



# La Fianza de Cumplimiento a Primer Requerimiento: una realidad insoslayable en nuestro país. Creación de su Marco Jurídico

Trabajo presentado para el XV Premio de Investigación sobre Seguros y Fianzas, 2008,

Lic. Juan Pérez Ávila  
"ARISTACO"



COMISIÓN NACIONAL DE  
SEGUROS Y FIANZAS

CNSF

# XV

Premio de Investigación sobre  
Seguros y Fianzas 2008

Segundo Lugar  
Categoría de Fianzas

SHCP

## AGRADECIMIENTOS:

*A mi esposa e hija, por su compañía y comprensión invaluable.*

*A mis maestros en la facultad de derecho y en el postgrado, por que sin su aporte intelectual y ejemplo no existiría ésta investigación.*

*A mi equipo de trabajo, por su apoyo, amistad y aceptación.*

*Al sector afianzador, y particularmente a la empresa que me acogió por tantos años, de donde mantenemos tan gratos recuerdos y amigos entrañables.*

## INDICE

	Pág.
RESEÑA	I
INTRODUCCIÓN	III
METODOLOGÍA	V
HIPÓTESIS	V

### PRIMERA PARTE: LA PÓLIZA DE FIANZA Y EL PROCEDIMIENTO PARA SU RECLAMACIÓN.

1. Breve Esbozo sobre la fianza	1
1.2. Legislación aplicable a la póliza de fianza	1
2. El procedimiento de reclamación previsto en el artículo 93	2
3. El procedimiento de reclamación previsto en el artículo 95.	4
4. La fianza de cumplimiento	7
5. La reclamación de la fianza de cumplimiento	8
6. El principio de proporcionalidad	9

### SEGUNDA PARTE: LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO.

7. Noción general.	11
8. Marco legal	12
9. Propuesta de procedimiento especial para la reclamación de fianzas a primer requerimiento.	12
9.1. La actitud preactiva de la CONDUSEF	14
9.1.1 Propuesta de reforma en materia administrativa	15
9.2. Propuesta de reforma en materia penal	15
9.3. El dictamen de peritos como prueba definitiva	17
9.4. Propuesta para introducir el interés indemnizatorio	17
9.5. Propuesta de reforma al artículo 118 bis	18

10. Implicaciones de este modelo de fianza	19
10.1.- Implicaciones para el beneficiario	19
10.2. Implicaciones para el fiado.	19
10.3 ¿Para las instituciones de fianza es viable la fianza a primer requerimiento?	20

### **TERCERA PARTE:**

#### **LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO EJECUTABLE A PRIMER REQUERIMIENTO COMO SANCIÓN EXTRA CONTRACTUAL.**

11. La fianza de cumplimiento oportuno	22
11.1. Marco legal	23
<b>12.- CONCLUSIONES FINALES</b>	<b>25</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>26</b>

## RESEÑA.

En el presente trabajo se plantea el marco jurídico para la implementación de pólizas de fianza ejecutables a primer requerimiento, proponiendo la aplicación práctica de este tipo de garantías a partir de la **evolución** de la **fianza de cumplimiento** al innovar tanto su concepción como el procedimiento de reclamación a efecto de posibilitar el pago de las reclamaciones a primer requerimiento especialmente en este tipo de fianzas.

Esta idea de evolución en la fianza de cumplimiento nos lleva a plantear la creación de una póliza de fianza piloto que llamaremos "**FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO**", por la cual se garantizaría una sola y única obligación: **que el fiado entregue a más tardar el día pactado el contenido de la obligación.**

Esta fianza novedosa se concibe a partir de la división de la fianza de cumplimiento, debido a que este concepto de "cumplimiento oportuno" está implícito en el cumplimiento general de las obligaciones, empero, al hacer esta división se individualiza convenientemente la obligación garantizada y facilita en gran medida el análisis de las posibles reclamaciones y su necesaria prueba.

Los planteamientos prácticos y novedosos que fundamentan este trabajo son:

- a) en general, **proponer** una serie de cambios legislativos que permitan la implementación de las pólizas de fianza a primer requerimiento;
- b) en específico proponer un **cambio novedoso** de fondo en el concepto de fianza de cumplimiento, a efecto de evolucionarla en una garantía moderna ejecutable a primer requerimiento.

Acaso podamos decir que las **aportaciones más trascendentes** que derivan de esta investigación sean: **a)** la conceptualización de la **nueva fianza** de "CUMPLIMIENTO OPORTUNO"; **b)** la introducción de las **pruebas periciales** elaboradas por peritos oficiales avalador por el Poder Judicial de la Federación o sus similares en los estados federados, como medio de prueba de la exigibilidad de las obligaciones; **c)** la regulación penal como medida inhibitoria de la falsedad de declaraciones como propuesta para integrar el delito de **fraude**

**específico** en contra de las instituciones de fianzas; **d)** la introducción de un **interés indemnizatorio** en favor de las instituciones de fianza cuando se realice de buena fe un pago indebido; y **e)** la adecuación en la regulación del **aviso** a que se refiere el **artículo 118 bis** de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El conjunto de estas aportaciones es lo que delinea las fortalezas de la fianza a primer requerimiento que se propone, y le da viabilidad dentro del sector, al constituirse como un detonante de negocios muy interesante tanto para el sector afianzador como para los beneficiarios, sobre todo del sector público.

La **importancia** del presente trabajo y otros que aborden el tema de las garantías a primer requerimiento, radica en que aporta los primeros pasos en un tema fundamental e insoslayable dentro del sector afianzador: la necesidad de evolucionar la fianza para **mantenerla** como el medio de garantía más confiable en México y al mismo tiempo incrementar su competitividad ante otras formas de garantía.

Particularmente en esta investigación **se aporta el estudio jurídico** que, en nuestra opinión, siempre debe ser el punto de partida para el estudio de cualquier actividad humana, pues solo en base a un marco jurídico preciso es que podemos conocer las consecuencias exactas que tienen nuestros actos.

## INTRODUCCIÓN.

### I.- PARTE GENERAL.

La fianza es el contrato accesorio por medio del cual una persona llamada fiador se obliga ante otro llamado acreedor a responder por el cumplimiento de obligaciones a cargo de un tercero llamado deudor. Esta definición tan sencilla entraña todo un mundo paradigmático donde, un número considerable de beneficiarios de pólizas de fianza consideran que es difícil hacerlas efectivas y de hecho hay fiados que también lo consideran así y lo toman a su favor al incumplir con sus obligaciones; por ello, existe en mayor o menor medida la desconfianza respecto de la utilidad práctica de la fianza, perdiendo ésta cada día más terreno como garantía ante otros medios como la carta de crédito u otras opciones como los llamados “contratos llave en mano”.

Por ello, solo existe un camino para romper ese paradigma en el consiente colectivo: evolucionar el funcionamiento de la póliza de fianza a efecto de que los potenciales beneficiarios **sepan** que al obtener una póliza de fianza adquieren certeza, utilidad y sobre todo un medio efectivo de “calificación de calidad” respecto de sus deudores y con ello un medio efectivo para obtener el cumplimiento de las obligaciones o en su defecto el resarcimiento del daño. Dentro de este proceso de evolución, desde luego, debemos cuidar que las instituciones de fianza no queden desprotegidas ni pierdan su “utilidad de negocio”, pues de otra forma no sólo dejaría de haber fianzas confiables sino incluso dejaría de haber instituciones de fianza.

En este contexto, el objetivo primario de este trabajo radica esencialmente en plantear el marco jurídico que permita una mayor flexibilidad en la emisión de pólizas de fianza que garanticen el cumplimiento de obligaciones, así como evolucionar el procedimiento de reclamación a efecto de permitir el pago de las reclamaciones a primer requerimiento, lo cual no es posible de una manera objetivamente segura para las instituciones de fianza con base en nuestra legislación actual.

### II.- PARTE ESPECÍFICA.

La idea de introducir con éxito para el sector afianzador una fianza ejecutable a primer requerimiento, es un tema que lleva varios años en el tintero del gremio, y en opinión del autor, en la mente de los encargados de las finanzas públicas. La prueba mas palpable de este hecho es el premio otorgado dentro de este mismo “concurso” organizado en el año anterior y los otorgados en años anteriores a este tema, aun que resulta interesante que a la fecha no se ha consolidado la adopción de esta fianza en el sector.

En nuestra opinión, el principal obstáculo para que las instituciones de fianzas emitan fianzas ejecutables a primer requerimiento radica en los problemas prácticos que presenta la reclamación de una póliza de fianza sobre todo al momento de acreditar la “exigibilidad de la obligación”, es decir, el incumplimiento imputable al deudor.

Puesto que al ser cada obligación distinta, y por tanto distintos los procedimientos para cumplir las obligaciones garantizadas, los medios de prueba y sobre todo “la conducta de las partes”, resulta claro que no puede existir una especie de formato único para llevar el trámite de la reclamación.

A lo anterior debemos agregar que tenemos un marco jurídico poco claro y que en nada ayuda a dar certeza jurídica a las partes; y por partes me refiere a los beneficiarios, a los fiados y a las propias afianzadoras. Por ello, nuestro estudio plantea un marco jurídico especial para este tipo de fianzas, buscando un procedimiento sencillo y al mismo tiempo eficiente y seguro para todas las partes.

Amen de las condiciones económicas que podrían influir gravemente en las finanzas de las afianzadoras de asumir obligaciones ejecutables a primer requerimiento, debido al corto término que tendrían para hacer frente a la reclamación sobre todo en negocios cuantiosos.

No obstante los inconvenientes y riesgos para las afianzadoras, que es muy importante tomar en consideración; debemos acentuar que el mercado de beneficiarios está pidiendo instrumentos de garantía que sean más eficientes y congruentes con la ley, donde el pago de la reclamación sea más rápido y donde el análisis de las reclamaciones de pago se realice sobre bases objetivas más que subjetivas, con reglas claras que dejen el menos espacio posible a la interpretación de quien dictamine las reclamaciones por parte de las instituciones

A lo largo de este trabajo de investigación analizamos los pros y contras enumerados, a la luz de la practica jurídica que he tenido la fortuna de llevar a lo largo de 12 años en el sector afianzador, llegado a la conclusión de que sería muy conveniente para el sector afianzador promover la regulación de este tipo de garantías a primer requerimiento ante la autoridad administrativa y luego, en conjunto, realizar las gestiones pertinentes ante el Poder Legislativo.

Soy partidario de que las reformas que trascienden en la vida no nacen en el seno del H. Congreso de la Unión, sino de la iniciativa privada, dado que, al final del camino, es a ésta a quien más afectan los cambios legislativos. Los C. Diputados, en su mayoría, son ciudadanos comunes, y otros son políticos profesionales. Tienen conocimientos de los problemas de la ciudadanía en general o de los grandes temas que aparecen en los medios de comunicación, pero muy pocos son expertos en los temas financieros, y, mucho menos en temas tan especializados como el marco regulatorio de las pólizas de fianza.

Como parte total de la investigación, tenemos la propuesta de un marco regulatorio especial para las fianzas ejecutables a primer requerimiento, el cual abarca no solo a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas sino también al Código Fiscal de la Federación y el Código Penal Federal, incorporando medios de prueba novedosos que den certeza a todas las partes relacionadas con la fianza.

En principio, el estudio se plantea en base a la fianza de cumplimiento, por cuestiones metodológicas, dado que resulta más sencillo y comprensible plantear la estructura del nuevo procedimiento de reclamación y sus cuestiones secundarias en función de una especie de negocios particular que sobre toda la gama de pólizas. De otra manera se tendría que particularizar en demasía y adecuar los procedimientos a reglas particulares, lo cual no es el objetivo de la investigación que nos ocupa.

Por el contrario, nuestro objetivo fundamental es realizar un planteamiento específico desde un punto de vista pragmático-jurídico, basando nuestra metodología en la investigación empírica.

Dejamos la consumación de las ideas a especialistas dentro del sector, toda vez que en nuestra opinión se requiere de la participación multidisciplinaria que aporte al crisol de la fianza a primer requerimiento, además del estudio particular que vincule el procedimiento de

reclamación general con reglas específicas a cada ramo de la fianza y a cada caso en función de los beneficiarios de fianza, pues resulta claro que el trato y riesgo implicado en cuanto a los beneficiarios del sector público es distinto al que se presenta en relación a los beneficiarios del sector privado, incluso, más haya, dentro de los beneficiarios privados se distingue entre los grandes consorcios y las pequeñas, medianas y micro empresas y no digamos a las personas físicas.

Dada esta pluralidad de beneficiarios, el estudio a realizar sobrepasa por mucho a la capacidad de un solo individuo, requiere de las mentes más capaces de todo el sector afianzador, por ello, esta humilde propuesta no tiene más pretensión que aportar una idea sobre la cual se pueda construir un trabajo monumental que aporte al crecimiento y mejora del sector afianzador mexicano.

### III. METODOLOGÍA.

Los métodos que se utilizarán a lo largo de esta investigación son fundamentalmente el dialéctico, el deductivo, el inductivo, el descriptivo, de lectura crítica, de derecho comparado y el histórico. Además de estos métodos, utilizaremos las técnicas de investigación documental bibliográfica, jurisprudencial, y legislativa.

El trabajo se desarrolla en forma de ensayo. Deliberadamente se limita al máximo la parte general relativa a conceptos y evolución del tema, dado que se ha considerado que el trabajo está dirigido a personas con una formación previa que no requiere mayor introducción, logrando con ello una obra considerablemente más breve, ágil y que aterriza de lleno en la parte sustancial que interesa.

### IV. HIPÓTESIS.

La fianza ejecutable a primer requerimiento no es viable conforma a nuestras leyes actuales, pero es posible y deseable su emisión por las instituciones de fianza **siempre y cuando** exista un marco jurídico adecuado que las regule en específico y que tienda a la armonía de todas las partes involucradas, buscando sobre todo inhibir a los beneficiarios tentados a cometer conductas ilícitas para lograr el cobro de estas fianzas, pues sólo así se lograría el círculo virtuoso donde se proyecte el negocio de este tipo de fianzas en beneficio del sector afianzador y colateralmente se coadyuve en el desarrollo de nuestro país al convertirse este modelo de fianza en impulsor de la economía y en fuerte motor del cumplimiento de obligaciones y con ello de certeza contractual.

## PRIMERA PARTE:

# LA PÓLIZA DE FIANZA Y EL PROCEDIMIENTO PARA SU RECLAMACIÓN

### 1.- BREVE ESBOZO SOBRE LA FIANZA.

Conforme al artículo 2794 del Código Civil Federal, la fianza es un contrato accesorio por medio del cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace. La palabra fianza proviene del latín *fidare* que a su vez deriva de *fidere*, que significa fe, seguridad<sup>1</sup>.

Desde la definición y origen etimológico comprendemos la importancia capital de este contrato: otorgar certeza jurídica y económica al acreedor, al asegurarle que obtendrá el cumplimiento de la obligación, si no del deudor, del fiador.

En esencia la fianza garantiza la solvencia moral y económica del deudor principal, es un contrato de indemnización y no de especulación<sup>2</sup>. Así, en el contrato de fianza se presentan en realidad dos relaciones jurídicas relacionadas pero que no son condicionantes<sup>3</sup>:

- Una entre la afianzadora y el acreedor, donde aquella le garantiza a éste el cumplimiento de una obligación; y
- Otra donde la institución de fianza repite lo pagado, en su caso, del deudor principal.

Estas dos relaciones confluyen en el procedimiento de reclamación, pues para hacer efectiva la póliza el acreedor-beneficiario debe seguir un procedimiento perfectamente regulado en los artículos 93 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, según se trate de beneficiarios privados o del sector público. Este procedimiento no es sencillo ni rápido (relativamente), según veremos en los temas siguientes.

### 1.2. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA PÓLIZA DE FIANZA.

Las instituciones de fianza y por tanto sus pólizas se rigen por una ley especial de carácter federal denominada Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En caso que de ésta ley no regule alguna cuestión en específico (las llamadas lagunas legales) se aplica el Código Civil Federal y el Código de Comercio en base a la llamada supletoriedad de la ley.

Cabe precisar en el capítulo VI (que abarca los artículos 110 al 112) de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se inserta un apartado de "INFRACCIONES Y DELITOS" como un catálogo de conductas indebidas sancionadas de manera administrativa y otras ilícitas

<sup>1</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo II, Porrúa, 14ª edición, México, 2000, página 1435 y siguientes.

<sup>2</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, Editorial Porrúa, 16ª edición, México, 1998, página 466.

<sup>3</sup> SANCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús, El Contrato de Fianza, Editorial Porrúa, México, 2001, página 199.

sancionadas penalmente. Este apartado interesa al presente trabajo pues dentro de las propuestas se encuentra el tipo penal de falsedad de declaraciones como activo del fraude específico en contra de las instituciones de fianzas, como veremos más adelante.

## **2.- EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 93.**

Los beneficiarios de pólizas de fianza, para hacerlas efectivas deben seguir el procedimiento establecido en este artículo, que dice:

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

En las reclamaciones en contra de las instituciones de fianzas se observará lo siguiente:

**I.-** El beneficiario requerirá por escrito a la institución el pago de la fianza, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

La institución tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de 15 días naturales, contado a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación. En este caso, el beneficiario tendrá 15 días naturales para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación.

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

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, la institución de fianzas tendrá un plazo hasta de 30 días naturales, 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;

**II.-** Si a juicio de la institución procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, conforme a lo establecido en la fracción anterior y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, en los términos de la siguiente fracción. Si el pago se hace después del plazo referido, la institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 95 Bis de esta Ley, en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en los términos de los artículos 93 Bis y 94 de esta Ley;

**III.-** Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los Tribunales competentes, conforme a lo establecido en los términos de los artículos 93 bis y 94 de esta Ley; y

**IV.-** La sola presentación de la reclamación a la institución de fianzas en los términos de la fracción I de este artículo, interrumpirá la prescripción establecida en el artículo 120 de esta Ley.”

Es análisis de este procedimiento nos permite afirmar que se trata de un trámite sencillo, en principio, pues basta acreditar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada para que la institución de fianzas tenga que pagar la reclamación.

Decimos que en principio por que esa sencillez está socavada por la subjetividad y por la discrecionalidad: los términos señalados no son fatales ni su incumplimiento provoca la preclusión de derechos, y por otro lado nada impide que la afianzadora dictamine una reclamación como improcedente aun existiendo pruebas que demuestren lo contrario.

Como dice PABLO RETES GONZÁLEZ COS, se trata de una discrecionalidad para determinar que documentos son aptos para integrar la reclamación, en que momento se debe integrar, con la consiguiente desventaja del beneficiario y la arbitrariedad en el proceso<sup>4</sup>.

Pero la discrecionalidad no es solo a favor de la afianzadora, pues tampoco se sanciona de manera eficaz al beneficiario ni al fiador, en la medida que tampoco se menciona que sucede cuando se dilatan -sobre todo los beneficiarios- en exhibir los documentos o información complementaria solicitada por la afianzadora; así, el beneficiario tiene el margen de tiempo que le convenga pues con cada gestión de cobro que realice se interrumpe la prescripción, con lo cual la solución del asunto se eterniza por causas no imputables a la afianzadora.

También debemos anotar que este procedimiento recae completamente en la buena fe de las partes, en la confianza, de manera que en algunos casos el periodo probatorio dentro de la reclamación puede durar meses, por ejemplo, cuando se requiere de dictámenes periciales costosos o difíciles de realizar, o cuando las pruebas que acrediten “la culpa” en el incumplimiento son dudosas, citando como ejemplo los casos de vicios ocultos o defectos, en los cuales generalmente se presenta la culpa compartida, en opinión del autor.

Así, el beneficiario esta obligado a demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación. Probar la existencia de la obligación significa demostrar que efectivamente tiene el deudor una determinada obligación que cumplir ante el acreedor y los alcances de esta, lo cual tiene que ver con que las instituciones de fianzas no conocen en muchos casos el contrato origen de la obligación desde el momento de expedir la póliza de fianza, siendo frecuente, sobre todo en el sector publico que se pida la exhibición de la póliza antes o por lo menos contra la firma del contrato, por ello es claro que al tiempo de la expedición de la póliza la institución de fianzas no conocía el contenido del contrato o por lo menos del contrato definitivo; por ello, es que la afianzadora tiene derecho a que se le demuestre que el contrato existe, sea con el contrato correspondiente o de alguna otra manera -como una prueba testimonial o declaración judicial,

---

<sup>4</sup> RETES GONZALEZ COS, Pablo, ponencia “La fianza ante otras alternativas de Garantía”, presentada en el 3 congreso Nacional de la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas celebrado en la ciudad de Veracruz, Veracruz, en noviembre de 2000.

toda vez que debemos recordar que para algunos contratos la ley no exige que consten por escrito como forma de cumplir una forma jurídica-.

Por su parte la exigibilidad es una cuestión mas complicada de probar. Consiste en demostrar que el deudor ha incumplido con su obligación y que jurídicamente se le puede obligar a cumplir o pagar una indemnización por su omisión. Aquí se presenta el mayor problema, dada la subjetividad con que se aprecia el cumplimiento, el cumplimiento parcial o el incumplimiento de las obligaciones, incluso, se considera la conducta del acreedor como un elemento que pudo provocar el incumplimiento.

La ley dice que el acreedor debe probar la exigibilidad, es decir, el incumplimiento y su imputabilidad al deudor, pero ¿como lo debe probar y en cuanto tiempo? Eso no lo dice la ley, queda a merced de los buenos oficios del acreedor, la buena voluntad de la afianzadora, la buena fe del deudor.

En un ejemplo sencillo, si el deudor no ha pagado la renta, resulta fácil demostrar la existencia de la obligación con el contrato de arrendamiento y la exigibilidad con la manifestación de que no se ha recibido el pago pues conforme al Código Civil Federal cuando la obligación tiene una fecha cierta para su cumplimiento existe la presunción del incumplimiento con la simple afirmación del acreedor, un: "no me ha pagado" es suficiente para demostrar el incumplimiento, arrojando al deudor o en este caso a la institución de fianza la carga de probar que el deudor ya pago la renta.

Un caso interesante para este trabajo se produce en un contrato de obra, cuando el deudor no entrega la obra en la fecha pactada, donde el incumplimiento llano se acredita con el mero transcurso de tiempo, pero, al estar sujeta la obligación a una proporcionalidad entre el beneficio recibido por una y otra parte, pues el dueño de la casa obtuvo un beneficio tangible con los avances de la obra y por ello no puede pedir que se le devuelva lo que ha pagado (si lo ha hecho) sin que primero se liquide el beneficio real (riqueza) que ha obtenido con el trabajo realizado. Es aquí donde entra en juego la fianza de cumplimiento que veremos en el siguiente tema.

### **3.- EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 95.**

Este procedimiento esta reservado para los entes públicos, debido a que la ejecución de las pólizas se realiza por conducto de organismos que tienen facultades de ejecución, como es la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, el Instituto Mexicano del Seguro social y otros.

En el caso de los órganos del estado que no tienen facultades de ejecución, pueden hacerlo por conducto de la secretaria de hacienda, como una especie de representación, conforme lo previsto en la fracción II del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Este artículo dispone:

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

**I.-** Las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor;

**II.-** Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

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, en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello;

**III.-** En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contando 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;

**IV.-** Dentro del plazo de treinta días naturales señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago o que cumplió con el requisito de la fracción V. 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;

**V.-** En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, señalado en la fracción III de este artículo, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, a que se hace cita en la fracción II, primer párrafo de este artículo, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma;

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

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

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

Resulta obvio el beneficio que acarrea este procedimiento por agilizar la ejecución a favor de los organismos del estado, que tiene una importancia de interés público; solo que, en la práctica, los procedimientos administrativos ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa por medio de los cuales las instituciones de fianza impugnan los requerimientos de pago con los cuales están inconformes, son un verdadero **riesgo económico**, las deja en **completa incertidumbre** debido a lo tardados que resultan, pues se ha conocido de casos en que solo para dictar la admisión de una demanda se tardan ¡cuatro meses! Y no se diga el tiempo que tarda hasta que se tenga una sentencia definitiva donde hablamos **por lo menos** de dos años. Esto es tomarse en cuenta en la administración de justicia pues los accesorios por la demora en el pago –en caso de que se confirme el acto- son muy elevados conforme al artículo 95 bis de la ley de fianzas.

La pronta impartición de justicia no se logra en los procedimientos actuales que se siguen ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, violando flagrantemente los principios establecidos en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual no resulta deleznable para ninguna de las partes involucradas pues esa tardanza genera a las afianzadoras el pago de cuantiosos intereses durante el tiempo que dura el juicio, en caso de no obtener sentencia favorable.

Esta consecuencia real choca con las teorías modernas donde el derecho se esta humanizando, como lo comenta el jurista HECTOR FIX FIERRO al explicar los alcances del artículo 17 de nuestra Carta Magna, cuando diserta sobre el derecho a la justicia, en los siguientes términos:

“El derecho a la justicia. El derecho de acudir a los tribunales se ha concebido tradicionalmente como un derecho individual. Sin embargo, la tendencia a la **socialización del derecho** en el presente siglo le ha dado a esta facultad una proyección y un contenido sociales, porque se trata de lograr una **justicia real y no solo formal**. Por ello el derecho de acudir a la jurisdicción del estado se ha convertido en un verdadero derecho a la justicia, entendida esta como un valor social que debe ser realizado.”<sup>5</sup> (Pág. 193. Constitución política de los Estados Unidos Mexicano comentada, Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, tomo I, decimotercera edición, Porrúa, México 1998.

De tal forma que el derecho actual se debe estudiar y proyectar con un sentido práctico sí, pero profundamente social, humano. El derecho debe dejar formalidades anacrónicas que solo tienden a crear un derecho para los expertos y no para las personas comunes, lo cual desde

---

<sup>5</sup> Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicano comentada, tomo I, decimotercera ed., Editorial Porrúa, México 1998, página 193.

luego se debe reflejar en los procedimientos previos a los juicios, como son los de reclamación y requerimiento previstos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues en la medida que estos procedimientos se conviertan en la base del juicio y no en un mero requisito previo, será que los tribunales decidirán de manera hegemónica y pronta, con lo cual se beneficiaría a todas las partes en la póliza de fianza y facilitaría enormemente los procedimientos de recuperación por parte de las instituciones de fianza.

#### 4.- LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO.

Con esta fianza se garantiza al acreedor que el deudor cumplirá la obligación tal y como se pacto, funcionando como una especie de indemnización por los daños y perjuicios debidos al incumplimiento.

OCTAVIO GUILLERMO DE JESUS SÁNCHEZ FLORES<sup>6</sup> la define como “fianza que garantiza el debido cumplimiento del contrato de obra, tanto en la correcta ejecución como en la oportuna entrega del trabajo encomendado.

Generalmente esta fianza se expide por un **10%** del valor total del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. El origen de este porcentaje proviene de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, en relación al artículo 60 del reglamento de dicha ley, que disponen:

“Artículo 48.- Los contratistas que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

- I. Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo y por la totalidad del monto de los anticipos, y
- II. El cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo.

Para los efectos de este artículo, 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 los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX y X, y 43 de esta Ley, el servidor público facultado para firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presentar la garantía del cumplimiento.”

“**Artículo 60.-** La garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, **no podrá ser menor al diez por ciento del monto total autorizado al contrato en cada ejercicio.**

Esta garantía deberá ser entregada a la dependencia o entidad en el primer ejercicio, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha en que reciba la notificación por escrito del fallo de la licitación, pero invariablemente antes de la firma del contrato; para

---

<sup>6</sup> SANCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús, El Contrato de Fianza, Editorial Porrúa, México, 2001, página 334.

ejercicios subsecuentes deberá ser entregada dentro de igual plazo, contado a partir de la fecha en que se notifique por escrito al contratista, el monto de la inversión autorizada.”

Preceptos que regulan en específico esta garantía para la obra pública en cuanto al porcentaje menor que por el cual debe constituirse la garantía, y por costumbre se ha llevado este porcentaje a los contratos privados, dado que en realidad la ley civil no establece una cantidad determinada por concepto de “cumplimiento” o pena por incumplimiento, limitándose a decir que la pena o sanción no puede ser mayor al 100% de la obligación, por ello nada impide que ese porcentaje del 10% se amplíe hasta el 100% de la obligación, lo que podría resultar aplicable en el contrato público en tanto que el artículo 60 transcrito solo refiere que la garantía “no podrá ser menor” al diez por ciento del valor de la obra, dejando la posibilidad de que se incremente según el buen criterio de la dependencia de que se trate.

## 5.- LA RECLAMACIÓN DE LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO.

Como vimos, la fianza de cumplimiento actual garantiza en realidad varias obligaciones a cargo del deudor: la pena convencional, la indemnización por incumplimiento en su caso, el cumplimiento oportuno, y las propias derivadas de cada contrato como pudieran ser concretamente en el contrato de obra las responsabilidades laborales y fiscales (con el IMSS o el INFONAVIT) generadas con motivo de la obra determinada donde se considera al dueño de la obra como obligado solidario del constructor (patrón).

Pues bien, cuando las instituciones de fianza reciben una reclamación de pago con cargo a una fianza de cumplimiento, lo primero que hace es verificar si esta se presentó en tiempo, es decir, dentro de los 180 días siguientes a que se hizo exigible la obligación, conforme al artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Si fue oportuna la presentación, la afianzadora verifica la existencia de la obligación y luego si el incumplimiento fue total o el fiado cumplió parte de la obligación.

Esta parte es fundamental debido a que, si el fiado cumplió una parte entonces, en caso de ser procedente la reclamación, se aplicará el **principio de proporcionalidad** al monto de la fianza. Este principio implica que el monto de la fianza, que es una unidad máxima que representa la obligación del fiador, será disminuida en la proporción que el deudor cumplió con sus obligaciones, por ejemplo, si se obligo a entregar veinte caballos y sólo entrega diez, entonces incumplió con el 50% del contrato y por tanto la pena a que se hace acreedor es sólo por esa parte incumplida y por ello el monto de la fianza (como medida de la responsabilidad de la afianzadora) abra disminuido y sólo pagará el 50% del monto de la póliza.

En un caso más difícil, tenemos que la obligación consistía en construir un edificio, llegado el día pactado para la entrega el deudor no lo ha terminado, entonces la afianzadora pedirá la bitácora de obra para conocer los avances, el programa inicial y en su caso las estimaciones que contra avance hubiese presentado el constructor. El análisis de estos documentos se realiza por el personal de las afianzadoras encargado del estudio y dictamen de las reclamaciones, generalmente el departamento jurídico.

El estudio de esta parte de la reclamación se basa en los avances de obra que aparecen en la bitácora, si es que la hay. El problema de este estudio consiste en que los avances reales de obra no siempre coinciden con los costos de la obra, por ello el otro dilema radica en definir si

la proporcionalidad se funda en el mero calendario de obra o en los anticipos que se han recibido por avance de obra.

No es gratuita esta disquisición en la medida que la lícita ganancia del constructor queda de por medio en uno y otro caso; por ello, considero que en la ley se debería de fijar una base objetiva y única que sirva de partida para este tipo de análisis, para evitar discusiones inútiles.

En mi opinión, el cálculo se debe realizar en base al avance en costo de la obra, dado que este indicador evidencia cual ha sido la inversión económica necesaria para llevar ese avance, y cuanto esta pendiente, con bases objetivas fácilmente razonables.

Pero el punto que interesa a la investigación, es que para dar certeza a la partes no basta el que se identifique plenamente el elemento objetivo para el calculo de la indemnización o la sanción, sino que la necesidad de fondo radica en el que ese análisis en si mismo sea objetivo, profesional, tal como veremos más adelante.

## 6.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Este principio esta contenido en el artículo 2842 en relación al 1844 del Código Civil Federal:

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

“Artículo 1844. Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción.”

Preceptos de los que se infiere que cuando la obligación del deudor disminuye en razón del cumplimiento parcial, también disminuirá la obligación del fiador, en la proporción del cumplimiento directo.

Las instituciones de fianza no pueden renunciar a la aplicación de este principio si el fiado no lo hizo en el contrato de obra, debido a que la afianzadora no puede obligarse a más de lo que se obliga su fiado, pues si la afianzadora se llega a obligar a más esa parte excedente será nula, según algunos autores, aunque en opinión del que escribe esa obligación es válida entre el beneficiario de la fianza y la institución afianzadora, pero no ante el deudor directo –fiado-, por eso la afianzadora no podrá cobrarle lo que llegue a pagar en exceso al beneficiario.

En la práctica este principio da motivo a amplias discusiones sobre sus alcances y cometido en relación a la naturaleza de las pólizas de fianza, siendo interesante que un número importante de juristas considera que la póliza de fianza no debe estar sujeta a la proporcionalidad, pues consideran que su naturaleza y objeto es más conforme con una especie de pena extracontractual que con un medio de garantizar las penas convencionales pactadas en el contrato fuente o como una garantía de indemnización de daños y perjuicios.

Considero que en el marco jurídico que actualmente se le da a la fianza de cumplimiento, no asiste la razón a quienes así piensan, debido a que las pólizas de fianza actuales se interpretan **“conforme al contrato principal”** y garantizan **“el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato”**, por ello, bajo ese marco obligacional es que la fianza de cumplimiento no puede desligarse ni de la pena convencional ni de los daños y perjuicios, al

estas vinculada de manera homogénea con todas las obligaciones derivadas del contrato (principal y derivadas) ni por tanto puede ser autónoma.

Ahora, **debo reconocer** a quienes ven en la fianza de cumplimiento un instrumento efectivo para resarcir de forma rápida y relativamente sencilla a los acreedores que se las han visto con un deudor incumplido. Y me sumo a ellos: también considero que la fianza de cumplimiento es total y debe ser pagada en su integridad, como una suerte de pena convencional extracontractual que se genere por el mero incumplimiento de la obligación.

Precisamente el presente trabajo abona en ese anhelo, pues **una de las consecuencias de la evolución** que se propone en este trabajo es que la fianza de cumplimiento deje de garantizar el número ingente de obligaciones que puede contener un contrato para limitarse a garantizar una sola cosa, a caso la más importante: **el cumplimiento oportuno de contrato**.

## SEGUNDA PARTE:

### LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO.

#### 7.- NOCIÓN GENERAL.

Entendemos por fianza a primer requerimiento aquella póliza de fianza que cumplidos los requisitos establecidos en la ley o pactado especialmente para el caso, debe ser pagada en plazo breve por la institución afianzadora sin que ésta tenga oportunidad de oponerse al pago.

El concepto de la “no oportunidad de oponerse” al pago por parte de la afianzadora, no es absoluto, desde luego, sino que parte del supuesto de que la reclamación le es formulada en tiempo y cumpliendo los requisitos probatorios que establece la ley de manera objetiva y fácilmente identificables, de ello que no exista mayor discusión en cuanto a las medida de la prueba.

Actualmente el procedimiento de reclamación es sencillo, claro, accesible y pronto. Pero no es objetivo, y por ello en la mayoría de los casos se puede entrar en controversia con motivo de las pruebas que acrediten la exigibilidad de las obligaciones.

La afianzadora puede dictaminar la reclamación como improcedente y someterse al arbitraje ante la CONDUSEF o esperar el juicio ante los tribunales. Pero eso no es lo ideal. Lo ideal sería que este procedimiento de reclamación fuera lo suficientemente claro y objetivo de manera que cuando la afianzadora requiera al fiado por el reembolso este no tenga excepción para pagarle, como una manera de tener la certeza de que al realizar el pago la afianzadora tenga la confianza de que al comparecer ante los tribunales muy difícilmente podría el fiado evadir sus responsabilidad de pago.

Desde luego que esta definición requiriere todo un esquema colateral que la soporte y salvaguarde los derechos de las instituciones de fianzas pues de otra manera se prestaría al abuso de parte de los beneficiarios.

También es necesario que los esquemas de contragarantía por parte de las instituciones de fianza para esta clase de fianza sean más rigurosos, de hecho estimamos que obligarían a las instituciones de fianza a ser muy selectivos con sus clientes de manera que indirectamente ese hecho aprovecharía a los beneficiarios dado que los fiados que lograran la expedición de este tipo de fianza serían sólo aquellos altamente confiables para las afianzadoras tanto por su experiencia, capacidad y solvencia económica y moral.

Esta parte tiene que ver con la noción esencial de la fianza: dar confianza. “Avalan” la integridad moral y económica del fiado.

La calificación del fiado en este sentido resulta del mayor interés pues será un tamiz para los propios beneficiarios para evaluar la capacidad técnica y económica de los fiados, ante la calidad que los otorguen las afianzadoras.

Puede incluso llegar el caso, que las afianzadoras evalúen el riesgo de las obligaciones, y si las considera excesivas, pues ni al mejor fiado le dará la fianza a primer requerimiento, con lo que

se convertirá en un contrapeso importante ante debilidad de algunos acreedores por los contratos abusivos.

Solo con esta complementación y contrapesos es posible concebir la fianza a primer requerimiento, junto con una nueva cultura garantística donde se compartan los riesgos, las cargas procesales y las pérdidas. Como veremos más adelante, los funcionarios de los órganos públicos se deben comprometer en la administración de la fianza, lo cual no hacen actualmente, por ello existe tanto trabajo duplicado y displicencia en la administración de riesgos, cuando no arbitrariedad.

## **8.- MARCO LEGAL ACTUAL.**

Nada impide a las afianzadoras emitir fianzas pagaderas a primer requerimiento, sólo que la emisión de las mismas implica para las afianzadoras un riesgo muy alto de no poder repetir (recuperar) del deudor lo que llegaren a pagar, pues se tendría que omitir gran parte de los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que ya analizamos.

Además de que la afianzadora tendría que limitar las excepciones oponibles al pago y de hecho renunciar a hacer valer las excepciones que el deudor principal tuviere, pues sin estos dos supuestos resulta imposible el pronto pago de la reclamación.

Por otro lado, el convenio que realizará la afianzadora como marco legal de la fianza a primer requerimiento, aun con el consentimiento del deudor, correría un riesgo alto de ser anulado, pues como la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es una ley de interés público su norma resulta obligatoria y superior a la voluntad de las partes, por tanto resulta inmodificable el procedimiento de reclamación, la obligación de notificar al fiado y sus obligados solidarios, en caso de haber.

En base a lo anterior, es que se propone a continuación un marco legal moderno que posibilitaría la emisión de fianzas a primer requerimiento, que estimamos como el más conveniente y equilibrado para todas las partes interesadas.

Desde luego que implementar este tipo de garantías no puede darse por la mera voluntad de las instituciones de fianza, debe pasar necesariamente por el aval de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas así como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para por su conducto impulsar la reforma correspondiente ante el Poder Legislativo.

## **9. PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA RECLAMACIÓN DE FIANZAS A PRIMER REQUERIMIENTO.**

Proponemos insertar el artículo 93 bis en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas<sup>7</sup>, con la siguiente redacción:

---

<sup>7</sup> Por cuestiones técnicas quizá más recomendable recorrer el artículo 93 a ocupar el artículo 92, y el precepto propuesto dejarlo como el 93; aun que para los efectos y alcances de la presente investigación ello no trasciende.

“Artículo 93 bis. Las instituciones de fianza podrán expedir pólizas ejecutables a primer requerimiento, debiendo constar expresamente en el texto de la misma que la institución se sujeta expresamente al procedimiento que se refiere este artículo.

Al hacerse exigible este tipo de fianzas, el beneficiario presentará por escrito su reclamación directamente ante la institución de fianzas de que se trate, sujetándose a las siguientes reglas:

I.- El beneficiario presentará su reclamación dentro de los siguientes treinta días naturales a la fecha en que la obligación garantizada sea exigible. Si el último día del plazo vence en sábado, domingo u otro día declarado inhábil, el día de vencimiento pasara al inmediato día hábil siguiente. En este escrito el beneficiario señalará domicilio para recibir notificaciones y para efecto de recibir el pago de la reclamación; también podrá designar una dirección de correo electrónico en la que se le pueda enviar información relacionada con la reclamación, teniendo plena validez y valor probatorio la correspondencia que se intercambie por ese medio, y un número de cuenta bancaria a su nombre en donde se le pueda realizar el pago correspondiente.

II.- Junto con la reclamación exhibirá copia certificada del contrato en que conste la existencia de las obligaciones garantizadas.

III. Así mismo deberá acreditar la exigibilidad de la obligación, de la siguiente forma:

- a) En caso de que la obligación sea indivisible o consista en la entrega de una cosa en una fecha determinada habiéndose pactado el pago en el domicilio del acreedor y el incumplimiento se de por la mera tardanza, bastará que el beneficiario manifieste bajo protesta de decir verdad que el deudor-fiado ha incumplido.
- b) En caso de que la obligación sea divisible (se pueda cumplir parcialmente), se deberá exhibir un dictamen pericial en la materia que corresponda, elaborado y firmado por dos peritos en la materia inscritos y reconocidos por el órgano correspondiente del Poder Judicial de la Federación o de la Entidad Federativa en que se debiere cumplir la obligación. Este dictamen surtirá pleno valor probatorio en los juicios que siga la afianzadora en contra de su fiado y coobligados.
- c) En caso de las resoluciones judiciales, arbitrales u otras dictadas en procedimientos seguidos en forma de juicio por autoridades competentes, a excepción de las dictadas en los procedimientos de rescisión administrativa de contrato, bastará la exhibición de la resolución en que se condene al fiado.

VI. Recibida la reclamación, la afianzadora tendrá siete días hábiles para realizar el pago, sin que pueda oponer al beneficiario más excepciones para evitar el pago que la presentación extemporánea de la reclamación, la falta de exhibición de la prueba correspondiente para demostrar la exigibilidad de la obligación según la naturaleza de la obligación o la orden judicial de no realizar el pago.

VII. En caso de que la institución de fianzas no realice el pago dentro del plazo señalado, el beneficiario de la póliza de fianza podrá presentar su reclamación ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) dentro de los siguientes treinta días naturales. La CONDUSEF revisará la documentación exhibida por el beneficiario adjunta a la reclamación de pago y verificará

que la reclamación se hubiere presentado oportunamente ante la afianzadora y probado la existencia y exigibilidad de la obligación conforme a las reglas especiales de la fianza a primer requerimiento, resolviendo de plano dentro del término de tres días. Si advierte que la afianzadora omitió injustificadamente el pago, ordenara de inmediato la constitución del pasivo contingente por el monto de la reclamación. Posteriormente seguirá el procedimiento conciliatorio previsto en el artículo 68 de la Ley de Protección y Defensa al usuario de Servicios Financieros.

En caso de existir orden de no pagar la póliza de fianza dictada por autoridad judicial competente, la afianzadora lo notificará de inmediato a la CONDUSEF para efecto de que la considere al resolver sobre la admisión de la reclamación o para que ordene levantar el pasivo contingente si es el caso que ya lo hubiera ordenado.

VIII.- En caso de que el beneficiario actúe con dolo o mala fe al presentar su reclamación declarando falsamente sobre el incumplimiento del deudor o se hubiere negado sin justificación legal a recibir el pago con el afán de cobrar la fianza, y en el caso de los peritos cuando falseen sus opiniones, se hará acreedores a las sanciones penales y económicas previstas en el **artículo 112 bis-4** de la presente ley.

IX.- Cuando la reclamación se presente de manera extemporánea, se le dará el mismo trámite que a las reclamaciones de fianza en general, conforme al artículo 93.

X.- Cuando posteriormente a que la afianzadora hubiere pagado la reclamación a primer requerimiento, obtenga pruebas o una sentencia definitiva de la que se advierta que la reclamación resultaba improcedente, la afianzadora podrá demandar al beneficiario por el reembolso de lo pagado, si es que no lo ha recuperado del deudor. En este caso el beneficiario de la fianza estará obligado a pagar a la afianzadora intereses desde la fecha en que recibió el pago y hasta que realice el reembolso total, a la misma tasa que estaría obligada la afianzadora conforme al artículo 95 bis de esta ley, con independencia de la obligación del beneficiario a pagar las penas convencionales que en su caso se hubieren pactado.

Estimamos que el texto legal propuesto contempla un procedimiento completo y al mismo tiempo sencillo en el trámite de la reclamación de pólizas de fianza a primer requerimiento. En principio parece agresivo sobre todo para las instituciones de fianza, pero en realidad está concebido pensando en un procedimiento sencillo y tendiente a cuidar el efectivo cumplimiento de las obligaciones garantizadas, pues finalmente el objetivo de la fianza es avalar la conducta del deudor de forma que si este incumple lo último que se espera es que el fiador también lo haga o dilate el cumplimiento. A continuación se analizan los aspectos sobresalientes de esta regulación.

### **9.1.- LA ACTITUD PREATIVA DE LA CONDUSEF.**

En este procedimiento resulta definitiva la intervención de la CONDUSEF como órgano regular, donde se le asigna una función importante dentro del procedimiento mismo pues al estar facultada para ordenar el pasivo contingente de plano y previo al procedimiento conciliatorio, se le otorga una facultad que actualmente no tiene: analizar el dictamen de la afianzadora "extra-juicio arbitral", y en base a ese dictamen y las pruebas aportadas a la reclamación resolver provisoriamente.

Esta regla motivará a las afianzadoras a dictaminar la reclamación dentro del plazo fijado en la ley, y en su caso a que tomen las medidas preventivas en caso de rechazar el pago, al tener que notificar incluso antes de la queja del beneficiario a la CONDUSEF sobre la imposibilidad del pago por sentencia que le ordene no pagar.

Actualmente esa fórmula no se presenta, sino que existe una especie de parálisis por parte de la afianzadora desde el momento que dictamina la reclamación y hasta que recibe el emplazamiento por la CONDUSEF o los tribunales jurisdiccionales, según sea el caso. Por tanto esta disposición tornaría pro-activa la conducta de las afianzadoras a efecto de darle seguimiento a la reclamación hasta la solución definitiva. Esto, lejos de perjudicar a la afianzadora le beneficia en tanto que hoy en día la incertidumbre sobre la reclamación ante la CONDUSEF se prolonga por un año y en ese tiempo también se prolonga el plazo para que se libere por prescripción, con lo cual la duración de la obligación es bastante amplia.

### **9.1.1. PROPUESTA DE REFORMA EN MATERIA ADMINISTRATIVA.**

Esta visión de la CONDUSEF para cerrar el círculo requiere adicionar al artículo 62 de la Ley de Protección y Defensa al usuario de Servicios Financieros un segundo y tercer párrafo en los siguientes términos:

“Se consideran notoriamente improcedente, entre otras, las reclamaciones presentadas extemporáneamente.

En el caso de las reclamaciones presentadas con motivo de fianzas ejecutables a primer requerimiento, cuando sean extemporáneas, no se aplicará el procedimiento especial previsto en el artículo 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas sino que se admitirán dándoles el procedimiento ordinario establecido en el artículo 68 de ésta ley. ”

Con esta claridad se evitan los problemas propios que acarrea la interpretación de la norma, pues no cabe interpretación alguna sino la aplicación exacta. Consecuentemente, los riesgos de la afianzadora se limitan y se obtiene un procedimiento claro, preciso y confiable para el trámite de reclamaciones a cargo de fianzas a primer requerimiento.

La CONDUSEF tendría un marco legal ajustado dado que no tendría que interpretar la ley en cuanto a la admisión y forma de ejecutar en el caso concreto al prever la ley una hipótesis específica.

Colateralmente se beneficia al sistema judicial del país toda vez que se limitan las posibilidades de impugnar las decisiones de la autoridad, y las que se lleguen a impugnar resultaran tan obvias que podrán resolver con prontitud y relativa facilidad.

### **9.2. REFORMA EN MATERIA PENAL.**

Este punto resulta sustancial en el planteamiento de la fianza a primer requerimiento, como medida inhibitoria de conductas abusivas en perjuicio de las instituciones de fianza.

Estas sanciones penales y económicas se introducen en la fracción X del artículo 93 bis que se propone, y tienen por objeto inhibir las reclamaciones arbitrarias, improcedentes e incluso las dolosas que se pudieran presentar, dado que acarrearán una grave sanción al beneficiario de la

fianza, y cuando se trata de dependencias publicas tendrían adicionalmente de por medio los procedimientos administrativos de responsabilidad.

El principio de que los actos civiles no engendran acciones penales no tiene cabida en esta regulación, pues en muchos casos la póliza de fianza como instrumento financiero se presta a la mala fe, sobre todo en la iniciativa privada. En el sector público es mas difícil detectarlo, pues en estos casos más bien se trata de la arbitrariedad que de la mala fe, en tanto que los beneficios reales del cobro de la fianza son más bien colaterales en favor de los funcionarios.

En este aspecto la Ley Federal de Instituciones de Fianza ha evolucionado en gran medida en los últimos años, sobre todo en materia de delincuencia organizada por las regulaciones en cuanto al lavado de dinero, impactando de paso otro tipo de actividades delictivas que han afectado seriamente al sector.

La propuesta concreta es que se penalice la conducta que realice cualquier persona con la intención de lograr el cobro de una póliza de fianza en general, y en particular las fianzas a primer requerimiento, o para ayudar a otro a lograr el cobro. Para el caso se propone adicionar las fracciones III y IV al artículo 112 bis-4 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, donde diga:

“III.- A la persona que se conduzca con falsedad al presentar reclamación de pago con cargo a fianza ejecutable a primer requerimiento, conforme al procedimiento establecido en el artículo 93 bis de la presente ley;

IV.- Al perito o peritos que falseen sus opiniones.

Esta sanción será independiente de las sanciones administrativas que tengan lugar en caso de que se trate de servidores públicos. Los peritos serán responsables solidarios de los daños y perjuicios que se ocasionen a las instituciones de fianza con motivo de la falsedad de sus dictámenes.”

Con esta regulación penal, se apunta la certeza del procedimiento de reclamación de fianzas a primer requerimiento, logrando tipificar con precisión las conductas ilícitas que se pueden presentar en el negocio. Sobre el particular, cabe resaltar las dificultades que se tiene en la práctica con el Ministerio Publico para integrar las averiguaciones previas, debido a la deficiente legislación.

Estas sanciones, por otro lado, tienen la función de asegurar, dentro de márgenes confiables, que los peritajes y las reclamaciones se ajustan a la realidad y son emitidos de buena fe. Lo cual aunado a que hacen prueba plena en los juicios nos da una certeza importante a favor de las instituciones de fianza. Para el sector publico, que es donde se puede presentar con mayor facilidad la arbitrariedad en la rescisión de los contratos, y por tanto el incumplimiento provocado, la regulación que proponemos tiene un amplio beneficio debido a que obligará a los funcionarios encargados de las obras o conducirse con rectitud pues la consecuencia de obrar en forma contraria no quedará en el olvido sino que responderá en forma personal de las consecuencias de ese acto, lo cual no sucede en la actualidad y por ello la buena fe queda en el ámbito personal no en el legal.

### 9.3. EL DICTAMEN DE PERITOS COMO PRUEBA DEFINITIVA.

En el contexto de la adecuación penal encontramos la segunda aportación total arrojada por esta investigación: la forma más eficiente para un rápido procedimiento de reclamación y más eficaz para sustentar el pago que en su caso realice la afianzadora, es **la prueba pericial**, toda vez que consideramos que la opinión de los expertos como soporte del pago resulta fundamentada cuando que esos expertos serán ajenos al interés de todas las partes (acreedor, fiado y afianzadora).

En la actualidad esa exigencia no se presenta, por ello los peritos que en ocasiones intervienen son de la confianza de alguna de las partes y por ello existe por lo menos la sospecha de que el peritaje este influenciado a favor de alguna de las parte. Adicional al texto del propuesto artículo 93 bis, en el siguiente tema se proponen las adecuaciones que en materia penal resultan necesarias para apuntalar el procedimiento de reclamación propuesto.

Es importante que los peritos nombrados sean avalados por Poder Judicial a efecto de que estén sujetos a un mayor escrutinio público y debido al aval que representa el reconocimiento por parte del estado, pues esta demostrado que estos auxiliares de la justicia cuidan su imagen y la calidad de sus opiniones profesionales al poner en juego su carrera, por lo cual no es sencillo que se presten a elaborar dictámenes sin fundamentos sólidos y profesionales.

No decimos con estos que un perito no aprobado por el Poder Judicial sea menos profesional, solo decimos que los contrapesos y calidad profesional son menos exigidos, resultan más subjetivos, con lo cual la opinión pericial resulta menos eficiente como medio de prueba.

### 9.4. PROPUESTA PARA INTRODUCIR EL INTERÉS INDEMNIZATORIO.

Otra de las consecuencias interesantes de esta forma de garantía de resulta de introducir el pago de intereses en favor de la afianzadora, cuando la reclamación resulta improcedente, como una forma de decir “primero pago y luego averiguamos”.

Actualmente, si la afianzadora paga una reclamación improcedente, tiene derecho a demandar el reembolso, con el pago del **interés legal** como indemnización. Este interés es del 6% anual conforme al artículo 362 del Código de Comercio; es muy bajo comparado con los intereses y demás actualizaciones que deben pagar las instituciones de fianzas cuando dejan de pagar oportunamente una reclamación.

Por ello, se propone que en los casos en que las afianzadoras realicen un pago indebido, por disposición de la ley tenga derecho a demandar el reembolso más un pago de intereses indemnizatorios al mismo tipo al que estaría obligada la afianzadora. Esta medida es justa y equitativa, por que coaccionaría a ambas partes por igual, compeliendo a los beneficiarios de fianzas a integrar de mejor manera sus reclamaciones a cuidar que éstas se funden de tal forma que su procedencia resulta racionalmente procedente. Con esta regulación, los funcionarios públicos tendrían que ser más cuidadosos en la administración de riesgos, debido a las consecuencias que tendría en su trabajo el tener que responder por las devoluciones de pagos más intereses, como una forma de rendición de cuentas que no existe el día de hoy.

Esta propuesta permitiría que las instituciones de fianza evalúen la posibilidad de pagar algunas reclamaciones dudosas, como una forma de “pago bajo protesta”, donde no se reconozca la procedencia pero si pague a resultas del juicio respectivo, así, de resultar favorable la

sentencia, obtendría la devolución de lo que pago junto con la legítima ganancia de un interés que representaría el lucro cesante que dejó de ingresar a su patrimonio a virtud del ilegítimo pago realizado.

#### 9.5. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 118 BIS.

Finalmente, para el ciclo de reformas, es conveniente que se adicione un párrafo al artículo 118 bis que tantos problemas genera en la práctica, creando el artículo 118 bis-2. En este caso se propone permitir que el aviso al fiado y sus obligados se pueda realizar por correo electrónico y en todo caso que si resulta imposible localizar al deudor en su domicilio convencional se tenga por realizado el aviso como si se hubiere realizado en forma.

La redacción que se propone es:

Artículo 118 bis-2. En el caso de las reclamaciones de fianzas ejecutables a primer requerimiento, el aviso a que se refiere el artículo 118 bis se hará al fiado, o, en su caso al solicitante, obligados solidarios o contra fiadores, a más tardar al día siguiente de que la afianzadora reciba la reclamación, solicitándole las pruebas de que se cumplió con las obligaciones garantizadas o las que demuestren en su caso que no se ha incumplido.

El fiado, o, en su caso al solicitante, obligados solidarios o contra fiadores, deberán dar respuesta y enviar las pruebas a la afianzadora a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes, y en caso de que no lo hagan se presumirá que aceptan la responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones garantizadas.

El aviso al fiado, o, en su caso al solicitante, obligados solidarios o contra fiadores, se les podrá realizar en forma personal en el domicilio convencional que al efecto se hubiere señalado en el contrato de afianzamiento o por medio de correo electrónico previamente señalado para recibir notificaciones. La respuesta a la afianzadora se puede enviar también por estos medios."

Es claro que en esta redacción se privilegia la celeridad, pero no por ello se descuida la certeza en los actos, lo cual se logra al incorporar el correo electrónico como una herramienta eficaz y ágil de comunicación.

Estas tecnologías que forman parte ya de nuestra vida diaria ya están reconocidas como medios de prueba, tal como se advierte del artículo 1205 del Código de Comercio:

"Artículo 1205. Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tonadas como prueba las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, **mensajes de datos**, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad."

Por esta razón no se entiende por que en nuestra ley de fianzas se han dejado de realizar las reformas correspondientes para modernizarla y facilitar el intercambio de información entre las partes. Actualmente el aviso a que se refiere el artículo 118 bis se realiza en forma persona y en la mayoría de los casos por correo certificado, pero lo contradictorio es que la notificación

por correo certificado no esta contemplada ni en la ley de fianza ni en el Código de Comercio, por lo cual, en mi opinión, es más seguro enviar el aviso por correo electrónico.

Para darle certeza a este aviso, es recomendable que en los contratos de afianzamiento se pacte expresamente que las notificaciones se podrán realizar precisamente mediante envío al correo electrónico que señalen los interesados, con lo cual se salvaría cualquier vicio, se abatirían costos, se tendría un medio de prueba eficiente reconocido por la ley.

## **10. IMPLICACIONES DE ESTE MODELO DE FIANZA.**

Como en todos los cambios, los conceptos de ganancia-perdida-beneficio se modifican, sin que estemos ante una excepción.

Cada una de las partes aporta un poco, cede, pero al final, en ese caso, la conclusión del autor es que todos se benefician de procedimiento propuesto en la medida que aporta reglas claras y confiables para determinar la responsabilidad real en que se incurre en razón del incumplimiento de una obligación.

### **10.1. IMPLICACIONES PARA EL BENEFICIARIO.**

Es obvio que el beneficiario de la obtiene los mayores beneficios al lograr un cobro rápido y seguro de la póliza de fianza, pero al mismo tiempo se le esta sujetando a una responsabilidad que hoy no tiene: presentar reclamaciones procedentes racionalmente sin desvincularse de la responsabilidad inherente a ese reclamo.

Hoy, el beneficiario puede presentar una reclamación notoriamente improcedente, incluso a sabiendas que lo es, por ejemplo, cuando se presentan reclamaciones con cargo a pólizas donde la afianzadora se ha liberado de su obligación por caducidad o prescripción.

Esa reclamación no engendra responsabilidad al beneficiario, quien deja a la afianzadora la carga de resolver la reclamación conforme a la ley. Pero no es tan sencillo por que esa reclamación provoca todo un proceso a la institución lo cual incluye el que personal capacitado analice el asunto, envíe avisos en términos del artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se presente demanda en términos de los artículos 97 y 98 de la misma ley, entre otras (como los movimientos administrativos para dar de alta contable la reclamación).

Notorio es que el simple hecho de presentar una reclamación improcedente no hace nacer responsabilidad, sólo que en el caso de las fianzas a primer requerimiento, como se propone, serán las menos puesto que la prueba de la exigibilidad es muy clara y plena, sobre todo en los casos en que se exhiba la prueba pericial, al estar elaborada por personas ajenas al contrato.

### **10.2. IMPLICACIONES PARA EL FIADO.**

El fiado se beneficia también de un procedimiento claro y objetivo, impidiendo que la afianzadora dictamine arbitrariamente la reclamación.

El hecho de que se dictamine y pague la reclamación en un plazo tan breve perjudica en principio al fiado debido a que no podrá preparar su defensa en ese plazo, pero por otro lado lo incentiva a que lleve un control de las actividades que realiza para cumplir la obligación, que tenga la diligencia necesaria que tienda a obligar al beneficiario a cumplir con sus propias obligaciones de manera que el deudor pueda cumplir, y sobre todo incentiva el sentido de legalidad tan lacerado en nuestro país.

Esto es, si el cumplimiento presenta un atraso en relación al calendario inicial, el fiado debe negociar con el beneficiario para lograr una prórroga que incluya la fianza; si el incumplimiento se debe al atraso del propio beneficiario, deberá promover los procedimientos adecuados que evidencien esa culpa y extiendan el plazo para cumplir.

El autor ha escuchado en innumerables ocasiones que los fiados omiten dichos procedimientos “para evitar problemas” o “por que no sirven de nada”; argumentos que carecen de razón y fundamento, dado que seguirlos y documentarlos oportunamente evita las resoluciones en base a presunciones. Esa falta de cultura jurídica se suple en parte con el procedimiento de reclamación que se plantea, al ser obligatoria la previsión so pena de graves consecuencias contractuales y en consecuencia económicas.

### **10.3. ¿PARA LAS INSTITUCIONES DE FIANZAS ES VIABLE LA FIANZA A PRIMER REQUERIMIENTO?**

Creemos que sí. Para ello se debe romper el paradigma que implica el sistema actual de reclamación. En mi opinión, la implementación de este tipo de fianzas traería consigo un fuerte impulso comercial y un reposicionamiento considerable en la opinión pública favorable. La imagen de las afianzadoras se podría ver beneficiaria gratamente. Y me parece que al tiempo disminuiría el riesgo aparente de estas pólizas a primer requerimiento pues cuando los fiados observen que esta garantía es efectiva, pondrán todo su empeño en el cumplimiento oportuno de la obligación, dejando como mero formalismo la exhibición de la fianza.

Actualmente las instituciones de fianza dictaminan las reclamaciones conforme al artículo 93, basándose mayormente en la experiencia adquirida. Como las áreas encargadas de dictamen son los departamentos jurídicos, por ello, la parte técnica es más jurídica que conforme a la naturaleza de la obligación.

En caso de duda, la afianzadora dictamina improcedente, como es recomendable a la luz de nuestro sistema jurídico, pues si dictamina improcedente corresponderá a un tribunal resolver si tiene razón o no. Pero si dictamina procedente sin la certeza adecuada, entonces el fiado y sus co-obligados le opondrán todas las excepciones posibles para evitar reembolsarle, y si logran demostrar que el **pago fue indebido**, entonces la afianzadora es la que pierde pues el beneficiario tampoco consentirá en devolver lo recibido.

Con el modelo de procedimiento que se propone, esa inseguridad de las afianzadoras también se limita puesto que las pruebas que el beneficiario le exhiba serán las mismas que utilizará en el juicio que siga la afianzadora contra el fiado y tendrán valor probatorio pleno, por ello se obliga al fiado a que prepare sus pruebas con anticipación incluso al procedimiento de reclamación e incluso obtenga una sentencia que ordene a la afianzadora no pagar, asumiendo de esta forma el fiado la responsabilidad en el cumplimiento de la obligación principal y no arrojando a la afianzadora el riesgo al dictaminar las reclamaciones.

En efecto, quien debe tener más interés en el procedimiento de reclamación es el fiado, pues finalmente la obligación garantizada es a su cargo y tiene obligación de reembolsar a la afianzadora al momento de que ésta pague, por tanto: ¿Dónde queda su responsabilidad, su carga legal, de cuidar la diligencia en el cumplimiento y en su caso aportar a la afianzadora las pruebas concluyentes que demuestren que ha cumplido con su parte del contrato? Hoy en día esa responsabilidad es relativa pues el fiado se preocupa de las pruebas hasta que la afianzadora le notifica que ha recibido la reclamación de pago y le pide las pruebas que demuestren que ha cumplido, conforme al artículo 118 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Desde luego que al reducir el tiempo para dictaminar y pagar la reclamación la afianzadora debe mejorar sus procesos de obtención de garantías, debe seleccionar a sus clientes y debe analizar la naturaleza de la obligación a garantizar. Esto significa especializarse aun más. En compensación la afianzadora mejora su imagen, obtiene certeza jurídica en la recuperación de lo que llegue a pagar (no de solvencia del deudor sino en cuanto a la legalidad del pago que realizó), y coadyuva en la selección de fiados pues avalará la solvencia moral y económica de ellos (lo que da certidumbre en que cumplirán la obligación) bajo pena de perjudicarse ellas mismas al correr el riesgo de no recuperar del deudor lo que llegare a pagar por concepto de reclamación.

La fianza a primer requerimiento es un paso al futuro, en nuestra opinión infranqueable, pues su flexibilidad y certeza dan confianza a los beneficiarios de fianza, que de otra manera seguirán buscando alternativas más seguras. De hecho, nos parece que con esta modalidad de garantía pueden volver fianzas que se han dejado de usar como la de **sostenimiento de oferta**, donde las dificultades para el cobro inhibieron su uso, lo cual de paso perjudico al sector al excluirlo un nicho atractivo de negocio.

## TERCERA PARTE:

### LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO EJECUTABLE A PRIMER REQUERIMIENTO COMO SANCIÓN EXTRA CONTRACTUAL.

#### 11.- LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO.

La tercera propuesta total del presente trabajo consiste en plantear la evolución de la fianza de cumplimiento actual o la creación de un nuevo producto que denominaremos en este trabajo como "LA FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO", como aplicación práctica del procedimiento de ejecución a primer requerimiento.

Esta fianza consiste en garantizar al acreedor **única y exclusivamente** que el fiado cumplirá con la obligación principal precisamente en la fecha pactada, desligando a ésta fianza del resto de las obligaciones contenidas en el contrato. De manera que esta garantía se hará efectiva por el mero incumplimiento en tiempo por parte del deudor.

Por ejemplo, si la obligación consiste en construir una casa y entregarla totalmente concluida (conforme al contrato) el día 01 de septiembre de 2007; para el caso de que el constructor no entregue la casa a más tardar en esa fecha pactada, entonces la fianza de cumplimiento oportuno será exigible desde el día 02 de septiembre, y no tendrá el acreedor más carga que presentar su reclamación por escrito a la afianzadora y manifestar que no ha recibido la casa.

O en el caso de que la obligación consista en entregar determinado pedido al IMSS, si en la fecha pactada para la entrega el deudor deja de cumplir, por eso sólo hecho la fianza se hará exigible.

Como vemos, esta fianza funciona como la actual fianza de cumplimiento, el único cambio, aun que fundamental, consiste en limitarla a garantizar una sola obligación, quizá la más objetiva y visible del contrato: la entrega en tiempo de la cosa objeto del contrato. Para demostrar este incumplimiento basta probar que la obligación no fue cumplida en tiempo, siendo la manifestación del acreedor suficiente para demostrar ese extremo y arrojar la carga probatoria al deudor según vimos en el **tema 9** al proponer un procedimiento de reclamación específico. Con este modelo de fianza el acreedor tendrá la certeza de que existe una presión al deudor para cumplir, que consiste en la aplicación de una pena o sanción por el incumplimiento o por el simple atraso así sea mínimo.

La carga del deudor no se ve agravada puesto que esta obligación ya esta contenida en la actual fianza de cumplimiento, sólo que con el nuevo procedimiento tendrá bases objetivas que evidencien la exigibilidad de la póliza de fianza, por lo cual no podrá oponerse al pago sin una razón jurídica sólida que demuestre que no tiene culpa.

Incluso, si el beneficiario presenta una reclamación improcedente, dolosa, el propio deudor tiene la posibilidad de denunciar los hechos para que el Ministerio Público ejercite la acción penal en su caso, o podrá demandar el pago de daños y perjuicios que le ocasione la conducta del beneficiario.

## 11.1.- MARCO LEGAL.

La fianza de cumplimiento oportuno se concibe como una sanción extracontractual, pues aun cuando no se pacte en el contrato tendrá vida jurídica al emanar de la voluntad de las partes (beneficiario, fiado y afianzadora), aun que bien puede pactarse en los contratos. Esta fianza tiene su fundamento en el artículo 2800 del Código Civil Federal:

“Artículo 2800. Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.”

De forma que **esta fianza no comparte la naturaleza jurídica de la actual fianza de cumplimiento**, al dejar de estar vinculada a las obligaciones accesorias o complementarias del contrato. Responde a una sólo obligación perfectamente apreciable y objetiva: el cumplimiento oportuno.

No es una pena convencional puesto que no fue pactada en el contrato por las partes ni será por consecuencia una liquidación pactada de los daños y perjuicios. Tampoco extinguirá la obligación del deudor a cumplir el resto de las obligaciones contenidas en el contrato como son la responsabilidad laboral o el pago de penas por retraso. **Aun que ésta consecuencia se puede pactar en el contrato fuente** a efecto de dar una mayor equilibrio obligacional al contrato.

Por otra parte, la reclamación de pago tendrá un dictamen sencillo: presentada en tiempo y forma la afianzadora no se puede negar a pagar. No tiene posibilidades de interpretación ni de oponer más excepciones que las prevista expresamente. Como la exigibilidad se presume de la manifestación misma del beneficiario, no se requiere mayor prueba, salvo que el fiado hubiere preparado con anticipación sus pruebas y demuestre que las causas del incumplimiento no le son imputables y por ello no tiene responsabilidad.

Comentario especial merece el que el aviso que la afianzadora debe dar al fiado y sus co-obligados en términos del artículo 118 bis de la ley de fianzas, tendrá que ser realizado con celeridad, siendo deseable que se fije un plazo mínimo como se ha propuesto en el **tema 9.5**, dado que actualmente es una laguna en el citado artículo.

Esta notificación resulta importantísima en el esquema de la fianza a primer requerimiento debido a que derivado del mismo el fiado puede hacer del conocimiento de la afianzadora la resolución en que se ordene no pagar la fianza o dentro del mismo plazo puede solicitar esa resolución. Si logra obtener la orden se denotaría lo controversial del reclamo y se obligaría a las partes a conciliar o plantear el juicio correspondiente en un plazo muy breve: los siete días naturales que tiene la afianzadora para dictaminar y en su caso pagar el reclamo.

Con el procedimiento actual previsto en el artículo 118 bis, tan subjetivo, resulta difícil la celeridad propuesta, pero existe la alternativa de que las afianzadoras regulen en convenio con las partes la forma de realizar esa notificación, que en el mundo moderno puede ser la notificación por **correo electrónico**, que a nuestro parecer resulta la forma más eficiente, segura y confiable de realizar esa notificación, pues queda el antecedente electrónico fácilmente verificable. Además, si el fiado sabe en que fecha debía cumplir o que tiene problemas con el cumplimiento ante el beneficiario, deberá tener la diligencia de ésta al tanto y en comunicación con la afianzadora incluso en forma previa al reclamo.

Esta parte del aviso si puede ser materia de convenio en razón de que no se suprime el procedimiento ni se modifica el establecido en la ley, por el contrario, se aclaran las lagunas legales y se privilegia el entendimiento contractual, de manera que se facilita de común acuerdo la forma de cumplir las obligaciones que a cada parte corresponden. Finalmente deber apuntar que la esta idea específica para dar tratamiento a la FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO puede aplicarse a todas las pólizas de fianza, con sus adecuaciones, pues se ha planteada como un ejemplo.

## 12. CONCLUSIONES FINALES.

Conforme a los procedimientos y reglas especiales propuestos en el presente trabajo, resulta perfectamente viable el que las afianzadoras emitan fianzas a primer requerimiento, con un mínimo de incremento en el riesgo que actualmente asumen.

El procedimiento que se propone regula la conducta de todas las partes involucradas, definiendo claramente las consecuencias para cada una de ellas, así como las pruebas necesarias en cada caso para demostrar la exigibilidad de las obligaciones que en la práctica presenta el mayor problema probatorio, de allí la importancia de introducir la prueba pericial y la manifestación bajo protesta de decir verdad con sus consecuencias jurídicas.

Por otro lado, resulta interesante la idea de modificar el concepto de la fianza de cumplimiento para convertirla en una garantía ejecutable a primer requerimiento funcionado como una FIANZA DE CUMPLIMIENTO OPORTUNO como se ha planteado, limitando las obligaciones garantizadas de manera precisa y objetiva.

Ese cambio es benéfico para todas las partes, en la medida que resulta muy claro el supuesto en que la fianza se hace exigible y las pruebas necesarias para el caso, reduciendo las posibilidades de controversia a un mínimo.

De la presente investigación le queda al autor la convicción de que en un futuro inmediato se acogerán por la ley de fianzas y el sector afianzador las garantías ejecutables a primer requerimiento, teniendo por anhelo superior el que ésta humilde investigación aporte aun que sea un poco al esclarecimiento del tema.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

MOLINA BELLO, Manuel, La fianza: como garantizar sus obligaciones con terceros, Editorial McGraw-Hill, México, 1994.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, Editorial Porrúa, decimosexta edición, México, 1998.

SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús, El Contrato de Fianza, Editorial Porrúa, México, 2001.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICA DE LA UNAM, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, tomo I, decimotercera edición, Editorial Porrúa, México 1998.

DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, actualizado por Juan Pablo de Pina García, Editorial Porrúa, 33ª edición, México, 2004.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo II, Editorial Porrúa, 14ª edición, México, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, consultado en Internet pagina [www.rae.es](http://www.rae.es)

RETES GONZÁLEZ COS, Pablo, ponencia "La fianza ante otras alternativas de Garantía", presentada en el 3º congreso Nacional de la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas celebrado en la ciudad de Veracruz, Veracruz, en noviembre de 2000.

Código De Comercio

Código Civil Federal

Ley De Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas

Ley De Protección y Defensa al Usuario De Servicios Financieros

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas