate de valores.- Dentro del plazo de treinta días naturales señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, o acreditar exhibiéndole copia sellada, que se presentó la demanda de nulidad. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se rematen en bolsa, valores propiedad de la institución, bastantes para cubrir el importe de lo reclamado.

En el caso de que se haya presentado demanda de nulidad y se declare la validez del requerimiento, también en tal supuesto se solicitará a la Comisión que remate valores de la afianzadora.

g).- Causas por las que termina el procedimiento de ejecución.- El procedimiento de ejecución solamente terminará por una de las siguientes causas:

- Por pago voluntario;
- Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;
- Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación que declare la improcedencia del cobro;
- Porque la autoridad que hubiere hecho el requerimiento se desistiere del cobro mediante oficio suscrito por los funcionarios facultados o autorizados para ello. Se dejará a salvo el derecho para formular otro cuando sea procedente, en caso de que le acredite el cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada.

La ejecutora, mediante oficio dirigido a la afianzadora, con copia para la beneficiaria de la fianza, dará por terminado el procedimiento cuando se presente cualquiera de las causas por las que termina el procedimiento de ejecución.

6.2.- Procedimiento establecido por el artículo 143 del código fiscal de la federación.

El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que con respecto al cobro de las fianzas otorgadas ante la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

Y dicho Código dispone en su artículo 143 que tratándose de fianzas a favor de la Federación otorgadas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, al hacerse exigible, se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución con las siguientes modalidades:

a) La autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora, acompañando copia de los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad. Para ello la afianzadora designará en cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un apoderado para recibir requerimientos de pago y el domicilio para dicho efecto, debiendo informar los cambios que se produzcan dentro de los quince días siguientes al en que ocurran. La citada información se proporcionará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, misma que se publicará en el Diario Oficial de la Federación para conocimiento de las autoridades ejecutoras. Se notificará el requerimiento por estrados en las regiones en donde no se haga alguno de los señalamientos mencionados.

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

Por lo tanto, se aplica el procedimiento administrativo de ejecución, con las siguientes diferencias con el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

- El artículo 143 no señala el plazo para que la afianzadora se inconforme en contra de un requerimiento de pago, como sí lo hace la fracción V del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por lo que La Segunda La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que en este caso, “tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 207 del Código Fiscal de la Federación respecto a la instauración del juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal y, consecuentemente, el plazo legal para la presentación de la demanda es de cuarenta y cinco días hábiles contado a partir de que surta efectos la notificación de la resolución impugnada.”⁶⁵

- El artículo 143 indica que la propia ejecutora ordenará a la autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y que corresponde a la Dirección General de Seguros y Valores, que remate en bolsa valores propiedad de la afianzadora bastantes para cubrir el importe de lo requerido y hasta el límite de lo garantizado y le envíe de inmediato su producto. Mientras que conforme al artículo 95, quien debe rematar valores es la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y por el importe requerido, sin que en esta disposición se indique que debe ser “hasta el límite de lo garantizado”.

Por lo demás, existen lagunas en el artículo 143 que considero deben ser colmadas aplicando analógicamente las reglas establecidas en el artículo 95, por ejemplo, aunque el artículo 143 no establezca lo relativo a la suspensión, si se acredita la interposición de la demanda ante la ejecutora, debe suspenderse la ejecución; y, como el referido dispositivo no establece las causas por las que debe terminarse el procedimiento de ejecución, deben considerarse los casos que indica el artículo 95, etcétera.

En el caso del cobro de fianzas fiscales otorgadas ante la Federación, también se ha dicho en diversos criterios que la afianzadora solamente puede impugnar el requerimiento de pago por vicios propios, por lo que no puede cuestionar los vicios del crédito afianzado. Aunque, sí puede hacer valer las excepciones que correspondan al fiado como caducidad y prescripción.

Sin embargo, tratándose de excepciones propias de la afianzadora, éstas también se han limitado, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que resultan inaplicables en este caso tanto la caducidad, como la prescripción establecida en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Por lo que toca a la caducidad, el artículo 67 del Código Fiscal indica que “Las facultades de las autoridades fiscales para determinar las contribuciones o aprovechamientos omitidos y sus accesorios, así como para imponer sanciones por infracciones a las disposiciones fiscales, se extinguen en el plazo de cinco años contado a partir del día siguiente a aquél en

⁶⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava. Época, No. 72, Diciembre de 1993, página 23.

que: Se levante el acta de incumplimiento de la obligación garantizada, en un plazo que no excederá de cuatro meses, contados a partir del día siguiente al de la exigibilidad de las fianzas a favor de la Federación constituidas para garantizar el interés fiscal, la cual será notificada a la afianzadora”. No es tema de este trabajo tan aberrante disposición, que da mucho de qué hablar, pero se trae a colación para poner de manifiesto que es muy difícil que una afianzadora pueda liberarse por caducidad conforme a tal precepto.

Y, con respecto a la prescripción, se ha dicho también por nuestro máximo tribunal que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, que se refiere a la prescripción de los créditos fiscales, a pesar de la naturaleza mercantil de la fianza y también se ha dicho que tratándose de fianzas que garantizan el pago de un crédito fiscal en parcialidades (sic) “el cómputo del término de la prescripción se inicia a partir de la fecha en que el pago de dicho crédito pudo ser legalmente exigido, esto es, cuando se incumplió con la obligación fiscal y ésta ya fue determinada en cantidad líquida en resolución firme debidamente notificada al deudor principal o a la institución garante.”⁶⁶ Además, se ha llegado al extremo de decir, también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar de que el Código Fiscal no señala a los fiadores como deudores solidarios, que “en atención a lo establecido en los artículos 141, fracción III, del referido Código y 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como la naturaleza accesoria de la fianza, la afianzadora se sustituye en la totalidad de obligaciones al contribuyente (sic), por lo que al constituirse en deudor, el fisco puede requerir de pago indistintamente tanto al contribuyente como a la afianzadora en el orden que estime pertinente... sin necesidad de que en el caso de que se realicen gestiones de cobro al contribuyente, se le hagan saber a la institución afianzadora, para que opere la referida interrupción.”⁶⁷

Por lo anterior, prácticamente es imposible que una afianzadora pueda liberarse por prescripción cuando garantiza una obligación fiscal ante la Federación, dados los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El tema da para que se pueda abundar en otra obra que al respecto se realice, pero se alude al mismo porque, aún y cuando la Judicatura ha llegado a limitar extremadamente las defensas que puede hacer valer una afianzadora, aún así, no se puede decir que en este caso las fianzas sean a primer requerimiento.

Son muchas limitaciones legales o jurisprudenciales, a los medios de defensa que puede hacer valer la afianzadora tratándose del cobro de fianzas fiscales ante la Federación; sin embargo, aunque limitadas, la afianzadora no paga a primer requerimiento, sino que tiene el derecho de hacer valer las causales de improcedencia que considere pertinentes, aunque, muchas de tales causales se han disminuido en forma considerable.

CAPÍTULO CUARTO

⁶⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, Novena Época, Tomo XVI, Noviembre de 2002 página 437.

⁶⁷ Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, Novena Época, Tomo: XVI, Octubre de 2002 página 280.

ACCIONES DE LA AFIANZADORA EN CONTRA DEL FIADO, SOLICITANTE OBLIGADO SOLIDARIO, CONTRAFIADOR ANTES O DESPUÉS DE HABER PAGADO UNA RECLAMACIÓN.

1.- Acciones establecidas en los artículos 97 y 98 de la ley.

1.1.- El artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- Antes de efectuar el pago de la reclamación presentada por el beneficiario de la fianza, la institución afianzadora tiene derecho a ejercitar una acción en contra del solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario para exigir que garanticen mediante prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución,⁶⁸ con motivo de la fianza, en los siguientes casos, señalados por el artículo 97 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

a).- Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada;

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, ha sustentado al resolver el amparo 659/74 que “no se desprende que la ley establezca algún requisito o condición para hacer procedente la acción correspondiente ejercitada por la afianzadora, ya que para ello únicamente basta que se le haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad a virtud de la fianza otorgada.”⁶⁹

b).- Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible, aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior;

c).- Cuando cualquiera de los obligados sufran menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;

d).- Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o a su domicilio;

e).- Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de terceros de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación ;

f).- En los demás casos previstos en la legislación mercantil.

1.2.- El artículo 98 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- Este artículo indica que las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, para obtener el *secuestro precautorio(sic)* (debe decir embargo) de

⁶⁸ Tal derecho es distinto al que establece el artículo 2836 del Código Civil Federal para que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza.

⁶⁹ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 79 Cuarta Parte, página 41.

bienes antes de haber ellas pagado, con la sola comprobación de alguno de los extremos que señala el artículo 97 de la Ley.

2.- Acción establecida por el artículo 96 de la ley.

2.1.- La acción de reembolso.- La afianzadora tiene una acción personal o de reembolso en contra del fiado, como la llama Sánchez Medal⁷⁰, que se encuentra establecida por el artículo 24 cuarto párrafo de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y que señala:

“Salvo prueba en contrario, la obligación a cargo del fiado de indemnizar a la institución de fianzas de que se trate, se derivará del acreditamiento por parte de la institución de fianzas de haber expedido póliza de fianza o comprobar en cualquier otra forma que ésta le fue de utilidad al fiado, aun cuando éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza”.

Esta acción de reembolso, en principio, se puede ejercitar en la vía ordinaria mercantil, pero, si se cumple con determinadas condiciones, que más adelante se verán, puede ser ejercitada en la vía ejecutiva establecida por el artículo 96 de la Ley de la materia y no sólo en contra del fiado, sino también en contra del solicitante, contrafiador u obligado solidario.

2.2- Requisitos para que proceda la vía ejecutiva.- Como hemos dicho, el artículo 96 establece una vía ejecutiva a favor de una afianzadora, a través de la cual puede ejercitarse la acción de reembolso o de indemnización, en contra de las personas que se mencionan en el mismo, si se cumple con diversos requisitos:

a).- Exhibir el “documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario”.

b).- Copia simple de la póliza de fianza.

c).- La Certificación de la o las persona facultadas por el Consejo de Administración de que la afianzadora pagó al beneficiario.

3.- Acción de subrogación.

En cuanto a la subrogación por pago al acreedor, el artículo 122 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece 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.”

⁷⁰ Sánchez Medal, Op.cit. pág. 462, aunque la refiere a la fianza civil y concretamente a lo establecido por el artículo 2828.

Sánchez Medal nos dice que para intentar la acción de subrogación no es necesario dar aviso al deudor antes de hacer el pago, ya que “en ésta el fiador toma el lugar del acreedor y, en consecuencia, el deudor podrá oponer de todas maneras al fiador las excepciones que hubiere tenido en contra del acreedor”.⁷¹

Es raro que una afianzadora ejercite la acción de subrogación, sobre todo por los problemas que se pueden dar en la práctica.

La acción de reembolso y la acción de indemnización quedan sujetas al plazo prescriptorio de diez años que establece el artículo 1047 del Código de Comercio, de aplicación supletoria a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

4.- Procedimiento convencional.- En el artículo 103 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se dispone que las instituciones de fianzas podrán convenir con el solicitante, 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, independientemente de lo dispuesto por la ley. Para ello, las partes se deben sujetar a lo establecido en el Libro Quinto del Código de Comercio y demás leyes aplicables, con las siguientes modalidades:

I.- El procedimiento convencional podrá pactarse en los propios contratos solicitud de fianza o en documentos por separado, ratificados ante notario o corredor público o ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

II.- Dicho procedimiento 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.

CAPÍTULO QUINTO

LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO

1.- Concepto de garantías independientes.

Las garantías independientes, también han sido llamadas autónomas, abstractas, a primera demanda, a primera solicitud, a primer requerimiento, a primera intimación, contrato autónomo de garantía, etc.

Las concepciones de tales garantías engloban una característica común, el ser pagaderas a primer demanda, (que, como se verá es una pero no la única nota que configura a este tipo de garantías) así como que el garante no podrá oponer excepciones relativas a la obligación subyacente al beneficiario.

⁷¹ Sánchez Medal, de los Contratos, Op.cit, pág. 462.

Se han utilizado también otras denominaciones, como “aval a primer requerimiento”, “fianza a primer requerimiento”, “garantía bancaria” “fianza incondicional”, expresiones que como lo señalan Núñez Zorrilla y Kemelmajer de Carlucci son peligrosas y pueden crear confusión⁷².

Entre otras concepciones de la “garantía independiente” “a primer requerimiento” o “autónoma”, que se han propuesto, tenemos las siguientes:

Cabrillac y Mouilly⁷³ la definen “como el compromiso de pagar una suma determinada asumido en garantía de la ejecución de una operación económica de la que es independiente, de manera que su beneficiario no podrá oponer las excepciones que pudieran derivarse de la relación subyacente garantizada”

María del Carmen Gete-Alonso y Calera describe a la garantía independiente como “aquel contrato mediante el que una persona –garante- se compromete a realizar el pago de una obligación en dinero al beneficiario (acreedor) a raíz de la presentación de una reclamación por el acreedor-beneficiario de que ha tenido lugar el incumplimiento o inexacto incumplimiento por parte del deudor de la obligación asegurada y a no oponer excepciones al mismo (las que afectan a la validez eficacia y vicisitudes de la relación obligatoria garantizada).”⁷⁴

Son características de las garantías independientes que no son accesorias de la obligación garantizada, en el sentido de accesoriedad que se da en la fianza, y ello en razón de que las vicisitudes de la obligación subyacente no afectan a la obligación de garantía en el momento del pago, ya que el garante renuncia a oponer al beneficiario las excepciones relativas a la relación de valuta (la de acreedor y deudor).

2.- Origen de este tipo de garantías independientes.

En cuanto a la génesis de este tipo de garantías, se ha querido descubrir la misma desde el derecho romano, aunque, los autores coinciden en que uno de los pioneros en cuanto a su análisis y estudio fue Rudolf Stammler⁷⁵, quien en 1886 publicó un estudio dedicado al

⁷² Núñez Zorrilla, Op.cit., página 20, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las garantías a primera demanda, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número 2, 1996, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, consultado en www.rubinzal.com.ar/revistas/privadoycomunitario/garantias-e.htm. Nota: en las referencias a esta obra no se indica el número de página, porque el trabajo fue consultado a través de internet.

⁷³ Citados por San Juan Crucelaegui Javier, Javier, *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, página 59.

⁷⁴ , Núñez zorrilla, Op. Cit., *Prólogo*, página.11.

⁷⁵ Carrasco Perera, Op.cit., páginas 24 -27; Carrillo Pozo, Luis F. Luis F., *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España ,Bolonia, 2000 página 26; Reyes López, Op.cit. página 40, San Juan Crucelaegui, Op.cit., página 60.

Garantievertrag o contrato de garantía, advirtiendo él mismo que se trataba de una primicia en el mundo de los contratos. Este contrato de garantía se caracteriza porque “el garante, que es normalmente una entidad de crédito o una compañía aseguradora se obliga a cumplir la prestación de la garantía al primer requerimiento, bastando la simple declaración del acreedor beneficiario que constata que se ha verificado el incumplimiento o el inexacto cumplimiento de la obligación principal y, sin ninguna posibilidad de oponer excepciones, sin perjuicio de la eventual oposición posterior al pago, con relación al deudor.”⁷⁶

Y se desarrolla este tipo de garantías, en la Alemania del siglo XIX, en principio, como un medio para sustituir el depósito caucional de dinero, y, explica carrillo Pozo, no surge la garantía independiente como una fianza, ni como su depuración ni por oposición a ella, ni se trata de algo pensado específicamente para el comercio internacional.⁷⁷

Pero, del derecho interno Alemán, debido al avance en los tratos comerciales, las comunicaciones, los avances tecnológicos, es en el ámbito internacional en donde se han desarrollado con mayor amplitud las garantías independientes, en especial, han tenido impulso como un medio por el cual los países del tercer mundo, han buscado asegurarse el cumplimiento de las obligaciones a cargo de empresas de los llamados países desarrollados.⁷⁸ “En la década de los años setenta, el enorme flujo de dólares que arribó a los países árabes de resultas de la crisis del petróleo hizo posibles los grandes planes de inversión desarrollados por dichos países que primordialmente se centraron en la construcción de infraestructuras y equipamiento industrial. El decaimiento de la demanda en los entonces países desarrollados de resultas de las dificultades financieras consecuencia de la crisis del petróleo y el incremento de la misma en aquellas otras áreas del mundo promovieron la llegada de numerosas empresas europeas y americanas a dichos países árabes para la ejecución de los citados proyectos de expansión. La posición especialmente fuerte de aquellos mercados «compradores»les permitió la exigencia de prestación de garantías para el aseguramiento de la buena ejecución de los proyectos a dichas empresas encomendados, con lo que comenzó la generalización de la emisión y prestación de garantías independientes”.⁷⁹ Y del derecho internacional, el uso de garantías independientes se ha ido expandiendo al ámbito interno de los países.

Así, este tipo de garantías en una época más reciente, se expandieron debido a la globalización, a la realización de grandes obras, en las que la fianza sería una garantía insuficiente dado su regulación o, si se quiere pensar así, la fianza se fue adecuando a las necesidades del tráfico comercial.

⁷⁶ Reyes López, Op.cit. páginas 40-41.

⁷⁷ Carrillo Pozo, Op.cit. página 26.

⁷⁸ Reyes López, Op.cit., página 40, Kemelmajer, Op. Cit.

⁷⁹ San Juan Crucelaegui, Op.cit., página 61.

3.- Especies de garantías independientes.

Se dice que las garantías independientes de uso más habitual son dos⁸⁰:

a).- La carta de crédito *standby* (llamada también carta de crédito contingente)

Este tipo de garantías surge en los estados Unidos Americanos a mediados del siglo pasado, en donde los bancos idearon la posibilidad de crear un subterfugio, ante la prohibición de emitir garantías, por lo que crearon la carta de crédito *standby*, para no tener que hablar de garantía, y se tomó como base la carta de crédito comercial, o crédito documentario.

El crédito documentario o carta de crédito comercial es un instrumento de pago, a través del cual un banco (emisor) obrando por solicitud y conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante) debe hacer un pago a un tercero (beneficiario) contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones de crédito. Generalmente, tiene su origen en un contrato de compra-venta de mercancías

Se define a la carta de crédito *standby* como “una obligación irrevocable, independiente, documentaria y vinculante para todas las partes, que emite un banco (emisor) a solicitud y por cuenta de su cliente (ordenante), para garantizar a un tercero (beneficiario) el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer. En caso de incumplimiento, el beneficiario tiene el derecho de hacer efectiva la Carta de Crédito “Stand By” contra la presentación de una carta de incumplimiento que él mismo emite.”⁸¹

Las cartas de crédito *standby* han sido consideradas en realidad como un crédito documentario., pero en el cual su función no es de instrumento de pago, sino solamente de garantía. A diferencia de la carta de crédito comercial que básicamente es un mecanismo de pago, la carta de crédito *standby* es una especie de garantía independiente que se utiliza para cubrir obligaciones por falta de pago. “En estos contratos, la función propia y específica de los créditos documentarios consistente en servir de instrumentos de mediación en los pagos desaparece, y deja paso a una función contractual estrictamente de garantía. Ya no se trata de garantizar el pago de una suma de dinero por medio de la intervención de un banco que otorga un crédito y que se compromete a efectuar el pago del mismo, sino que únicamente se pagará la cantidad por la que se concedió el crédito cuando se haya producido el supuesto garantizado, que normalmente será el incumplimiento total o parcial del ordenante o deudor principal.”⁸²

⁸⁰ Riva L, Jorge, L. *Garantías independientes*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1999, página 19 y siguientes.

⁸¹ Definición tomada de la “Guía para requisitar la Solicitud de Emisión de Carta de Crédito “Stand By” o de garantía Independiente (Formato F-20)” visible en la página web del Banco Nacional de Comercio Exterior: www.bancomext.com.

⁸² Sánchez-Calero Guilarte, *El Contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995, páginas 111 a 112.

b).- Las garantías a primera demanda o primer requerimiento.

Aunque ambas garantías son independientes sus diferencias básicas son en cuanto a su mecánica operativa, aunque puedan servir para lo mismo.⁸³ Así, se ha dicho que “los créditos documentarios stand-by, originarios de los EEUU, son en lo substancial iguales a las garantías independientes europeas. Su función y caracterización jurídicas, primordialmente la regla de la independencia frente a la operación subyacente y la naturaleza documentaria de las condiciones para la realización del pago, son iguales a las que caracterizan a las garantías europeas, pudiendo ser utilizados para los mismos propósitos y contener las mismas condiciones de pago. Ello se pone de manifiesto en la Convención de la UNCITRAL, para la regulación de las garantías independientes, que incluye en un plano de igualdad o identidad a ambas figuras o mecanismos, que son regulados de igual manera.”⁸⁴

En el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, firmada en Nueva York el 11 de diciembre de 1995, se señala que una “promesa” es una “obligación independiente, *conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente*, asumida por un banco o alguna otra institución o persona (“garante/emisor”), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiere, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia.”⁸⁵

No obstante, “de hecho existen diversos cuerpos normativos, recopilaciones de usos y costumbres de la Cámara de Comercio Internacional, según se trate de una u otra garantía: la publicación 458 para las garantías a primera demanda y la publicación 500 o la 590 para la carta de crédito *standby*. Según sea la publicación a la que el texto de emisión de la garantía remita, habrán de existir ligeras variantes en el alcance de las obligaciones”⁸⁶.

En este estudio nos abocaremos únicamente al segundo tipo de garantías independientes, aclarando que los conceptos “garantías independientes” y “garantías a primer

⁸³ Los autores coinciden en que las características de ambas figuras son muy similares, y sus diferencias son, sobre todo en la forma de su reclamo, al respecto puede verse: Núñez Zorrilla, Op.cit., páginas 204 a 212; Pérez Romero, María Isabel, *Breves consideraciones sobre garantías independientes y las cartas de crédito contingente en el contexto internacional y su regulación en México*, Tesis, ITAM, 1998, páginas 60 a 70; Sánchez Calero-Guilarte, Op.cit. páginas 109 a 119; San Juan Crucelaegui, Op.cit, páginas 91 a 112.

⁸⁴ San Juan Crucelaegui, Ibid página 80.

⁸⁵ La convención se consultó en: <http://www.uncitral.org/spanish/texts/payments/garantees-s.htm>

⁸⁶ Riva, Op.cit, página 20.

requerimiento” son sinónimos, y la distinción en cuanto a especie es meramente operativa, en razón del diverso tratamiento que se ha dado a las cartas de crédito *standby*.

4.- Sujetos que intervienen en la contratación de una garantía independiente típica.

Las partes básicas en las garantías a primera demanda son tres:

a).- El ordenante.- Es el que solicita a la institución financiera el otorgamiento de la garantía, generalmente es el deudor en la obligación subyacente,

Aquí, es cuestionable si cualquier persona puede solicitar a una institución garante que asuma una garantía independiente. El ordenante es quien se encuentra en mayores aprietos en el caso de hacerse efectiva la garantía, por lo que no cualquiera podría acceder a este tipo de garantías, además, en razón de protección al público consumidor, si el deudor es una persona física y la obligación asumida por éste no deriva del ejercicio de actividades empresariales o profesionales⁸⁷, no se le debería de exigir para garantizar su obligación una garantía independiente y no podría ser, por lo tanto, ordenante.

b).- El garante.- Es la institución (banco, aseguradora, etc) que emite la garantía.

Se ha discutido también si un particular, que no sea una institución financiera, puede obligarse a emitir una garantía independiente con base en el principio de la autonomía de la voluntad, pero, una gran parte de los estudiosos de esta figura se inclinan por que no sea así., opinión que comparto en razón del riesgo que esto conlleva⁸⁸. Aunque no se ha dicho todo sobre el tema y, por ejemplo, la jurisprudencia francesa ha admitido que un particular pueda emitir garantías independientes.

c).- El beneficiario.- Es la persona en cuyo favor se emite la garantía.

Pueden intervenir más sujetos, sobre todo en lo que toca al ámbito internacional, como el llamado “contragarante”. Así, cuando intervienen entidades bancarias, puede intervenir también una “parte instructora” que es el “banco situado en el país del principal, el cual solicita a un banco ubicado en el país del beneficiario la emisión de una garantía (banco garante) a favor del beneficiario, por cuenta y en los términos que le haya instruido su cliente/principal.”⁸⁹ También “en algunos casos, el banco emisor utiliza los servicios de otro banco situado en el país del beneficiario para avisar la garantía, este banco llamado avisador, no asume frente al beneficiario ninguna obligación de pago, sino que recibe sus instrucciones del banco emisor o garante y actúa como su corresponsal o agente para dar a

⁸⁷ Vid. Carrasco Perera, página 254.

⁸⁸ Ibid, páginas 253-254; Kemelmajer, Op.cit.

⁸⁹ Pérez Romero, Op. Cit. Página 11.

conocer al beneficiario los términos del instrumento y las demás comunicaciones que le solicite el garante.”⁹⁰

5.- Ventajas para los interesados en las garantías independientes

Aunque podría pensarse que el único que obtiene beneficios en las garantías a primer requerimiento es el beneficiario, las mismas tienen ventajas para todos los que intervienen.

a).- Para el ordenante.- El ordenante obtiene la ventaja de que su imagen se ve robustecida como una persona cumplida, seria y digna de crédito, tan es así que, inclusive obtiene una garantía de una institución financiera, que la tiene que dar de cumplirse suficientes requisitos con los cuales, a su vez ésta se respalde para el caso de que tenga que llegar a pagar la garantía. Además, tiene la facilidad de acceder al contrato u obligación con respecto de la cual se le solicita la garantía. Así, el ordenante sabe que el acreedor no le adjudicará el contrato o celebrará el acto jurídico correspondiente si no le da la garantía

b).- Para el garante.- La principal ventaja para el garante es que éste no tiene que hacer valer las excepciones de la relación subyacente, con lo cual no se ve inmiscuido en discusiones o enfrentamientos que atañen al deudor y acreedor de tal relación, además de que cobra al ordenante por emitir la garantía y, una vez que hace el pago, en el supuesto de que le sea requerida la garantía, puede ejercer su derecho de reembolso en contra del ordenante, sin que se pueda decir que realizó un pago indebido.

c).- Para el beneficiario.- Este es el que mejor queda posicionado, ya que en caso de incumplimiento del deudor en la relación subyacente, obtiene un pago inmediato al cobrar la garantía, sin que tenga que verse forzado a demostrar que realmente existió el incumplimiento; además, como el garante es una institución de acreditada solvencia, obtiene la certeza de que le será cubierta su reclamación. “si se pactó a «primera demanda» de forma que basta la simple indicación del beneficiario para estimar como válida su reclamación, no podrá exigírsele la prueba del incumplimiento o incumplimiento defectuoso. Con esa cláusula, en lugar de verse demostrado a demostrar la validez o fundamento de su reclamación, el beneficiario traslada la carga de la prueba a la persona del ordenante, que en caso de estar disconforme con el pago de la garantía, será el obligado a actuar judicial o extrajudicialmente. En el primer caso, será el actor procesal y en el segundo será quien inicialmente deberá aportar pruebas efectivas en apoyo de su postura. Con ello, el beneficiario desplaza toda posible discusión sobre su derecho a cobrar la garantía a un eventual procedimiento judicial en el que la iniciación y carga de la prueba corresponde a la otra parte tal y como hemos señalado.”⁹¹

6.- Tipos de garantías independientes o autónomas, por relación a las obligaciones garantizadas

⁹⁰ Idem..

⁹¹ Sánchez-Calero Guilarte, Op.cit. página 28.

Los tipos de garantías independientes se asemejan mucho a los tipos de fianza, como garantía habitual en los contratos de obra pública y servicios relacionados con las mismas o contratos de adquisiciones.

a).- La garantía de mantenimiento de la oferta o de licitación (*Tender guarantee o bid bond*)

Para Juan Sánchez Calero, “este tipo de garantía persigue impedir que el licitante retire su oferta una vez que se le adjudicó la licitación o, en tal caso, no se demuestre dispuesto a firmar el contrato dentro del plazo establecido. En un sentido amplio, cabe decir que con esta garantía se persigue obtener una cobertura suficiente frente al riesgo de que el licitante adjudicatario no esté dispuesto a mantener su oferta, y la consiguiente realización de ésta, en los términos ofrecidos.”⁹²

En México, en el ámbito federal, y en cuanto a la fianza, se preveía en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que no es vigente, en su artículo 38, que quienes participaran en las licitaciones o celebran los contratos a que se refería dicha ley, deberían de garantizar “la seriedad de las proposiciones en los procedimientos de licitación pública”.

Y en el artículo 50 de la derogada Ley de Adquisiciones y Obras Públicas establecía que “El proveedor a quien se hubiere adjudicado el contrato como resultado de una licitación, perderá en favor de la convocante la garantía que hubiere otorgado, si por causas imputables a él, la operación no se formaliza dentro del plazo a que se refiere este artículo”.

No obstante, en gran parte de las entidades federativas se sigue solicitando la garantía de mantenimiento de oferta.

b).- La garantía de restitución de los anticipos o de reembolso (*advance payment bond o repayment bond*).- Esta garantía está “destinada a asegurar los adelantos monetarios hechos por el comprador o propietario de una obra para hacer posible al vendedor o constructor de la adquisición, a su vez, de aquello necesario para la construcción de lo que se debe suministrar (vgr. Una máquina) o a la realización de acopios previos al inicio de la construcción. A su vez, normalmente esta garantía suele estar compensada por otra garantía por una cantidad igual de dinero que se irá extinguiendo, de forma progresiva, según las previsiones del contrato al respecto y conforme el importe de la ejecución parcial de las obras se vaya correspondiendo con el importe de los anticipos realizados.”⁹³

En México, se contempla, sin que sea una garantía a primer requerimiento, pero que corresponde al concepto de lo garantizado, en la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados que los contratistas que celebren los contratos a que se refiere dicha ley deberán garantizar: “los anticipos que, en su caso, reciban” (Artículo 48)

⁹² Ibid., página 49.

⁹³ San Juan Crucelaegui, Op.cit., página 215.

c).- La garantía de cumplimiento o de buena ejecución (*performance bond*).- “Consiste sencillamente, en la garantía del cumplimiento de una obligación; de la correcta ejecución del contrato...Y suele ser habitual que el importe de esa suma no sobrepase el 10% del precio señalado en el contrato.”⁹⁴

En nuestro país también se indica en el artículo 48 fracción II de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que los contratistas que deberán garantizar: “el cumplimiento de los contratos”. Esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo.

El artículo el artículo 26 del hoy derogado Reglamento de la Ley de Obras Públicas señalaba que la garantía para el cumplimiento del contrato se ajustaría a lo siguiente: “I.- Se constituirá fianza por el diez por ciento del importe de la obra contratada, mediante póliza de institución autorizada”

Ahora, en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala que, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades fijarán las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse”.

En cuanto a las garantías independientes, “característica fundamental de la *performance bond* es la prestación de una garantía por obligaciones cuyo contenido no se encuentra todavía determinado. Por este motivo existe en ella siempre un rrenvío a la relación de base, en el que se indican los hechos en relación a los cuales puede surgir la responsabilidad del garante y la cuantía máxima de su compromiso, así como también el mismo ámbito de operatividad de la garantía.”⁹⁵

Nos dice Sánchez- Calero Guilarte que este tipo de garantías son las más conflictivas por lo que toca a su reclamación, “ya que como consecuencia de su propio objeto, no es extraño que el beneficiario y el ordenante de la garantía discrepen sobre si se ha producido el supuesto garantizado. Éste ...puede consistir en el incumplimiento o en la no ejecución de una obligación aislada, que a su vez puede traducirse en una o varias prestaciones, o referirse dicho cumplimiento, y la consiguiente garantía del mismo, a todos los derechos que para el beneficiario se derivan de un contrato. E incluso, no es extraño que aunque la garantía de ejecución o cumplimiento se refiere a una única y concreta prestación del deudor principal, el beneficiario de la misma amenace con su reclamación para conseguir que aquél acceda a sus pretensiones en relación con un aspecto del contrato que no estaba vinculado de ninguna forma con la garantía.”⁹⁶

⁹⁴ Sánchez-Calero Guilarte, Op.cit., página 52.

⁹⁵ Núñez Zorrilla, Op.cit., página 37.

⁹⁶ Sánchez –Calero Guilarte, Op.cit., página 56.

d) La garantía de manutención o de mantenimiento de la ejecución (*maintenace bond*). “Tiene por objeto asegurar durante los primeros meses el mantenimiento de las condiciones originarias de funcionamiento contra vicios o anomalías de construcción, etc., que el propio beneficiario dene controlar.

Existen muchos otros tipos de garantías independientes con respecto a la obligación que se garantiza⁹⁷: La garantía de retención o de descuento (*retention guarantees*); garantías de derecho de aduana (*customs guarantees*); garantías judiciales (*judicial guarantees*); garantías de pago de obligaciones dinerarias (*paymen guarantees*), etcétera.

Pero, como señala San Juan Crucelaegui, “la versatilidad de las garantías independientes hace que no tenga particular interés su clasificación por relación al tipo de obligación garantizada, pues tal versatilidad hace que resulten utilizables para el aseguramiento de prácticamente cualquier clase de riesgo”⁹⁸.

7.- Tipos o modalidades de garantías independientes en cuanto a forma de su reclamación.

a).- La garantía independiente simple a primer requerimiento.- En este caso basta y sobra la sola presentación de la reclamación por escrito por parte del beneficiario, dentro del período de cobertura, sin mayor explicación de este, para que proceda el pago de la garantía. Por lo tanto el garante tiene que confiar en la palabra del beneficiario, salvo que en forma manifiesta se desprenda que el cobro de la garantía es abusivo. Y, sino se desprende tal situación, se debe creer en la buena fe del reclamante, aunque, eso no obsta para que, si la reclamación fuera injustificada que el ordenante pueda, con posterioridad ejercer la acción que corresponda en contra del acreedor para demandar el pago indebido.

Este tipo de garantía, es en extremo peligrosa, pero es la más adecuada para los intereses del beneficiario.

b).- La garantía a primera demanda justificada.- En este caso, además de la reclamación por escrito del beneficiario, éste debe dar una explicación del motivo del incumplimiento por parte del ordenante, esta justificación la realiza el propio beneficiario, sin necesidad de aportar pruebas de su parte para acreditar el incumplimiento, sino solamente indica en qué consistió el mismo.

c).- La garantía independiente o a primera demanda documentaria.- En este tipo de garantía, no basta la sola presentación de la reclamación por escrito, de parte del beneficiario, ni que éste indique cuál fue la causa que originó el incumplimiento del ordenante para que se haga efectiva, sino que, además, se deben de acompañar determinados documentos que se ha precisado en la garantía, con lo cual disminuye el riesgo de un cobro abusivo o fraudulento por parte del beneficiario.

⁹⁷ Pérez Romero, Op.cit., páginas 25 a 26; Riva L., Op.cit., páginas 11 y 12.

⁹⁸ San Juan Crucelaegui, Op.cit., página 216.

Núñez Zorrilla indica que la declaración o solicitud del beneficiario en este tipo de garantía se puede llevar a cabo de las siguientes maneras:

- “a) A través de documentos emitidos por él mismo.
- b) Por medio de un certificado emitido por un perito (no árbitro) por ejemplo de una Cámara de Comercio, o por un experto previamente acordado por las partes, en cuyo caso la garantía sigue siendo “autónoma”, porque el pago de la entidad garante dependerá simplemente de la presentación del certificado previsto.
- c) finalmente, la excusión también puede consistir en una sentencia o laudo arbitral que condene al deudor principal.”⁹⁹ Estas últimas tienen poca utilidad práctica, y generalmente tienen una duración indefinida.

8.- Características de las garantías independientes

Núñez Zorrilla señala que el “contrato autónomo de garantía” presenta los siguientes datos característicos:

- “1.- La garantía tiene un objeto distinto del propio de la obligación garantizada.
- 2.- En general, la garantía cubre al acreedor de los riesgos de incumplimiento no sólo típicos, sino también atípicos.
- 3.- El garante no podrá hacer valer las excepciones derivadas de la relación contractual subyacente.
- 4.- El garante deberá pagar la suma convenida a primer requerimiento del beneficiario.
- 5.- La garantía normalmente presenta forma escrita.
- 6.- La exigencia del establecimiento de un plazo de validez para la garantía”.

9.- Relaciones involucradas en las garantías independientes

9.1 Relación entre garante y ordenante.

Para diversos autores españoles consultados, surge entre ambos una relación derivada de un contrato de mandato o comisión¹⁰⁰, del cual se derivan las siguientes obligaciones tanto para el ordenante como para el garante.

⁹⁹ Núñez Zorrilla, Op.cit., página 28.

¹⁰⁰ San Juan Crucelaegui, Op.cit., página 236, Núñez zorrilla, Op.cit., página 219; Sánchez Calero-Guilarte, Op.cit., páginas 154 a 157.

a) Obligaciones del ordenante

-El pago de una remuneración al garante.

Cada entidad es libre de fijar el monto de la prima que cobrará por emitir la garantía. Se cobra un porcentaje sobre el monto a garantizarse, “la comisión suele hacerse depender del volumen de riesgo financiero y jurídico que presenta cada operación de acuerdo con su análisis por parte del banco. En el plano obligacional la comisión es el precio de la prestación bancaria concreta, o lo que es lo mismo, el valor económico de la asunción por el banco de su condición de garante. La comisión es la remuneración correspondiente a la actividad a cuyo cumplimiento se obliga el banco, consistente en concluir un contrato de garantía con el beneficiario de acuerdo con las instrucciones del cliente.”¹⁰¹

- Dar al garante las instrucciones adecuadas para la conclusión del contrato de garantía con el beneficiario.

Las instrucciones deben ser claras y precisas, ya que el garante realizará el pago conforme al texto de la garantía. El ordenante deberá indicarle el beneficiario, el importe de la garantía, plazo de validez, forma de pago de la garantía, etcétera.

- Anticipar de fondos al garante.

Aunque la naturaleza de las garantías independientes no lo exige, generalmente el garante pide al ordenante que le anticipe fondos. Normalmente tal cantidad no se entrega con la finalidad de que se otorgue la garantía. “no es la ejecución del contrato lo que se pretende financiar con esa cantidad, sino que se persigue establecer una cobertura ante la posibilidad de que el banco tenga que pagar la garantía. de ahí que pueda afirmarse que la entrega de esa cantidad en concepto de anticipo o provisión impropios obliga a presumir que el banco considera que el aval solicitado conlleva un riesgo esencial (por la naturaleza de la prestación o resultado garantizados; por la persona del beneficiario, etc.), o bien que su cliente no es suficientemente solvente como para asegurar al banco el reembolso en caso de pago de la garantía. Sin embargo, entendemos que ello no autoriza a afirmar que nos encontramos ante una provisión de fondos, sino que, en rigor, se trata de una forma a través de la que el banco trata de asegurarse frente al posible pago de la garantía: no es una provisión para la ejecución de la comisión; se trata, por el contrario, de una cantidad sobre la que el banco hará recaer las consecuencias del cumplimiento del contrato de garantía y no los gastos derivados de la ejecución de la ejecución.”¹⁰²

- Obligación de constituir las contragarantías que el banco solicite.

Señala Sánchez-Calero Guilarte que las contragarantías pueden ser de tres tipos. “El primero es el que comprenden las garantías reales, prenda o hipoteca de bienes del

¹⁰¹ Sánchez Calero-Guilarte, Op.cit. página 163.

¹⁰² Ibid., página 178.

ordenante o de un tercero. En segundo lugar, están las garantías personales, por medio de las que un avalista ordenante se compromete frente al banco con relación a la posibilidad de que éste tenga que pagar la garantía. Finalmente, un tercer tipo de contragarantía es la que suele definirse como «pura», por cuanto consiste en un contrato formalizado en póliza intervenida por agente mediador, y cuyo objeto exclusivo es el de asegurar los riesgos derivados del otorgamiento del aval para el banco.»¹⁰³

En materia internacional, una entidad financiera generalmente actúa como contragarante. Y en este caso, la contragarantía se da cuando el deudor y acreedor en la obligación subyacente pertenecen a distintas nacionalidades y el beneficiario para evitar problemas en cuanto a competencia y por tanto, el cobro de la garantía, quiere que el garante sea una institución de su país, para lo cual el ordenante solicita a una institución financiera que se dirija a una del país del beneficiario, para que ésta sea la que emita la garantía, comprometiéndose la del país del ordenante a la restitución del pago que llegue a realizar la del país del acreedor beneficiario.

Nos dice Núñez zorrilla que “la solución más frecuente consistirá en que la garantía se emita directamente por la entidad financiera del país del beneficiario, de acuerdo con las instrucciones de la entidad ordenante que se limitará a contragarantizar la garantía así emitida, asegurando al garante su derecho al reembolso correspondiente... El banco emisor de la garantía (segundo banco) deberá ajustarse a la reglamentación local en su caso, y siempre a las instrucciones recibidas del banco ordenante (primer banco), que a su vez actúa de acuerdo con las instrucciones recibidas del deudor principal...Dicho banco del ordenante se limita a trasladar al garante (segundo banco) las instrucciones del ordenante-deudor, pero no existe vínculo jurídico alguno que ligue al ordenante con el banco garante. Porque frente al ordenante sólo responderá su banco (contragarante), tanto por la adecuada emisión de la garantía como por su correcta ejecución.»¹⁰⁴

- Obligación de reembolsar al Garante todos los gastos que para éste hubiera supuesto la garantía.

|
El ordenante debe pagar los gastos originados por la tramitación y conclusión de la garantía independiente, incluyendo los que se originen con motivo de la reclamación que en su caso presente el beneficiario. También debe reembolsar al garante lo que éste pagó al beneficiario.

- La obligación de liberar a la entidad garante de la conclusión del contrato de garantía y de las obligaciones derivadas del mismo.

Estas obligaciones tienen su origen en la fianza, y tiene a asegurar el derecho de regreso del garante frente al deudor. La responsabilidad del garante puede aumentar, ya sea porque exista un inminente reclamo o porque las garantías otorgadas sean insuficientes

¹⁰³ Ibid., página 182.

¹⁰⁴ Núñez Zorrilla, Op.cit., páginas 227-228.

Si una vez recibidas las instrucciones del ordenante el garante se da cuenta que las garantías aportadas por éste son insuficientes, puede negarse a emitir la garantía si el deudor no le proporciona las suficientes para asegurar el derecho de regreso del garante. O bien, si ya se emitió la garantía, la entidad financiera puede elegir entre obtener la liberación por parte del beneficiario, lo que difícilmente sucederá u obtener garantías a través de las acciones conducentes, para que en el caso de que llegue a pagar una reclamación pueda tener garantías del deudor con las que ejercerá su derecho de repetición.

b).- Obligaciones del Garante

El garante tiene las siguientes obligaciones para con el ordenante: a obligación de emitir la garantía a favor del beneficiario y en fin, “las obligaciones de atenerse a las instrucciones recibidas y de prestar su consejo profesional al ordenante, el deber de informar acerca de la posibilidad de que se produzca inminentemente la reclamación del pago de la garantía, o el deber de examinar con cuidado razonable los documentos en que se contenga tal reclamación del pago de la garantía o que pudieran acompañar a dicha reclamación de pago.”¹⁰⁵

9.2.- Relación entre el beneficiario y el garante.

La principal obligación del garante es realizar el pago de la Garantía a primer requerimiento si se satisfacen las condiciones establecidas en el texto de la Garantía en cuanto a la documentación que debe presentarse, la vigencia de la garantía, la forma de hacer el reclamo etc.

El garante no podrá oponer al beneficiario las excepciones relativas a la relación subyacente, solamente podrá oponer las relativas a la garantía misma, ya sea porque no se respeten las condiciones pactadas para hacerla efectiva o por excepciones que surgen del garante y que derivan de la propia garantía.

Entre las excepciones que puede plantear el garante, derivadas de la propia garantía, se encuentran las siguientes: vicios del consentimiento del garante; transgresión de una norma imperativa o prohibitiva; la excepción de compensación; la imposibilidad de subrogarse por causas imputables al beneficiario; y la actuación dolosa del beneficiario.

Se pregunta Kemelmajer¹⁰⁶ en qué consiste el dolo y el fraude y qué extensión cabe darles.

Indica la autora citada que en un extremo se encuentran aquellos para quienes habrá dolo y fraude del beneficiario que autoriza a no pagar toda vez que se acredite que el deudor no debe la obligación, sea porque el acto era nulo, sea porque el contrato se resolvió; la noción

¹⁰⁵ San Juan Crucelaegui, Op. Cit. Página 236.

¹⁰⁶ Kemelmajer, Op.cit.

de fraude se extiende, entonces, a todo abuso que consista en un uso objetivamente anormal del Derecho.

Sin embargo, esta postura es criticada por su amplitud que contradice la función de las garantías independientes.

Por eso, en otro extremo, la mayoría exige fraude o abuso manifiestos, que surjan de prueba líquida. En este caso, se dice que el garante no invoca excepciones nacidas del contrato base, sino que él recurre a la conducta abusiva o fraudulenta del beneficiario, que es posterior e independiente de la obligación subyacente.

El garante no podrá oponer excepciones relativas al contrato celebrado con el deudor-ordenante al beneficiario, salvo que se desprenda una conducta dolosa de ambos, como por ejemplo, simulación. Más adelante haremos referencia al caso Enron, en los Estados Unidos Americanos.

Para que el garante no efectúe el pago, también se han llegado a prever las llamadas medidas cautelares en virtud de que el ordenante sabe que de realizarse un pago indebido, será difícil para el sobre todo en materia internacional, recuperar lo pagado

Kemelmajer señala que la respuesta negativa a la posibilidad de que el beneficiario acuda al uso de medidas cautelares se funda en varios argumentos, que ella, a su vez replica en la siguiente forma:

“A. Hay, implícitamente, un pacto de *non petendo* que vincula al deudor del negocio base. El fraude o el abuso no modifica este pacto implícito.

Se contesta: Las cláusulas, expresas o implícitas, que impiden recurrir a la justicia serían nulas pues el derecho a la tutela jurisdiccional es irrenunciable anticipadamente.

B. La dilación de estos juicios podrían provocar que, mientras se sustancien, venza el plazo de vigencia de la garantía.

El riesgo es subsanable pues el plazo de la garantía se suspende mientras dura el juicio.

C. Por esta vía se introducen las relaciones del contrato base, en contra de toda la economía de la figura. El deudor no puede inmiscuirse en las relaciones entre el garante y el beneficiario frente a las cuales él es un tercero; su única alternativa es hacerlo cuando el banco pretende la acción de reembolso. Hasta que esta situación no se produzca, no puede probar el peligro en la demora.

El fraude, se dice, siempre hace excepción a todas las normas generales, pues todo lo corrompe. De cualquier modo, el argumento no responde a la realidad. La medida inhibitoria, incluso, puede resultar tardía, pues el banco, o bien recibió el dinero antes, o se lo descuenta a su cliente, directamente, de la cuenta corriente.

D. El derecho de defensa del beneficiario aparece perturbado pues el acreedor debiera ser, inequívocamente, parte interesada en esta acción.

La réplica a este argumento es que hay otros supuestos en que la cautelar perjudica a un tercero, por ejemplo, cuando el juez dispone que el comprador no puede vender a otro, ese tercero (el subadquirente) está perjudicado por la orden dada de no transferir.

E. El ejercicio de derechos potestativos (como es el del beneficiario a reclamar la garantía) no puede generar un perjuicio de derecho jurídico irreparable, presupuesto de las medidas cautelares.

Se contesta que las cautelares hoy se otorgan con amplitud, incluso en defensa de los intereses de hecho.

F. Las cautelares se acogen cuando se prueba una amenaza de daño inminente e irreparable. En este caso, se trata de riesgos esperables.

Se responde que el solo hecho de tratarse de riesgos previsibles no impide el acceso a una vía cautelar rápida.”¹⁰⁷

10.- Naturaleza de las garantías a primer requerimiento o independientes

Existen dos criterios en cuanto a la naturaleza de las garantías independientes:

a).- Criterio que considera que las garantías independientes se subsumen en la fianza.

Uno de los principales autores que toma partido por esta postura es Carrasco Perera, quien en su obra Fianza, accesoriedad y contrato de garantía, trata de demostrar que las normas del código civil relativas a la fianza español, dan respuesta y cabida a la posibilidad de construir en el derecho español un contrato de garantía personal no accesorio. Así, Carrasco concluye que “El «contrato autónomo de garantía» o similar designación no es más que una fianza en la cual el fiador ha renunciado a la oposición de excepciones derivadas de la relación de valuta”.¹⁰⁸

Conforme a este criterio el margen de accesoriedad que puede existir en la fianza es amplio, tan es así que existen casos en los cuales tal accesoriedad se ve restringida o nulificada y a los que ya se ha hecho referencia en este trabajo como son las de la fianza que garantiza obligaciones de un incapaz, la fianza que garantiza deudas futuras, etc. además, las disposiciones que regulan a la fianza, muchas de ellas pueden aplicarse a otras garantías personales. En este sentido, se puede decir que conforme a la propia definición legal del contrato de fianza, por virtud de éste el fiador se compromete ante el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace, por lo que conforme a tal definición cualquier garantía personal se reconduce hacia la fianza.

Y, en cuanto a la renuncia a oponer excepciones relativas a la obligación subyacente, también se ha dicho que esto puede hacerse conforme al principio de autonomía de voluntad, conforme al cual los contratantes “disponen de absoluta facultad para constituir y utilizar cualquier fórmula, lo mismo si ésta resulta absolutamente extraña a las previsiones del Derecho positivo, que si supone simplemente una modificación, más o menos amplia, de alguna de las normativamente contempladas y con independencia de que la garantía

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Carrasco Perera, Op.cir., página 256.

“inventada” altere la adecuada ponderación entre los intereses en juego, que preside la regulación legal de la fianza.”¹⁰⁹

También, considerando el hecho de que las normas relativas a la fianza son dispositivas, mas no imperativas. Guilarte zapatero sostiene en cuanto a la renuncia a oponer excepciones que “como el régimen de la fianza tiene carácter dispositivo, no existe obstáculo alguno para que los interesados puedan modificarlo en los términos que estimen oportuno, y establecer la alteración o simplemente la supresión de las excepciones que, frente a la reclamación del acreedor, el artículo 1853 otorga al fiador.”¹¹⁰

Para salvar la norma que establece que el fiador no puede obligarse a más que el deudor, Carrasco ha sostenido que tal norma debe interpretarse en el sentido de que el fiador no puede obligarse a más de lo que podría obtener en vía de regreso del fiado¹¹¹.

b).- Criterio que establece que las garantías independientes constituyen una garantía atípica, distinta a la fianza.

Este es el criterio que ha prevalecido en los estudiosos del tema¹¹², porque la garantía independiente no es accesoria, en el sentido que le da el Código Civil a la fianza, sino una garantía atípica, cuyos caracteres la diferencian de la fianza, la cual de ser considerada así perdería sus rasgos, de manera tal que sería imposible dibujar los rasgos de la misma en una garantía autónoma.

Criterio que la jurisprudencia de los diversos países que han reconocido la validez de las garantías independientes también ha compartido.

Cabe señalar que también se fundamenta la aparición de garantías independientes en el principio de la autonomía de la voluntad, pero no con el fin de derogar ciertas disposiciones de la fianza y que siga siendo ésta la figura que se quiere aplicar, sino creando una nueva garantía personal.

Así, en sentencias emitidas por la Sala Primera del Tribunal Superior de España se ha dicho con respecto al mal llamado “aval a primer requerimiento” que no constituye una fianza, sino que es una garantía atípica.

En una de las tesis se ha dicho:

¹⁰⁹ Guilarte, Op.cit., página 92.

¹¹⁰ Idem, página 92.

¹¹¹ Carrasco , Op.cit., páginas 132 a 135.

¹¹² San Juan Crucelaegui, Op.cit., páginas 220 a 232; Sánchez.-Calero Guilarte, op.cit. páginas 95 a 109, Núñez Zorrilla, Op.cit., páginas 299 a 309.

“...es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el art. 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesorio y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía”¹¹³.

En otra también se ha sostenido lo siguiente:

“...es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el CC, su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la S 11 Jul. 1983, al incidir «las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional», entre «las nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia», así como la S 14 Nov. 1989, en la que se afirma que «toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesorio de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja a la que venimos haciendo mérito», de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, art. 1258 CC, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista.”¹¹⁴

En una resolución más reciente, el Tribunal supremo español también ha sostenido:

“El argumento que se aporta en el motivo consiste en que el aval litigioso no responde a una simple fianza, sino que se presenta mas bien como una garantía exigible en las condiciones pactadas, revistiendo la modalidad de garantía a primer requerimiento o

¹¹³ sentencia del 30 de marzo de 2000, “Naturaleza del Aval a Primer requerimiento: www.promptuarium.org/aval%20primer%20requerimiento%202.htm

¹¹⁴ Sentencia del 17 de febrero de 2000 “Contratos Atípicos e Inominados”, que puede ser consultada en la siguiente página de internet: www.promptuarium.org/avalprimer.htm

primera solicitud, que también opera con otras denominaciones. Esta clase de avales están plenamente admitidos por la doctrina jurisprudencial, como declara la Sentencia de 13 de diciembre de 2002, (que cita las de 11-7-1983, 14-11-1989, 2-10-1990, 27-10-1992, 3-5 y 10-11-1999, 17-2, 30-3 y 5-7-2000). Se reconoce su función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio de requerimiento practicado en forma legal para entender que el obligado garantizado no ha cumplido, si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consecuente liberación del avalista, produciéndose inversión de la carga de la prueba, ya que no se puede exigir al beneficiario que demuestre el incumplimiento del obligado principal.”¹¹⁵

Se diferencian, por lo tanto, las garantías a primera demanda de la fianza, en que las primeras no están reguladas, son contratos atípicos, no son accesorias sino autónomas, el garante no puede oponer las excepciones inherentes a la obligación garantizada, ni las personales del deudor, sino solamente las que derivan de la garantía misma.

11.- La llamada “fianza a primer requerimiento”.- Las palabras a primer requerimiento en una garantía, por lo general llevan implícita la idea de que la misma es independiente.

Al menos, para el derecho Internacional, el uso de la frase a primer requerimiento implica una fuerte presunción de que la garantía sea independiente, tan es así que como ya se ha visto, las garantías independientes son también llamadas garantías a primer requerimiento.

No obstante, en el derecho interno no basta utilizar la expresión “a primer requerimiento”, para que se sobreentienda que operará la garantía como independiente.

Hemos visto ya las características de las obligaciones independientes, entre las cuales se encuentra la de ser pagadas a primer requerimiento, ya sea con la simple solicitud del beneficiario, sin necesidad de señalar el motivo de incumplimiento o bien ya sea justificando éste, esto es dando una explicación del mismo o, por último, acompañando la documentación que se estableció en la garantía para hacerla efectiva; sin embargo, no es suficiente señalar que una garantía es a primer requerimiento, sino que la misma debe de establecer que el garante no puede hacer valer las excepciones.

Ahora bien, con respecto a la fianza, se ha llegado a establecer que en ésta puede incluirse una cláusula que indique que es pagadera a primer requerimiento. En principio se diría que es una antinomia el hablar de una fianza a primer requerimiento, ya que en la fianza típica el fiador puede oponer las excepciones inherentes a la obligación garantizada al acreedor.

No obstante, parte de la doctrina, sobre todo del análisis de la jurisprudencia alemana¹¹⁶ e italiana, han llegado a establecer que puede existir una fianza a primer requerimiento, en el

¹¹⁵ Consultada en la siguiente página
web:http://www.lexnova.es/pub_in/Juris_Gaceta/Sem_21_07_2003/04.htm

cual si bien el fiador al momento en que le sea reclamado el pago de la fianza no podrá oponer las excepciones inherentes a la obligación que se garantiza, las podrá “oponer” en un momento posterior.

En Alemania la postura ha tenido adeptos y detractores. Para los segundos, la cláusula “a primera demanda”, no es conciliable con la figura de la fianza, ya que al momento de realizar el pago el fiador, la fianza se extingue y hasta ese momento era accesoria, el fiador deberá oponer las excepciones relativas antes de realizar el pago, ya que con posterioridad tiene una acción por enriquecimiento ilícito, pero no en razón de la fianza.

En Italia¹¹⁷, se ha aceptado por la jurisprudencia la inclusión de una cláusula de *solve et repete*, en los contratos de fianza, como un renuncia provisional a utilizar excepciones sin perjuicio de repetir posteriormente en contra del acreedor, por el pago realizado indebidamente.

El principio de “*solve et repete*”, aplicado al caso, podría traducirse como “primero paga fiador y después, si el pago que hiciste resulta indebido en virtud de existir excepciones que afectan a la obligación garantizada, repite en contra del beneficiario”.

Así, se dice que “la cláusula “a primer requerimiento” por sí sola tiene un valor esencialmente procesal, ya que se resuelve en la sumisión convencional de las partes a la regla “*solve et repete*”, produciéndose así una inversión de papeles; el beneficiario no ha de demostrar el incumplimiento del deudor principal, y pesará sobre quien posteriormente se dirija contra él la carga de probar que el pago efectuado no resultaba debido. Lo cual no significa que haya necesariamente una autonomía sustancial (que las partes pueden no haber querido); el fiador una vez atendida la demanda, podrá reclamar del acreedor lo cobrado indebidamente (si ese fuese el caso), ejercitando una acción basada en el contrato subyacente. Resulta así que en las fianzas “a demanda” o “a primera demanda”, la nota de

¹¹⁶ San Juan Crucelaegui nos informa de una sentencia de 2 de mayo de 1979, en la que un tribunal alemán aceptó por primera vez de manera expresa que una fianza podía ser pactada como pagadera a primera demanda. “Aceptó la existencia de una fianza sentando que la presencia de la cláusula «a primera demanda» no crea una presunción absoluta de la existencia de un *garantievertrag*, aun cuando puede ser considerada como indicio de la presencia de una garantía y concluyó que la interpretación del acto conducía a su consideración como fianza. El tribunal afirmó a continuación que la función del contrato celebrado es la obtención de una garantía «líquida» lo que implica la renuncia provisional del garante a hacer valer toda compensación y toda excepción derivadas del contrato subyacente. Nada impide al garante dirigirse posteriormente contra el beneficiario indebidamente pagado. La doctrina acogió favorablemente este razonamiento de la corte. La fianza «a primera demanda» es accesoria en la medida en que no hace sino diferir la posibilidad de oponer excepciones; representa sin embargo; representa sin embargo una nueva forma de garantía personal, puesto que se corresponde con un equilibrio de intereses diferente al que la ley consagra en la fianza”. Op.cit., página 129, nota de pie de página número 190.

¹¹⁷ Ibid., páginas 132 a 134.

la accesoriedad se encuentra simplemente suspendida, en el sentido de que sólo entra en juego una vez que se ha hecho efectiva la garantía.”¹¹⁸

A la fianza a primer requerimiento se le ha llamado también “fianza incondicional”, aunque el término todavía genera controversias.

Para Carlos Hoyos, “la fianza incondicional en ningún caso significa renunciar al derecho de defensa. De hecho existe en el derecho desde hace siglos el principio de solve et repete “primero paga y después reclama”, y no hay que olvidar que la única diferencia que tiene una fianza incondicional respecto de una condicional es quién tiene la carga de la prueba. En la fianza incondicional, la carga de la prueba la tiene el beneficiario. Tiene que probar que hay incumplimiento para poder reclamar ... ¿Qué implica la fianza incondicional? Invertir la carga de la prueba. Cuando el beneficiario de una fianza incondicional ejecuta la fianza el afianzador tiene, primero que pagar y luego, si cree que la reclamación no ha sido justa, siempre tendrá la opción de ir a la vía judicial y demostrar que la ejecución fue indebida y solicitar su devolución.”¹¹⁹

El principio de solve et repete no se da en las garantías independientes, en éstas el pago hecho por el garante es un pago bien hecho y el garante no tiene derecho a repetir en contra del beneficiario, ya que al ser la obligación asumida por tal garante, distinta e independiente de la obligación subyacente, no puede repetir por un supuesto pago indebido. Tal derecho de repetición lo tendrá el ordenante de la garantía.

12.- La regulación de las garantías a primer requerimiento.

A pesar de que en diversos países, sobre todo Europeos, se ha reconocido jurisprudencialmente la validez de las garantías independientes o autónomas o a primera demanda, en la legislación interna no se han tipificado, lo que origina diversos problemas en cuanto a su análisis e interpretación para aplicarlas y que se acudan a las directrices que han dictado organismos que no tienen atributos para legislar, como la Cámara Internacional de Comercio. Son pocos los países que han regulado este tipo de garantías, entre ellos, Checoslovaquia (Código de Comercio Internacional Checoslovaco de 1964, arts. 665-675), Alemania (Ley sobre Contratos Económicos Internacionales de 1975, arts. 252-55).¹²⁰

¹¹⁸ Núñez Zorrilla, Op.cit., página 39. En el mismo sentido, San Juan Crucelaegui, Op.cit., página 138.

¹¹⁹ Alcívar Páez et al , et al, “*Garantías a primer requerimiento ¿una problemática tendencia del mercado?*” mesa redonda celebrada en la ciudad de Quito, Ecuador, el 7 de mayo de 2003 en el XVI Seminario Internacional de la Asociación Panamericana de Fianzas, consultada en la siguiente página de Internet: www.apfsa.com.ar/Libros/libro-Quito.pdf.

¹²⁰ Núñez Zorrilla, Op. cit.,. nota de pie de página número 13, página 20.

Hay quienes opinan¹²¹ que las garantías independientes han alcanzado en el nivel internacional, una caracterización uniforme, por lo que “se debe hacer un esfuerzo por construir y considerar las garantías independientes desde punto de vista transnacionales”, ya que “posiblemente la certidumbre del tráfico internacional se resentiría si se construyeran las garantías independientes, no ya únicamente desde una perspectiva interna o nacional, sino por relación al tipo de la fianza existente en cada ordenamiento interno, lo que obligaría en la práctica a la derogación de aquellas normas reguladoras de las consecuencias de la accesoriadad de la fianza”

Para otros, como Aída Kelmemajer “es conveniente regular internamente, con normas abiertas, a los efectos de concluir con la disputa de su validez, sin perjuicio de que se intente llegar a normas uniformes a través de tratados o directivas en caso de formar parte de una comunidad.”¹²²

No obstante, en la mayor parte de los países no se ha regulado a través de una ley lo relativo a las garantías independientes, y, aunque, en el aspecto internacional existe la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, firmada en Nueva York el 11 de diciembre de 1995, son muy pocos los países que la han ratificado, razón por la cual también se ha cuestionado la posibilidad de regular las garantías independientes no ya por una ley nacional o por convenciones internacionales, sino a través de lo que se ha llamado “*lex mercatoria*”.

Existen tres posturas sobre la aludida *lex mercatoria*, nos indica Jiménez Corte¹²³:

“Un sector de la doctrina considera que la *lex mercatoria* es un mero **recurso interpretativo** de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales, es decir que ante la duda sobre el sentido y el alcance de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo.

Otra postura considera que la *lex mercatoria* es una especie de **derecho intersticial**, que se aplicaría solamente en aquellos intersticios vacíos, o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales.

Clive Shmittoff por su parte, toma un punto de vista diferente; según él la moderna *lex mercatoria* es una **creación deliberada de las “formulating agencies”** como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional.”

¹²¹ San Juan Crucelaegui , Op.cit., páginas 225-226.

¹²² Kemelmajer, Op. cit.,

¹²³ Jiménez Corte Cristian, *Garantías independientes, lex mercatoria, y coacción extra-estatal*. Ponencia del XIV congreso Ordinario-XII Congreso Argentino de derecho Internacional “Dr. José Amadeo Conte-Grand”-San Juan-septiembre de 2001, página 2.

La Cámara de Comercio Internacional, sin embargo, “es un organismo privado, integrado por empresas privadas y bancos entre cuyas funciones se encuentra la de tratar de uniformar las prácticas relativas al Comercio Internacional”¹²⁴. Por lo tanto, las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, “no son reglas jurídicas, sino disposiciones dictadas por un ente privado”...No alcanzan ni siquiera el rango de costumbre (o uso), en cuanto no nacen de las prácticas comerciales, sino que quieren imponerse desde afuera para orientarlas (con dudoso éxito por lo demás), por lo que resulta difícil probar su existencia, generalidad y arraigo, su evolución viene determinada no por la práctica sino por las revisiones que periódicamente realizan esos organismos, en la que se aprovecha para introducir innovaciones.”¹²⁵

Es por ello que en las garantías a primer requerimiento, se podría establecer la aplicación de las reglas pero únicamente si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad así lo determinan.

Si se considera para el derecho interno, tomando como pauta las directrices que se han hecho en el nivel internacional para regular las garantías independientes, a las reglas emitidas por la Cámara de Comercio Internacional éstas podrían servir como pauta, para constituir un régimen aplicable a las garantías a primer requerimiento en el derecho nacional, a continuación analizaremos estas reglas.

13.- Reglas Uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, (publicación número 458)¹²⁶ conocidas como URDG

Dichas reglas fueron aprobadas el 3 de diciembre de 1991 por su Consejo Ejecutivo, y publicadas en 1992.

A continuación haré referencia a tales Reglas, de las cuales se advierte con mayor claridad cómo funcionan las garantías a primer requerimiento.

a) Campo de aplicación

El artículo 1, indica que se aplican a toda garantía a primer requerimiento y a toda enmienda de la misma que un Garante haya recibido la orden de emitir y que estipule que

¹²⁴ Pérez Romero, Op.cit., página 8.

¹²⁵ Carrillo Pozo, Op.cit, página 51. Cfr. Pérez Pomero, ibidem, para quien en el caso de México, las reglas sí se pueden aplicar como consecuencia de la remisión de las leyes mercantiles y bancarias a los usos y costumbres de este tipo, ya que desde su punto de vista, las reglas de la Cámara “constituyen la compilación de los usos y prácticas que los intervinientes en operaciones mercantiles en todos el mundo llevan a cabo”.

¹²⁶ Se toman de su traducción al español del “Formulario tipo para la emisión de garantías a primer requerimiento”, Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, Barcelona, 2001, páginas 31-38.

esta orden está sometida a las Reglas, y obligan a todas las partes de la Garantía, excepto si está expresamente especificado en la garantía o su enmienda.

b) Definición y disposiciones generales.

Definición.

El artículo 2 define una garantía a primer requerimiento como “toda garantía, fianza u otro compromiso de pagar, sea cual sea su nombre o descripción, por un banco, compañía de seguros u otra entidad o persona física o jurídica (en adelante el “garante”), dada por escrito para el pago de una suma de dinero establecida o estipulada a la presentación, de conformidad con los términos del compromiso de un requerimiento de pago escrito y de cualquier otro documento (por ejemplo, un certificado de un arquitecto o ingeniero, una sentencia judicial o un laudo arbitral) que puede estar especificado en la Garantía.”

“Por escrito” abarca, según lo dispone el inciso d) de este artículo las teletransmisiones autenticadas o mensajes controlados de intercambio de datos informáticos (EDI) equivalentes”.

Carácter Independiente de la garantía a primer requerimiento

El artículo 2, inciso b) dispone que estas garantías “son, por su naturaleza, un compromiso distinto del o de los contratos o condiciones de adjudicación en los que puedan basarse y los garantes no quedan de ningún modo afectados u obligados por tales contratos o condiciones de adjudicación, incluso si la Garantía hace referencia a los mismos. El deber de un Garante, según los términos de una garantía, es pagar la(s) suma (sc) en ella, a la presentación de un requerimiento de pago escrito, y de otros documentos especificados en la Garantía que aparentemente estén conformes a las condiciones de la Garantía.”

El contragarante.

El artículo 2 ii de las reglas dispone que la garantía a primer requerimiento puede tomarse, “a petición o siguiendo instrucciones y bajo responsabilidad de un banco, una compañía de seguros o cualquier otra persona física o jurídica (“El contragarante” que actúe según instrucciones del Ordenante frente a el beneficiario.

El inciso c) de este artículo define la Contragarantía como “toda garantía, fianza u otro compromiso de pago del Contragarante, sea cual sea su nombre o descripción, dado por escrito para el pago de dinero al Garante a su presentación, de conformidad con los términos del compromiso de un requerimiento de pago escrito y otros documentos especificados en Contragarantía que aparentemente estén conformes a los términos de la Contragarantía”.

Esta misma disposición establece que “Las Contragarantías son, por su naturaleza independientes de la Garantía a la cual se refieren así como de todos los contratos de base o condiciones de adjudicación y los Contragarantes no quedadn de ningún modo afectados u

obligados por dichas garantías, contratos o condiciones de adjudicación, incluso si la Contragarantía contiene una referencia a los mismos”

Especificaciones que deben contener las garantías a primer requerimiento:

El artículo 3 señala que deben especificar:

- “i. El ordenante;
- ii. El beneficiario;
- iii.. El garante;
- iv. la transacción de base, causa de la emisión de la Garantía;
- v. la cantidad máxima a pagar y la moneda de pago;
- vi. la fecha de expiración y/o el hecho que entrañe la expiración de la Garantía;
- vii. los términos del requerimiento de pago;
- viii. cualquier disposición para reducir el montaje de la garantía.”

La garantía es intransferible.

El artículo 4 dispone que el derecho del beneficiario para presentar una demanda con base en la garantía no es transferible, salvo que se haya establecido en la garantía o en alguna enmienda de la misma.

Sin embargo, el derecho al cobro sí es transferible, según este artículo.

Irrevocabilidad de la garantía.

La garantía y contragarantía es irrevocable, salvo indicación contraria, señala el artículo 5.

Entrada en vigor de la garantía.

Según el artículo 6, ésta entra en vigor en la fecha de su emisión, salvo que expresamente se estipule una fecha posterior o que esté sujeta a condiciones especificadas en la garantía y determinables por el Garante con base en documentos especificados en la Garantía.

Instrucciones para el Garante.

Si el garante recibe instrucciones pero por virtud de las leyes y reglamentos de su país sea incapaz de cumplir los términos de la misma, las instrucciones no serán ejecutadas y se informará por telecomunicación al que haya dado tales instrucciones y si eso no es posible, se informará por otros medios expeditos, y requerirá de aquella parte instrucciones apropiadas.

Si el garante no está de acuerdo con las instrucciones, nada le obliga a emitir la Garantía.

Reducción de la garantía

Una Garantía puede contener una disposición expresa que estipule que podrá ser reducida en una cantidad o cantidades especificadas o determinables en una fecha o fechas también especificadas o a la presentación al Garante del documento o documentos expresados a tal fin en la garantía.

c) Obligaciones y responsabilidades

Examen de los documentos presentados al Garante.

El artículo 9 establece que los documentos requeridos y presentados serán examinados por el Garante con un cuidado razonable para determinar si están o no aparentemente conformes con los términos de la Garantía. Aquellos que, en apariencia, no estén conformes o sean incompatibles entre ellos, serán rechazados.

Plazo para examinar el requerimiento de pago y pagar o rechazar el mismo.

El artículo 10 dispone que el Garante tendrá un plazo razonable para examinar un requerimiento y para decidir si debe pagar o rechazar la demanda. Si el Garante decide rehusar un requerimiento, lo comunicará inmediatamente al Beneficiario por teletransmisión, o si eso no es posible, por otros medios expeditivos. Los documentos presentados al amparo de la Garantía estarán a disposición del Beneficiario.

Casos en los cuales el Garante y contragarante no asumen obligación ni responsabilidad

Según los artículos 11, 12, 13, y 14 inciso b) los Garantes y Contragarantes no asumen ninguna obligación ni responsabilidad en los siguientes casos:

- En cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o efectos legales de cualquier documento que les sea presentado, ni en cuanto a las declaraciones generales y/o particulares en él contenidas, ni tampoco en cuanto a la buena fe o a los actos y/u omisiones de toda persona quien quiera que sea.
- Por las consecuencias de retrasos o pérdidas durante la transmisión de cualquier mensaje, carta, demanda o documento, o por retraso, mutilación y otros errores en la transmisión de cualquier telecomunicación.
- Por los errores en la traducción o interpretación de términos técnicos y se reservan el derecho de transmitir textos de Garantías o partes mismas sin traducirlas.
- Por las consecuencias de la interrupción de sus negocios por fuerza mayor, revueltas, conmociones civiles, insurrecciones, guerra o cualquier otra causa que escapen a su control, o por huelgas, cierre patronal (“lock-outs”) o acciones sociales o de la naturaleza que sea.
- Si las instrucciones que transmiten a un tercero, para poner en práctica las instrucciones del Ordenante no son llevadas a cabo, incluso si ellos mismos han tomado la iniciativa de elegir dicho otra parte

El artículo 15 indica que, salvo los casos de fuerza mayor o cualquier otra causa que escape del control de su control, los Garantes y Contragarantes no serán exonerados de su obligación o responsabilidad si no han actuado de buena fe y con un cuidado razonable.

Responsabilidad del ordenante.

El artículo 14 en sus incisos a) y c) señala lo siguiente:

Los Garantes y Contragarantes que utilicen los servicios de otra parte para poner en práctica las instrucciones de un Ordenante, lo hacen por cuenta y riesgo de dicho Ordenante.

El Ordenante vendrá obligado a indemnizar al Garante o al Contragarante, llegando el caso, por todas las obligaciones y responsabilidades impuestas por las leyes y costumbres extranjeras.

Asunción de la obligación por el Garante.

El artículo 16 nos dice que un garante está obligado ante el Beneficiario sólo de acuerdo con los términos especificados en la Garantía y en cualesquiera modificaciones complementarias o adicionales a la misma y en las Reglas y hasta una cantidad que no exceda de la especificada en la Garantía o, en su caso, en las citadas modificaciones.

d) Requerimiento

Información al Ordenante.

Conforme al artículo 17, el Garante informará sin demora al Ordenante o, de haberlo, a su Contragarante, y, en ese caso, el Contragarante informará de ello al Ordenante.

Reducción del pago

La cantidad a pagar será restada del importe de cualquier pago hecho por el Garante para satisfacer un requerimiento relativo a la misma y, si la cantidad máxima pagadera de acuerdo con la Garantía ha sido satisfecha mediante pago y/o reducción, la Garantía quedará entonces cancelada, haya sido devuelta o no la garantía o sus enmiendas.

Plazo para presentar el requerimiento.

Todo requerimiento de pago será hecho de conformidad con los términos y condiciones de la Garantía, a más tardar a la fecha de expiración, o antes de la misma o antes de cualquier acontecimiento que provoque su expiración. En particular, todos los documentos especificados en la Garantía a los fines del requerimiento, y cualquier declaración requerida serán presentados al Garante antes de la expiración de aquélla y en el lugar de su emisión; si no, el requerimiento será rechazado por el Garante.

El requerimiento debe ser hecho por escrito.

Dispone el artículo 20 a) de las reglas que “todo requerimiento de pago será hecho por escrito y documentado, (junto con todos los demás documentos que puedan especificarse en la Garantía) con una declaración escrita (tanto en el propio requerimiento como en un documento o documentos separados que lo acompañen y referidos en él) que especifique:

- i. que el Ordenante ha faltado a su(s) obligación(es) según el(los) contrato(s) de base o, en el caso de una garantía de licitación a las condiciones de la licitación, y
- ii. lo que haya incumplido el Ordenante.

Esto se aplicará en todo cuanto no está expresamente excluido por los términos de la Garantía, indica el inciso c) del mismo artículo.

Requerimiento al Contragarante.

En inciso b) del artículo 20 establece que todo requerimiento al amparo de la Contragarantía irá documentado con una declaración escrita de que el Garante ha recibido un requerimiento de pago al amparo de la Garantía, de conformidad con sus términos y con lo dispuesto en el artículo 20 de las reglas.

Esto se aplicará en todo cuanto no está expresamente excluido por los términos de la Contragarantía, indica el inciso c) del mismo artículo.

El inciso d) del artículo 20 expresa que nada de este artículo afecta a la aplicación de los Artículos 2b) (referido a la independencia de la garantía) y c) (referido a la independencia de la contragarantía), 9 (examen de los documentos) y 11 (exoneración de responsabilidad en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, etc. de los documentos

Transmisión de los documentos al Ordenante.

“El Garante transmitirá sin tardanza el requerimiento del Beneficiario y todos los documentos pertinentes al Ordenante o, cuando corresponda, al Contragarante para transmisión al Ordenante”. (Artículo 21)

e) Disposiciones sobre la expiración

Expiración de la garantía.

La expiración del plazo especificado en una Garantía para la presentación de los requerimientos tendrá lugar el día del calendario especificado (“Fecha de vencimiento”) o resultará de la presentación al Garante del (de los) documento(s) especificado(s) a los fines del vencimiento (“Hecho que provoca extinción”). Si una garantía estipula a la vez una fecha de extinción y un hecho que provoca la extinción, dicha Garantía tendrá fin en cuanto surja el primero de dichos motivos, tanto si la Garantía y su(s) enmienda(s) han sido devueltas como si no.

Cancelación por devolución de la garantía o por conformidad del beneficiario

Sean cuales sean las disposiciones relativas a la extinción que contenga, una Garantía quedará cancelada por la presentación al Garante de la propia Garantía o de una declaración escrita por el Beneficiario que libere al Garante de su obligación a título de la Garantía, tanto si en este caso, la Garantía y sus enmiendas han sido devueltas como si no.

La no devolución no implica que no se extinga la garantía.

Con base en el artículo 24 de las reglas, si una Garantía se haya extinguido, por pago, vencimiento, cancelación u otro motivo, el hecho de conservar la Garantía o cualquier enmienda que se le haya introducido, no confiere a su amparo ningún derecho al Beneficiario.

Aviso de la extinción o reducción al Ordenante o Contragarante

Cuando, el garante tenga conocimiento que la garantía se ha extinguido por pago, expiración, cancelación u otro motivo, o cuando ha habido reducción del importe total pagadero indicado en el documento el Garante avisará sin tardanza al Ordenante o, cuando corresponda, al Contragarante y, en este caso, el Contragarante avisará al Ordenante.

Prórroga de la Garantía.

El artículo 26 dispone lo que a la letra se transcribe:

“Si el beneficiario solicita una prórroga de la validez de la Garantía como alternativa a un requerimiento de pago presentada según los términos y condiciones de la Garantía y de conformidad con las presentes Reglas, el Garante informará de ello a la parte que le haya dado las instrucciones. El Garante suspenderá entonces el pago del requerimiento durante un plazo razonable para permitir a Ordenante y Beneficiario ponerse de acuerdo sobre la concesión de tal prórroga y para permitir al Ordenante tomar disposiciones con vistas a su emisión.

Si no se ha concedido ninguna prórroga antes del vencimiento de dicho plazo, el Garante está obligado a pagar al Beneficiario el importe del requerimiento debidamente conforme, sin más gestión por parte de éste. El Garante no incurre en ninguna obligación (por intereses o por cualquier otra causa) sin un pago debido al Beneficiario se encuentra retrasado a consecuencia del procedimiento descrito.

Incluso si el Ordenante acepta o solicita una prórroga, ésta no será concedida más que si el Garante y el (los) Contragarante(s) la acepta(n) igualmente.”

F) Derecho aplicable y jurisdicción competente.

Si no se encuentra previsto en la garantía o en la contragarantía cuál es la ley aplicable en caso de conflicto, según el artículo 27 de las U RDG es la del establecimiento del

contragarante y si éstos tienen más de un establecimiento, es aplicable la ley correspondiente a la sucursal que haya emitido la garantía o contragarantía,

Por lo que respecta a la jurisdicción, si no está previsto en la propia garantía o contragarantía tal aspecto, los conflictos que surjan entre garante y beneficiario relativo a la garantía o entre garante y contragarante por lo que respecta a la contragarantía, serán resueltos por los tribunales competentes del país del establecimiento del garante o del contragarante, según sea el caso, y si éstos tienen más de un establecimiento, deben conocer los Tribunales competentes del país de la sucursal que haya emitido la garantía o contragarantía,. (Artículo 28).

14.- Las garantías a primer requerimiento en América Latina y México.

En algunos países de América Latina como Perú, Bolivia y Ecuador se han incorporado a diversos textos legales las garantías a primer requerimiento, cuando el beneficiario es el estado, veamos algunos casos:

Perú

En Perú, entre otras, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹²⁷ en su artículo 40, dispone que las garantías que deberán otorgar los contratistas son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta. Y dichas garantías deben ser “incondicionales, solidarias, irrevocables y *de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad*, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten” las cuales deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros o estar consideradas en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva.

Señala dicha disposición que “*en virtud de la realización automática a primera solicitud, las empresas no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de la garantía, debiendo limitarse a honrarla de inmediato dentro del plazo máximo de tres días*”. También se dice que la mora “generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el contratista y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad”.

Por su parte, el Reglamento de dicha Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que las garantías que pueden otorgarse son “la carta fianza y la póliza de caución” y Las entidades están obligadas a aceptar las garantías que se hubieren emitido, bajo responsabilidad. Tales garantías sólo se harán efectivas por el motivo garantizado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento La garantía podrá ser ejecutada cuando el contratista no la hubiere renovado oportunamente, antes de la fecha de su

127

vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

No obstante, se establece que la garantía de fiel cumplimiento, entre otras, se ejecutará, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato.

El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado. Del mismo modo, se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento cuando transcurridos tres días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista.

Ecuador.

En la Ley de Contratación Pública de Ecuador¹²⁸, en el artículo 73 como formas de garantía en los procedimientos precontractuales y en los contratos que celebre el Estado o las entidades del sector público, se establece, entre otras, una “Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos”. Dichas garantías deberán prever el pago en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.¹²⁹ (artículo 74). Se dispone también que los contratistas están obligados a mantener en vigencia las garantías otorgadas, de acuerdo con su naturaleza y términos del contrato. La renovación de las garantías se efectuará con por lo menos cinco días de anticipación a su vencimiento, caso contrario la entidad las hará efectivas. En el artículo 77 de la referida Ley se establece que “El funcionario del Estado o de la entidad del sector público contratante, que por su acción hubiese ejecutado u ordenado ejecutar indebidamente una de las garantías establecidas en la presente ley, será solidaria, personal y pecuniariamente responsable por dicha acción. En igual responsabilidad incurrirá cuando por su omisión no se ejecutare una garantía, existiendo causa legal para ello”. “Los derechos del Estado o de las entidades del sector público, relacionados con las garantías previstas en esta ley, tendrán preferencia sobre todo otro crédito” (artículo 78); Conforme al artículo 79 en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción

¹²⁸ Consultada en Internet: ([www.contranet.gov.ec/docs/Ley de Contratacion_publica.doc](http://www.contranet.gov.ec/docs/Ley_de_Contratacion_publica.doc))

¹²⁹ En el boletín 88 de la Asociación Panamericana de Fianzas se puede ver una nota llamada “La muerte del Sucre y su relación con las fianzas”, en la que se dice: “Para quienes suscribimos fianzas en Ecuador, es claro que el análisis del riesgo a asumir después de la dolarización debe ser mucho más profesional que antes: las aseguradoras ganábamos dinero más por el rendimiento financiero que nos daban las inversiones que por el propio giro del negocio. Debido a esto, no éramos lo técnicas y productivas que debíamos ser. Las fianzas en el Ecuador (al igual que otros países de Sudamérica, e.g. Bolivia y Perú) son a primer requerimiento. Esta condición limita la legítima defensa y protege por sobretodo los intereses del Estado, y por lo tanto, nos obliga a ser mucho más profesionales y selectivos al asumir riesgos. www.apfpasa.com.ar/boletin/N88sp.htm.”

definitiva, real o presunta, y la garantía por la debida ejecución de la obra, será devuelta a la entrega recepción provisional, real o presunta. En los contratos de adquisición de bienes las garantías se devolverán a la firma del acta recepción definitiva. En los demás casos, se estará a lo estipulado en el contrato. Si por la naturaleza del contrato, hubiere la posibilidad de recepciones parciales, las garantías se reducirán en igual porcentaje que dicha recepción parcial

Bolivia

Bolivia tiene un Reglamento de garantías a primer requerimiento,¹³⁰ del año 2002, derivado de la Ley de Fortalecimiento de la Normatividad y Supervisión Financiera y se define a esta garantía como *“aquella otorgada por una entidad de intermediación financiera, a solicitud de un ordenante asumiendo la obligación irrevocable de pagar una suma de dinero a favor de un beneficiario. La emisión de esta garantía respalda el cumplimiento de una obligación subyacente”*.

El artículo 3 de dicho Reglamento se refiere al carácter independiente o autónomo de la garantía y dice:

“La garantía a primer requerimiento es independiente o autónoma y su exigibilidad no depende de otros actos jurídicos distintos a la misma garantía, ni de otra garantía o contragarantía, ni de la obligación de reembolso que derive de ella.

Por consiguiente, la entidad emisora de la garantía a primer requerimiento, deberá proceder a cumplir su obligación indefectiblemente, el día hábil siguiente a la solicitud del beneficiario, conforme se establece en el Artículo 6 del presente reglamento, sin que pueda invocar para abstenerse de hacerlo, excepciones o defensas derivadas de ninguna otra relación, incluida la subyacente que regarantiza”.

Algunas otras disposiciones de este Reglamento nos servirán más adelante al hablar sobre las condiciones de afianzamiento y del correspondiente proceso de reclamación, que permitan a las Instituciones de Fianzas y a los beneficiarios celebrar acuerdos especiales para que las Fianzas puedan ser reclamadas a primer requerimiento, si es que es permitido en nuestro derecho en primer término que las afianzadoras emitan este tipo de garantías

Visto anteriormente cómo en algunos países de América ya regulan si bien no suficientemente lo relativo a garantías a primer requerimiento, veamos ahora qué pasa con el nuestro:

México

En nuestro país no se encuentran establecidas en la Ley este tipo de garantías ni son exigidas por alguna disposición legal en las contrataciones de obras públicas o prestación de servicios o arrendamientos, al menos este autor no ha encontrado la disposición que

¹³⁰ Tal Reglamento puede consultarse en la siguiente página web: www.sbef.gov.bo/textos/

expresamente exija este tipo de garantías, como sí lo hacen diversas disposiciones de otros países del continente a que hemos hecho referencia.

De Olaguíbel Elías¹³¹ señala que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante Oficio 102-b-42 de fecha 2 de octubre de 1996, informó al Banco de México, que con base en lo dispuesto por el artículo 46 fracción XXV de la Ley de Instituciones de Crédito y después de escuchar la opinión de la omisión nacional bancaria y de Valores, resolvió autorizar a través de Banco de México a las Instituciones de Crédito para emitir cartas de Crédito Contingentes o de garantía; así como Garantías Contractuales y a primer requerimiento.

Indica también De Olaguíbel Elías que el banco de México, con fundamento en los Artículos 24 y 28 de su Ley, y mediante Circular- Telefax 98/96, de fecha 11 de noviembre de 1996, modificó su Circular 2019/95, incluyendo dentro de su regulación las cartas de crédito contingente, así como garantías a primer requerimiento, cuya expedición deberá hacerse con base en la apertura de créditos irrevocables y sujetos a las Reglas Internacionales de la Cámara Internacional de Comercio.

En el informe, con respecto al año 1996, que anualmente rinde el Banco de México al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción III del artículo 51 de la Ley del Banco de México se dijo:

“En atención a solicitudes de diversas instituciones con el fin de que se les confirmara si se encontraban facultadas para expedir cartas de crédito contingentes o de garantía comúnmente denominadas “standby”, así como garantías contractuales y a primer requerimiento, y considerando que la Secretaría de hacienda y Crédito Público autorizó a las instituciones de crédito autorizó a las instituciones de crédito a expedir este tipo de documentos, a partir del 12 de noviembre de 1996 el Banco de Méxicco incluyó dentro de su regulación a este tipo de instrumentos, estableciendo que deben expedirse con base en contratos de apertura de crédito irrevocables”¹³².

Sin embargo, como señala Arce Gargollo en nuestra legislación, “las instituciones de crédito tienen prohibición expresa para: “otorgar fianzas o cauciones” (artículo 106, fracción IX de la LIC), Esto ha propiciado que las garantías bancarias se utilicen en forma casi general, más que las garantías a primer requerimiento, las cartas de crédito standby y se evite en cualquier documento bancario los vocablos: garantía, garante, fianza o términos similares que pudieran contravenir a la LIC. Las standby suelen instrumentarse como medios de “garantía bancaria” distintos a las carta de crédito que son instrumentos de pago.”¹³³

¹³¹ De Olaguíbel Elías, Eduwiges, *Cartas de crédito standby y garantías contractuales*, Cámara Internacional de Comercio, México, 2000, página 7.

¹³² Consultado en la página web del banco de México: www.banxico.org.mx.

¹³³ Arce, op.cit., página 47.

También señala Arce que “en México, hay poco conocimiento de la llamada garantía a primer requerimiento o garantía demanda y, salvo contadas excepciones, no se utiliza en el medio de negocios.”¹³⁴ (Arce, página 46)

Ahora bien, todo lo que hemos analizado anteriormente nos servirá en primer término para analizar si es factible que las instituciones de Fianzas mexicanas puedan emitir fianzas a primer requerimiento y, en su caso, si es posible que pueda funcionar con las características a que se ha hecho referencia.

CAPÍTULO SEXTO

LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO EN NUESTRO DERECHO.

1.- Necesidad de emitir fianzas a primer requerimiento.

Hemos visto ya algunas de las múltiples excepciones que pueden hacer valer las afianzadoras tratándose del procedimiento de reclamación judicial o extrajudicial, excepciones que aunque la Judicatura se ha encargado de limitar tratándose de los procedimientos establecidos por los artículos 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación, han ocasionado que los beneficiarios sientan desilusión por la fianza y que, en aras de proteger sus intereses, soliciten a los fiados que las garantías que éste proporcionen sean lo más efectivas posibles.

Así es común que tratándose de fianzas que garantizan créditos fiscales, o garantizan el cumplimiento de contratos de obra pública se obligue a la afianzadora a renunciar a la causal de extinción establecida en el artículo 119 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; de hecho, ahora es inusitado que se emita una fianza ante la Federación estados o Municipios en la que no se renuncie a hacer valer la extinción por prórrogas o esperas que se otorguen al fiado sin consentimiento de la afianzadora. Se ha pretendido también por algunas entidades del sector público que la afianzadora al emitir sus fianzas renuncie expresamente a la proporcionalidad, esto es que la misma se haga efectiva al cien por ciento del monto garantizado independientemente del grado de avance que haya tenido el fiado en la realización de alguna obra pública.

Se ha dicho que la fianza tradicional no cumple su función, o si la cumple, al final de cuentas se logra tal cometido después de pasar por múltiples vericuetos que ocasionan desgastes físicos y económicos.

Y eso que el legislador, en aras de proteger al beneficiario ha establecido diversas disposiciones con las cuales las afianzadoras deben pensarlo dos veces antes de rechazar sin fundamento el pago de una reclamación.¹³⁵

¹³⁴ Ibid. página 46.

En ocasiones se ha llegado a solicitar a las afianzadoras por parte de algún beneficiario que éstas emitan una fianza a primer requerimiento, a lo mejor sin mucho conocimiento del tema, sino por las referencias que llegan del comercio internacional y de la experiencia de otros países, pero confiando tal vez que con esa sola expresión no tendrá tantos problemas al hacer efectiva la fianza en caso de incumplimiento.

Se considera en otros países que son los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías a primer requerimiento, en garantías no accesorias, y se esgrime como razón que las entidades que emiten este tipo de garantías, desean eliminar el problema de tener que hacer valer excepciones que corresponderían al deudor principal, evitando las consecuencias de un litigio en el cual se tienen cargas procesales, lo que se traduce en erogaciones en abogados, en su caso, pago de peritos, etc. “El interés lógico del fiador profesional no es , por tanto, poder aprovecharse de las defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor, sino muy al contrario, desatenderse de semejantes extremos y pactar con el deudor que el riesgo de un pago «indebido» al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones al fiador en vía de regreso. De esta forma el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad (sobre si la prestación está o no correctamente cumplida), sino las cargas asociadas a la promoción de un litigio”. (Carrasco, página 12)

Para los beneficiarios la fianza a primer requerimiento otorga grandes ventajas, ya que se liberan de la carga de tener que demostrar el incumplimiento del fiado al presentar la reclamación de pago, aunque se ha discutido mucho sobre la conveniencia o no de aceptar la emisión de tales garantías.

En una mesa redonda celebrada en Ecuador en 2002, se pueden ver los criterios tanto en pro como en contra de emitir fianzas a primer requerimiento y la discusión, inclusive terminológica, ya que, como hemos visto, se dice que tal acepción corresponde a la fianza

¹³⁵ Así, entre 1950 y 1990 no se establecía en la Ley de la materia un interés legal que la fiadora debía de cubrir al beneficiario en el caso de no pagar la reclamación. Ello provocaba que se alargaran injustificadamente los procedimientos de reclamación, ya que al fin de cuentas las afianzadoras solamente cubrirían la suerte principal reclamada, sin tener que pagar un interés. No es sino hasta que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de enero de 1990, se estableció en el artículo 95 Bis la obligación de las afianzadoras de cubrir intereses a los beneficiarios *en el caso de que dictara resolución* en contra de las mismas. Dicha disposición posteriormente ha sufrido más modificaciones hasta llegar a la etapa actual en la cual se establece una indemnización por mora, consistente en actualizar en unidades de inversión la cantidad que debe pagar la afianzadora y, a parte de ello, ésta debe cubrir un interés. Acreedor. Se podrá convenir la revisión total o parcial a dichas indemnizaciones, salvo que se trate de las siguientes obligaciones: las derivadas del estado civil o alimentos; las derivadas de sucesiones en las que estén involucrados derechos a favor de menores; Las de carácter fiscal federal, local o municipal; Las que tengan como beneficiario a autoridades o entidades de las administraciones públicas, federal, locales o municipales; y las de carácter civil que tengan como beneficiario a personas físicas o morales que no se dediquen a actividades empresariales. El juez o árbitro, además del importe que resulte de la obligación asumida en la póliza de fianza, deberá condenar a la afianzadora a que también cubra esas prestaciones sin necesidad de petición de parte.

incondicional, pero, hay quien señala que ello no es así, que la fianza a primer requerimiento no es una fianza incondicional.

La mesa estuvo integrada por Eduardo Chacón Borja (La Central de Seguros y Fianzas, S.A., El Salvador); Carlos Hoyos Elizalde (MAPFRE Caución y Crédito, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., España); Carlos Gustavo Krieger (Aurea Aseguradora de Créditos y Garantías, Brasil); Andrés Sicilia (Fianzas Universales, S.A., Guatemala); y el moderador fue Alberto Alcívar Páez (seguros Equinoccial) Y en la misma se analizó la problemática que generan este tipo de fianzas, los convenientes e inconvenientes, pero en la que el moderador concluyó que “la fianza de primer requerimiento está presente en los mercados aunque lo queramos negar y para evitar esa crisis tal vez sea el momento de empezar a definirla, regularla y armarla para que no sea un fenómeno donde no nos podamos reunir aquí después dentro de diez años a discutir este tema sin saber de dónde sacamos capital para sobrevivir.”¹³⁶

2.- Breve referencia al Fronting.

En nuestro país, las afianzadoras llegan a emitir garantías a primer requerimiento tratándose de operaciones internacionales, aunque en este caso, la garantía asumida no puede decirse que sea una fianza, como por ejemplo, lo que se llama en la práctica “fronting”.

Nos dice Ian Strogatz¹³⁷ que “una operación de fronting se da cuando un afianzador emite una fianza en un formulario propio a favor de un cliente de otro afianzador, y el riesgo de la compañía emisora o cedente (compañía fronting) pasa a estar garantizado por el otro afianzador (la compañía instructora o tomadora, o compañía backing). Por regla general, las operaciones de fronting se hacen a título gratuito o a cambio de una suma pequeña a cargo de la compañía instructora, que recurre a este sistema porque no está habilitada para desarrollar actividades comerciales en la jurisdicción del caso, o, porque por algún otro motivo, tiene una restricción o limitación que le impide emitir la fianza por sí misma.”

El caso más característico se da cuando una compañía mexicana requiere garantizar el cumplimiento de una obligación ante un beneficiario extranjero, para lo cual solicita a la afianzadora mexicana que realice una operación de fronting con una institución del país del beneficiario, con lo cual ésta última realizará el pago al beneficiario, y la afianzadora mexicana reembolsará a primer requerimiento.

Ejemplo de una operación de Fronting, una compañía afianzadora mexicana y una institución de seguros costarricense¹³⁸:

¹³⁶ Alcívar et al., Op.cit.

¹³⁷ Strogatz, Ian, *Fronting: Problemas y soluciones para la compañía emisora, Parte I: derecho a resarcirse con el producto del reaseguro*, consultado en la página electrónica de la Asociación Panamericana de Fianzas: www.apfpasa.com.ar/boletin/n95/pub/APFStrogatz.html.

¹³⁸ Nota de cobertura para Fronting de fecha 21 de enero de 2002 elaborada por una institución de fianzas de México.

“Por medio de la presente, Fianzas... (en adelante la reafianzadora) autoriza al Instituto... (en adelante INSTITUTO) a emitir bajo nuestra total responsabilidad la Garantía (en adelante “Fianza”) que se indica a continuación, en nombre del Afianzado:

1. Tipo de Fianza: (...)
2. Afianzado: (...)
3. Acreedor (...)
4. Vigencia

En consideración de la fianza dicha y sus modificaciones, los abajo firmantes nos comprometemos a indemnizarlos contra toda reclamación y obligación en virtud de tales garantías.

Conforme a lo anterior, queda el INSTITUTO autorizado a liquidar cualquier reclamación y obligación a su exclusiva discreción conforme ha sido emitida la fianza. Toda decisión tomada por el INSTITUTO con respecto a dicha reclamación y obligación en razón de la mencionada Fianza, será definitiva y vinculante para nosotros, y si al INSTITUTO se le exigiera pagar algún dinero en relación con las mismas, nos comprometemos a reembolsar al INSTITUTO al primer requerimiento escrito, sin necesidad de más prueba o condición y sin objeción, el importe total de dicho pago, pero sin exceder el importe máximo global de ... y además todos los costos, gastos e intereses (incluida la pérdida de intereses) que directa y correctamente hayan realizado.

Hacemos constar que aceptamos de acuerdo con la Legislación Costarricense que la emisión de la fianza con el reafianzamiento al 100% es de carácter irrevocable, incondicional y de pago al primer requerimiento, por tanto el INSTITUTO no asume ninguna responsabilidad, ni compromiso alguno por la veracidad de las razones expuestas por el Acreedor, ni nos obligamos a intervenir en inspecciones ni en verificaciones, todo queda a riesgo y responsabilidad del acreedor. En consecuencia el INSTITUTO se limitará a efectuar el pago de la suma cimbrada por parte del ACREEDOR dentro del plazo de vigencia de la fianza y en las condiciones en que ha sido emitida y nosotros REAFIANZADOR nos comprometemos a realizar el reintegro en forma inmediata a la solicitud del Instituto.

Les ratificamos que esta empresa acepta, para efectos de este contrato que la garantía, sea de naturaleza INCONDICIONAL, de tal manera que ante el simple requerimiento del Acreedor, el Instituto hará efectiva la suma que indica el presente documento, sin cuestionamiento alguno respecto de los motivos de la decisión, lo que implica su ejecución a primer requerimiento. Asimismo, constituido el contrato de fianza entre las partes se entiende que el mismo es irrevocable”

Se indica también en el ejemplo, el sometimiento a la jurisdicción del país de la compañía *fronting*.

Es de resaltar que en este tipo de operaciones, por raro que parezca, la incidencia de reclamaciones es prácticamente nula.

3.- ¿Las compañías afianzadoras en México pueden emitir “fianzas” a primer requerimiento?

El aspecto que nos interesa aclarar con tal pregunta se refiere al derecho interno, ya que en el área internacional, se ha manejado por las afianzadoras las operaciones de *fronting* a primer requerimiento, a la que hemos hecho referencia.

Si se considera a la garantía a primer requerimiento, como una modalidad más de la fianza, por ser ésta el paradigma de las obligaciones personales, se podría decir, sin mayor reparo, que sí es factible que las compañías afianzadoras otorguen este tipo de garantías.

Por el contrario, si aún llamando “fianza” a una garantía a primer requerimiento, en realidad ésta figura constituye un contrato atípico, que aunque sea una garantía personal no puede ni debe subsumirse o siquiera equipararse a la fianza, la respuesta, me parece negativa.

En el reglamento de garantías a primer requerimiento de Bolivia se indica en el artículo 3 que “a la Garantía a Primer requerimiento, por su carácter autónomo, no son aplicables las disposiciones relativas a la fianza”.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que conforme a parte de la doctrina, sobre todo de Alemania e Italia, se ha llegado a configurar la “fianza a primer requerimiento”, en la cual, lo que sucede, según algunos autores y jurisprudencia relativa a tales países, es que se suspende la accesoriedad y que una vez que el fiador paga, tiene derecho de repetición en contra del beneficiario haciendo valer el pago indebido y en ese momento, en vía de acción esgrimir las causales que hacían que el reclamo fuera improcedente, podría decirse que las afianzadoras pueden emitir fianzas a primer requerimiento, pero, la respuesta no puede ser tan simple, ya que debemos analizar la regulación de la fianza de empresa, tomando en consideración la ley que rige a las instituciones de fianzas.

Por lo tanto, independientemente de lo anterior, esto es, aún en el caso de que se señale que sí puede darse fianza a primer requerimiento, conviene analizar si conforme a la Ley que regula a las afianzadoras se puede o no emitir este tipo de garantías.

Se podrá decir que alguna afianzadora ya se ha obligado a primer requerimiento, al garantizar una obligación entre connacionales, y que se han llegado a ver por ahí algunas pólizas de fianza emitidas por afianzadoras mexicanas en la que se señala que la misma pagará “a primer requerimiento”, pero una cosa es que eso se diga y que realmente opere como tal.

Por desgracia, como en nuestro país es inusual que se emita una fianza a primer requerimiento, existe pobreza del tratamiento del problema en relación con el sector afianzador en México (no dudo que puedan existir trabajos al respecto pero el suscrito no los ha encontrado) y ante la inexistencia de algún criterio de la Judicatura, en nuestro país, que se haya pronunciado sobre el tema, tenemos que partir de nuestro propio análisis y determinar no solamente si se pueden emitir fianzas a primer requerimiento, sino, si en realidad funcionarían como tal.

3.1- La autonomía de voluntad y la fianza a primer requerimiento.

Para la inmensa mayoría de los tratadistas, con base en el principio de autonomía de la voluntad¹³⁹, es que se pueden emitir garantías a primer requerimiento, y por lo tanto, también con base en tal principio se podría incluir una cláusula “a primer requerimiento” en un contrato de fianza.

Para Guilarte, hablando del derecho español, pero sus ideas pueden aplicarse al nuestro, aunque, “aparece discutida en nuestra doctrina la cuestión referente a si resulta posible incluir en un contrato de fianza o de seguro la cláusula de pago a primera demanda o a primer requerimiento, y, en su caso, si la mera inclusión de la misma da lugar a la inaplicabilidad del régimen de la fianza (o del seguro) y la renuncia del garante a las excepciones que le concede el artículo 1853. A mi juicio, ante la ausencia de previsión normativa al respecto (a diferencia de los que ocurre en algunas legislaciones extranjeras que, por cierto, resuelven el problema con variedad de criterios), no existe inconveniente en integrar la referida cláusula en un contrato de fianza, cuyo régimen se seguirá proyectando sobre los aspectos de la relación no afectados por aquélla.”¹⁴⁰

El principio de la autonomía de la voluntad encuentra un límite en lo dispuesto por el artículo 6 del Código Civil Federal, el cual dispone que “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

Por otra parte, el artículo 7 del mismo ordenamiento indica que “la renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”.

Una afianzadora asume una obligación a través de una póliza de fianza en la manera y términos en que aparece que se quiso obligar, conforme a lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como 78 del Código de Comercio.

En la fianza a primer requerimiento, el fiador no debe oponer al beneficiario las excepciones relativas a la obligación subyacente, basta que el beneficiario exhiba la

¹³⁹ Vid. Farina, Juan M. Op.cit, página 340.

¹⁴⁰ Guilarte, Op.cit, página 92.

documentación que se haya establecido en la garantía, para que la garantía se haga efectiva (no sería conveniente una fianza a primer requerimiento como garantía a simple demanda, en la que bastara la sola reclamación, sin más, del beneficiario, para que se haga efectiva la misma). Y, en todo caso, la afianzadora pagará sin condiciones, aunque, conserve su derecho para, posteriormente hacer valer mediante una acción en contra del beneficiario el pago indebido.

Conforme al principio de autonomía de la voluntad, una afianzadora podría obligarse a pagar la fianza reclamada a primer requerimiento, sin que pueda invocar las excepciones inherentes a la obligación garantizada, y, por lo tanto, sin considerar los argumentos del fiado, salvo aquellos de los que se desprenda que el mismo ha dado cumplimiento a su obligación y consecuentemente que el cobro que pretende el acreedor es abusivo, lo que no se refiere a la obligación subyacente si no ya al momento posterior, al momento del reclamo. No obstante, no bastaría indicar en el texto de la fianza que es a primer requerimiento, sino que tendría que establecerse expresamente que la afianzadora no hará valer ante el beneficiario las excepciones inherentes a la obligación garantizada, estableciéndose expresamente que se renuncia, en términos claros y precisos, a hacer valer al momento de la reclamación tales excepciones, y, en todo caso, si se requiere mayor seguridad de pago, las excepciones inherentes a la fianza.

El artículo 5 Constitucional que establece la libertad de trabajo y de comercio, a la letra nos dice:

“Artículo 5º.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...”

Conforme a tal disposición, una afianzadora puede dedicarse a realizar la actividad comercial de emitir fianza, y, si lo desea, de emitirlas a primer requerimiento.

Pero, no debe soslayarse que la fianza de empresa se encuentra regulada, en parte, por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la cual establece requisitos y diversas disposiciones que limitan la actividad del afianzador, y, por lo tanto deben tomarse en cuenta las limitaciones a la libertad de contratar para las afianzadoras que surgen de la Ley.

Sánchez Medal, señala que “las necesidades sociales y los requerimientos de las grandes mayorías de la población obligaron al Estado a intervenir en la formación y ejecución de diversos contratos, (...), no llegaron al extremo de hacer desaparecer la libertad contractual, sino que constituyeron sólo limitaciones a la misma y fueron las causas que originaron el llamado “dirigismo contractual” (Josserand), que tiende a hacer prevalecer los requerimientos de la sociedad sobre los intereses puramente individuales, pero no de una manera total en esta materia, sino sólo a propósito de determinados contratos y con respecto a ciertos objetos.”¹⁴¹

¹⁴¹ Sánchez Medal Ramón, Op.cit, pág. 6

También nos dice Sánchez Meda que “no puede exagerarse el alcance de la intervención del Estado en la formación y cumplimiento de los contratos, hasta el punto de transformar hoy día esta materia en una parte del Derecho Público, porque a diferencia de éste que regula relaciones entre el Estado y los particulares, el derecho contractual sigue perteneciendo todavía al derecho Privado, cuyas normas rigen relaciones de particular a particular, sin importar que hayan aumentado las disposiciones de carácter imperativo (...) si varias de esas normas son de carácter imperativo es sólo por haber de por medio un interés público y no por existir una relación jurídica directa entre el particular y el Estado.”¹⁴²

Por otra parte, el artículo 25 de la Constitución indica que “corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.” El Estado, continúa diciendo el referido artículo 25, “planeará, conducirá coordinará y orientará la actividad económica nacional y *llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga esta Constitución.*” También dispone que “Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.”

El constitucionalista Ignacio Burgoa señala que “una cosa es vedar alguna actividad, o sea prohibirla por modo absoluto, lo cual debe hacerse mediante una ley formal y material cuando se afecten los intereses públicos y sociales, y otra, completamente distinta, reglamentar una libertad de trabajo específica, esto es, consignar los requisitos que deben colmarse para su desarrollo y establecer la vigilancia o el control gubernativo sobre ella, así como las causas o motivos de la impedición (sic) de su ejercicio porque tales requisitos dejen de satisfacerse una vez llenados.”¹⁴³

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como ley administrativa de policía que es, establece diversas disposiciones relativa a la constitución, organización, operaciones, y actividades de una afianzadora

3.2- Fianzas a primer requerimiento y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas regula a las afianzadoras, a las sociedades autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para emitir fianzas en forma habitual y a título oneroso.

¹⁴² Ibid. Pág. 10

¹⁴³ Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, 22ª edición, 1989, pág. 320.

Es importante destacar que la ley Federal de Instituciones de Fianzas es una es una de las llamadas ley de policía. “El poder de policía del estado, se considera dentro de algunas legislaciones como el conjunto de atribuciones que a aquél corresponden para promover el orden y bienestar generales por medio de restricciones y reglamentaciones de los derechos del individuo, en forma tal que puedan prevenirse o reducirse las consecuencias perjudiciales que su disposición en términos absolutos acarrearía para la vida en común.”¹⁴⁴

Estas limitaciones fundadas en la defensa del interés público que constituye uno de los fines immanentes de la actividad administrativa, y sancionadas adecuadamente, son la base de lo que se llama la función de policía

Ruiz Rueda, sobre la fundamentación del poder de policía del estado ha dicho que “la acumulación de grandes capitales y aun la honorabilidad de los administradores de las empresas de este género, no son siempre garantía suficiente de éxito, de eficacia comercial y de solvencia, ya que la falta de conocimiento de la técnica especial de semejantes tipos de operaciones o la falta de experiencia o la imprudencia y no pocas veces el atrevimiento, acarrear el fracaso, con la consiguiente cauda de repercusiones perjudiciales para la economía privada de la clientela de esas empresas, que inevitablemente afecta a la general del país...Es por tanto, indispensable la vigilancia de la administración pública sobre la constitución, funcionamiento y actividades de las grandes empresas y en especial las de crédito, para poner coto a la ineptitud, a la imprudencia, a la desmedida ambición de lucro y aún al abuso y a la posible explotación ilícita. Esta intervención estatal se exige en forma genérica y aun exaltada, por la prensa y por aquellos que se sienten víctimas de los abusos y atentados, verdaderos o supuestos, de las grandes empresas, y el estado se ha visto precisado a realizarla, no sólo para reprimir –en su clásico papel de “estado gendarme” de la época del *laisser faire, laisser passer* – sino principalmente para prevenir esos daños, aunque desempeñando de todas maneras el papel de policía.”¹⁴⁵

También nos dice Ruiz Rueda que el examen de la Ley de Instituciones de Fianzas 1942, lo que resulta aplicable para la vigente Ley “nos muestra que tiene por objeto una limitación de la actividad de los particulares, de carácter negativo; en unos casos absoluta o en otros términos, que constituye una prohibición general para el ejercicio de una actividad, sin admitir excepciones; en otros casos relativa, porque la prohibición admite excepciones, y en otros, finalmente, condicional, cuando la limitación se remueve mediante la realización de una condición que consiste en un acto administrativo que se basa en los poderes discrecionales que a la administración pública se confieren, para autorizar el ejercicio de la actividad limitada... En el caso que examinamos, tenemos la limitación de la actividad afianzadora, la posibilidad de levantarla o renovarla, la acción para hacer respetar esa limitación y la finalidad de garantía del interés colectivo que no creemos debemos

¹⁴⁴ Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 33ª. Edición, México, 1994, pág. 430.

¹⁴⁵ Ruiz Rueda, Luis, “El régimen publicista de las empresas de fianzas”, en *Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos*, Fianzas México, S.A., Edición Conmemorativa Luis Ruiz Rueda, 1925-1985, Imprenta Madero, México, pág. 16.

detenernos a demostrar, pues ya lo hace de sobra la simple consideración de los daños que causan los llamados popularmente “fiancero” y las protestas que contra ellos levanta la opinión pública. Podemos pues decir que la Ley de Instituciones de Fianzas, lo mismo que las de instituciones de seguros y de crédito, son leyes administrativas de policía”¹⁴⁶

En su artículo 1, La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que es “de interés público” y tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; así como las de los agentes de fianzas y demás personas relacionadas con la actividad afianzadora, en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes.

Se dice también en el artículo 1 que la ley se aplicará a las afianzadoras “cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento”.

Conforme al artículo 1, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con la intervención que, en su caso, corresponda a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, “deberá procurar un desarrollo equilibrado del sistema afianzador, y una competencia sana entre las instituciones de fianzas que lo integran.”

De tal disposición podemos observar que:

- a).- La Ley es de “interés público”.
- b).- Tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar así como las de los agentes de fianzas y demás personas relacionadas con la actividad afianzadora
- c).- La regulación se realiza en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes.
- d).- La Ley se aplicará a las instituciones de fianzas, “cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso”, así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento..

El artículo 8 del Código Civil Federal dispone que “los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

En la propia ley se establecen algunas funciones que pueden realizar las afianzadoras y que no constituyen precisamente la de otorgar fianzas a título oneroso.

Así, en el artículo 16 se establece que las afianzadoras sólo podrán realizar las operaciones que señala dicho artículo, entre otras: Practicar las operaciones de fianzas y de

¹⁴⁶ Ibid., pág.25

reafianzamiento “*así como otras operaciones de garantía que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general*”.

Y en su artículo 60 la ley dispone un catálogo de operaciones prohibidas para las afianzadoras, entre otras: otorgar garantías en forma de aval, salvo aquellos casos que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México; otorgar fianzas en contravención a lo dispuesto por la Ley; etcétera.

El numeral 66 de la mencionada ley dispone que la inspección y vigilancia de las instituciones de fianzas, así como de las demás personas y empresas a que se refiere la ley queda confiada a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Ahora bien, para otorgar una fianza a primer requerimiento, como se ha conceptualizado ésta, la afianzadora necesariamente tendría que renunciar a hacer valer las excepciones relativas a la obligación garantizada, aunque sea de manera provisional, con la facultad de repetir en contra del beneficiario. Pero, se tiene el problema de que la fianza a primer requerimiento no ha sido definida y su tratamiento genera discusiones, como ya hemos visto, hay criterios que no la consideran como fianza, ya que si el fiador ya pagó la obligación asumida por él, su obligación fiadora, se extingue y da origen a un derecho de repetición o de reembolso, en contra del fiado, que para algunos autores tal relación no deriva ya de la fianza, sino es extraña a ésta, la fianza ya dio cumplimiento a su cometido. Y si el fiador repite en contra del beneficiario, eso será con motivo de otra acción, derivada de un enriquecimiento de éste, pero no derivada de la fianza.

Si se considera a la fianza a primer requerimiento, como una verdadera fianza, y que el derecho de repetición basado en el principio solve et repete, confirma que sigue siendo fianza, accesoria, sólo que su accesoriedad estuvo suspendida, tenemos que preguntarnos si es válida la renuncia a hacer valer excepciones por parte de la afianzadora, aunque tal renuncia sea con carácter de provisional.

En el artículo 113 de la Ley Federal de instituciones de Fianzas se señala que en lo no previsto en la misma se aplicará la legislación mercantil y, a falta de disposición expresa, el Código Civil Federal.

En la exposición de motivos del Código Civil Federal vigente, se puede leer lo siguiente:

"En el contrato de fianza se tuvo particular empeño en corregir el abuso de los acreedores que, deseosos de garantizar ilimitadamente sus derechos, privan al fiador de las prerrogativas que la ley concede, mediante la imposición de renunciaciones".

Aunque la Ley señale que es de interés público, tal aseveración debe entenderse referida a las normas que constituyen una función de policía, esto es aquellas que se refieren a limitaciones y prohibiciones hacia las afianzadoras o que de alguna manera analizando el caso concreto se desprenda su carácter imperativo y por lo tanto irrenunciable.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a pesar de que se diga que es de interés público, contiene, sin embargo, normas relativas al contrato de fianza de empresa, las cuales no conllevan a regular la actividad de las afianzadoras, no son normas relativas a la función de policía del estado, sino disposiciones relativas a un contrato de naturaleza mercantil. Como ejemplo, lo dispuesto en los artículos 2, 119 y 120.

Las disposiciones relativas al contrato de fianza, que escapan de la regulación de la Ley como de policía, pueden ser renunciadas, ya que no afectan al interés público. Por lo que, aunque se diga en el artículo 1 de la Ley que la misma es de interés público, y también aunque el artículo 8 del Código Civil Federal disponga que los actos ejecutados contra el tenor de este tipo de leyes serán nulos, se debe analizar cada caso en concreto.

En diversas tesis se ha establecido la posibilidad de renunciar a lo dispuesto en diversos preceptos de la Ley, como ejemplo, se ha dicho que “la disposición contenida en la fracción I del artículo 130 de la Ley de Fianzas, se establece en beneficio de las compañías y ellas pueden señalar convencionalmente otro domicilio para ese fin. En efecto, como la renunciabilidad de ese derecho en lo absoluto perjudica el interés colectivo, y sólo favorece al particular mercantilista de las propias afianzadoras, es claro que tal circunstancia despoja a aquel precepto de atributo alguno de orden público.”¹⁴⁷

También se ha dicho que el fiado puede renunciar al derecho que le otorgan los artículos 2832 y 2834 del Código Civil Federal si la afianzadora paga sin poner en conocimiento de ello al fiado. Tales preceptos se refieren al derecho de oponer al fiador las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de realizarse el pago, ya que tal derecho “es de orden privado, de modo que el solicitante de una fianza en los contratos celebrados con negociaciones dedicadas al otorgamiento de ellas, puede renunciar a ese derecho.”¹⁴⁸

Asimismo, en una tesis de 1941, se llegó a decir que “si del examen de unas pólizas se desprende, que una negociación renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, así como *el de extinción de la fianza que le favorezca*, (sic) es claro que tal renuncia es legal y surte todos sus efectos, sin necesidad de que se cite el número de los artículos que consignan el derecho de que se abdica, pues tratándose de derechos privados que no afectan el interés público y cuando no se causa perjuicio a tercero, basta que se haga en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.”¹⁴⁹

¹⁴⁷ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Segunda Sala, Tomo: Tercera Parte, C, página 24.

¹⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Sexta Época, Tomo: Cuarta Parte, CXXV, página 24

¹⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Segunda Sala, Tomo LXXIII, página 3673

Sin embargo, el punto interesante es si la afianzadora puede renunciar no solamente a hacer valer algunas excepciones, sino si es legal que la fiadora renuncie a hacer valer todas las excepciones derivadas de la obligación garantizada, aunque sea provisionalmente.

A continuación analizaremos algunas normas de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y del Código Civil Federal, para señalar si se puede o no emitir fianzas a primer requerimiento, considerando que tal cláusula implica la imposibilidad de hacer valer excepciones relativas a la obligación subyacente:

El artículo 93, señala que el beneficiario al reclamar la fianza debe acompañar la documentación que acredite *la existencia y exigibilidad* del crédito garantizado con la fianza; de ahí se derivan los procedimientos de reclamación ante la CONDUSEF y ante los tribunales competentes. También el artículo 94 bis indica que “se acompañarán los documentos que justifiquen la exigibilidad” Y conforme a lo dispuesto por el artículo 95 también se debe acompañar la documentación que acredite *la exigibilidad* de la obligación cuyo cumplimiento se garantiza.

Tales disposiciones indican que se debe exhibir la documentación que demuestre la existencia, y en otros casos la exigibilidad. Ello no menoscaba la posibilidad de que la afianzadora expida fianzas a primer requerimiento, ya que ésta puede ser documentaria, esto es que se pida cierta documentación para hacerla efectiva, con la cual se podría demostrar que la obligación existe y es exigible.

El artículo 118 Bis dispone lo siguiente:

“Artículo 118 Bis.- Cuando las instituciones de fianzas reciban la reclamación de sus pólizas por parte del beneficiario, lo harán del conocimiento del fiado o, en su caso, del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, haciéndoles saber el momento en que se vence el plazo establecido en la Ley, en las pólizas de fianza o en los procedimientos convencionales celebrados con los beneficiarios, para resolver o inconformarse en contra de la reclamación.

Por su parte, el fiado, solicitante, obligados solidario y contrafiadores, estarán obligados a proporcionar a la afianzadora oportunamente todos los elementos y documentación que sean necesarios para determinar la procedencia y, en su caso, la cuantificación de la reclamación o bien su improcedencia, incluyéndose en este caso las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza.

Asimismo, cuando se considere que la reclamación es total o parcialmente procedente, tendrán la obligación de proveer a la institución de fianzas, las cantidades necesarias para que ésta haga el pago de lo que se reconozca al beneficiario.

En caso de que la afianzadora no reciba los elementos y la documentación o los pagos parciales a que se refiere el párrafo anterior, podrá decidir libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario y, en este 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 esta Ley, sin que pueda oponerse a la institución fiadora, las excepciones que el fiado tuviera frente a su acreedor, incluyendo la del pago de lo indebido, por lo que no serán aplicables en ningún caso, los artículos 2832 y 2833 del Código Civil Federal y los correlativos de los estados de la República.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente a su acreedor para demandar la improcedencia del pago hecho por la afianzadora de los daños y perjuicios que con ese motivo le hubieren causado. Cuando los que hubieren hecho el pago a la afianzadora fueren el solicitante o los obligados solidarios o contrafiadores, podrán recuperar lo que a su derecho conviniere en contra del fiado y por vía de subrogación ante el acreedor que como beneficiario de la fianza la hizo efectiva.

Independientemente de lo establecido en los párrafos precedentes, las instituciones de fianzas, al ser requeridas o demandadas por el acreedor, podrán denunciar el pleito al deudor principal 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 los procedimientos convencionales que se establezcan conforme al artículo 103 bis de la misma.

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

La institución de fianzas en todo momento tendrá derecho a oponer al beneficiario la compensación de lo que éste deba al fiado, excepto cuando el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ella.”

Tal disposición parece ser imperativa y que los obligados deben proporcionar a la afianzadora *las excepciones relacionadas con la obligación principal que la afianzadora pueda oponer al beneficiario de la póliza de fianza*

Se podría decir que tal norma no es imperativa y que puede ser renunciada por el solicitante, fiado o sus obligados, ya que solamente a ellos perjudicaría tal renuncia, sin que pueda ser considerada de interés público, ya que con tal renuncia no se afectaría a la generalidad. No obstante, también se puede decir que al solicitarse por los beneficiarios, sobre todo el estado, fianzas a primer requerimiento limitan el acceso a los contratistas pequeños para participar en obras públicas, además crea una gran desventaja porque los acreedores pueden amenazarlos con hacer efectivas las garantías con incumplimientos intrascendentes, a sabiendas de que al hacer efectiva la fianza, la afianzadora pagará a primer requerimiento, sin poder invocar las excepciones que se tengan por el deudor relativas a la obligación garantizada, lo que afecta a la generalidad, tan es así que, por ejemplo, en Alemania, como se verá, una resolución judicial se ha pronunciado por la

nulidad de la cláusula que exige fianzas a primer requerimiento en los contratos de construcción.

Y en cuanto a las acciones de la afianzadora para garantizarse o para recuperar lo pagado, las mismas se encuentran establecidas por la ley, (artículos 96, 97 y 98 ya vistos) en razón de la afianzadora en contra del solicitante, fiado o sus obligados, pero no existen disposiciones que permitan a la afianzadora, en el caso de que ésta tenga conocimiento de que el pago fue indebido, presentar un juicio que permita una vía rápida y eficaz para recuperar lo que pago al beneficiario indebidamente, en el caso de que haya emitido alguna garantía a primer requerimiento sin tener las garantías de recuperación suficientes.

-El artículo 2799 señala por otra parte, que el fiador puede obligarse a menos que su fiado, pero no a más, por lo que podría decirse que al obligarse la afianzadora a realizar el pago sin poder oponer al momento de la reclamación las excepciones relativa a la obligación garantizada, se está obligando a más que su fiado, por lo que si se reduce la fianza a los límites de la obligación del deudor, al estar permitido a éste excepcionarse, también lo estará la afianzadora.

- En nuestro derecho del artículo 1796 del Código Civil Federal dispone expresamente que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno solo de los contratantes.

Tratándose de las garantías a primer requerimiento, en opinión de Juan Sánchez Calero Guilarte, el cumplimiento “resulta difícil de admitir que se haga depender del arbitrio del acreedor-beneficiario de la garantía, dado que, de un lado, estamos ante una obligación condicional, cuyo cumplimiento queda supeditado a la concurrencia de un hecho incierto y ajeno a la voluntad del mismo acreedor. Tal hecho es, sencillamente, el incumplimiento de la obligación principal. De otro, que la propia reclamación de la garantía ha de excluir la arbitrariedad, bien por medio de la mera invocación del avecinamiento del incumplimiento apuntado, o bien acreditando la efectividad del mismo (cuando se está ante las denominadas “demandas documentarias”).”¹⁵⁰

Para el autor español Estrada Alonso una fianza “abstracta” no puede darse en la práctica, ya que contraviene disposiciones de orden público, como es la de renunciar a hacer valer excepciones antes del proceso. Su pensamiento se resume en las siguientes frases tomadas de su obra¹⁵¹:

“... por lo que respecta a la fianza abstracta, no s posible, con base en el principio de autonomía d la voluntad, tasar las excepciones de modo que no puedan utilizarse en

¹⁵⁰ Sánchez-Calero Guilarte, “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud” *Revista de derecho Bancario y Bursátil*, Año XII, Número 50, Abril-Junio de 1993, Centro de Documentación bancaria y Bursátil, página 559.

¹⁵¹ Estrada Alonso, Op.cit., páginas 103, 107, y 115.

juicio, lo que en último término podría ser considerado un posible vicio en la voluntad del garante”

“...prometer u obligarse para el futuro a no ejercitar un derecho constitucional como es el de defenderse en juicio con todos los medios a su alcance, es ilícito en tanto cuanto se percibe un desequilibrio inmotivado y no protegido jurídicamente...”

“... cuando la garantía abstracta suponga una renuncia a plantear excepciones en el futuro procedimiento es ilícita y no produce efecto alguno (art. 1,275 C.Ci) por ser contraria a las leyes a la moral o a las buenas costumbres.”

“Existe causa ilícita cuando pretende burlarse o eludir lo dispuesto en el Ordenamiento (fraude de ley) por vía del principio de autonomía de voluntad”

Por lo tanto, aún aplicando la regla de autonomía de la voluntad y que en materia internacional es frecuente que las afianzadoras emitan garantías a primer requerimiento es discutible que como regla general las afianzadoras estén facultadas para emitir fianzas a primer requerimiento, ya que existen disposiciones que parecieran indicar que no, por los argumentos que anteriormente se han expuesto, además de que es discutible si la fianza a primer requerimiento es en realidad una fianza o una figura atípica, pero, como las afianzadoras pueden otorgar otras formas de garantía, con la autorización de la secretaría de Hacienda a través de Reglas de carácter general, para evitar discusiones, sería pertinente que ésta secretaría emitiera su autorización, tal y como lo hizo con los bancos en el oficio 102-b-42 de fecha 2 de octubre de 1996.

4.- Ventajas y desventajas, para las afianzadoras, de emitir fianzas a primer requerimiento.

Sin que obste a lo dicho en cuanto a la discusión sobre su naturaleza, en el caso de que sí se permitiera la emisión de este tipo de fianzas, la posibilidad de que las afianzadoras emitan fianza a primer requerimiento trae consigo ventajas y desventajas.

4.1.- Ventajas:

a).- Mejorar la imagen del sector afianzador.

Hemos hecho referencia al analizar el procedimiento de reclamación en contra de una afianzadora, a algunas opiniones que no favorecen al sector afianzador, entre otras las de Retes González Cos y Sánchez Medal y ello porque se tiene la creencia que las afianzadoras a pesar de que una reclamación sea procedente hacen valer cuestiones diversas con la finalidad de alargar el trámite de reclamación o bien con la aviesa intención de no pagar. Si se considera que con este tipo de garantía, el beneficiario solamente debe presentar su reclamación con la documentación que se haya establecido en la fianza para hacerla efectiva y la fiadora deberá realizar el pago, la imagen del sector mejorará en su provecho.

b).- Que la afianzadora no tendrá que oponer excepciones que en muchas ocasiones resultan intrascendentes y alargan el trámite de una reclamación.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 118 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el fiado o sus obligados pueden dar a la afianzadora los elementos para que éstas se opongan al pago de la reclamación. Muchas veces el fiado aduce diversas cuestiones por las que, desde su punto de vista no procede la reclamación. En muchas ocasiones, antes de presentarse la reclamación, e inclusive, una vez interpuesta ésta, el fiado interpone una demanda solicitando, por ejemplo, la nulidad de la rescisión, o solicitando del beneficiario prestaciones que difícilmente podrá acreditar, ello con la finalidad de que la afianzadora no realice el pago por encontrarse en status subjúdice la obligación garantizada. En infinidad de ocasiones, una vez que la afianzadora rechaza el pago de la reclamación argumentando que la fianza no es exigible porque el fiado conforme a derecho ha interpuesto medios de defensas que tienden a dilucidar que el incumplimiento no es imputable a él, se deja caducar el juicio por el fiado, a sabiendas de que lo promovió únicamente con la finalidad de que la afianzadora no cubriera la garantía. En otras ocasiones el fiado proporciona elemento que en apariencia parecen darle la razón y que ha pagado su obligación, pero muchas veces se ocultan hechos que ponen de manifiesto que no es así.

La afianzadora hace valer las excepciones con los elementos que le proporciona el fiado o sus obligados, con el temor de que, de no hacerlas valer, seguramente tendrá problemas para repetir en su contra, ya que el fiado alegará que el pago fue hecho en forma indebida y se enfrascará en un largo litigio con el mismo.

Se considera en otros países que son los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías a primer requerimiento y se esgrime como razón que las entidades que emiten este tipo de garantías, desean eliminar el problema de tener que hacer valer excepciones que corresponderían al deudor principal, evitando las consecuencias de un litigio en el cual se tienen cargas procesales, lo que se traduce en erogaciones en abogados, en su caso, pago de peritos, etc. “El interés lógico del fiador profesional no es, por tanto, poder aprovecharse de las defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor, sino muy al contrario, desatenderse de semejantes extremos y pactar con el deudor que el riesgo de un pago «indebido» al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones al fiador en vía de regreso. De esta forma el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad (sobre si la prestación está o no correctamente cumplida), sino las cargas asociadas a la promoción de un litigio.”¹⁵²

Ya hemos visto cómo tratándose de fianzas que garantizan obligaciones fiscales se han limitado considerablemente las defensas de las afianzadoras. Si la fianza fuera a primer requerimiento, se pagaría en forma inmediata la garantía, y no se tendría la incertidumbre de seguir un juicio ante el Tribunal fiscal, en el cual, de ser desfavorable a los intereses de la afianzadora el resultado, tenga que pagar indemnización por mora establecida en el

¹⁵² Carrasco, Op.cit., página 12.

artículo 95 Bis, el cual tratándose de este tipo de fianza remite al Código fiscal, y, aunque al legislador se le olvidó señalar qué tipo de indemnización por mora pagarán las afianzadoras en estos casos, no ha faltado quien pretenda que la afianzadora pague actualización y recargos como si fuera su obligación un crédito fiscal.

c).- Ahorro en procedimientos. Ya se han visto los procedimientos que pueden hacerse valer para hacer efectiva una fianza. Si se paga a primer requerimiento, disminuirán considerablemente los procedimientos.

El hecho de que se diga que la fianza es a primer requerimiento e inclusive que se renuncie a oponer excepciones relativas a la obligación garantizada no impide que se pueda acudir ante los tribunales en ejercicio de la garantía de defensa, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución; sin embargo, es obvio que si la afianzadora establece con el beneficiario que pagará la garantía con la presentación de la reclamación, con la manifestación bajo protesta de decir verdad del beneficiario en el sentido de que existió incumplimiento y acompañando la documentación establecida en la póliza, se disminuirán en forma considerable los procedimientos de cobro.

d).- Mayor ingreso por primas.- Por supuesto, al correr un mayor riesgo de pago en razón del tipo de garantía, el costo por expedir fianzas a primer requerimiento sería más elevado y se obtendrían mayores ingresos por primas.

e).- Cuidado en la emisión.- Para emitir una fianza a primer requerimiento, la afianzadora tendría más cuidado en la emisión de la garantía, se analizaría con mayor profundidad al fiado que solicita la fianza, el beneficiario ante el cual se obligará, el tipo de obligación a garantizar y se procuraría obtener garantías suficientes de respaldo.

Se dirá que el deber de emitir una fianza verificando que la obligación garantizada sea viable y se encuentre suficientemente garantizada se da también en la fianza tradicional, y eso es cierto, pero aún con las limitaciones, y requisitos legales que se ha establecido para emitir una fianza, sigue siendo frecuente que se emitan garantías sin un debido análisis del riesgo, y sin que se obtengan las garantías de recuperación suficientes.

4.2.- Desventajas

a).- El inminente riesgo de recibir reclamaciones abusivas.

En México, es pertinente mencionar que aunque muchas veces las afianzadoras tratan de eludir su responsabilidad, no menos cierto es que existen beneficiarios que aún a sabiendas de no tener razón, reclaman el pago de una fianza, por lo que, si la fianza es a primer requerimiento, se originarían un mayor número de casos de beneficiarios que actuando deshonestamente reclamarían a la afianzadora el pago de la garantía.

El siguiente caso, referido al derecho de los Estados Unidos americanos, lo referimos para reflexionar acerca del riesgo de emitir fianzas a primer requerimiento:

“Luego de la reciente caída de Enron, once afianzadoras de EEUU recibieron una desagradable sorpresa: J.P. Morgan Chase (JPM) reclamó el pago de más de US\$ mil millones por fianzas cuyas afianzadas eran Enron y sus filiales y que garantizaban el cumplimiento por parte de Enron de Contratos prepagos de Venta a Término de productos de petróleo a las filiales de JPM.

En virtud de dichos contratos, algunas filiales de JPM, Mahonia Limited y Mahonia Natural Gas Limited (Mahonia) celebraron contratos con Enron para comprar a futuro entregas mensuales de petróleo y gas. Mahonia, beneficiaria de las fianzas, le pagó por anticipado a Enron. JPM financió las compras. Enron compraría petróleo y gas de los productores, compras éstas formalizadas mediante Contratos con Productores. Mahonia vendería y entregaría a los usuarios finales el petróleo y el gas adquiridos, ventas éstas formalizadas mediante Contratos con Usuarios Finales. En algún momento, Mahonia se convertiría en la propietaria del petróleo y del gas.

Las afianzadoras se negaron a pagar a JPM los reclamos, alegando que los Contratos de Venta a Término en realidad encubrían operaciones simuladas para aparentar contratos de venta que, en realidad, eran préstamos ocultos de JPM a Enron. Las afianzadoras sostienen que de hecho Enron nunca celebró Contrato de Productor alguno, ni Mahonia Contrato de Usuario Final vinculado con los Contratos de Venta a Término afianzados, y que JPM y Enron jamás tuvieron la intención de hacerlo. Las afianzadoras exigieron a JPM demostrar la existencia de estos contratos y la efectiva entrega de petróleo o gas por parte de Enron o Mahonia a raíz de alguna operación realizada por Mahonia en virtud de esos Contratos.

Las afianzadoras alegan que JPM y Enron las engañaron respecto de la verdadera naturaleza de los Contratos de Venta a Término, y las indujeron fraudulentamente a emitir fianzas para garantizar el cumplimiento de estos contratos por parte de Enron. El fundamento de las afianzadoras es que las operaciones eran, en realidad, préstamos. Jamás habrían afianzado préstamos porque, entre otras motivos, les está prohibido por ley.

El 11 de diciembre de 2001, JPM, como representante de Mahonia, demandó a las afianzadoras. La causa se tramita por ante el Tribunal de Distrito en Nueva York (EEUU), y las afianzadoras se defienden alegando nuevamente que fueron fraudulentamente inducidas a emitir las fianzas.

El 31 de diciembre de 2001, JPM intentó resolver el caso rápidamente: solicitó al tribunal dictar sentencia sin abrir la causa a prueba y ordenar a las afianzadoras pagarle todos los punitivos de las fianzas. La maniobra se basa en el argumento de que no se debaten cuestiones de hecho sino sólo de derecho. Anticipándose a los citados argumentos de las afianzadoras, JPM señala una cláusula de todas las pólizas mediante la cual las afianzadoras renuncian a cualquier tipo de defensa contra reclamos. La cláusula reza: **“Las obligaciones de cada Afianzadora en virtud del presente son absolutas e incondicionales, e independientes del valor, la validez o exigibilidad de las obligaciones del Afianzado a tenor del [Contrato de Venta a Término] o de Enron y, dentro de los máximos límites permitidos por la ley aplicable, independientes de toda otra circunstancia que, de lo contrario, podría constituir una liberación o defensa, reconocida por ley o el régimen de la equidad, de una Afianzadora en su calidad de tal.”**

Según este texto, sostiene JPM, las afianzadoras renuncian al derecho de plantear defensa contra los reclamos de JPM y tienen la obligación incondicional de pagar. JPM alega que, según las leyes de Nueva York, las fianzas son garantías incondicionales que las afianzadoras deben pagar a primer demanda siempre que ésta se ajuste a los procedimientos y requisitos de notificación previstos en las fianzas.

Además, JPM sostiene que carece de sustento el reclamo de las afianzadoras de que fueron engañadas sobre la naturaleza de los Contratos de Venta a Término. Señala que cada afianzadora tuvo asesoramiento letrado al negociar las fianzas, y que los letrados emitieron dictámenes sobre el contrato y la primera fianza, los cuales sirvieron de modelo para el resto. JPM señala también que una de las cláusulas de las fianzas invalida todo argumento de que las fianzas carecen de validez si se demuestra que las operaciones fueron en realidad préstamos por la insuficiencia de las entregas de gas y petróleo.

La cláusula expresa: “**Esta Fianza estipula todas las obligaciones de las Afianzadoras. Salvo disposición en contrario en la presente, dichas obligaciones no serán modificadas, corregidas ni ampliadas mediante referencia a ningún otro documento ni instrumento mencionado en la presente, o que cite esta Fianza, o que esté relacionado con ella, y ninguna referencia en tal sentido se considerará que incorpore a la presente, por referencia, cualquier otro documento o instrumento**”. Según JPM, esto significa que un incumplimiento de las cláusulas del Contrato no exime a las afianzadoras de su obligación de pagar.

En respuesta, las afianzadoras señalan que ya hay pruebas que apoyan que las operaciones se montaron para encubrir préstamos y que así fueron fraudulentamente inducidas a emitir fianzas. (...)

Las lecciones del caso

Inmediatamente antes de enviar este artículo a imprenta, nos enteramos de que el tribunal federal rechazó la moción de JPM de dictar sentencia sin abrir la causa a prueba. Así, en principio, el tribunal aceptó que tanto cuestiones de hecho como principios legales regirán la decisión final sobre el pago por parte de las afianzadoras. El tribunal fijó una activa etapa probatoria preliminar. Sea cual fuere el resultado del juicio, el objeto de la disputa debería ser de gran interés para todas las afianzadoras.

Según estudios recientes, la gran expansión de las deudas empresariales a nivel mundial fue acompañada de innumerables operaciones derivadas entre bancos y aseguradoras para protegerse contra el riesgo de falta de pago. Uno de los métodos más comúnmente usado por los bancos es sacar los préstamos de los balances y pasarlos a títulos derivados de operaciones de crédito, e.g., títulos con respaldo de activos (ABS), papeles comerciales con respaldo de activos (ABCP), y obligaciones de deuda garantizadas (CDO). Estos títulos pueden luego venderse. Las aseguradoras se volcaron hace tiempo a la compra de ABS y CDO, que en general tienen menor calificación y, por ende, mayor rendimiento que muchas obligaciones negociables. Sin embargo, en los últimos años, las aseguradoras y afianzadoras lucran con estas operaciones de otra forma: garantizándolas. Los títulos derivados de obligaciones garantizados se cotizan más y se venden más fácilmente en el mercado abierto.

Como los bancos y las empresas celebran cada vez más contratos de préstamo, y tanto prestamistas como prestatarios buscan alternativas para mantener ese riesgo fuera de sus balances, hay más oportunidades para que las afianzadoras garanticen o afiancen cada vez más operaciones. El afianzamiento JPM-Mahonia-Enron es un ejemplo de este tipo de oportunidades. Dilucidar si los Contratos de Venta a Término deben tipificarse o entenderse como préstamos contra activos o como contratos de compra inmediata de entregas futuras de petróleo y gas no viene al caso, y este artículo no pretende resolver la cuestión. Sea como fuere, los Contratos de Venta a Término le permitieron a Enron realizar dinero actual contra una promesa de producción, entrega y venta futura de petróleo y gas. JPM no quiso asumir sola el riesgo de la falta de entrega del petróleo y gas; por ello procuró trasladarlo a las once compañías afianzadoras que garantizaron el cumplimiento de Enron.

(...)

Como consecuencia del resultado final de los reclamos de JPM, es probable que las afianzadoras deban maximizar sus esfuerzos para descubrir los engaños y subterfugios a que apelan los interesados en sus productos. Según el fallo que dicten los tribunales, esta faceta de la caída de Enron podría hacer temblar las bases de la suscripción de fianzas comerciales en ciertas áreas, y generar una retirada permanente del mercado. Tal como están las cosas, las afianzadoras no tienen en claro cuánto desconfiar de sus clientes comerciales. El fallo definitivo que se dicte en este caso nos aclarará si la ética comercial al estilo Enron representa la norma aceptada o una aberración.”¹⁵³

¹⁵³ Strogatz Ian, *Fianzas para transferir riesgo crediticio: ¿Es Enron sólo la primera sorpresa?*, artículo consultado en la siguiente página de Internet: <http://www2.key-tech.com.ar/boletin/N87sp.htm>

b).- El poco conocimiento de la figura en nuestro país.

No existen mucho material en México que dilucide cómo opera este tipo de garantías; sin que existan tampoco criterios jurisprudenciales, por lo que se tiene que acudir a lo que señala la doctrina extranjera, por lo que, si no existe una regulación expresa sobre fianzas a primera demanda, los conflictos que surgirían acerca de su interpretación y cumplimiento serían muchos.

c) La limitación del acceso a obtener este tipo de garantías a fiados que no tengan gran capacidad económica.

Una solución que ha propuesto Carlos Hoyos¹⁵⁴ para este problema es que se emitan fianza “condicionales”, a un porcentaje mayor del que ahora generalmente se dan, así, en lugar de garantizarse en una fianza de cumplimiento, hasta por el diez por ciento, se emitiría la fianza por un monto del treinta o cincuenta por ciento del sobre el monto de la obligación garantizada. Así, habría fianzas condicionales e incondicionales, y en razón del monto de la garantía, se elegiría cualquiera de ellas, teniendo la posibilidad el afianzador, tratándose de fianzas condicionales, la posibilidad de cumplir por sí p por un tercero el contrato.

Aquí conviene hacer referencia a una sentencia del Tribunal Federal Alemán de fecha 18 de abril de 2004 en la sostuvo que las cláusulas preformuladas referidas a la presentación de fianzas a primer requerimiento que se incluyen en los contratos de construcción son nulas según las normas legales que rigen las Condiciones generales para Empresas. La sentencia se fundamentó en que “la fianza de cumplimiento a primer requerimiento perjudica al contratista de la construcción, ya que contraviene injustificadamente el principio de buena fe y da al cliente fácil acceso a la liquidez y extienden (sic) indebidamente los derechos de garantía del propietario más allá de cualquier interés justificado. Además, el contratista afronta el riesgo de que el propietario cobre el importe de la fianza, y sea declarado insolvente en el interin, Por lo tanto, el incluir fianzas de cumplimiento a primer requerimiento en las cláusulas preformuladas viola el espíritu de la ley que rige los contratos de obras públicas, y sería suficiente incluir fianzas de cumplimiento condicionales.”¹⁵⁵

d).- La limitación para ejercitar algunas acciones para obtener garantías.- Debido a que en la fianza a primer requerimiento, los plazos para hacer efectiva la garantía se deben acortar, sería difícil que se pudieran ejercitar las acciones para garantizarse la afianzadora, sobre todo en aquellos casos en que existe una reclamación presentada.

5.- Condiciones de afianzamiento y reclamación de fianzas a primer requerimiento.

¹⁵⁴ Hoyos Elizalde Carlos, “Reglas sobre fianzas de la Cámara de Comercio Internacional”, *Revista mercado Asegurador*, Número 266 (enero/febrero de 2002), Bolivia, páginas 24 a 27.

¹⁵⁵ Alemania: reciente decisión judicial. Consultada en: www.apfpasa.com.ar/boletin/N88sp.htm

A continuación proponemos algunas directrices en cuanto a la emisión y reclamación de una garantía de este tipo.

5.1.- Condiciones de afianzamiento para emitir fianzas a primer requerimiento

Al no existir una regulación en derecho interno para que una afianzadora opere emitiendo fianzas a primer requerimiento, en el caso de ser factible su emisión, proponemos las siguientes condiciones de afianzamiento:

a).- Elección del fiado y beneficiario.- La afianzadora debe tener mucho cuidado tanto en el tipo de cliente fiado como en el beneficiario, analizando los antecedentes de ambos, la capacidad económica y moral del fiado y del beneficiario.

b).- Obtener garantías líquidas.- Una de las más importantes de las condiciones de afianzamiento consiste en que la afianzadora no debe emitir fianzas a primer requerimiento sin contar con garantías de fácil realización, llamadas “garantías líquidas”. En nuestro derecho podría ser la prenda a la que aluden los artículos 24 fracción I, 26, y 27 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Tratándose de las garantías independientes, se ha dicho que el garante, se prepara para recibir el reembolso de lo que paga “para asegurar su cobro a través de distintas exigencias: dinero líquido depositado en cuenta, cuentas bloqueadas, prenda de valores mobiliarios cotizables en bolsa, prenda sobre mercaderías, prenda o cesión en garantía de una póliza, etcétera.”¹⁵⁶

c).- Prever que la fianza será pagada a primer requerimiento en el contrato solicitud.- Asimismo, en el llamado “contrato solicitud” celebrado con el fiado se debe especificar terminantemente que la afianzadora pagará la fianza emitida a favor del beneficiario, a primer requerimiento de éste, con la documentación que se señale en la póliza de fianza para hacerla efectiva, sin que el fiado pueda oponerse al pago de dicha reclamación, sin que obste que en términos de lo dispuesto por el artículo 118 Bis de la Ley, pueda aportar elementos para demostrar que realizó el cumplimiento total de su obligación.

d).- Abstención de emitir fianzas de crédito “a primer requerimiento”.- Por otra parte, pienso que determinado tipo de fianzas de ninguna manera deben ser expedidas a primer requerimiento, como son aquellas que garanticen el pago de operaciones de crédito, incluyendo el mutuo.

En el Reglamento de garantías a primer requerimiento de Bolivia, en su artículo 5 se señala expresamente que “Las entidades de intermediación financiera no podrán otorgar garantías a primer requerimiento para respaldar obligaciones de dinero o mutuo entre terceros.

En México, en relación con fianzas de crédito, este tipo de fianza administrativa se regula por las Reglas Para el Otorgamiento de Fianzas que Garanticen Operaciones de Crédito

¹⁵⁶ Kemelmajer, Op.c it.

expedidas el 15 de mayo de 2000 y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de mayo de 2000 (que sustituyen a las expedidas el 22 de agosto de 1990, publicadas el 24 de ese mes y año) y que comprenden de la primera a la vigésima novena.

Las referidas Reglas establecen en su disposición primera los casos en que se pueden garantizar operaciones crediticias y al respecto, señala los siguientes: El pago derivado de operaciones de compraventa de bienes y servicios o de distribución mercantil; el pago total o parcial, del principal y accesorios financieros, derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; el pago derivado de contratos de arrendamiento financiero; el pago de financiamientos obtenidos a través de contratos de crédito garantizados con certificados de depósitos y bonos de prenda expedidos por un almacén general de depósito; el pago derivado de descuentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero; el pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación e importación de bienes y servicios; el pago de créditos obtenidos para la adquisición de inmuebles, financiados por entidades del grupo financiero al que pertenezca la afianzadora de que se trate; el pago derivado de créditos para la adquisición de activos fijos o bienes de consumo duradero; el pago de créditos derivados de programas especiales de apoyo a la micro y pequeña empresa que ejecuten instituciones nacionales de crédito; los demás casos que impliquen operaciones de crédito quedarán prohibidos a menos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los autorice expresamente o los incorpore a las Reglas.

En todos esos casos, considero que si de por sí tales fianzas de crédito son consideradas peligrosas, con mucha mayor razón si se emitieran fianzas de crédito a primer requerimiento.

e.- Contenido de la póliza.- La Póliza de “fianza” a primer requerimiento, deberá contener al menos lo siguiente¹⁵⁷:

- El nombre del beneficiario
- Nombre del fiado.
- La mención de ser fianza a primer requerimiento y que, por lo tanto, la afianzadora pagará el importe reclamado con la presentación de determinados documentos especificados.
- El lugar y fecha de su expedición.
- La cantidad máxima a pagar y la moneda de pago.
- la obligación subyacente que constituye la causa de la emisión de la garantía a primer requerimiento.
- El plazo hasta el cual el beneficiario podrá exigir el pago de la garantía.
- El detalle de los documentos que deben presentarse para hacer efectivo el cobro, así como la forma y condiciones en que deben ser presentados.
- El plazo que la afianzadora tiene para realizar el pago.

¹⁵⁷ Nota : estos requisitos los tomamos tanto de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, como del reglamento de Fianzas a primer requerimiento de Bolivia, y lo complementamos con los requisitos que pensamos deben reunir también en nuestro derecho.

- La forma de amortización de la garantía a primer requerimiento.
- El interés que el beneficiario deberá cubrir a la afianzadora en el caso de que con posterioridad al pago, la afianzadora se percate que la reclamación era improcedente y obtenga resolución favorable que indique que el pago realizado fue indebido.

5.2- Condiciones en cuanto al procedimiento de reclamación.

a).- Plazo para presentar la reclamación.- Es necesario que se establezca un plazo durante el cual deberá ser presentada la reclamación de pago por parte del beneficiario, al término del cual la garantía se extinguirá.

El inconveniente que se tiene con las autoridades mexicanas a las que se refiere el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el artículo 143 del Código Fiscal federal, es que no se respetan los plazos, y el ejemplo más claro es del plazo de caducidad que se incluyó en el convenio relativo a las llamadas “fianzas paisano” en el que hubo Tribunales que establecieron que no era legal establecer un plazo convencional para reclamar la fianza, olvidándose de los principios legales que rigen a los contratos, sobre todo aquél que establece que los pactos fueron hechos para cumplirse.

En obligaciones de vigencia indeterminada, se debe establecer en la fianza, expresamente cuál es el acontecimiento que da origen a la presentación de la reclamación, sin que en ningún momento pueda dejarse tal determinación en manos del propio beneficiario, como lo han sostenido diversas tesis en nuestro derecho, en exceso proteccionistas del beneficiario, sobre todo de las autoridades fiscales.

Pero, si se requiere por un beneficiario una fianza a primer requerimiento, lo menos que se le puede pedir es que respete el plazo para hacerla efectiva.

b).- Reclamación por escrito.- La reclamación debe interponerse por escrito, incluyendo el fax, o cualquier medio de telecomunicación.

c).- Documentación que se debe adjuntar a la reclamación.- Desde el punto de vista de este autor, considero que la reclamación debe ser documentaria, esto es que debe exigirse la documentación establecida en la póliza de fianza para que se haga efectiva.

Lo más conveniente, y que incluso prevén las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional es que se acompañe una sentencia o laudo arbitral.

En Perú, ya se ha visto, “la garantía de fiel cumplimiento, entre otras, se ejecutará, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato”.

No se pueden dar pautas generales ya que la documentación que se presente dependerá de cada obligación garantizada.

Por ejemplo, tratándose de fianzas que garantizan el pago de rentas en el arrendamiento, la documentación podría ser: copia del contrato acompañado del recibo de pago de renta que no fue cubierto por el fiado.

Otro ejemplo de documentación que podría exigirse al beneficiario lo constituye el artículo 1 del reglamento del artículo 95 de la ley federal de Instituciones de Fianzas, tratándose de obligaciones garantizadas ante las autoridades a que dicho artículo se refiere: acta de incumplimiento, liquidación, etc.

Aplicando a nuestro derecho el artículo 20 de las Reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (publicación 458) sobre garantías a primer requerimiento, se debe establecer que “también se debe anexar “una declaración escrita (tanto en el propio requerimiento como en un documento o documentos separados que lo acompañen y referidos en él) que especifique que el fiado ha faltado a su(s) obligación(es) según el(los) contrato(s) de base o, en el caso de una garantía de licitación a las condiciones de la licitación, y lo que haya incumplido el fiado.

Tal declaración deberá ser hecha bajo protesta de decir verdad. En Bolivia, el reglamento al que hemos aludido señala que la declaración será “bajo juramento”.

d).- Plazo para realizar el pago de una reclamación o para informar las causas de improcedencia.- El plazo establecido por el artículo 93 ya ha sido criticado por Pablo Retes.

La afianzadora tratándose de una fianza a primer requerimiento debe pagar, una vez presentada la reclamación, si el beneficiario presenta la documentación establecida en un plazo muy breve. En Bolivia, el Reglamento de garantías a primer requerimiento dispone que el pago será al día hábil siguiente; en Perú el pago debe realizarse dentro de los tres días siguientes.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente se dispone un plazo que no excederá de siete días laborales para que el garante examine la reclamación y documentación anexa, decida si efectúa o no el pago y si la decisión es de no pagar debe notificársela al beneficiario (artículo 16)

Un plazo razonable podría ser el de diez días naturales para realizarse el pago o negarse el mismo, para dar la oportunidad de informar al fiado y poder cumplir con lo dispuesto por el artículo 118 Bis de la Ley federal de Instituciones de Fianzas.

Las causas de improcedencia, deben ser referidas a la propia fianza, (por ejemplo, no acompañarse la documentación requerida, que la reclamación se acompañe fuera del plazo y no las que deriven de la obligación garantizada)

En la referida Convención de las Naciones Unidas se establecen diversas excepciones para realizar el pago, en su artículo 19, entre ellas, cuando sea claro y manifiesto que algún documento no es auténtico o está falsificado o que la reclamación carezca de fundamento. Se dice que la reclamación carece de fundamento en los siguientes casos:

- Cuando sea indudable que no se ha producido la contingencia o el riesgo, contra los que la promesa proteja al beneficiario;
- Cuando la obligación subyacente del solicitante haya sido declarada inválida por un tribunal judicial o arbitral, a menos que se indique que tal contingencia forma parte del riesgo cubierto por la garantía.
- Cuando sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario;
- Cuando el cumplimiento de la obligación subyacente se haya visto claramente impedido por el comportamiento doloso del beneficiario
- Cuando se presente una reclamación al amparo de una contragarantía y el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor..

e).- Información de la reclamación al fiado.- Aún tratándose de las garantías independientes la doctrina ha sostenido que existe el deber de informar al fiado de la presentación de la reclamación, las Reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías a primer requerimiento también contemplan tal posibilidad. Y ello tiene como finalidad “permitir al ordenante poner a disposición del garante las pruebas definitivas e irrefutables de su perfecto cumplimiento, pruebas que generarán a cargo del garante un deber de oponerse al pago.”¹⁵⁸

Conforme a nuestro ordenamiento en materia de fianzas, hemos visto ya lo que dispone el artículo 118 Bis y la finalidad de tal disposición.

Pues bien, en la fianza a primer requerimiento, también se le debe dar oportunidad al fiado, conforme a tal disposición de aportar elementos para desvirtuar la exigibilidad de la fianza, aunque, solamente se tendrán en cuenta aquellos que demuestren que dio cumplimiento real y efectivo a su obligación.

En razón de la brevedad del plazo para pagar, la información al fiado podría darse el mismo día de presentación de la reclamación o a más tardar dentro de los dos días siguientes.

f).- Posibilidad del fiado de interponer medidas cautelares.- Ya hemos hecho alusión a estas medidas tratándose de garantías independientes. En la fianza a primer requerimiento, también podría el fiado hacer valer dichas medidas, si así se legislara.

El artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas a la que hemos hecho ya referencia, se establecen este tipo de medidas, en determinados casos (cuando sea claro y manifiesto que algún documento no es auténtico o está falsificado o que la reclamación carezca de fundamento), estableciendo que el tribunal sobre la base de pruebas sólidas inmediatamente obtenibles podrá: a) dictar un mandamiento preventivo a fin de que el beneficiario no reciba el pago, incluyendo una orden de que el garante emisor retenga el importe de la garantía o, b) dictar un mandamiento preventivo a fin de que se disponga el bloqueo del importe de la promesa pagado al beneficiario. El tribunal podrá requerir el otorgamiento de una garantía para conceder tales medidas.

¹⁵⁸ Núñez Zorrilla, Op.cit., página 252.

6.- ¿Es necesario regular la figura de fianza a primer requerimiento en México?

Una posibilidad para acabar sobre discusión acerca de la validez de la emisión fianzas a primer requerimiento por parte de las afianzadoras, sería que se emitieran reglas por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que establezcan, con base en lo dispuesto por el artículo fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas las formas de operar por parte de las instituciones de fianzas, la emisión de fianzas a primer requerimiento, estableciendo requisitos, plazos, formas de reclamación, etcétera. O bien, que se legislara al respecto, lo que es más deseable, que se incorporaran en el propio texto legal las normas relativas a esta figura.

Sin embargo, si se ha establecido en otros países, por la doctrina y la jurisprudencia, que con base en la autonomía de la voluntad se pueden crear figuras atípicas de garantía personal o bien, incorporar a la figura de la fianza o el seguro la cláusula de pago a primer requerimiento, creo que sin necesidad de llamar fianza a primer requerimiento a nuestra fianza, si lo que se quiere es mayor rapidez y posibilidad de cobro por parte del beneficiario al reclamar el pago de la fianza, que, con base en lo dispuesto por el artículo 103 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se prevea un trámite de reclamación expedito, en el que se establezcan cuáles son las excepciones que podría oponer la afianzadora y cuáles no.

En diversas ocasiones las afianzadoras han llegado a celebrar convenios con diversos tipos de beneficiarios, sobre todo aquellos que más requieren que se emitan fianza en su favor.

El texto del tema propuesto es extenso y al hablar de “incumplimientos reales y efectivos” de los fiados, parece pugnar con el tema ya que si se quiere emitir fianzas a primer requerimiento, no es acorde con tal propuesta que se hable de un incumplimiento real y efectivo, ya que si el beneficiario presenta la documentación que se ha establecido en la fianza como necesaria para que la afianzadora realice el pago a primera demanda, no se tiene que entrar a averiguar si el incumplimiento realmente se dio, sino solamente se debe analizar si la documentación exhibida por el reclamante se ajusta a la establecida en la póliza de fianza, salvo los casos de abuso manifiesto.

Desde mi punto de vista, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 103 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas la afianzadora puede convenir un procedimiento de reclamación ágil y expedito con el beneficiario, sin necesidad de tener que importar figuras que crean controversia y respecto de las cuales ni siquiera se ha llegado a determinar plenamente por la doctrina su denominación, ni su forma de operar como es la llamada “fianza a primer requerimiento”.

CONCLUSIONES

- 1.- El término “garantía” tiene diversos significados en derecho, aunque tratándose de a garantía del cumplimiento de una obligación el concepto más acertado indica que ésta supone toda seguridad adicional que el propio deudor o un tercero otorga al acreedor para el supuesto de que la obligación no sea cumplida.
- 2.- La fianza es el prototipo de las garantías personales, pero en el derecho actual se ha admitido el empleo de garantías personales que constituyen figuras atípicas en las cuales se exige una mayor independencia de la garantía con la obligación garantizada.
- 3.- Las características de la fianza son la accesoriedad y la subsidiaridad, aunque se discute si dichas notas son de la esencia de la fianza.
- 4.- Las garantías independientes a “primer requerimiento” o a “primera demanda” son aquellas otorgadas por una institución financiera de acreditada solvencia (un banco, por ejemplo) la cual se obliga a pagar por el deudor si éste no lo hace, con el requerimiento del beneficiario de dicha garantía, sin que la garante pueda oponerle a éste ninguna excepción ni personal del deudor principal, ni las inherentes a la obligación garantizada.
- 5.- Las garantías a primer requerimiento son distintas a la fianza, son figuras atípicas que se aplican sobre todo en materia internacional, pero que se han ido incorporando poco a poco en los derechos internos de los países, en la mayoría de los cuales si bien no se han regulado internamente, sí se ha reconocido su validez a través de criterios jurisprudenciales.
- 6.- La llamada “fianza a primer requerimiento” también llamada incondicional, no ha sido precisada ni definida en todos los países por lo que el empleo de tal denominación puede dar lugar a confusiones, ya que así también llegan a denominarse las garantías independientes; sin embargo, se dice que esta fianza es aquella en la que el fiador debe cubrir el pago al beneficiario con la reclamación de éste acompañada de determinados documentos previstos en la garantía, sin poder oponer las excepciones relativas a la obligación subyacente, aunque en este caso, el fiador tiene la posibilidad de oponer con posterioridad dichas excepciones, repitiendo en contra del beneficiario, en el caso de que así lo considere.
- 7.- En materia internacional, las instituciones de fianzas llegan a realizar operaciones que constituyen garantías independientes, como el fronting.
- 8.- En derecho interno, conforme al principio de autonomía de la voluntad las afianzadoras podrían emitir fianzas a primer requerimiento, aunque, toda vez que las operaciones que realizan las afianzadoras están reguladas por una ley de interés público en el que existen disposiciones que chocan con el hecho de que se pague la fianza sin poder oponer excepciones relativas a la obligación garantizada, sería conveniente su regulación, ya que su emisión representa grandes ventajas para el sector afianzador, sin soslayar que se corren también muchos riesgos.

9.- No obstante, conforme a lo dispuesto por el artículo 103 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, si lo que se requiere es que se proceda a un procedimiento de reclamación ágil y expedito para que las Fianzas puedan ser reclamadas en forma simplificada, en caso de incumplimientos reales y efectivos de los fiados, para que sean pagadas en plazos perentorios, de darse los supuestos acordados, se pueden celebrar convenios con los beneficiarios, estableciéndose en los mismos los plazos y maneras de presentar la reclamación, incluyéndose las causales de improcedencia que podrá hacer valer la afianzadora y aquellas que excepciones que no podrá oponer, sin necesidad de tener que importar figuras que crean controversia y respecto de las cuales ni siquiera se ha llegado a determinar plenamente por la doctrina su denominación, ni su forma de operar como es la llamada “fianza a primer requerimiento”.

OBRAS CONSULTADAS

ALCÍVAR PÁEZ, Alberto et al, “*Garantías a primer requerimiento ¿una problemática tendencia del mercado?*” mesa redonda celebrada en la ciudad de Quito, Ecuador, el 7 de mayo de 2003 en el XVI Seminario Internacional de la Asociación Panamericana de Fianzas, consultada en la siguiente página de Internet: www.apfsa.com.ar/Libros/libro-Quito.pdf.

ARCE ARGOLLO, Javier, “*Introducción al estudio de los medios de garantía modernos*”, en *Revista de Derecho Privado*, Número 18, Año 6, México, 1995, páginas 43-63.

BONNECASE, Julián *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, 1048 páginas.

BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, 22ª edición, México, 1989.

CARRASCO PERERA, Angel, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, 1992, Madrid, 268 páginas.

CARRILLO POZO, Luis F., *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, 455 páginas.

COVIELLO NICOLÁS, *Doctrina general del derecho civil*, trad. Felipe de Jesús Tena, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, 628 páginas.

CONCHA MALO, Ramón, *La fianza en México*, Futura Ediciones, S.A. de C.V., 1988, 247 páginas.

COMITÉ ESPAÑOL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL “Formulario tipo para la emisión de garantías a primer requerimiento”, Barcelona, 2001.

DE OLAGUÍBEL ELÍAS, Eduviges, *Cartas de crédito standby y garantías contractuales*, Cámara de Comercio Internacional, México, 2000, 78 páginas.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, 247 páginas.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*, 2ª. Edición, 1ra. Reimpresión, Editorial Astrea, 1999, 830 páginas.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, 33ª. Edición, México, 1994.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 1997, 273 páginas.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLES Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 9ª, edición, editorial Porrúa, México, 1993.

HEDUÁN VIRÚES, Dolores, “Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación” en *Publicaciones de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal (Asociación Nacional de Abogados)*” México, D.F., 1971.

HOYOS ELIZALDE, Carlos, “Reglas sobre fianzas de la Cámara de Comercio Internacional”, *Revista mercado Asegurador*, Número 266 (enero/febrero de 2002), Bolivia, páginas 24 a 27.

JIMÉNEZ CORTE, Cristian, *Garantías independientes, lex mercatoria, y coacción extra-estatal*. Ponencia del XIV congreso Ordinario-XII Congreso Argentino de derecho Internacional “Dr. José Amadeo Conte-Grand”-San Juan-septiembre de 2001, 11 páginas.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las garantías a primera demanda”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número 2, 1996, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, consultado en: www.rubinzal.com.ar/revistas/privadoycomunitario/garantias-e.htm.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, 942 páginas.

NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen, *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*. Marcial Pons ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, 327 páginas.

MURGUÍA POZZI, Juan, *Naturaleza y efectos de la afectación en garantía prevista en los artículos 28 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas*, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1973.

PÉREZ ROMERO, María Isabel, *Breves consideraciones sobre garantías independientes y las cartas de crédito contingente en el contexto internacional y su regulación en México*, Tesis, ITAM, 1998.

PLANIOL, Marcel et al, *Tratado elemental de derecho civil*, Tomo VI contratos de garantía, privilegios e hipotecas, Traducido por Lic. José M. Cajica, Jr., Segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, 541 páginas

RIVA, Jorge L. *Garantías independientes*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1999, 146 páginas.

RETES GONZÁLEZ COS, Pablo, La Fianza ante otras alternativas de garantía, Tercer congreso Nacional de Seguros y Fianzas celebrado en Boca del Río Veracruz Noviembre de 2000.

REYES LÓPEZ, María José, *Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Editora General de derecho, S.L., Valencia, 1996, 327 páginas.

ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo VI, Vol. II, quinta edición, Editorial Porrúa, 1986.

RUIZ RUEDA, Luis, “El régimen publicista de las empresas de fianzas”, en *Fianza de Empresa, Estudios Jurídicos*. Fianzas México, S.A., Edición Conmemorativa Luis Ruiz Rueda, 1925-1985, Imprenta Madero, México., págs. 45-98.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan *El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año XII, número 50, Abril-Junio de 1993, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, páginas 542-561.

_____ *El Contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995, 429 páginas.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Ramón. *De los contratos civiles*, 9ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1988.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 623 páginas.

STROGATZ, Ian A.L, *Fronting: Problemas y soluciones para la compañía emisora*, Parte I: derecho a resarcirse con el producto del reaseguro, consultado en la página electrónica de la Asociación Panamericana de Fianzas: www.apfpasa.com.ar/boletin/n95/pub/APFStrogatz.html.

_____ *Fianzas para transferir riesgo crediticio: ¿Es Enron sólo la primera sorpresa?*, consultado en: <http://www2.key-tech.com.ar/boletin/N87sp.htm>

VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Las garantías del Crédito*, Tomo I, segunda edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 495 páginas.

_____ *Las garantías del Crédito*, Tomo II, segunda edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 430 páginas.

VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo II, trad. Dr. Wenceslao Roces, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, 361 páginas.

ARTÍCULOS EN PERIÓDICOS

SALGADO, Alicia, “Avanza análisis legislativo de reformas a la Condusef”, *El Financiero*, 9 de agosto de 2004, Sección Finanzas, página 12.

SODI SERRET, Carlos, “Afianzadoras Tramposas, Con Tesofe y Jueces Familiares”. *Excélsior*, sección editorial, 10 de mayo de 2000.

DICCIONARIOS

LAROUSSE, Diccionario de la lengua Española Esencial, 1ª ed. 23ª. Reimp, México, 1994.

MEDIOS MAGNÉTICOS

Cd –Rom Justicia Fiscal y Administrativa 2004, Dirección general de la Coordinación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

Cd-Rom. Compila VIII, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS:

Además de los artículos en páginas web y que ya hemos referido en las obras consultadas; se visitaron también las siguientes:

www.apfpasa.com.ar/boletin/N88sp.htm

www.bancomext.com.

www.banxico.org.mx/

www.bcrp.gob.pe/Espanol/WLicitacion/Licitaciones.htm#Reglamento

www.contranet.gov.ec/docs/Ley de Contratacion_publica.doc

www.juridicas.unam.mx

www.lexnova.es/pub_In/Juris_Gaceta/Sem_21_07_2003/04.htm

www.promptuarium.org/aval%20primer%20requerimiento%202.htm

www.sbef.gov.bo/textos/

www.scjn.gob.mx

Nota: Las páginas web fueron consultadas en los meses de junio a agosto de 2004, por lo que pueden variar de ubicación.