

240



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

"LA CADUCIDAD Y PRESCRIPCION DE LAS FIANZAS
EXPEDIDAS PARA GARANTIZAR LOS CONTRATOS DE
OBRA PUBLICA CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACION
PUBLICA FEDERAL CENTRALIZADA, A LA LUZ DEL
TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION"

**S E M I N A R I O
TALLER EXTRACURRICULAR**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
SONIA JOSEFINA RAMIREZ FLORES



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ASESOR: LIC. ROBERTO ROSALES BARRIENTOS



ABRIL DEL 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"**

Anotar el nombre del trabajo

Anotar la opción de titulación

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

Anotar el título

PRESENTA

Nombre del sustentante

Asesor: _____

Fecha: Mes y año





DEDICATORIA

Por supuesto a mi madre y amiga

CARMEN FLORES NAVARRO

Así como a mis amigos

EDMUNDO AGUILAR ROSALES y

ESMERALDA REYES DURAN

INDICE

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO.- EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA CON LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL CENTRALIZADA	1
1.1. Marco teórico de la Administración Pública	1
1.1.1. Personalidad jurídica del Estado	1
1.1.2. Atribuciones y Funciones del Estado	4
1.1.3. El bien común del Estado	6
1.1.4. Clasificación de la Administración Pública Federal	8
1.1.5. Manifestación de la voluntad de la Administración Pública	13
1.2. Jurisdicción para la solución de conflictos en materia de fianzas de obra pública	19
1.3. Concepto y naturaleza del contrato de obra pública	28
1.3.1. Definición del contrato administrativo y su regulación jurídica	29
1.3.2. Naturaleza y definición del contrato de obra pública	33
1.4. Elementos del contrato de obra pública	35
1.4.1. Elementos de existencia del contrato de obra pública	36
1.4.2. Elementos de validez del contrato de obra pública	37
1.5. Formas de garantizar el cumplimiento del contrato de obra pública	40
1.6. Formas de extinción del contrato de obra pública	41
CAPITULO SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO DE COBRO DE LA FIANZA DE OBRA PUBLICA	47
2.1. Marco teórico del procedimiento de cobro de la fianza de obra pública	47
2.2. El contrato de fianza	48
2.2.1. Concepto y Naturaleza del Contrato de Fianza	48
2.2.2. Clasificación del contrato de fianza	49
2.2.3. Elementos del contrato de fianza	50
2.2.4. Los efectos del contrato de fianza	50
2.2.5. Formas de extinción de la fianza	53
2.3. Institución de Fianzas	53
2.4. El Procedimiento Administrativo de Ejecución	54
2.4.1. Concepto del procedimiento administrativo de ejecución	54
2.4.2. Aspectos Constitucionales del procedimiento administrativo de ejecución	55
2.4.3. Actos administrativos en el Procedimiento de Ejecución	57

2.4.4. La posición de la Tesorería de la Federación respecto del cobro de créditos a favor del fisco federal	59
2.5. Procedimiento de cobro de una póliza de fianza expedida para garantizar contratos de obra pública, establecidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	61
2.6. Procedimiento de cobro de una fianza que garantiza contratos de obra pública, establecido en el Código Fiscal de la Federación	65
CAPITULO TERCERO.- CADUCIDAD Y PRESCRIPCION COMO FIGURAS EXTINTIVAS DE LAS FIANZAS DE OBRA PUBLICA	68
3.1. Definición de caducidad	69
3.2. Definición de prescripción extintiva	71
3.3. Diferencias entre caducidad y prescripción extintiva	73
3.4. Diferencias entre ambas figuras jurídicas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	75
3.4.1. Caducidad establecida en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	77
3.4.2. Prescripción establecida en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas	80
3.5. Diferencias entre ambas figuras en el Código Fiscal de la Federación	82
3.5.1. Caducidad establecida en el Código Fiscal de la Federación	82
3.5.2. Prescripción establecida en el Código Fiscal de la Federación	86
3.6. Problema consistente en la determinación de la fecha de exigibilidad de las fianzas de obra pública	87
3.7. Jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal de la Federación y el Poder Judicial de la Federación acerca de las fianzas	98
3.7.1. Marco teórico de jurisprudencia	98
3.7.1.1. Definición y fundamento constitucional de jurisprudencia	98
3.7.1.2. Jerarquía de las leyes tributarias	99
3.7.1.3. Interpretación de la ley y hermeneútica jurídica	100
3.7.1.4. Integración Jurídica	103
3.7.1.5. Proceso elaborador de jurisprudencia	104
3.7.2. Criterios jurisprudenciales emitidos respecto de que el ingreso derivado de una fianza no tiene naturaleza de crédito fiscal	106
3.7.3. Criterios jurisprudenciales respecto a la aplicación de la caducidad y prescripción como figuras extintivas de la fianza	112

CONCLUSIONES

126

BIBLIOGRAFIA

137

INTRODUCCION

El tema a tratar en el presente trabajo, estriba en la caducidad y prescripción como formas de extinción de la obligación inherente a las fianzas expedidas para garantizar contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada.

La efectividad de dichas fianzas, puede dar lugar a que surjan controversias entre la beneficiaria de la póliza, que siempre será la Tesorería de la Federación, y la institución afianzadora, lo que implica una relación jurídica entre una autoridad de la Administración Pública Federal y una persona moral en su calidad de gobernado. Lo anterior significa que la autoridad competente para conocer de dicha controversia, sea el Tribunal Fiscal de la Federación.

Antes de las reformas que se hicieron a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en julio de 1993, la obligación inherente a las fianzas, se extinguía por prescripción de acuerdo a lo previsto en el artículo 120 de la citada Ley. Sin embargo, a partir de dichas reformas, se introdujo a la caducidad como otra forma de extinción de la obligación a cargo de las afianzadoras.

Debido a la nueva regulación de la caducidad como forma de extinción de las fianzas, comenzó a darse una serie de problemas acerca de la interpretación, para su aplicación al caso concreto, del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Al presentarse a las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación para su solución, los problemas concernientes a los requerimientos de pago con cargo a fianzas expedidas para garantizar obligaciones de carácter fiscal a cargo de terceros, se enfrentaron al dilema de interpretar si ese tipo de fianzas se extinguía por caducidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, o bien, si debido a su calidad accesoria, dicho tipo de fianzas se extinguía conforme a lo que el ordenamiento que regula la extinción de la obligación garantizada, prevé y que no es otro sino el Código Fiscal de la Federación.

En efecto, se trata de dos ordenamientos distintos, cada uno de los cuales regula de forma diferente la extinción de la obligación principal y la obligación accesoria respectivamente. Sin embargo, debido a la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, para la efectividad de las fianzas expedidas para garantizar obligaciones de carácter fiscal a favor de la Federación, fue lo que provocó que los órganos jurisdiccionales competentes interpretaran erróneamente el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al hacer inaplicable dicho artículo en cuanto prevé la caducidad como forma de extinción de esa índole de fianzas, y aplicar en su lugar lo que el Código Fiscal de la Federación prevé respecto de la extinción de la obligación garantizada.

Debido a que en la solución del problema interviene el interés público, los órganos facultados para sentar jurisprudencia, interpretaron el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, haciéndolo inaplicable en cuanto prevé la caducidad como forma de extinción de la obligación inherente a la fianza y remitiendo al artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, para hacer extingible la fianza por prescripción.

Al quedar resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia la contradicción de tesis que provocó el problema antes referido, y quedar determinada una jurisprudencia aplicable al caso concreto, se presentó a los órganos jurisdiccionales competentes un

problema similar respecto de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada.

Así, los órganos mencionados resolvieron haciendo aplicable por analogía el criterio sostenido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la referida contradicción de tesis, e hicieron inaplicable la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para esa índole de fianzas.

Contrariamente a lo interpretado por el Tribunal Fiscal de la Federación y el Poder Judicial Federal en diversas jurisprudencias, este trabajo se propone demostrar que es incorrecta la interpretación de hacer inaplicable el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en cuanto regula la caducidad y la prescripción como formas de extinción de la obligación inherente a las fianzas, aún de aquellas que garantizan obligaciones de carácter fiscal a cargo de terceros y a favor de la Federación.

Lo anterior no significa soslayar la existencia del legítimo interés público que representan los ingresos que tiene derecho de percibir el Estado por la efectividad de las fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, así como de aquellas que garantizan contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública, pues si bien es cierto que en este último caso, dichos ingresos no tienen el carácter de fiscal, sí entrañan también un interés público, el cual consiste en el manejo eficiente, eficaz y honrado de los recursos económicos de que dispone el Gobierno Federal para la realización de la obra pública.

En nuestra opinión, lo conveniente sería que con una mejor técnica legislativa, no se pasara por alto las implicaciones que conlleva la aplicación del derecho al caso concreto, pues no se olvide que el párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución Política Federal, establece que la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

Ahora se sabe que están en pláticas las posibles reformas a la legislación respectiva, concerniente a la extinción de las fianzas en las que esté implicado el interés público. Solo así se evitará que quede a la deriva la efectividad de aproximadamente doscientas mil fianzas pendientes de cobro, o en su caso, desaparezca la fianza como una forma de garantía de obligaciones que puedan significar detrimento en los ingresos que tiene derecho a percibir el Estado.

En el capítulo primero se señala lo que concierne a la Administración Pública, su modo de manifestarse, así como los requisitos a que debe sujetar su actuación. También se señala la jurisdicción de los órganos facultados para dirimir controversias relacionadas con los contratos de obra pública y la fianza como una de las formas de garantizar dichos contratos. Asimismo, se señalan la naturaleza de los contratos de obra pública, sus elementos y sus formas de extinción.

En el capítulo segundo se señala lo referente a la naturaleza del contrato de fianza, además de referir de manera somera lo concerniente a las instituciones de fianzas. También se hace referencia al procedimiento administrativo de ejecución y a la posición de la Tesorería de la Federación respecto de los créditos instituidos a su favor por la expedición de fianzas que garantizan contratos de obra pública, como preámbulo al señalamiento de los diversos procedimientos de que dispone la Tesorería para hacer efectivas las pólizas respectivas.

El tercero y último capítulo trata de la caducidad y prescripción como formas de extinción de las fianzas de que tratamos; la fecha en que se hacen exigibles éstas, así como los divergentes criterios jurisprudenciales que se han emitido, referentes a la aplicación o inaplicación del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en cuanto prevé a la caducidad y a la prescripción como formas de extinción de la obligación inherente a las fianzas cuyo estudio nos ocupa.

CAPITULO PRIMERO.- EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA CON LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL CENTRALIZADA.

1.1. Marco teórico de la Administración Pública

El presente capítulo tiene por objeto, señalar principalmente el marco teórico conceptual de la Administración Pública.

En efecto, si el tema del presente trabajo es la caducidad y prescripción de las fianzas que garantizan el cumplimiento del contrato de obra pública, celebrado por la Administración Pública Federal Centralizada a la luz del Tribunal Fiscal de la Federación, previamente a establecer la naturaleza del contrato de fianza, así como el de obra pública, necesitamos precisar qué es la Administración Pública, cuál es su clasificación y su modo de manifestarse y a qué requisitos legales debe sujetar su actuación.

Posteriormente, se hará mención de las instancias competentes para resolver los conflictos que surjan respecto del tema mencionado en el párrafo precedente, y que componen lo que se denomina por la doctrina como "contencioso administrativo", y por último, se desarrollará el subtema consistente en la naturaleza y definición del contrato de obra pública, los elementos que lo integran, y su regulación por el sistema jurídico mexicano.

1.1.1. Personalidad jurídica del Estado

Antes de definir lo que es la Administración Pública en México, vista como una de las actividades que despliega el Gobierno del Estado mexicano, resulta necesario partir de lo que es el Estado en su concepción general.

Acosta Romero en su obra intitulada "Teoría General del Derecho Administrativo", hace mención a diversos autores que han conceptualizado la palabra Estado, tales como Jellinek, para quien "El Estado es la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio."⁽¹⁾ Concepto que nos da los elementos de que se compone el Estado, pero que falta determinar el motivo que los lleva a conformarse.

Para Heller "El Estado es una conexión social de quehaceres."⁽²⁾ Concepto que atiende a la actividad del Estado en una forma ambigua, lo que no es suficiente para su comprensión.

Para el autor primeramente mencionado, el Estado es "la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas."⁽³⁾

Cada una de las características que conforma el concepto de Estado anterior, el cual es más completo que los anteriores, se explica como sigue:

⁽¹⁾ Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. 1ª ed., Editorial Porrúa S. A. México 1997. p. 87

⁽²⁾ *Ibidem*

⁽³⁾ *Ibidem*

1. La sociedad humana evoluciona en una organización política, o Estado, que ejerce soberanía, siendo ésta la característica principal que la diferencia de otras organizaciones de ese tipo, tales como las entidades federativas o los municipios que se encuentran subordinadas al ente soberano, y

2. Se conforma por los siguientes elementos:

a) Un conjunto de individuos, organizados políticamente, llamado población.

b) El territorio sobre el cual el Estado ejerce la soberanía y que en el caso mexicano, los artículos 27 y del 42 al 48, de la Constitución Política Federal, establecen que dicho elemento constitutivo del Estado, está constituido por la superficie terrestre del planeta en forma delimitada, así como por el mar territorial, la plataforma continental, los zócalos submarinos, el subsuelo, el espacio superestante y el mar patrimonial o zona económica exclusiva, todo en forma también delimitada.

c) La soberanía o poder supremo, por el que hacia el interior se autodetermina: señala los fines del Estado y ejerce el poder; mientras que hacia el exterior, implica la igualdad e independencia con otros Estados soberanos. En México el Poder Supremo de la Federación se divide para su ejercicio en los tres poderes de la Unión: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

d) Orden jurídico que regula las relaciones humanas, que la propia sociedad acepta y crea conforme a los procedimientos establecidos.

e) Organos de gobierno, a través de los cuales el Estado ejerce su soberanía, de la cual es depositario el pueblo, que la estatuye para su propio beneficio

Por último, aunque los fines del Estado no son elementos que conformen su concepto, casi siempre aparecen en los diversos conceptos de Estado y se les puede identificar con el bien común, la felicidad de la sociedad, la justicia social, etc.

En otras palabras, el Estado está compuesto por un conjunto de personas, organizadas bajo un régimen jurídico, asentadas en un cierto territorio, y que hacia el interior tiene el poder de darse sus propias leyes, entendida ésta como autonomía y hacia el exterior, con relación a otros Estados también soberanos, tiene el poder de conservar su independencia respectivamente, soberanía interna y soberanía externa-, y persiguen como fin último, el bien de todos los que integran el elemento población.

El Estado tiene personalidad jurídica, entendida ésta como la capacidad de un sujeto de tener derechos y obligaciones, y surge en el mismo momento en que se constituye el Estado como un ente independiente, soberano y autodeterminante. El Estado mexicano surgió a la vida política y jurídica el 27 de septiembre de 1821.

Las doctrinas que consideran que el Estado tiene doble personalidad, una de derecho público, cuando actúa como autoridad en una relación de supra a subordinación respecto de los gobernados, o bien en un plano de igualdad cuando se relaciona con otros Estados soberanos, y otra de derecho privado, cuando actúa en un plano también de igualdad o coordinación con los particulares; así como aquella otra doctrina que considera que el Estado tiene una sola personalidad que se manifiesta en dos voluntades, una regulada por el derecho público y otra regulada por el derecho privado, ya han sido superadas por la doctrina.

La doctrina actual considera que es una sola la personalidad y la voluntad del Estado.

al respecto son ilustrativas las palabras del maestro Acosta Romero cuando dice que: la personalidad del Estado "...se expresa a través de los diferentes órganos que el sistema jurídico establece para que se emita la voluntad del Estado, en los diversos niveles de competencia que la propia Constitución ordena y que el Estado, aún aceptando una limitación a su soberanía interna, cuando se regula por normas de Derecho Civil o algunas otras de Derecho Privado, no deja de ser Estado, ni de cumplir las finalidades que al mismo le corresponden, por lo que considero que debe desecharse la doctrina de que el Estado tiene dos personalidades: cuando se sujeta al derecho civil nunca deja de ser Estado, como ya lo afirmé, y tiene la inmunidad a que se refiere el artículo 4° del Código Federal de Procedimientos Civiles." (1)

Sin embargo, la legislación y la jurisprudencia mexicanas aceptan la tesis de la doble personalidad del Estado. En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación expuso claramente ese criterio el 7 de febrero de 1945 en la revisión 477/44, promovida por Compañía de Servicio de Agua y Drenaje de Monterrey, S.A., al decir substancialmente que la mayor parte de la doctrina conviene en que el Estado realiza a la par que actos en que aparece manifiesta su soberanía y su fuerza como poder para imponer a los particulares su voluntad, otros actos en los que se despoja de estos atributos y entra en el comercio jurídico con los propios particulares para hacer transacciones y convenios en el mismo plano que ellos; criterio que acepta nuestro derecho positivo, como puede verse del texto expreso del artículo 27 de la Constitución Federal de cuyo texto se desprende que la Nación puede transmitir el dominio de tierras y aguas por enajenación a los particulares, y la enajenación es un acto esencialmente de derecho civil, siendo indudable que el Estado usa de su personalidad de derecho privado en estos casos y no obra como autoridad; que a mayor abundamiento, el propio artículo 27 reconoce implícitamente la limitación del carácter de autoridad en el Estado cuando impide que éste se haga de la propiedad de los particulares si no es por causa de utilidad pública y mediante indemnización, al concertar con el particular el precio y demás condiciones de enajenación; que asimismo, en el artículo 73 de la misma Constitución Federal en sus fracciones VIII, XVII, XIX y XXXI, hay un reconocimiento implícito de la personalidad de derecho privado del Estado, cuando celebra empréstitos, reconoce y manda pagar la deuda nacional y enajena los terrenos baldíos, y en el artículo 134 constitucional, se mencionan expresamente "contratos" que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, de todo lo cual concluye que el Estado puede obrar como sujeto de derecho privado.

Asimismo, en tal ejecutoria la Corte maneja una segunda premisa consistente en determinar cuándo obra el Estado como autoridad y cuándo como persona de derecho privado, y manifiesta que lo que caracteriza al acto de autoridad es el ejercicio de potestad pública y la unilateralidad jurídica del acto que lleva a cabo el funcionario, que no le permite al individuo o grupo a quien afecta dicho acto, más defensa que el acudir a la propia autoridad o a otras superiores en el mismo orden jerárquico, al poder judicial en su caso, para contrarrestar los efectos de ese acto y que en el caso contrario, cuando el acto realizado por el Estado no entraña una orden o un mandato y la relación jurídica que implica es de naturaleza civil, dicho acto no será de autoridad sino de derecho privado. No obstante ello, algunos tratadistas sostienen que en los contratos administrativos el Estado contratante no pierde completamente su carácter de autoridad, aduciendo que tales actos son actos jurídicos complejos, o más bien, conjunto de diferentes actos jurídicos, de los cuales, los que tienen por objeto la organización y reglamentación de los servicios públicos que se trata de satisfacer, no son contractuales sino que nacen de la sola voluntad del Estado, que por tratarse de algo que atañe al ejercicio de sus funciones esenciales, es y debe ser soberana; de todo lo anterior la Corte concluye que es necesario estudiar en cada caso, cuándo interviene el Estado como autoridad y cuándo como sujeto de derecho privado. (2)

(1) *Ibid.*, p. 55

(2) Tesis jurisprudencial citada por Ernesto Flores Zavala en *Los Productos*, Colección de Textos Jurídicos del Tribunal Fiscal de la Federación, Vol. II, p. 13 y 14

1.1.2. Atribuciones y funciones del Estado

Para la consecución de dicho fin último, o bien común, el Estado realiza toda una serie de *actividades*, cuya concepción ha ido variando de acuerdo a la determinación de los fines que persigue.

La mayor parte de los doctrinarios tienden a aceptar a las "atribuciones" como el contenido de las actividades, tareas o cometidos del Estado, y son entendidas como los medios a través de los cuales el Estado puede alcanzar sus fines. Ahora bien, la fijación tanto de los fines del Estado como de sus atribuciones, corresponde al campo de las ciencias políticas y no al campo del Derecho, que no es sino un medio para lograr su realización práctica, mismos que pueden ser identificados con los efectos que producen en la esfera de los particulares. Así, el contenido de la actividad del Estado puede encuadrarse en tres diferentes grupos: policía o control, fomento y servicio público.

De igual forma, la mayor parte de la doctrina entiende por "funciones del Estado", las formas de llevar a cabo las atribuciones, y que de acuerdo a los principios de Montesquieu, son tres, a saber: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional; entendiéndose por función legislativa, como aquella forma de actividad por virtud de la cual el Estado elabora leyes; por función jurisdiccional, aquella forma de actividad por la que el Estado dirime conflictos sobre algún punto de derecho, y por función administrativa desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, la que el Estado realiza bajo un orden jurídico (al igual que las otras dos), y que consiste en "la realización de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales." (6) Diferenciándose la función administrativa de la legislativa en que, la esencia del acto legislativo es la creación de situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, como son las leyes, y de la jurisdiccional, en que la función administrativa no supone la preexistencia de un conflicto de Derecho.

Sin embargo, la separación de poderes no es tan tajante, es decir, ni desde el punto de vista orgánico, lo que implica la separación de los órganos del Estado en tres grupos distintos e independientes entre sí (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), ni desde el punto de vista de la distribución de funciones entre cada uno de ellos, se ha logrado esa separación, sino que la legislación positiva ha impuesto atribuciones a un mismo Poder de funciones de naturaleza diferente, lo cual ha dado lugar a clasificar a las funciones del Estado desde dos puntos de vista, a saber:

a) Desde el punto de vista orgánico, también denominado formal o subjetivo, la función es formal atendiendo al Poder al que está atribuida, prescindiendo de la naturaleza intrínseca de tal actividad.

b) Desde el punto de vista material u objetivo, para el que la función atiende a su naturaleza intrínseca, prescindiendo del órgano al que esté atribuida.

Así, tendríamos que desde el punto de vista formal, la Administración Pública, está depositada en el Poder Ejecutivo, el cual está constituido por el Presidente de la República, como titular de la misma, y todos los órganos o unidades administrativas que dependen de él jerárquicamente, entre los que se encuentran los órganos centralizados, así como con los organismos

(6) Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 36ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997, p. 63.

que integran la Administración Pública Paraestatal y por los órganos desconcentrados que pueden darse tanto dentro de la Administración Pública centralizada como de la paraestatal; mientras que desde el punto de vista material, la Administración Pública consiste en la realización de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

Las atribuciones estatales asignadas por medio de ley para la consecución de los fines del Estado, han ido variando con el transcurso del tiempo y dependiendo del lugar, y atendiendo a su contenido y a los efectos que producen en la esfera jurídica de los gobernados, dichas variaciones se han agrupado en: actividades de policía o control, de fomento y de servicio público.

Cada uno de dichos grupos, a su vez, se identifica con tres etapas sucesivas, cada una de las cuales atiende a los fines que el Estado ha ido adoptando y son las siguientes:

1ª) Según los postulados del liberalismo, el Estado gendarme se concreta a realizar actividades de mantenimiento de su existencia como entidad soberana hacia el exterior, y de conservación del orden jurídico y material hacia el interior de su territorio, dejando actuar libremente a las iniciativas privadas, por lo que sus atribuciones se limitan a las de policía, justicia, ejército y diplomacia.

2ª) Posteriormente, y toda vez que la acción de la libre concurrencia de iniciativas privadas en el mercado, no logra sino una mayor y creciente de la desigualdad y diferencias entre las clases sociales, lo cual se ve agravado por una serie de factores como el aumento de la población y los progresos de orden técnico que indudablemente desplazan a gran número de trabajadores, lo que pone en evidencia la incapacidad del individualismo de satisfacer las necesidades de la colectividad, el Estado se ve obligado a intervenir para desarrollar diversas áreas de la actividad económica de los particulares o regiones determinadas del territorio nacional, tratando de corregir dichas diferencias, imponiendo a buena parte de la iniciativa privada, sin superponerse a ella por completo, una serie de restricciones y limitaciones para armonizar con el interés general, lo cual logra a través de las atribuciones de fomento.

3ª) En la última etapa el Estado agrega a las finalidades mencionadas en los anteriores incisos, el de lograr la justicia social mediante actividades tendientes a satisfacer las necesidades generales de los particulares; etapa mejor conocida como peyorativamente como "Estado providencia".

El ilustre Gabino Fraga ha agrupado en categorías las atribuciones del Estado mexicano a la luz de la legislación positiva, de la siguiente forma: (7)

a) Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada, con el fin de mantener el orden público. Por lo que respecta al intervencionismo en los patrimonios privados, la legislación mexicana ha adoptado varias tendencias; por ejemplo, para las relaciones entre particulares en materia civil la legislación sigue la tendencia individualista, al fundamentar ésta en el artículo 5º constitucional, que establece la libertad de contratación; mientras que, en sentido contrario, predomina una tendencia socialista en lo que respecta a la reglamentación de las relaciones entre obreros y patrones, de igual forma que lo hace con la propiedad privada, al disponer en el artículo 27 constitucional que la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública.

(7) *Ibid* p. 15 y ss.

b) Atribuciones del Estado de fomentar, limitar y vigilar la actividad privada, que aunque al igual que las anteriores también tienen el propósito de conservar el orden público, se distinguen de ellas en que no busca coordinar los intereses individuales entre sí, sino de coordinar esos intereses individuales con el interés público. Dentro de éstas, la legislación mexicana también presenta variadas tendencias; por ejemplo, sigue una tendencia estatista, al emitir disposiciones legales de protección a algunas ramas de la producción de bienes y servicios; en tanto que, siguiendo una tendencia liberalista, el artículo 28 constitucional dispone que la ley castigará severamente todo acto de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que tenga por objeto evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí en el mercado, así como de todo aquello que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

c) Atribuciones del Estado para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva. Dentro de esta categoría, la legislación mexicana sigue el sistema liberal, que se desprende del mismo artículo 28 constitucional, que le impide al Estado realizar cualquier actividad económica que pueda enfrentarse con la de los particulares, pues de lo contrario, daría lugar a desvirtuar la libre concurrencia de las fuerzas de producción en el mercado nacional, salvo las excepciones establecidas en el propio artículo 28 y 27 constitucionales, tales como la explotación del petróleo; las funciones en áreas estratégicas como las de correos, telégrafos y radiotelegrafía, petroquímica básica, generación de energía nuclear, acuñación de moneda y emisión de billetes, y en áreas prioritarias como la comunicación vía satélite y los ferrocarriles, en las que el Estado tendrá una gestión directa, así como de otras excepciones tales como los servicios públicos administrativos de defensa nacional, policía, comunicaciones, entre otros muchos, los cuales puede gestionar el Estado directamente o hacerlo a través de organismos descentralizados, o también puede concesionarlos, y por último las empresas económicas, industriales o comerciales, cuyo manejo puede quedar en manos de organismos descentralizados, o de empresas de participación estatal, creadas para evitar que actividades básicas para el desarrollo económico del país sean manejadas por particulares en perjuicio del interés social.

Cuando los diferentes órganos de la Administración Pública celebran contratos con los particulares para la realización de obra pública, no siempre lo hacen con el objeto de satisfacer un servicio público, sino que suelen hacerlo para la conservación y mantenimiento de los inmuebles que les son necesarios para la realización de las actividades propias de sus atribuciones. Así, de acuerdo con la anterior agrupación en categorías que se hizo de las atribuciones de la Administración Pública, cuando ésta celebra contratos para la realización de obra pública con el objeto de satisfacer en forma directa un servicio público, se entiende que está ejerciendo una atribución de las mencionadas en el inciso e, es decir, atribución de servicio público; mientras que si lo hace con el objeto del mantenimiento y conservación de sus bienes inmuebles, no será sino en ejercicio de la función que le es propia.

1.1.3. El bien común del Estado

Aún cuando los fines del Estado no constituyen una característica conformante del concepto de Estado, sí se les encuentra como una constante en la mayoría de los conceptos, como la razón de ser de su existencia; fines a los que se suele agrupar en un solo concepto generalizador de nombre "bien común", y cuya fijación corresponde al campo de las ciencias políticas.

León Duguit llegó a la conclusión de que el fundamento del derecho público, medio por el que cobra vida no sólo el Estado, sino que da fundamento a toda su actuación, ya no lo constituye el derecho subjetivo de mando (soberanía) del Estado, sino el derecho objetivo de los

servicios públicos, impuesto como una obligación para el Estado de determinar su organización, y asegurar su funcionamiento regular e ininterrumpido. (8)

La anterior definición, sin embargo, no es suficiente para definir al "bien común", por lo que se hace necesario recurrir a otros autores.

Así, si tomamos en consideración que el derecho constituye el medio del que se vale el Estado para manifestar su voluntad y lograr sus fines, el autor Villoro Toranzo plantea el problema de los fines del Derecho, recordando a su maestro el Doctor Preciado Hernández, quien hizo una distinción entre el *finis operis* y el *finis operantis*. El primero consiste en el fin propio de un instrumento, por el cual se juzga si es de buena o mala calidad el mismo, mientras que por lo segundo, debe entenderse como el fin o los fines de quien lo utiliza, mismos que se prueban o reprueban a la luz de la moral y no desde el punto de vista de la técnica a la cual pertenece el instrumento, por lo que al *finis operis*, el maestro mencionado lo define como el fin intrínseco e inmediato del instrumento, mientras que a los fines de quien lo utiliza, los denomina como fines extrínsecos y mediatos del instrumento. Esta última idea la aplica Villoro Toranzo al Derecho como instrumento en manos de la autoridad, y concluye diciendo que los fines extrínsecos podrían ser varios, entre otros, la ambición personal, la protección de los intereses de una clase social, u obtener la paz social conservando simplemente el estado de cosas; fines que podrían ser justificables, aunque no para todos los gobernados, por lo que el *finis operantis* del Derecho "...no puede ser, en realidad, más que el bien común". (9)

Para el Papa Pío XII, el bien común debe entenderse como la realización duradera de "...aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos, para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa"; bien común que opone al bien individual, por el que se entiende el bien de cada individuo sin atender lo que beneficia a la comunidad, así como también lo opone al bien público, por el que se entiende el bien del instrumento estatal. (10)

En tanto que, para Burgoa Orihuela el bien común es un concepto sintético de los aciertos de la postura liberal y de la individualista, es decir, debe atender a las dos esferas reales que se registran en la sociedad: la particular y la colectiva o de grupo. En otras palabras, el hombre procura su felicidad mediante el logro de los fines vitales que el mismo elige libremente y que el orden jurídico debe reconocer, otorgándole una esfera mínima de acción; sin embargo, la norma debe prohibir el abuso de dichas libertades por parte de los individuos, para evitar que se originen conflictos entre los miembros del todo social, imponiendo límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de la actividad individual, por lo que si el Derecho descansa en el principio de justicia que enuncia un tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales: "la norma jurídica debe facultar al poder estatal para intervenir en las relaciones sociales, principalmente en las de orden económico, a fin de proteger a la parte que esté colocada en una situación de desvalimiento, ...situándola en una posición de verdadera igualdad real a través de las denominadas garantías sociales." (11)

Por su parte, para Jaime Balmes el bien público no puede ser otra cosa, sino la perfección de la sociedad; y si por perfección de la sociedad se entiende una reunión de hombres, "esta reunión será tanto más perfecta cuanto mayor sea la suma de perfección que se encuentre en el conjunto de sus individuos y cuanto mejor se halle distribuida esta suma entre todos los miembros".

(8) Duguit, Leon. *Las Transformaciones del Derecho*. Editorial Héluasta S.R.L., Buenos Aires, Arg. p. 37.

(9) Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. 10ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 221 y 222.

(10) S.S. Pío XII, citado por Villoro Toranzo, *Ibidem*.

(11) Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 2ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1997, p. 44.

y que en otras palabras, "la perfección de la sociedad consiste en la organización más a propósito para el desarrollo simultáneo y armónico de todas las facultades del mayor número posible de los individuos que la componen." (12)

Aun cuando no puede decirse que, siempre que un órgano de la Administración Pública celebra contratos de obra pública busca satisfacer directamente un servicio público, lo cierto es que el fin que busca satisfacer la regulación por parte del derecho objetivo mexicano de tales actos, lo constituye el manejo eficiente, honrado, y eficaz de las asignaciones que del Presupuesto de Egresos de un ejercicio fiscal se destinan a la obra pública, así como a la adquisición, arrendamiento y enajenación de todo tipo de bienes y servicios, según lo establece el artículo 134 constitucional: finalidad que es del interés de la sociedad que se cumpla, por lo que la doctrina ha adjetivado a dicho interés como público.

1.1.4. Clasificación de la Administración Pública Federal

Antes de referirnos a la clasificación que la doctrina ha elaborado en torno a las distintas formas que adopta la Administración Pública para su funcionamiento en México, ya sea en centralizada o paraestatal, es necesario mencionar que el Estado mexicano adoptó un sistema político-territorial federal, en el que existe una distribución de competencias entre los diferentes niveles, ya sea federal, estatal y municipal.

La doctrina ha denominado descentralización política a dicha distribución de competencias entre los distintos niveles de organización político-territorial de un Estado soberano, es decir, en el caso particular del Estado mexicano, los distintos niveles de su organización son federal, estadual y el municipal. En otras palabras, la descentralización política, que es diferente a la descentralización administrativa, se vincula a la estructura misma del Estado, y que en México, se puede tipificar en la existencia de instituciones que conviven y derivan del Estado Federal, a saber, fundamentalmente las entidades federativas y los Municipios.

El federalismo mexicano responde a la propuesta consistente en que los Estados miembros, pierden totalmente su soberanía exterior, así como ciertas facultades interiores a favor del gobierno central. Al respecto, Cortiñas-Peláez dice que: "El Estado mexicano nace de un pacto de Estados preexistentes que delegan facultades en el poder central, reservándose las restantes." (13)

Por otra parte, tomando en consideración que la forma de gobierno de un Estado no se refiere sino a una parte del mismo, es decir, a los órganos que ejercen el poder, la forma de gobierno del Estado mexicano es de tipo presidencial, por la preponderancia que tiene el Presidente como órgano de gobierno en relación con los otros dos Poderes de la Unión.

Así, tenemos que el Gobierno de la Federación, está constituido por los Poderes de la Unión: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De igual forma, la distribución de los órganos de gobierno de las entidades federativas y del Distrito Federal, es la misma que la de la Federación, no así del Municipio, caso que merece mención aparte.

Recordemos que, desde el punto de vista subjetivo o formal, la Administración Pública es la función que realiza el Poder Ejecutivo, el cual está integrado por el Presidente de la República, como titular de la misma, y todos los órganos o unidades administrativas que dependen de él jerárquicamente.

(12) Balmes, Jaime. *Filosofía Elemental*. Editorial Porrúa S.A.: Colección Sepan Cuantos. Núm. 241, p. 312.

(13) Cortiñas-Peláez. *Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, S.A.: México-1992, p. 103.

Por razón del límite que nos impone el tema a desarrollar en el presente trabajo, es decir, en razón de que el tema se refiere a los contratos de obra pública celebrados por los distintos órganos que integran la Administración Pública centralizada en el nivel federal, pasaremos a referirnos a la clasificación de la Administración Pública a nivel Federal, dejando de lado, la clasificación de la Administración Pública de los otros niveles en que se divide la organización político-territorial del Estado mexicano, es decir, estatal y municipal, que por otra parte, como ya quedó sentado, en los casos de las entidades federativas y del Distrito Federal, las formas de organización administrativa de cada uno de sus gobiernos, es similar a la del Gobierno Federal.

La clasificación de la Administración Pública que la mayor parte de administrativistas, ha aceptado, es la siguiente: centralizada, paraestatal y desconcentrada. Esta clasificación obedece a la necesidad de organizar los elementos humanos y materiales a fin de lograr su mejor utilización, y que a decir del Dr. Delgadillo Gutiérrez, dicha clasificación obedece a que: "Esta organización, como cualquier otra, está integrada por una serie de elementos que interactúan en un complejo sistema de atribuciones y competencias para delimitar el campo de actuación por materia, grado, territorio y cuantía, a fin de que la acción de sus componentes no interfiera entre sí; con una distribución de responsabilidades de su actuación, ante la propia organización y frente a terceros que pueden verse afectados por la acción de éstos; con una autoridad correlativa a la responsabilidad, que le permite llevar a cabo sus actividades, de acuerdo con la habilidad y preparación de las personas que tiene a su cargo esta actividad."⁽¹¹⁾

Según lo dispuesto por nuestra Carta Magna en el artículo 90, tenemos que la Administración Pública a nivel Federal, se divide principalmente en dos grandes rubros: centralizada y paraestatal.

El artículo 1º, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dispone que la Administración Pública Centralizada se compone por el Presidente de la República como su titular, y le siguen en categoría las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos, y por la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.

En tanto que, según lo establece el mismo precepto legal en su tercer párrafo, la Administración Pública Paraestatal, y sin que exista ninguna jerarquía entre ellos, se compone por los organismos descentralizados; empresas de participación estatal; las instituciones nacionales de crédito; las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos públicos.

La centralización administrativa existe al darse la jerarquía de unos órganos para con otros en distintos grados, en la que todos son dependientes del jefe supremo de la Administración Pública.

En la organización centralizada existe un grupo reducido de órganos con competencia para dictar resoluciones, o que es lo mismo que dictar actos jurídicos creadores de situaciones de derecho individuales, o de imponer determinaciones. Mientras que la gran mayoría de órganos dentro de la administración centralizada, se encargan de auxiliar al otro grupo que resuelve, mediante la realización de actos materiales, poniendo los asuntos que son de su competencia en estado de resolución.

⁽¹¹⁾ Delgadillo Gutiérrez Luis H. y Lucero Espinosa Manuel. *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S.A. México 1997, p. 90.

La relación jerárquica entre los distintos órganos de la administración pública centralizada, implica los siguientes poderes de los superiores sobre los inferiores, a saber: de nombramiento, de mando, de vigilancia, disciplinario, de revisión, y de resolución de conflictos de competencia.

Otra forma de organización administrativa, es la desconcentración. Esta consiste en la delegación de ciertas facultades que hace el titular de una dependencia en favor de órganos que le están subordinados en distintos grados de jerarquía, según lo dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en los siguientes términos: "Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso." No se trata de una delegación de funciones, como a la que hace referencia el artículo 16 del mismo Ordenamiento jurídico, aun cuando hay algunos autores que la consideran como una técnica de transferencia de competencias. La desconcentración puede darse en cualquiera de los otros dos sistemas de organización administrativa también, esto es, en la centralizada y en la paraestatal.

Ahora bien, la forma de organización administrativa centralizada, cuya vigencia comenzó a partir de la Constitución de 1917, ha ido cediendo paso a la descentralización o delegación de facultades en organismos que integran lo que hoy se conoce como el sector paraestatal, el cual surgió a mediados de los años veinte.

La descentralización se da cuando, al igual que la desconcentración, se confía la realización de alguna actividad administrativa a organismos no del todo desvinculados de la Administración Central, tal y como lo menciona Fraga con las siguientes palabras "consiste en confiar algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración centralizada una relación diversa de la jerarquía, pero sin que dejen de existir respecto de ellas las facultades indispensables para conservar la unidad de Poder." (15)

La descentralización administrativa busca dar respuesta a las necesidades que se van presentando, y que en algunos casos, responden a la conveniencia de dar mayor eficacia a la gestión de intereses locales, o si la naturaleza técnica industrial o comercial de los actos que tiene que realizar la Administración, la obliga a encomendar dichos actos a elementos bien preparados para su atención, o sucede en otros casos que, la Administración delega algunas facultades de consulta, de decisión o de ejecución a ciertos organismos constituidos por particulares. Y por tales razones, en la doctrina se les denomina: a) Descentralización por servicio; b) Descentralización por colaboración y, c) Descentralización por región.

Sin embargo, a decir de Fraga, no es dable pretender que porque se trata de órganos que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, deba considerárseles como organismos descentralizados, ya que el verdadero motivo de su creación obedece al de dar a un organismo determinado una simple autonomía técnica y el de concederle una verdadera autonomía orgánica. En otras palabras, para que exista un verdadero organismo descentralizado, deben darse las dos autonomías, tanto la técnica como la orgánica. La autonomía técnica consiste en que los órganos administrativos no se encuentran sometidos a las reglas de gestión administrativa y financiera, que le son aplicables a los servicios centralizados del Estado, y por autonomía orgánica, la independencia de los vínculos jerárquicos que lo atan a los órganos superiores de la Administración central.

(15) Fraga Gabino, *Op. cit.* nota a pie (6), p. 198

Otras formas de organización administrativa del Estado Mexicano, son las empresas de participación estatal y los fideicomisos públicos, en las que normalmente el Estado actúa como particular. En efecto, a diferencia de los organismos centralizados y desconcentrados que normalmente realizan funciones de Derecho Público que corresponden al Estado, los organismos descentralizados realizan como regla general, actividades que no son propias del Derecho Público.

De acuerdo con la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, quedan sujetos al control y vigilancia del Ejecutivo Federal, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal y los fideicomisos públicos, con excepción de las instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito y las instituciones nacionales de seguros y fianzas, así como las universidades y demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, y por razón de la naturaleza de sus funciones, entre otros, la Comisión de Derechos Humanos, la Procuraduría Agraria y la Procuraduría General del Consumidor, que se regirán por sus leyes específicas. Las mencionadas atribuciones de control y vigilancia, que se encuentran preponderantemente en la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, hoy Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, obedecen al tipo de actividad respecto de los bienes que protege, a saber, la operación de los organismos descentralizados, instituciones, corporaciones y empresas que manejen o exploten bienes y recursos naturales de la nación o las sociedades e instituciones en que la administración pública federal posea acciones o intereses patrimoniales, y que no estén expresamente encomendados y subordinados a otras dependencias.

Por otra parte, para que puedan ser considerados como tales por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tanto las empresas de participación estatal mayoritaria como los fideicomisos públicos, además de participar en forma mayoritaria el Gobierno Federal en el caso de las empresas, deberán tener por objeto las áreas prioritarias establecidas en los términos de los artículos 25, 26 y 28 constitucionales, particularmente las tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares.

En lo tocante a las empresas de participación estatal, las mismas consistieron en la asociación del Estado con intereses de los particulares bajo una forma de sociedad mercantil, sujeta a principios de derecho privado, y que en la legislación extranjera y en la doctrina se les conoce como de economía mixta.

Las empresas de participación estatal estuvieron muy en boga hasta hace algunos años, pero en la actualidad ya han desaparecido muchas, lo cual queda confirmado con el comentario al artículo 90 constitucional, que señala: "A partir de 1988 se decide una política económica diferente, calificada de neoliberal, cuyo elemento fundamental es disminuir el gasto estatal; y en consecuencia, la orientación Estado-empresario se convierte en incompatible, por lo que el paso del fenómeno de "desregulación", que es un fenómeno de privatización de las empresas públicas, sucede con gran celeridad, sobre todo a principios de la década de los noventa. El resultado fue la venta de cientos de empresas públicas y la consecuente reducción, en número, del sector paraestatal". (16)

De acuerdo con lo anteriormente sentado, y tomando en consideración además que el artículo 1º de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas dispone que órganos de la Administración Pública pueden celebrar contratos de esa naturaleza, por razón del tema de este trabajo, importarán sólo aquellos contratos celebrados por los órganos mencionados en las fracciones I, II y parte de la

(16) Comentario al artículo 90 constitucional, en *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentarios*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa S.A., México 1997, p. 934.

III, esto es, las unidades administrativas de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y departamentos administrativos, así como la Procuraduría General de la República.

En relación con la Procuraduría General de la República, es necesario dejar sentado, que no obstante que con las reformas que se hicieron a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre de 1994, dicho órgano dejó de integrar a la Administración Pública federal centralizada, algunos autores consideran que aún es parte integrante de dicha Administración, aduciendo que como el Presidente de la República nombra y remueve libremente al Procurador; se trata de un órgano que se encuentra previsto en el Presupuesto de Egresos bajo el rubro de dependencia, además de que las funciones que realiza son administrativas, siendo la principal la de representar los intereses de la Federación en los juicios de amparo, así como la de ser Ministerio Público Federal.

Por último, respecto de la Administración Pública del Distrito Federal, resulta necesario mencionar que no fue sino hasta el año de 1993 que existió el Departamento del Distrito Federal como integrante de la Administración Pública Federal, según reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 25 de octubre de ese año, y ello no obstante que aún se continúa regulando formalmente a los departamentos administrativos como órganos de colaboración directa de la Administración Pública Federal.

Por reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según iniciativas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 25 de octubre de 1993 y 22 de agosto de 1996, el Distrito Federal es considerado como una entidad federativa más, que se integra por una Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por una Administración Pública Local a cargo de un Jefe de Gobierno y por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, cuya función judicial es realizada por dicho órgano local desde el 23 de noviembre de 1855.

La Administración Pública del Distrito Federal, será central, desconcentrada y paraestatal, y está conformada por la Jefatura del Distrito Federal, las Secretarías, las Delegaciones, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como las demás dependencias que determine la ley. El Jefe de Gobierno podrá constituir órganos administrativos desconcentrados, mientras que los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos, integrarán la Administración Pública Paraestatal.

Por último, en el caso del Municipio, al que la Constitución Federal define como la base de la división territorial y de la organización política y administrativa de las entidades federativas, su gobierno carece de poderes legislativo y judicial, y su administración centralizada está depositada en un Ayuntamiento. Este cuerpo colegiado que cuenta con personalidad jurídica, patrimonio propio y la administración libre de su hacienda, está integrado por el Presidente municipal, el síndico, los regidores, los secretarios y el tesorero municipal, y después de él, le siguen en jerarquía, las dependencias que se regulan con el nombre de secretarías o de direcciones.

De igual forma que ocurre en el orden federal y estatal, la administración municipal también puede ser paramunicipal, la cual se integra por organismos descentralizados y empresas de participación municipal.

Los poderes legislativo y judicial estatales, ejercen dichas funciones para el Municipio; mientras que la Administración municipal se reduce a las siguientes actividades: el Ayuntamiento como cuerpo deliberativo y resolutorio tiene como atribuciones la de expedir el bando de policía y buen gobierno; redacta el proyecto de ley de ingresos y presupuesto de egresos que envía al Congreso local; y como órgano ejecutor, aunque no de forma exclusiva por cuanto la Constitución Federal permite el concurso de las entidades federativas, tiene a su cargo los cometidos de servicio

público, tales como el de agua potable, alcantarillado, alumbrado público, limpia, mercados y centrales de abasto, panteones, rastro, calles, parques y jardines, seguridad pública y tránsito, y otros que determinan las legislaturas locales. La administración libre de su hacienda se reduce a las contribuciones y otros ingresos que a su favor establezca la legislatura local, así como de las participaciones federales, y de los ingresos que como contraprestación recibe por la prestación de servicios públicos.

1.1.5. Manifestación de la voluntad de la Administración Pública

Se dijo que la función administrativa, desde el punto de vista formal u orgánico, es la actividad del Estado realizada por medio del Poder Ejecutivo, y desde el punto de vista material, es la realización de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales; sin embargo, es difícil identificar a la función administrativa con los innumerables actos jurídicos que realiza, ya que éstos son de muy diversa índole, dado que no existe una división en forma tajante de los actos que le toca realizar a cada uno de los Poderes Federales.

Así, los doctos en la materia han tratado de determinar la naturaleza del acto administrativo desde el punto de vista de la finalidad que persigue la función administrativa, diciendo que ésta es la actividad del Estado encaminada a la ejecución de una ley. Sin embargo, tal punto de vista es muy restringido, pues no es cierto que toda la función administrativa del Estado tenga como fin el de dar efectividad práctica a la norma legal, pues de ser así, se dejaría fuera a la mayor parte de los actos jurídicos, y la función administrativa abarca más que eso, ya que además de buscar dar efectividad a la norma legal, también realiza otras tareas en las que o bien hace uso de la autorización de la propia ley, o de facultades discrecionales que la misma ley le otorga, pero además, "el término de ejecución de las leyes abarca una tarea más general que es asegurar el mínimo de condiciones necesarias para la continuidad de la vida nacional, es decir, el mantenimiento del orden público y la marcha de los servicios públicos." (17)

Tal criterio es el que adopta nuestro sistema jurídico, ya que el artículo 89 de la Constitución, que señala las facultades y obligaciones del Presidente de la República, enumera en primer lugar la de ejecutar leyes, pero además enumera otras facultades que no consisten precisamente en la ejecución de una ley, tales como la de nombrar y remover empleados militares; la disposición de las fuerzas armadas y de la Guardia Nacional; la de habilitar puertos y establecer aduanas, etc.

Así, después de haber realizado el estudio a distintas teorías al respecto, el ilustre Gabino Fraga nos da el concepto de función administrativa desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, que como se recordará, es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

Antes de mencionar las distintas definiciones que de acto administrativo han elaborado los tratadistas, es necesario recordar la distinción que existe entre acto jurídico y hecho jurídico. El acto jurídico consiste en la manifestación de voluntad de un sujeto con el objeto de producir efectos de derecho, mientras que los hechos jurídicos, son los eventos acaecidos en la realidad sin buscar precisamente producir consecuencias de derecho, sino que éstas se producen independientemente de la voluntad del agente que provoca dichos hechos. Así, la actuación de la Administración Pública puede ser a través de hechos materiales, hechos jurídicos, actos materiales y actos jurídicos.

(17) Fraga, Gabino, *op. cit.* nota a pie (6), p. 55.

Para Manuel María Díez, el acto administrativo será considerado como tal si existe "...una declaración unilateral y concreta del órgano ejecutivo que produce efectos jurídicos directos e inmediatos." (18)

Acosta Romero define al acto administrativo como la "...manifestación unilateral y externa de la voluntad, que expresa la decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública." (19)

Para el Dr. Delgadillo Gutiérrez, el acto administrativo "...es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio, de un órgano administrativo, realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos en forma directa", y concluye diciendo que: "Con esta definición restringimos el concepto, ya que excluimos de ella los reglamentos administrativos, en cuanto que estos son actos jurídicos con efectos generales; los contratos administrativos, que constituyen acuerdos de voluntades, así como los actos de trámite, que no producen efectos jurídicos directos." (20)

En cambio, el acto administrativo desde el punto de vista formal, comprende no sólo a los actos administrativos unilaterales, sino también a los bilaterales, tales como los contractuales, debido a que ambos emanan de la Administración, así lo sostiene el maestro Nava Negrete.

El maestro Burgoa Orihuela define al acto de autoridad, diciendo que es todo aquel que realiza una autoridad, a la cual define como "...aquel órgano estatal, investido de facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño, conjunto o separado, produce la creación, modificación o la extinción de situaciones generales o especiales, jurídicas o fácticas, dadas dentro del Estado, o su alteración o afectación, todo ello en forma imperativa", y afirma que para que un acto de autoridad sea tal, debe reunir en su ser jurídico las siguientes notas o atributos esenciales: la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad. (21)

Por cada uno de los atributos esenciales mencionados, debe entenderse respectivamente lo siguiente: por unilateralidad, que el acto no requiere para su existencia y eficacia, del concurso de voluntades con el particular frente a quien se emite; por imperatividad, que la voluntad del particular se encuentra necesariamente supeditada a la voluntad del Estado, y debe forzosamente acatarlo, sin perjuicio de que lo impugne mediante los medios legales procedentes, y por último, por coercitividad, debe entenderse que el acto puede ejecutarse coactivamente por diferentes medios, aun en contra de la voluntad del gobernado, sin necesidad de recurrir previamente a la jurisdicción para que se realice cabalmente.

Ahora bien, la creación de la mayoría de los actos administrativos está presidido por una serie de actos intermedios que en forma ordenada le dan origen, y al que se le denomina procedimiento administrativo.

Tal procedimiento administrativo al estar establecido en ley, tiene entre otros objetivos el de guiar la decisión del autor del acto administrativo, lo cual constituye una garantía de que la resolución que se dicta no es arbitraria, sino apegada a las normas legales.

(18) Manuel María Díez, citado por Delgadillo Gutiérrez, *Op. cit.*, nota a pie (14), p. 251.

(19) Acosta Romero, citado por Delgadillo Gutiérrez, *Op. cit.*, nota a pie (14), p. 251.

(20) Delgadillo Gutiérrez, *Op. cit.*, nota a pie (14), p. 251.

(21) Burgoa Orihuela, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997, p. 490.

Nuestro derecho positivo, ha adoptado tres posiciones en cuanto a la regulación de la emisión de un acto administrativo, la cual tiene una importancia enorme cuando éstos tienen un carácter imperativo y afecta situaciones jurídicas de los particulares, y que son: no regula ningún procedimiento, o cuando regula lo hace asimilando los principios del procedimiento judicial, o ha establecido procedimientos especiales distintos del judicial, tales como los establecidos para determinar obligaciones tributarias a cargo de los contribuyentes; para la obtención de concesiones de explotación de bienes de la Nación o de servicios públicos; para la naturalización de extranjeros, etc.

Por otra parte, aunque no en todos los casos la función administrativa afecta a los particulares, en el procedimiento administrativo, al igual que el judicial, es necesario darle intervención a los particulares cuyos derechos pueden resultar afectados, por lo que en tales casos, el procedimiento administrativo debe cumplir una serie de formalidades mínimas indispensables para evitar que los actos que origine lo sean en forma arbitraria. Esas formalidades se establecen en el artículo 14 constitucional, que en su segundo párrafo establece: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

La interpretación literal de tal precepto constitucional no debe llevarnos a concluir que se refiere únicamente a la autoridad judicial, sino también a la administrativa. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, al establecer que la autoridad administrativa no sólo debe respetar la garantía de legalidad sino también la de audiencia establecida en el precepto en comento, la cual consiste en que si una ley secundaria no establece un procedimiento en el que se le de la oportunidad al interesado de ser oído en su defensa antes de ser privado de sus bienes, esa ley es contraria a dicho precepto constitucional.

A decir del insigne maestro Burgoa Orihuela, la garantía de audiencia consagrada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, se integra de cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, y que son a saber: a) la de que en contra de la persona a quien se pretenda privar de alguno de los bienes tutelados por dicho artículo, se siga un juicio; b) que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; c) que en dicho juicio se observen las formalidades esenciales del procedimiento y, por último, d) que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio. (27)

Es importante no pasar por alto que el artículo 14 constitucional, tuvo su origen en los artículos 21 y 26 del Proyecto Constitucional de 1856 y debido a la precipitación con que el Congreso Constituyente aprobó el nuevo proyecto modificado, no se advirtieron dos substituciones de conceptos que se le hicieron cambiando su sentido y alcance, en especial, el del primitivo artículo 26, el cual sí contenía la garantía de audiencia, por lo que en realidad se consignó la *garantía de la exacta aplicación de la ley*.

Pasemos a referirnos a cada una de las garantías específicas que integran la de audiencia, consignada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional.

A) La primera mencionada garantía específica, se comprende en la expresión *mediante juicio*. El concepto de "juicio" equivale a la idea de procedimiento, es decir, una secuencia de actos unidos entre sí por el fin que persiguen conseguir, y que en el presente caso se hace consistir en una resolución que establezca la dicción del derecho en un conflicto jurídico, lo que denota por excelencia a la función jurisdiccional.

(27) Burgoa Orihuela, *Op. cit.* nota a pie (11), p. 524 y 525

Sin embargo, el concepto de juicio a que se ha hecho mención, no sólo hace referencia a un real y verdadero conflicto jurídico que deba ser resuelto mediante una resolución jurisdiccional, sino que es suficiente que tal conflicto pueda surgir; por ejemplo, cuando en un procedimiento en que una persona va a ser privada de un bien jurídico por parte de la autoridad (de naturaleza normalmente administrativa respecto de un crédito fiscal), se le dé la oportunidad de oponerse a tal acto, dando lugar así a que se cumpla con la garantía específica de audiencia, consistente en que nadie podrá ser privado de sus bienes jurídicos, sino mediante juicio. Por tal razón, la expresión *mediante juicio* no debe entenderse sólo aplicable a la función jurisdiccional, sino a la administrativa también.

Ahora bien, dicho procedimiento debe ser legalmente instituido como medio para que el gobernado oponga su defensa "antes" de que se realice en su perjuicio el acto administrativo de privación, en consecuencia no debe confundirse la preexistencia de la oportunidad defensiva al acto de privación, con la impugnabilidad de éste mediante recursos que consignan las normas legales. En otras palabras, cuando se trate de actos administrativos por los que se pretenda realizar la privación de cualquiera de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 14 constitucional, el "juicio" puede traducirse en un procedimiento legal que se substancie ante la misma autoridad de la que emanen dichos actos o ante su superior jerárquico, y no esperarse a que se lleve a cabo el acto de privación por parte de la autoridad administrativa, para impugnar dicho acto por la vía formal y materialmente jurisdiccional.

Al respecto, Burgoa Orihuela considera que "no puede sostenerse válidamente que el 'juicio' en la hipótesis apuntada, deba consistir necesariamente en un verdadero proceso que se siga ante las autoridades judiciales, porque si el acto de privación va a emanar legalmente de una autoridad administrativa, sería notoriamente aberrativo que fuese una autoridad judicial la que escuchase al gobernado en defensa previa a un acto de privación que no va a provenir de ella, además de significar un desquiciante entorpecimiento de las funciones administrativas, que suelen manifestarse en actos específicos de privación, ya que la autoridad encargada tendría que esperar a que se substanciasse un proceso ante autoridades judiciales, en el que, una vez producida la defensa del gobernado, se pudiese realizar el acto privativo."⁽²⁷⁾

B) A través de la segunda garantía específica de seguridad jurídica, el juicio de que hablamos, debe seguirse ante *tribunales previamente establecidos*. Exigencia que corrobora la garantía implicada en el artículo 13 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, o sea, aquellos cuya actuación se contraiga a conocer de un determinado negocio para el que se hubieren creado especialmente.

Al igual que el inciso A) esta garantía específica de la de audiencia, no sólo es operante frente a los tribunales u órganos jurisdiccionales que lo sean formal y materialmente hablando, sino también en lo tocante a las autoridades administrativas que realicen actos de privación.

C) La tercera garantía específica que integra a la de audiencia consiste en las *formalidades procesales esenciales*, mismas que se traduce en la *oportunidad de defensa* otorgada a la persona que vaya a ser víctima de un acto de privación, para que manifieste sus pretensiones opositoras al conflicto que se suscite al respecto. Es por ello por lo que cualquier ordenamiento adjetivo, bien sea civil, penal o administrativo que regule la función jurisdiccional, debe estatuir la mencionada oportunidad de defensa u oposición, lo que se traduce en diversos actos procesales, siendo el principal la notificación al presunto afectado de las exigencias de la autoridad tendientes a

(27) *Ibid.*, p. 551 y 552

la obtención de la privación que hace al particular. Pero, además, es necesario que a dicha oportunidad de defensa, al presunto afectado se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que la función jurisdiccional se desenvuelve, es decir, la *oportunidad probatoria*. Por lo que, si una ley procesal sólo consigna una de tales oportunidades, dicha ley será inconstitucional, al privar de la oportunidad de dar la debida culminación de la función jurisdiccional.

D) Por último, la cuarta garantía específica de seguridad jurídica que configura la de audiencia, estriba en que el fallo o resolución en que culmina el juicio, debe pronunciarse *conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*.

Sin embargo, existen algunas excepciones a la garantía de audiencia, consignadas en la Constitución en razón de la naturaleza de ciertos actos de autoridad; excepciones que sólo es posible justificarlas o no en virtud de un criterio axiológico o sociológico, o sea, al valor de la justicia social que persigan y que va más allá de lo estrictamente jurídico, mismas que por significar limitaciones a los derechos públicos individuales del gobernado, la fuente formal única de las mismas deba ser la Ley Suprema.

De entre varias excepciones a la garantía de audiencia, se encuentra la que la Suprema Corte ha establecido en materia tributaria, en cuanto que antes del acto que fije un impuesto la autoridad fiscal respectiva no tiene la obligación de escuchar al causante, y en congruencia con esta idea, se ha establecido que las leyes fiscales no deben necesariamente consignar ningún procedimiento para brindar oportunidad a los contribuyentes para discutir los impuestos, derechos o aprovechamientos antes de que estas prestaciones se determinen en cada caso. El fundamento que se aduce a esta excepción consiste en consideraciones de política fiscal, basadas en la naturaleza misma de las prestaciones mencionadas.

La Corte asienta al respecto que: "...como el Fisco se encarga de cobrar los impuestos determinados por las leyes para el sostenimiento de las instituciones y de los servicios públicos, es evidente que dicho cobro tiene que hacerse mediante actos ejecutivos y unilaterales que si bien pueden ser sometidos a una revisión posterior a solicitud de los afectados, no pueden quedar paralizados por el requisito de audiencia previa, porque de esa manera podría llegar el momento en que las instituciones y el orden constitucional desaparecieran por falta de los elementos económicos necesarios para su subsistencia. Por tanto, en materia tributaria no rige la garantía de audiencia previa al grado de que el legislador tenga que establecerla en las leyes impositivas". "No puede exigirse el establecimiento de una audiencia previa en beneficio de los afectados y en relación con la fijación de un impuesto, toda vez que esa fijación, para cumplir con los fines de tributación, debe ser establecida unilateralmente por el Estado e inmediatamente ejecutiva, ya que sería sumamente grave que fuese necesario llamar a los particulares afectados para que objetaran previamente la determinación de un impuesto, lo que paralizaría los servicios correspondientes." (24)

Continúa diciendo Burgoa Orihuela que existe una razón de carácter estrictamente constitucional para apoyar la inoperancia de la garantía de audiencia en el caso tributario, consistente en que si se ha afirmado que el acto de autoridad condicionado por la citada garantía es un acto de privación, no puede considerarse que la determinación de un tributo y su cobro presentan esta naturaleza de privación en sentido estricto, por lo que, si estas prestaciones no se hacen efectivas, la autoridad fiscal ejercerá la facultad económico-coactiva, que culminará con el remate

(24) Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Vol. XCVII, julio de 1965, Ejecutorias del Pleno, pag. 28 a 44. Idem, tomo CV, pp. 85 y 86 (marzo de 1966), y tomo LVI, p. 136, citada por Burgoa, *Op. cit.*, nota a pie (11), p. 560.

y adjudicación de los bienes o derechos del causante; y tales actos sí revisten el carácter de actos de privación, y por esta causa, antes de que se efectúen, sí debe otorgarse al causante que haya incurrido en impago de las prestaciones fiscales, las oportunidades defensiva y probatoria en que radica la esencia de la garantía de audiencia, sin que ésta deba ser observable con antelación al señalamiento del tributo y a su cobro.

Lo anterior no implica que con posterioridad a la fijación de cualquier contribución, el contribuyente no tenga el derecho de impugnarla mediante los recursos ordinarios o medios de defensa legal procedentes, e inclusive, a través de la acción de amparo si esos recursos o medios legales no se establecen normativamente, criterio que ha adoptado la misma Suprema Corte al considerar que "cuando se trata de contribuciones, la audiencia que se puede otorgar a los causante *es siempre posterior a la fijación del impuesto*, que es cuando existe la posibilidad de que los interesados impugnen ante las propias autoridades el monto y el cobro correspondiente, y basta que la ley otorgue a los causantes el derecho de combatir la fijación del impuesto, una vez que ha sido determinado por las autoridades fiscales, para que en materia hacendaria se cumpla con el derecho fundamental de audiencia consagrado por el artículo 14 constitucional, precepto que no requiere necesariamente y en todo caso la audiencia previa, sino que de acuerdo con su espíritu, es bastante que los afectados sean oídos en defensa antes de ser privados de sus propiedades, posesiones o derechos".⁽²⁵⁾

Asimismo, cualquier autoridad del Gobierno mexicano, no sólo de la Administración Pública, debe respetar las garantías de seguridad jurídica contenidas en el primer párrafo del artículo 16 constitucional. Este precepto literalmente establece que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

El acto de autoridad consiste en una mera molestia, o perturbación en la esfera jurídica del gobernado, por lo que la protección de este dispositivo constitucional va más allá del que reviste el artículo 14 de la Constitución Federal. Así, siempre que se trate de actos que no sean de privación ni de actos jurisdiccionales penales o civiles, sino de actos de mera afectación de naturaleza materialmente administrativa, las garantías a que deberá sujetar su emisión son las consagradas en el párrafo primero del artículo 16 constitucional, mientras que aquéllos otros deberán sujetarse además a lo previsto en el artículo 14 constitucional.

La garantía que mayor protección imparte al gobernado dentro del orden jurídico constitucional mexicano, es la de legalidad consagrada en el artículo 16 constitucional, otorgando a su vez eficacia jurídica a todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la Constitución hasta el reglamento administrativo.

La frase en que se contiene la garantía de legalidad es aquella que se refiere a la "fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento". Por causa legal del procedimiento debe entenderse el acto o serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, es decir, debe existir una causa determinante, pero además que ésta sea legal, es decir, fundada y motivada en una ley en su aspecto material, esto es, creadora y reguladora de situaciones jurídicas abstractas e impersonales o generales.

(25) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Vol. XC VII, julio de 1968, Ejecutorias del Pleno, págs. 28 a 44. Ídem, tomo CV, pp. 85 y 86 (marzo de 1969), y tomo LVI, p. 136, citada por Burguía, *op. cit.*, nota a pie (43) p. 562.

El concepto de fundamentación consiste en que los actos que originen la molestia, deben basarse en una disposición normativa general, en la que se contenga la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad. Esta fundamentación no es sino la consecuencia directa del principio de legalidad consistente en que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite; en otras palabras, las autoridades deben gozar de facultades expresas para actuar, lo que significa que las mismas no deben derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución clara y precisa.

Por su parte, el concepto de motivación de la causa legal del procedimiento, implica que el caso o situación concretos que den origen a la emisión del acto de molestia, se encuentren previstos en la disposición legal en que se fundamenta la autoridad para actuar, esto es, indica que las autoridades deben expresar los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas del caso particular, para que éste encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos en la norma legal.

Ambos conceptos, de fundamentación y motivación legales, deben concurrir necesariamente en el caso concreto para que el acto de molestia no implique una violación a la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 constitucional, lo cual se ve corroborado por la Suprema Corte en la siguiente tesis:

“El artículo 16 de la Constitución Federal, exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento. Para cumplir con este mandamiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden, o resolución, se citan las disposiciones legales que se consideran aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron su emisión. Para integrar el segundo elemento, es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados, sean bastantes para provocar el acto de autoridad.” (36)

Amparo en revisión 8872/61.- José Horacio Septién, 21 de julio de 1961, 5 votos.
Ponente: Felipe Tena Ramírez.

1.2. Jurisdicción para la solución de conflictos en materia de fianzas de obra pública

El aumento de las actividades administrativas en todos los ámbitos social, político y económico, hace imposible que los actos administrativos en su totalidad, no lesionen los derechos subjetivos de los gobernados. De ahí, que en cumplimiento a lo establecido en el artículo 14, y 16 principalmente, de la Constitución Política, la legislación administrativa disponga de medios de control eficaces para salvaguardar la legalidad de tales actos de autoridad, mejor conocida con el nombre de justicia administrativa.

La justicia administrativa se integra de los medios de control de la legalidad que se dan tanto dentro de la propia Administración Pública, comúnmente mediante los llamados recursos, como por fuera de ella mediante los medios jurisdiccionales, y que Lucero Espinosa los denomina respectivamente como indirectos y directos, según sea el caso, y al respecto señala que: “en los primeros el gobernado afectado no tiene intervención alguna ya que constituyen, por un lado, mecanismos de autotutela administrativa derivados del poder de revisión que ejercen los órganos

(36) Semanario Judicial de la Federación, Tomo SI VIII, Segunda Sala, pag. 36, Sexta Época, citada por Burgos Urbueta, *op. cit.* nota a pie (11), p. 609

superiores sobre los inferiores, y que consisten en la supervisión de la actuación de sus subordinados a fin de verificar su legalidad y oportunidad" y que "en los medios directos, la participación de los gobernados es fundamental, ya que sin ella no tiene lugar esta forma de control." (27)

Dentro de los medios directos o jurisdiccionales de control de la legalidad de los actos administrativos, se encuentran los recursos administrativos y los procesos jurisdiccionales ante tribunales. Sin embargo, toda vez que la función jurisdiccional implica la manifestación del Estado para dar solución a conflictos de derecho contrapuestos, se excluye de la jurisdicción administrativa a los recursos administrativos, ya que en éstos la Administración Pública no realiza ninguna función jurisdiccional, pues no existe controversia entre las partes.

Por consiguiente, la jurisdicción administrativa se refiere a las instancias que tienen los gobernados para impugnar los actos administrativos ante los tribunales, sean éstos administrativos o judiciales. Así, la primera instancia de la jurisdicción administrativa en el nivel federal, se encuentra depositada en el Tribunal Fiscal de la Federación, que aun cuando se encuentra ubicado dentro del Poder Ejecutivo, sus resoluciones gozan de la más absoluta autonomía para resolver sobre la legalidad de los actos administrativos.

En una ulterior instancia, la resolución definitiva pronunciada por el Tribunal Fiscal puede ser combatida por la parte que resulte agraviada con la emisión de dicha resolución, y según por el tipo de vicios de que adolezca la misma, es decir, si es la autoridad la agraviada por vicios de legalidad en la sentencia del Tribunal Fiscal, podrá intentar el recurso de revisión previsto en el artículo 248 del Código Fiscal de la Federación, el cual será resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito que sea competente en la sede de la Sala Regional respectiva; y si el particular es el agraviado con la emisión de la resolución en primera instancia, podrá ocurrir al amparo el cual será resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito respectivo, pero sólo en el caso de que en la resolución del Tribunal Fiscal se presenten vicios de inconstitucionalidad. Lo anterior, nos hace ver la desventaja para el gobernado con respecto de la autoridad administrativa, si ésta es la demandada, pues mientras que ésta goza de dos instancias dentro de lo que es el contencioso administrativo en el nivel federal, no así los gobernados, quienes tienen solo una instancia, la que se da ante el Tribunal Fiscal de la Federación, y sólo si la sentencia que emitió éste incurre en violaciones constitucionales, podrá ocurrir al juicio de amparo para combatirla.

Daniel Diep así lo sostiene, cuando dice que: "El recurso de revisión arbitrariamente se ha reservado para la autoridad. En consecuencia, el contribuyente mexicano que sufre la sentencia equivocada del Tribunal Fiscal de la Federación queda absolutamente desamparado e inconstitucionalmente despojado del derecho a ser oído y vencido en juicio. Su única esperanza, -si es que cupiera llamarle así-, es que hubiese violaciones constitucionales en la sentencia que pudiesen permitirle el acceso al juicio de amparo, pues, de no ser así, quedará condenado irremisiblemente a ser objeto de toda clase de atropellos y despojos por parte de las autoridades administrativas". (28)

Por otra parte, una de las principales justificaciones de la existencia de los recursos administrativos, es la referente a la necesidad de evitar un recargo de labores en los órganos jurisdiccionales, lo que redundaría en una impartición de justicia administrativa rápida y expedita.

(27) Lucero Espinosa Manuel, *Teoría y Práctica de lo Contencioso Administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, 3ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1993, p. 14.

(28) Diep Diep, Daniel, *Excesos del Código Fiscal de la Federación*, Editorial Pac, S.A., México 1999, p. 669 y 670.

Así, los recursos administrativos tienen las siguientes ventajas: constituyen un control eficaz de la legalidad de los actos administrativos, por vicios tales como la incompetencia de la autoridad, o la omisión de los requisitos formales exigidos por la ley, o por vicios del procedimiento que afecten las defensas del recurrente, o bien, si el acto se dictó en contravención a alguna disposición aplicable o se dejó de aplicar la debida; el particular tiene la posibilidad de que la autoridad resuelva conforme a justicia y no solamente conforme a derecho, ya que puede tomar en cuenta circunstancias que un tribunal no puede examinar. Sin embargo, el recurso tiene la enorme desventaja, consistente en que en la mayoría de los casos, la autoridad resuelve dando la razón a la misma, por ser juez y parte al mismo tiempo, lo cual denota parcialidad en sus resoluciones.

Conviene mencionar las diferencias que hay entre el recurso administrativo y el juicio administrativo - medios directo e indirecto, respectivamente, de control de legalidad de los actos administrativos -, para lo cual nos permitimos referirnos a las señaladas por Margán Manautou, y que son las siguientes:

"A).- El primero constituye a la administración en juez y parte; el segundo constituye a la administración sólo en parte;

"B).- El primero origina una controversia administrativa; el segundo origina un proceso;

"C).- El primero traerá consigo que se ejerza una función administrativa; el segundo, una función jurisdiccional (materialmente hablando);

"D).- El primero promoverá que la administración busque el esclarecimiento de la ley, en bien de la función administrativa; el segundo que el órgano jurisdiccional busque el esclarecimiento de la ley, en bien del interés público;

"E).- El primero permite a la administración, como juez actuar sin someterse a un procedimiento rígido y fatal; el segundo, sólo permite al juez por excepción actuar de oficio; y

"F).- El primero desembocará en una resolución administrativa sólo reclamable ante el órgano jurisdiccional, sea administrativo o judicial; el segundo, en una sentencia, sólo impugnable mediante los recursos jurisdiccionales correspondientes ante el tribunal de alzada". (17)

La doctrina ha señalado que en razón de la materia que compete conocer a la jurisdicción administrativa, es decir, los actos administrativos, se le ha denominado jurisdicción contenciosa administrativa. Término que ha recibido muchas críticas, porque los dos primeros términos "jurisdicción" y "contencioso" son sinónimos, por lo que resulta de más uno de ellos. Así, que es correcto hablar de lo contencioso administrativo, término que ha prevalecido hasta nuestros días.

En el ámbito del derecho administrativo, el término contencioso administrativo se refiere a la jurisdicción especial encargada de resolver los litigios, controversias, o pugnas entabladas entre los particulares y la Administración Pública, sea que impugne el gobernado o bien, la misma Administración Pública, en cuyo caso al juicio se le denomina de lesividad.

Así, la materia de lo contencioso administrativo, la constituyen solamente los actos de los órganos administrativos integrantes de la Administración Pública, sean centralizados o descentralizados, emitidos en el desempeño de sus atribuciones. Por lo que, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo fueron creados para resolver las controversias suscitadas entre la Administración Pública Federal, Estatal o del Distrito Federal, y los particulares, según lo dispuesto en los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción IV, y 122, fracción IV, inciso e), constitucionales.

(17) Margán Manautou Emilio, *El Recurso Administrativo en México*, 4.ª ed., Editorial Porrúa, S.A. México 1997, p. 23 y 24.

El contencioso administrativo tiene sus orígenes en el sistema francés, que se caracteriza por la creación de tribunales dentro del Poder Ejecutivo, así como en el sistema angloamericano, en el que los tribunales encargados de dirimir las controversias suscitadas entre la Administración Pública y los particulares, pertenecen al Poder Judicial. Ambos sistemas descansan en la idea de la división de poderes, en el que ninguno está subordinado a ninguno de los otros dos; sin embargo, en el sistema francés se interpretó tal principio en el sentido de que el Poder Judicial sólo debe juzgar asuntos del orden común entre los particulares, dejando los asuntos administrativos al Poder Ejecutivo, mientras que el sistema angloamericano, atribuye a los órganos judiciales la facultad de resolver las controversias suscitadas entre la Administración y los particulares, ya que considera que debe coincidir la función jurisdiccional con el órgano encargado de llevarla a cabo.

En nuestro país, el contencioso administrativo se caracteriza por seguir tanto el sistema francés o de anulación, el cual persigue restablecer la legalidad violada, y requiere para su procedencia de causas de anulación, tales como la incompetencia de la autoridad, faltas en la forma o procedimiento, o por violaciones de fondo; como el sistema anglosajón, también conocido con el nombre de subjetivo o de plena jurisdicción, en el que se pretende el reconocimiento o reparación de un derecho subjetivo vulnerado por el acto administrativo, es decir, la vía de amparo.

El contencioso administrativo en el nivel federal está representado por el Tribunal Fiscal de la Federación, y en el nivel local, por el Tribunal de los Contencioso Administrativo del Distrito Federal y de los estados de Baja California, Chiapas, etc., y por los Tribunales Fiscales de los Estados de Hidalgo y Sinaloa.

Es importante mencionar las diferencias que existen entre un contencioso de anulación o de ilegitimación u objetivo, y uno de plena jurisdicción. Para ello es conveniente referirnos a los diferentes criterios de diferenciación, señalados por Argañaraz, citado por Lucero Espinosa, y que son los siguientes:

a) Respecto de su finalidad, el de simple anulación persigue el mantenimiento de la legalidad en la actuación de la Administración; mientras que el de plena jurisdicción busca el reconocimiento o reparación del derecho subjetivo vulnerado por la actuación de la autoridad administrativa.

b) Desde el punto de vista del procedimiento que sigue, el de simple anulación se desarrolla en un juicio sencillo, sin que sea indispensable la intervención de la Administración como parte demandada, la que solamente debe rendir un informe solicitado por el tribunal; mientras que en el de plena jurisdicción, sí se da la intervención de una parte demandada y otra demandante, que se desarrolla en un juicio en forma, con todas sus etapas procesales.

c) En relación a la sentencia, mientras que en el de simple anulación la misma se reduce a declarar la nulidad o validez del acto, en el de plena jurisdicción se dicta una sentencia de condena.

d) Por último, respecto de los efectos de la sentencia, la que se dicta en el de simple anulación logra anular la resolución combatida, a través de una declaración que no puede ser ejecutada por el propio tribunal, en tanto que en la que se dicta en un tribunal de plena jurisdicción, éste sí puede ejecutar el contenido de su resolución, ya que lo que busca es restaurar el derecho subjetivo que fue violado. (30)

(30) Argañaraz, citado por Lucero Espinosa, *Usp. cit.*, nota a pie (27), págs. 24 a 27.

En razón de lo anteriormente sentado, vemos que el Tribunal Fiscal de la Federación tiene como fin la protección de los derechos subjetivos públicos, pues es necesaria la afectación del interés jurídico del afectado; el procedimiento que sigue es el mismo que el de plena jurisdicción, con los pasos procesales de instrucción y sentencia o juicio; con relación a las sentencias que emite, algunas veces son de anulación y otras de plena jurisdicción, o sea, de condena, cuando emite resolución para ciertos efectos, como en los casos de pensiones civiles o militares con cargo al Erario Federal, y por último, en cuanto a los efectos de la sentencia que dicta, es similar al de simple anulación, ya que carece de facultades para ejecutar sus decisiones.

El Tribunal Fiscal de la Federación está integrado por la Sala Superior, la cual puede funcionar en Pleno o en Secciones, y por las Salas Regionales, para lo cual el territorio mexicano ha sido dividido en 11 regiones; el número de las mismas será determinado por el Pleno de la Sala Superior, según lo establece el artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.

La competencia material del Tribunal está establecida en el artículo 11 de la citada Ley Orgánica, mientras que la competencia por territorio, se señala en el artículo 31, en relación con el 28 del mismo ordenamiento jurídico.

En razón de la materia, el Tribunal Fiscal de la Federación tuvo en sus inicios una competencia exclusivamente fiscal, y en la actualidad tiene la facultad de resolver asuntos relativos a pensiones civiles y militares; sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública federal centralizada; sobre responsabilidad administrativa de los servidores públicos; requerimientos de pago de garantías de obligaciones fiscales, como las fianzas y en aquellos asuntos en que se niegue a los particulares la indemnización por perjuicios causados por servidores públicos, entre otros muchos, según lo establecido en el mencionado artículo 11.

Para los efectos de este trabajo, es necesario transcribir las siguientes fracciones del artículo 11 citado:

“Artículo 11.- El Tribunal Fiscal de la Federación conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación:

VII.- Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada.

IX.- Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como sus organismos descentralizados.”

Compete al Tribunal Fiscal de la Federación conocer y resolver de los asuntos que traten sobre la interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública, pero sólo de aquellos que se hayan celebrado con la Administración Pública Federal Centralizada, es decir, con las dependencias mejor conocidas como Secretarías de Estado, puesto que como quedó mencionado en párrafos anteriores, ha desaparecido el último Departamento Administrativo (Departamento del Distrito Federal) que integraba la Administración Pública Federal Centralizada, además de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, que sí continúa integrando a ésta; de igual forma, también le compete conocer y resolver sobre las garantías otorgadas en razón de la celebración de los dichos contratos de obra pública, entre ellas la fianza, en las que por ende la beneficiaria será la Federación.

La Ley de Adquisiciones y Obras Pública vigente, regula el recurso de revocación como medio para combatir las resoluciones emitidas en términos de dicha Ley por las Secretarías de

Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo. Sin embargo, dicho recurso fue derogado por lo dispuesto en el segundo artículo transitorio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y sustituido por el recurso de revisión previsto en ésta.

Al ser optativa la interposición del recurso de revisión, el interesado podrá acudir directamente al juicio de garantías. Así lo ha establecido el Poder Judicial de la Federación en una tesis, en la que textualmente se expresa lo siguiente:

REVISION, RECURSO ADMINISTRATIVO DE. TRATÁNDOSE DEL PREVISTO POR LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, AL SER OPTATIVO, NO ES NECESARIO AGOTARLO ANTES DE ACUDIR AL AMPARO.- El artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, ordenó que al entrar en vigor este propio ordenamiento, quedan derogados los recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas; por tanto, si en su artículo 83 prevé el recurso de revisión, el cual, al ser optativo, queda al arbitrio del quejoso promoverlo o no, si se opta por el juicio de amparo, conforme a dicha disposición, es evidente su procedencia.

Visible en el S.J.F. IX Época, T. VI, 1er. T.C. del 21º C., diciembre de 1997, p. 691.

Ahora bien, por lo que respecta a la procedencia del recurso de revocación establecido en la Ley de Adquisiciones y Obra Pública, en contra de las resoluciones que rescinden un contrato de esa naturaleza, el Tribunal Fiscal de la Federación considera que el mismo es improcedente, por lo que resulta factible acudir directamente ante dicho Órgano Colegiado para combatir esa resolución. Lo anterior quedó sentado en el precedente No. III-PS-II-51, cuyo texto es:

RECURSO DE REVOCACION ESTABLECIDO EN LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PUBLICAS.- IMPROCEDENCIA EN RESOLUCIONES QUE RESCINDAN UN CONTRATO DE OBRA PUBLICA.- El recurso de revocación establecido por el artículo 73 de la Ley de Obras Públicas anterior y por el artículo 99 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en vigor, no es procedente para controvertir las resoluciones que declaren la rescisión administrativa de un contrato de obra pública por causas imputables a la contratista, ya que la materia de impugnación que establece, se refiere a las resoluciones que llegaran a dictarse, en los términos de la mencionada Ley de Obras Públicas, por las desaparecidas Secretarías de Programación y Presupuesto o de la Contraloría General de la Federación, así como a las resoluciones que emitan con base en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas vigente, las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Contraloría y Desarrollo Administrativo; por lo que la demandante no tenía obligación de agotar dicho recurso, siendo procedente acudir a este Tribunal conforme a lo ordenado por el artículo 23, fracción VII de la Ley Orgánica, vigente hasta el 31 de diciembre de 1995, ya que la resolución impugnada se emitió por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Como se podrá observar, dicho precedente sólo resulta aplicable respecto de resoluciones de rescisión de contratos de obra pública, emitidas por las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo, y no por las emitidas por cualquiera de las restantes Secretarías de Estado que integran la Administración Pública Federal Centralizada, resultando procedente acudir directamente al Tribunal Fiscal de la Federación para combatirlas.

Sin embargo, y toda vez que el recurso de revocación mencionado quedó derogado con la entrada en vigor de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en la cual se establece el recurso de revisión, mismo que al ser optativa su interposición, cuando se impugne una resolución

que rescinda un contrato de obra pública emitida por cualquiera de las unidades que integran la Administración Pública Federal Centralizada, el interesado podrá optar entre el recurso de revisión previsto por la Ley mencionada, o bien, acudir directamente al juicio de amparo, sólo si se trata de violaciones constitucionales, pero si se trata de violaciones legales, será necesario agotar previamente el juicio de nulidad.

Por otra parte, el Tribunal Fiscal de la Federación ha emitido un precedente en el que se sostiene que dicho órgano colegiado es incompetente para conocer y resolver sobre las resoluciones definitivas dictadas por la Dirección General de Inconformidades de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, respecto de la adjudicación de los contratos de obra pública, dado que las fases que integran el procedimiento de adjudicación no pueden ser consideradas como actos administrativos, en razón de que la adjudicación mencionada es un acto nacido entre particulares.

Como se observa, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas preve la instancia de inconformidad, la cual se deberá iniciar por los interesados en forma escrita ante la Secretaría de Contraloría, por los actos que contravengan las disposiciones de dicha Ley, pero sólo los referentes al procedimiento licitatorio, es decir, aquellos que se dan previamente a la adjudicación de un contrato. Dicha instancia no tiene la calidad de un recurso, puesto que como bien lo señala el Lic. Hugo A. Arriaga: "Las licitaciones públicas que están reguladas por el artículo 134 Constitucional, tienen como objetivo el que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen el gobierno federal y el gobierno del Distrito Federal, aseguren al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. De ahí que en primer lugar no pueda sostenerse que se persiga proteger los intereses de las personas participantes en dichos eventos concursales, pues la Carta Magna les atribuye un propósito superior, que es el del Estado." ⁽³¹⁾

Tomando en consideración que la finalidad del juicio de nulidad que se sigue ante los distintos tribunales de lo contencioso administrativo, es la salvaguarda de la legalidad de los actos de autoridad administrativa, y que se integra con las diversas causales de nulidad previstas en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, son bastante ilustrativas las opiniones que el autor José Francisco Ramírez hace en su aportación a los Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México del Tribunal Fiscal de la Federación, respecto de la competencia de dicho Órgano Colegiado para conocer y resolver sobre la interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública, y que nos permitimos enumerar enseguida. ⁽³²⁾

1. La contienda administrativa ha de tener como elemento medular y requisito de procedencia, una resolución administrativa emitida formalmente.

El artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, claramente establece que éste será competente para conocer sobre resoluciones definitivas dictadas en principio, por las autoridades que hubiesen contratado la realización de obra pública, y que deberán integrar a la Administración Pública Federal Centralizada, siempre que se refieran a la interpretación y cumplimiento de dichos contratos.

⁽³¹⁾ Arriaga Becerra, Hugo, en *La Naturaleza jurídica de la Inconformidad prevista en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas*, Revista I. ex. 3ª Época, Año II, Agosto 1996, No. 14, p.55

⁽³²⁾ Ramírez, José Francisco, *Contencioso Contractual Sobre Obra Pública*, en Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México, T. II, pags. 1071 a 1085

2. Por otra parte, al no existir una ley que regule la interpretación de los contratos administrativos, suele acudirse a los artículos 1851 al 1857 del Código Civil del Distrito Federal.

3. Aun cuando el primer párrafo del artículo 15 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que dispone que las controversias que se susciten con motivo de la interpretación de los contratos celebrados con base en ella serán resueltas por los tribunales federales, no hace mención al Tribunal Fiscal de la Federación como órgano competente en dicha materia, no cabe duda de que el término "Tribunales Federales", lo incluye también, aunque hubiese sido preferible que lo mencionara expresamente.

Asimismo, dicho artículo 15 dispone que las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de dicha Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales, aun cuando se trate de organismos descentralizados, pero sólo cuando sus leyes no regulen nada al respecto; exceptuando aquellas controversias en que sea parte alguna empresa de participación estatal mayoritaria o fideicomiso público.

4. Por otra parte, la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer sobre las resoluciones definitivas que sobre interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública emitan las autoridades administrativas, origina una desviación de su objetivo principal que es el control de legalidad de los actos administrativos, pues su actividad consistirá en verificar que la interpretación hecha por la autoridad se ajuste al texto y sentido del contrato, es decir, ya no es la ley el eje sobre el que gira la resolución impugnada, sino el contrato.

5. A la pregunta de por qué el legislador solamente admitió como competencia del Tribunal Fiscal de la Federación las cuestiones relacionadas con la interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública, no existe una respuesta convincente que excluya de dicha competencia a todos aquellos actos vinculados con el contrato de obra pública, tales como el procedimiento para su celebración, sino que sólo previó la instancia de inconformidad a la que ya se hizo mención.

6. De igual forma, resulta objetable que se excluya de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, las controversias originadas por resoluciones que dicten en materia de contratos de obra pública los entes paraestatales. Lo que provoca que para una misma categoría de problemas generados en la Administración Pública Federal, el particular afectado por una resolución emitida por entidad paraestatal, para combatirla tenga que acudir a otros órganos jurisdiccionales formal y materialmente establecidos.

7. Por último, con relación a las distintas causales de anulación que dispone el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, habrá que tomar en cuenta lo siguiente:

Respecto de la causal señalada en la fracción I del artículo citado, la cual hace consistir en la "Incompetencia del funcionario que haya dictado y ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución", no existe en los distintos ordenamientos que establecen las competencias de las dependencias federales, una que expresamente autorice a alguno de sus órganos para emitir resoluciones sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obra pública, por lo que podrá estimarse que existe implícita en otras atribuciones relacionadas con la materia.

Con relación a la fracción II del citado artículo, que establece como causal de anulación la "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", surgen las preguntas siguientes: una resolución emitida por dependencia federal sobre interpretación y cumplimiento de obra pública, ¿deberá cumplir con

el requisito de estar debidamente fundada y motivada en la ley? o bien, ¿deberá atenderse a los términos del propio contrato?

Lo mismo puede decirse respecto de la tercera causal de anulación, prevista en la fracción III del mismo artículo 238, consistente en los "Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada".

En cuanto a la última causal de anulación prevista en la fracción IV del artículo de que se trata, la cual hace consistir en "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 el conflicto versa exclusivamente sobre el contenido mismo del contrato, ¿será aplicable la causal de anulación transcrita?

De igual forma, respecto de la última causal de anulación que dispone la fracción V en cuanto a que la resolución será nula "Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales, no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades", en una controversia suscitada sobre la interpretación y cumplimiento de un contrato de obra pública, dicha causal es inaplicable.

En otro orden de ideas, con relación a la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer y resolver sobre los requerimientos de pago de garantías, expedidas a favor no sólo de la Federación, sino también del Distrito Federal, los Estados y los Municipios, no existe una razón jurídica convincente para que los diversos tribunales de lo contencioso administrativo en el nivel estatal o local, no conozcan y resuelvan respecto de las controversias surgidas con motivo de los requerimientos de pago de garantías, realizadas por las tesorerías locales respectivas.

Sin embargo, si dicha garantía se refiere a la fianza, el motivo de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer y resolver sobre los requerimientos de pago, estriba en la calidad de la demandante, es decir, que la institución de fianza constituye parte del sistema financiero mexicano en los términos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Al respecto, el Tribunal Fiscal de la Federación ha emitido la jurisprudencia No. J-P-2, que a la letra expresa:

COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO.- TRATÁNDOSE DE EMPRESAS QUE FORMAN PARTE DEL SISTEMA FINANCIERO.- En el artículo 31, fracción I, del último párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación se dispone que tratándose de empresas que formen parte del Sistema Financiero en los términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, será competente en razón del territorio para conocer del juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación, la Sala en cuya jurisdicción tenga su sede la autoridad que dicte la resolución impugnada.- Ahora bien, en el artículo 7-B, fracción III, último párrafo de la Ley del Impuesto sobre la Renta se establece que el Sistema Financiero se compone de las Instituciones de Crédito, de Seguros y Fianzas, de Almacenes Generales de Depósito, Arrendadoras Financieras, de Sociedades de Ahorro y Préstamo, Uniones de Crédito, Empresas de Factoraje Financiero, Casas de Bolsa y Casas de Cambio.- Consecuentemente, tratándose de las empresas que forman parte del Sistema Financiero, la competencia en razón del territorio de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación se rige por el lugar donde se ubique la sede de la autoridad que dicte la resolución impugnada.

Visible en la Revista del T.F.F. No. 108, 3ª Época, diciembre de 1996.

1.3. Concepto y naturaleza del contrato de obra pública

Antes se mencionó que la manifestación de la voluntad de la Administración Pública, no sólo se da a través de los actos administrativos, sino también puede manifestarse a través de hechos jurídicos, que se identifican como aquéllos en los que la autoridad administrativa no busca producir efectos jurídicos, sino que es la misma ley la que se los atribuye; así como también a través de otro tipo de actos jurídicos, tales como los contratos y convenios para la adquisición de bienes y servicios que requiere ese sector público, y a los que el Dr. Delgadillo Gutierrez denomina con el nombre de contratos de la administración, los cuales no dejan de tener naturaleza de derecho privado, y que por lo mismo se oponen a los contratos administrativos.

Para diferenciar entre los contratos de la administración y los administrativos, Francisco Lerdo de Tejada en su Código Fiscal de la Federación Comentado, señala que: "Hay contrato administrativo, cuando la administración se reserva en el contrato ciertos privilegios, o los concede, privilegios que son inherentes a la noción de gobierno y que no pueden figurar en los contratos de los particulares porque son contrarios al principio de igualdad de las partes, o de que el contrato es ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento. En cambio, hay contrato de derecho común cuando la administración renuncia a los privilegios que tiene y se somete a la ley civil como los particulares, inhibiéndose así para modificar unilateralmente el contrato o para otorgar privilegios."⁽³³⁾

El Estado requiere de la adquisición de bienes y servicios, concebidos en su acepción más general, para su sobrevivencia, y para adquirirlos no puede actuar de forma unilateral e impositiva, obligando a los gobernados a proporcionárselos, sino que se ve ante la necesidad de celebrar contratos o convenios con los particulares para su obtención.

La realización de obra pública que contratan los diversos órganos que integran la Administración Pública, puede tener por objeto la prestación directa de un servicio público; sin embargo, no siempre sucede así, pues en la mayor parte de los casos, tiene por objeto el mantenimiento y conservación de los bienes inmuebles que le son necesarios a la autoridad para la realización de sus atribuciones.

Este apartado tiene por objeto señalar los distintos conceptos que sobre contrato de obra pública han elaborado los tratadistas, así como establecer la naturaleza de dichos contratos. La precisión de la naturaleza del contrato de obra pública ha ocupado una enorme atención de los juriseconsultos, ya que ello es necesario para determinar el régimen jurídico que le será aplicable, es decir, si uno de derecho privado como a primera vista correspondería a todo tipo de contrato o, bien, otro de derecho público, el cual siempre será exorbitante de aquél en razón no sólo de la intervención de un ente soberano, sino sobre todo por el interés público que busca satisfacer.

Por principio de cuentas, como su mismo nombre lo indica, el contrato de obra pública, tiene una naturaleza de tipo contractual, que se caracteriza por el acuerdo de dos voluntades, una contratante y otra contratista, en el que éste se obliga a realizar una obra en favor del primero, y éste, a su vez, se obliga a otorgar una contraprestación, ya sea en especie o en dinero, por la realización de la obra. Sin embargo, a diferencia de los contratos celebrados entre particulares, en el contrato de obra pública interviene el Estado en calidad de contratante, por lo que dicho acuerdo no se regula principalmente por lo que estipula el Código Civil, o si lo hace es en forma supletoria, sino que atendiendo a la calidad de una de las voluntades, la del ente soberano y del fin que persigue al celebrarlo, el contrato de obra pública adquiere características

⁽³³⁾ Lerdo de Tejada, Francisco, *Código Fiscal de la Federación Comentado*, Editorial III, S.A., 4ª edición, México, 1988, p. 41.

especiales, por lo que el mismo se regula por una legislación especial, dentro de las que se destaca la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas vigente y su Reglamento.

1.3.1. Definición del contrato administrativo y su regulación jurídica

Gabino Fraga realiza un estudio preciso y claro de lo que es el contrato administrativo, aplicándolo al caso específico de México. Le dedica un apartado especial en su obra *Derecho Administrativo*, dentro del Título Tercero del Libro Quinto, referente a los créditos del Estado y la deuda pública; ello en razón de la calidad en que el Estado interviene en una concertación de voluntades, ya sea como deudor o como acreedor.

Se puede hablar de que el Estado actúa como deudor o como acreedor, en uno de los momentos de la actividad financiera que realiza, el cual consiste en una forma no imperativa de obtención de recursos para hacer frente a sus necesidades, ya sea contratando deuda pública con otros Estados o con organismos internacionales o nacionales de crédito; o si actúa también como acreedor o como deudor, en otro de los momentos de la actividad financiera que realiza, consistente en la erogación de los recursos obtenidos, por ejemplo cuando contrata con los particulares para la satisfacción de algunas de sus necesidades. De aquí que el ilustre Gabino Fraga haya realizado un estudio de los contratos administrativos dentro del Título Tercero del Libro Quinto de su obra "El Derecho Administrativo", dedicado no sólo a la deuda pública, sino también a los créditos del Estado, cuando éste actúa en su calidad de acreedor o de deudor si decide celebrar contratos con los particulares, independientemente de cuando contrata deuda pública. Además de que, para la celebración de contratos administrativos el Estado tiene la obligación de atenerse al presupuesto aprobado en el ejercicio o ejercicios presupuestales de que se trate, según si el cumplimiento del objeto del contrato administrativo se acordó para más de un año.

El problema se circunscribe, en principio, a determinar si los contratos que celebra el Estado con los particulares son o no de naturaleza civil.

No es posible afirmar que por el solo hecho de que el Estado intervenga en la celebración de los contratos en calidad de contratante, la naturaleza de los contratos deba ser administrativa, en atención a que la competencia de la Administración y la de sus órganos se regula por las leyes administrativas, y porque además éstas prescriban requisitos y formalidades especiales, distintas a la civil.

Lo anterior no es suficiente para sustraer del régimen contractual del derecho civil a los contratos que celebre el Estado, si tomamos en cuenta que el artículo 1832 del Código Civil establece que "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley." En otras palabras, para conservar la naturaleza civil del acto es que, los efectos que produce, la regulación de los derechos y obligaciones que origine y la interpretación de sus cláusulas, queden subordinadas a los preceptos comunes al régimen contractual del derecho civil.

El criterio para establecer la distinción entre las dos categorías en que se dividen los contratos que celebra el Estado -contratos civiles y contratos públicos o administrativos-, consiste, según Gabino Fraga, en que los contratos administrativos se encuentran sujetos a un régimen jurídico exorbitante con respecto del régimen del derecho civil; dicho autor después de haber hecho un análisis a diversas teorías a las que termina por rechazar, concluye diciendo que la razón de ello estriba en que "Se ha considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en razón de la

finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social.”⁽³⁴⁾

Resulta preciso mencionar las teorías más destacadas por la doctrina, que han pretendido justificar la distinción entre los contratos que celebra el Estado, y por consiguiente el régimen jurídico que les es aplicable.

1. Teoría del derecho público y del derecho privado.- Según la cual, la clásica división romana del derecho en público y privado, atiende al beneficio que establece la norma, ya sea el interés colectivo o del particular, respectivamente. Posición que no da respuesta a la crítica que se le hace, en el sentido de que el derecho es unitario y dinámico, lo que hace difícil una clara delimitación entre ambas categorías.

Para otros autores, tal distinción no obedece a las normas jurídicas por sí solas, sino que son de derecho privado o de derecho público en cuanto a la subordinación de las instituciones que regulan; asimismo, también se funda dicha distinción en que el derecho público regula relaciones en las que uno de los sujetos se encuentra en un plano de superioridad respecto del otro. Sin embargo, tales posiciones no destruyen la unidad sustancial del derecho, en razón de su finalidad.

2. Teoría de la doble personalidad del Estado.- Para esta teoría, cuando la Administración actúa con imperio frente a los particulares, los contratos que celebra son administrativos, y si actúa en coordinación con ellos, manifestando una personalidad de derecho privado, los contratos son de naturaleza civil.

Sin embargo, tal postura es inadmisibles desde el momento en que se acepta que la personalidad jurídica del Estado, o mejor dicho, de la Administración, es una, al igual que lo es su voluntad, ya que “en realidad el Estado, encargado de la empresa del bien público temporal, no puede dejar de ser soberano en ningún momento. Puede actuar, en algunos momentos, a la manera de los particulares, pero sin perder sus características de sociedad política, cuyo fin está por encima del de cualquier agrupación privada.”⁽³⁵⁾

3. Criterio subjetivo.- Para éste, los contratos serán administrativos cuando los celebre la Administración Pública actuando como poder público.

A este criterio se le critica, porque no especifica cuándo la Administración Pública actúa como poder, por lo que hay que atender a otros parámetros tales como el de servicio o de fin públicos. Al respecto Jorge Canals señala que “la administración siempre actúa como poder público, pues de otra forma dejaría de existir; sin embargo, al contratar no lo hace como autoridad, es decir, existe una igualdad con el particular, como la que debe existir, en principio, entre todos los contratistas, aunque con características especiales y propias en los contratos administrativos.”⁽³⁶⁾

4. Criterio formal.- Según este criterio, los contratos serán administrativos si la Administración Pública al celebrarlos utiliza procedimientos tales como la subasta, la licitación o el concurso. Sin embargo, este criterio no es preciso, porque en derecho privado existen algunos contratos que también requieren para su celebración de algunos de dichos procedimientos.

(34) Fraga, Gabino, *Op. cit.*, nota a pie (6), p. 399.

(35) González Urbic, Hector, citado por Jorge Canals Arenas, *Op. cit.*, nota a pie (36), p. 44.

(36) Canals Arenas, Jorge, *El Contrato de Obra Pública*, Edición Editorial Trillas, S.A. México, 1991, p. 45.

5. Teoría del servicio público.- Para esta teoría, serán contratos administrativos si tienen como finalidad atender, desarrollar o asegurar el funcionamiento de un servicio público.

Sin embargo, dicha teoría es insuficiente para diferenciar los contratos administrativos de los civiles, porque independientemente de la dificultad que entraña el precisar una sola definición de servicio público, no todos los servicios públicos se desarrollan por medio de contratos administrativos, por lo que dejaría fuera de dicho concepto a otro tipo de contratos administrativos que no tienen como finalidad el servicio público.

6. Teoría del fin de la utilidad pública.- Esta constituye una superación de la teoría del servicio público, ya que lo que toma en cuenta es una prestación de utilidad pública en los contratos administrativos. Sin embargo, esta teoría es imprecisa, porque también existen contratos privados que tienen un fin de utilidad pública, tales como el de arrendamiento de un inmueble para establecer una escuela.

7. Teoría de la determinación de la ley.- En la que es la legislación la que determina cuándo se trata de un contrato administrativo y cuándo de uno privado. Tal criterio no es suficiente, tampoco, ya que el legislador para decidir cuándo tales contratos serán regulados por las leyes como administrativos o cuando como privados, deberá tomar en cuenta otros criterios tales como el objeto, su fin, la doctrina, o hasta de forma arbitraria, según las necesidades del momento.

8. Teoría de las cláusulas exorbitantes.- Para esta teoría, serán contratos administrativos los que contengan cláusulas exorbitantes del derecho privado a favor de la Administración, como prerrogativas de la fuerza pública de que dispone. A dicha teoría se le hace la crítica consistente en que, los contratos administrativos pueden contener o no las mencionadas cláusulas exorbitantes, lo que demuestra que más que tratarse de una característica determinante, viene a ser una consecuencia, lo cual llevaría a considerar otros elementos de diferenciación.

Por otra parte, tal y como lo sostiene Acosta Romero, citado por Canals Arenas, no nos es dable olvidar que la Administración Pública también celebra contratos sujetos a derecho privado, en los que no existe la igualdad absoluta entre las partes, y aunque está sujeto a normas de derecho privado el Estado no deja de ser poder público, por lo que no le son aplicables los procedimientos de ejecución y las vías de apremio que establece la ley.

9. Teoría de la subordinación jurídica.- Sostiene que en los contratos administrativos surge una relación jurídica de subordinación, sobre todo en lo referente al régimen de ejecución y resolución del contrato, por propia voluntad del contratista con respecto a la Administración, en razón de la diferencia de finalidades que busca conseguir cada una de las partes al celebrarlo, la Administración busca satisfacer las necesidades colectivas, mientras que el particular o contratista busca su propio beneficio económico.

Después de esta pormenorizada exposición de criterios de la doctrina, que tratan de precisar la diferencia determinante de los contratos que celebra la Administración Pública, en civiles o administrativos, la última teoría elaborada por los tratadistas es aquella que atiende a la finalidad del interés público; teoría que tiene como fundamento que el contrato no es sino una forma más para el desarrollo de la actividad administrativa. Es decir, serán contratos administrativos aquellos que tienen como finalidad la satisfacción y el logro del interés público. Criterio que por otra parte, resulta más amplio que el de servicio público y utilidad pública. Así, el Dr. Delgadillo sostiene que: "siendo la actividad administrativa la expresión a través de la cual el Estado tiende a satisfacer, en forma directa, los intereses públicos es obvio que los contratos administrativos gozar del tal atributo, pues con ellos se pretende satisfacer ese interés, y, en consecuencia esta finalidad es

la que precisamente establece su naturaleza jurídica, sus consecuencias y efectos.” (7)

En el Diccionario Jurídico Mexicano se señala que el interés público es aquel conjunto de pretensiones “que son compartidas por la sociedad en su conjunto, y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad.”

Cuando la Administración Pública celebra contratos administrativos con los particulares, no lo hace con la calidad de autoridad, ya que ésta calidad se da dentro de las relaciones de supra-subordinación que establece con respecto de los particulares en ejercicio de sus funciones de imperium, dictando actos de autoridad, los cuales reúnen tres características esenciales que le son propias y que son la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad, y resulta que cuando dicha Administración celebra contratos administrativos, las relaciones surgidas son de coordinación con los particulares. Este criterio es el que han adoptado diversas tesis de ejecutorias, como la siguiente:

“Contratos administrativos.- Los actos de las autoridades negándose a cumplir los contratos administrativos que hayan celebrado no constituyen actos de autoridad, sino de una persona moral que se niega a cumplir con una obligación; y contra tales actos, no procede dar entrada al amparo, que sólo cabe contra actos de autoridad.”

Quinta época; tomo XIV, pág. 1085. Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey.

Ahora bien, no hay que confundir la celebración del contrato administrativo con la terminación del mismo, ya que si la autoridad no intervino como tal en calidad de cocontratante, tampoco puede actuar como tal al darlo por terminado, ya que de lo contrario, el juicio de nulidad o, bien, el amparo sí sería procedente.

Al haber quedado establecido que es la finalidad del interés público, lo que diferencia a los contratos administrativos de los civiles o de la Administración, cuando ésta es quien contrata, el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos será también uno de naturaleza administrativa. Régimen que, aunque no siempre, y a pesar de la pretendida igualdad entre las partes al celebrar un contrato administrativo, lo cierto es que existen una serie de modalidades aplicables a los contratos de este tipo, que van más allá de los principios que rigen las concertaciones entre particulares, y a los que Fraga denomina “cláusulas exorbitantes de derecho privado”, pero sólo las relativas a la ejecución, interpretación y terminación del contrato, toda vez que aquéllas relacionadas con la competencia, requisitos y solemnidades en la celebración de los contratos en que el Estado interviene, no son suficientes para afectar la naturaleza del vínculo contractual, el cual puede seguir siendo civil.

Lo anterior no implica, por otra parte, que ante el reconocimiento de las facultades de modificación y conclusión de los contratos administrativos que existen a favor de la Administración como contratante, el ejercicio de ellas pueda realizarse en forma discrecional, pues su ejercicio está subordinado al cumplimiento de las atribuciones del Estado, y por lo tanto, en las atribuciones se deberá expresar las modificaciones de las cláusulas del contrato o bien su extinción, por lo que el particular que ha celebrado el contrato debe ser indemnizado por dichas modificaciones o extinción del mismo, en virtud del principio de igualdad de los individuos frente a las cargas públicas.

(7) Delgadillo Gutiérrez, *Op. cit.*, nota a pie (11) p. 314.

1.3.2. Naturaleza y definición del contrato de obra pública

En razón de que se trata de un contrato, el cual tiene un sentido unívoco en cualquier sistema de derecho, y que en nuestro país está ampliamente regulado por el derecho común, ha sido aplicable por los doctrinarios en lo conducente dicha fuente normativa para determinar su concepto, así como para aplicarle los principios generales en la misma forma que otros tipos de contratos.

Partiendo de la idea de que todos los contratos son fuente de obligaciones, hay que remitirse al artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, que establece: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones." Por su parte el artículo 1793 del mismo Código Civil, establece que: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Así, tenemos que el contrato de obra pública como su mismo nombre lo indica, es un contrato porque nace del acuerdo de por lo menos dos voluntades, una de las cuales está representada siempre por un órgano del Gobierno, sea ésta Federal, del Distrito Federal, de una entidad federativa o de un Municipio, con el objeto de crear consecuencias jurídicas respecto de la realización de obra pública.

Decimos que de cualquier órgano de los Gobiernos de los diferentes niveles político-territoriales que existen en México, porque el artículo 134 de la Constitución Política Federal dispone por una parte los principios que regulan los contratos de obra pública que celebren los Gobiernos Federal y del Distrito Federal, y por otra parte dispone que, todo lo que no este reservado a la Federación de forma expresa, se entenderá que las legislaturas locales podrán expedir leyes sobre obra pública concerniente a sus respectivas competencias y a la de los Municipios.

Sin embargo, aun cuando el artículo 134 se refiere a la obra pública contratada por los Gobiernos Federal y del Distrito Federal, y siendo que el Gobierno Federal está constituido no solamente por el Poder Ejecutivo, sino también por los otros dos Poderes de la Unión, Judicial y Legislativo, lo cierto es que la ley reglamentaria de tal precepto constitucional en el nivel federal, esto es, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas regula solamente la contratación de obra pública celebrada por los órganos que integran la Administración Pública Federal y del Distrito Federal.

Por otra parte, aun cuando de la lectura del articulado de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas no se desprenda que la contratación de obra pública o de adquisiciones, arrendamiento y servicios por parte de la Administración, tenga como objetivo satisfacer un servicio público, en cambio su objetivo en términos generales como ya quedo precisado, si constituye un interés público, es decir, un interés de la sociedad en que se cumpla, y que no podría ser otro que el manejo eficiente, honrado, y eficaz de las asignaciones que del Presupuesto de Egresos de un ejercicio fiscal se destinan a dichas contrataciones, según se desprende de lo establecido en el artículo 134 constitucional.

Ahora bien, tomando en consideración lo referido respecto de que el contrato de obra pública es ante todo un contrato, y de que el mismo tiene por objetivo la satisfacción de un interés público, llegamos a la ineludible conclusión de que se trata de un contrato administrativo. A continuación señalaremos los distintos conceptos que los tratadistas han elaborado del contrato de obra pública.

El Diccionario Jurídico Mexicano nos proporciona la siguiente definición de contrato de obra pública: "...es un contrato del Estado cuyo objeto es la realización de un trabajo o la prestación de un servicio consistente en una obra material sobre bienes muebles o inmuebles, a

través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses o necesidades colectivos y mediante la entrega de un precio al cocontratante.”

Nava Negrete considera que el contrato de obra pública, “es el contrato administrativo cuyo objeto es la realización de una obra material por el Estado, a través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses colectivos.”⁽³⁸⁾

Acosta Romero lo define como: “Un acuerdo de voluntades por medio del cual la Administración Pública Federal, local o municipal, por conducto de sus dependencias, ordena a un particular la construcción o reparación de una obra pública...”⁽³⁹⁾

Para Hugo Caldera Delgado, el contrato de obra pública “Tiene por objeto la construcción, reparación, ampliación o modernización de un trabajo público, consistente en una obra pública de naturaleza inmueble por parte de un contratista particular, quien recibe como contraprestación por el trabajo efectuado una remuneración que ha sido, como las demás obligaciones, libremente pactada por las partes.”⁽⁴⁰⁾

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas establece lo que para efectos de dicha Ley deberá entenderse por obra pública:

1. La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de bienes muebles.
2. Los servicios relacionados con la misma, incluidos los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar, calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública, así como los relativos a las investigaciones, asesorías y consultorías especializadas; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras; los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones cuando el costo de éstas sea superior al de los bienes muebles que deban adquirirse; y, los trabajos de exploración, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros que se encuentren en el subsuelo.
3. Los proyectos integrales, que comprenderán desde el diseño de la obra hasta su terminación total.
4. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo; desmontes; extracción; y, aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo.
5. Instalación de las artísticas y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos.
6. Los trabajos de infraestructura agropecuaria.

La anterior enunciación no es de ninguna forma limitativa, ya que podrá tener por objeto todos aquellos trabajos de naturaleza análoga a los enunciados.

Como ya quedó precisado, si bien las cláusulas exorbitantes del derecho privado que pueden contenerse en un contrato, no constituyen una característica que determine que un contrato sea administrativo, sino de una consecuencia, tratándose del contrato de obra pública la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas sí contiene varios preceptos que resultan ser exorbitantes en comparación con los del derecho civil, sobre todo en lo referente a la terminación del contrato; así,

⁽³⁸⁾ Nava Negrete, citado por Canals Arenas, *op. cit.*, nota a pie (36), p. 94

⁽³⁹⁾ Acosta Romero, citado por Canals Arenas, *ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ Caldera Delgado, Hugo, citado por Canals Arenas, *ibidem*.

por ejemplo, las dependencias y entidades podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general (artículo 40), así como en lo referente a la modificación del mismo cuando previene que las cláusulas podrán incorporar las modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de la obra (artículo 57). Resulta objetable el que la Ley sea omisa en precisar cuáles son esas razones de interés general que puedan dar lugar a la terminación anticipada del contrato.

1.4. Elementos del contrato de obra pública

Antes de precisar los elementos del contrato de obra pública, resulta necesario hacer mención de que la doctrina ha clasificado a los derechos subjetivos en derechos reales y derechos personales.

El derecho real es la facultad de aprovechar autónoma y directamente una cosa, y el derecho personal consiste en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer nada o en dar alguna cosa.

Para conceptuar el derecho personal u obligación, algunos lo enfocan desde el punto de vista del acreedor, como una facultad que tiene un sujeto (acreedor) de exigir de otro (deudor) una prestación; mientras que otros lo consideran desde la perspectiva del deudor, como una necesidad de cumplir o de proporcionar al acreedor una prestación. Y es desde este punto de vista pasivo, que al derecho personal se le denomina "obligación".

De lo apenas expuesto en los párrafos precedentes, tenemos que el contrato de obra pública es un derecho subjetivo personal, pues el mismo tiene por objeto una prestación consistente en un hacer por parte del deudor principal o contratista.

Asimismo, resulta necesario recordar que los elementos estructurales de la obligación son los siguientes: los sujetos, el objeto y la relación jurídica; entendiéndose por los sujetos de la obligación como las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas, por lo que, bastan dos de ellos; uno el que ostenta la facultad de exigir de otro una conducta de hacer, no hacer o de dar, llamado acreedor y otro, el que tiene el deber correlativo, llamado deudor, y por objeto de la obligación como el contenido de la conducta del deudor, consistente en un deber de dar, hacer o no hacer, y por último, por relación jurídica como el "... vínculo jurídico que ata al deudor con el acreedor." ⁽¹⁾

Toda obligación nace de un hecho, natural o del hombre, que la ley toma en cuenta para atribuirle consecuencias jurídicas, esto es, derechos y obligaciones, llamándolo en razón de ello como hecho jurídico. Así, el legislador ha considerado especialmente algunos tipos de hechos jurídicos para reglamentarlos por separado, y en razón de ello la doctrina los ha denominado "fuentes particulares" de las obligaciones, de entre los que se encuentra el contrato, regulado en los artículos del 1792 al 1859 del Código Civil.

En razón de que la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas no señala cuáles son los elementos del contrato de obra pública, y de que en nuestro país el derecho común ha sido aplicado por los doctrinarios para determinar el concepto de cualquier tipo de contrato, así como para aplicarle los principios generales en la misma forma que a los contratos civiles, y de que el artículo 13 de la Ley citada remite al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y al Código Federal de Procedimientos Civiles para todo lo no previsto

⁽¹⁾ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 4ª edición, Editorial Harla, S.A., México, 1997, p. 15

en la misma, haremos las remisiones a que haya lugar en vista de las necesidades que vayan surgiendo con la exposición del presente trabajo.

Así, tenemos que los artículos 1794 y 1795 del Código Civil enumeran, por separado, los elementos necesarios para la existencia, así como aquéllos precisos para la validez del contrato.

1.4.1. Elementos de existencia del contrato de obra pública

El artículo 1794 del Código Civil dispone que los requisitos de existencia de los contratos son: el consentimiento, y el objeto que pueda ser materia del contrato.

1. Consentimiento.- Es el acuerdo de voluntades de los sujetos respecto de un objeto común, consistente en producir consecuencias jurídicas, y que se manifiestan en la oferta de parte de la Administración y de la aceptación por parte del contratista; en consecuencia, el consentimiento se forma cuando hay aceptación de la oferta.

La aceptación puede darse de una forma instantánea o progresiva, según la forma de adjudicación del contrato: si ésta es directa, el consentimiento se da instantáneamente, es decir, a la oferta que se hace a persona determinada le recae una aceptación lisa, llana e inmediata, y si en cambio, la adjudicación se hace mediante licitación pública, el consentimiento se formará de manera progresiva, ya que a la oferta que se hace a persona indeterminada mediante convocatoria pública, normalmente por medio del periódico, le recae una aceptación que está sujeta a condición suspensiva, es decir, el convocado deberá cumplir con los requisitos especificados en la oferta, propuesta que será estudiada conjuntamente con todas las demás para la aprobación de una de ellas.

De ahí que si la adjudicación se realiza mediante licitación pública, el consentimiento se tendrá por hecho hasta la adjudicación del contrato. Así lo sostiene Canals Arenas cuando dice que: "el consentimiento, como acuerdo de voluntades que perfeccionan el contrato, resulta en el momento del fallo y adjudicación del contrato al contratista elegido."⁽⁴²⁾

2. Objeto.- Se divide en directo, e indirecto. El primero, tiene su origen en la definición del acto jurídico, el cual consiste en la manifestación de voluntad reconocida por la norma jurídica, y que tiene por objeto producir consecuencias de derecho, consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, de donde se infiere que quedan incluidos tanto los convenios en sentido estricto, como los contratos; en consecuencia, el objeto directo o inmediato del contrato de obra pública, según el artículo 1793 del Código Civil, consiste en la creación y transmisión de derechos y obligaciones.

Por otro lado, para determinar el objeto indirecto o mediato del contrato de obra pública, recordemos que el contenido de la conducta del deudor puede consistir en un hacer, un no hacer y en un dar, y que conforme a lo que establecen los artículos 3º y 4º de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, pueden dividirse según se trate de adquisiciones, arrendamientos y servicios, en obligaciones de hacer o de dar, tales como transmitir la propiedad o el uso de bienes muebles, o de reparar dichos bienes; en cambio, si se trata de obras públicas, las obligaciones consistirán en un hacer, tales como construir, conservar, modificar, reparar o demoler bienes inmuebles.

Es indispensable advertir que, el legislador ordinario reglamentó el artículo 134 constitucional mediante la expedición de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que fue

(42) Canals Arenas, *op. cit.*, nota a pie (36) p. 23

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1994. Esta Ley reunió en una sola las dos Leyes a las cuales abrogó y que fueron la anterior Ley de Obras Públicas de 1980 y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles de 1985. Sin embargo, en razón del tema de este trabajo, nos referimos sólo a la regulación que del contrato de obra pública hace la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Así tenemos que, el objeto indirecto del contrato de obras públicas, consiste en el hecho que esté obligado a hacer el contratista, el cual deberá ser posible y lícito, según lo previene el artículo 1827 del Código Civil, y que según los diversos 1828 y 1830, interpretados a contrario sensu, disponen lo que es un hecho posible y lícito como objeto del contrato.

1.4.2. Elementos de validez del contrato de obra pública

El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir, además, los requisitos de validez necesarios para producir efectos jurídicos plenos, y que según lo dispuesto por el artículo 1795 del Código Civil, interpretado a contrario sensu, son los siguientes:

1. La voluntad debe exteriorizarse con la forma exigida por la Ley;
2. La voluntad debe estar exenta de vicios;
3. El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben ser lícitos, y
4. Las partes deben ser capaces.

Pasemos ahora a referirnos a cada uno de ellos.

1.- La forma.- En el caso del contrato de obra pública, cuando éste se da mediante la licitación pública, la forma adquiere rasgo de solemnidad, debido a que debe seguirse un procedimiento previo a la adjudicación del mismo.

En efecto, el contrato administrativo, al igual que el acto administrativo, requiere de una forma en sentido estricto y de ciertas formalidades; el primero constituye el instrumento a través del cual se conciertan las voluntades de los contratantes, mientras que las formalidades constituyen los procedimientos a través de los cuales se llega a la contratación.

En la celebración de los contratos de obra pública la forma en que se instrumenta el vínculo contractual es la escrita, según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que establece que una vez adjudicado el contrato al contratista cuya propuesta fue elegida, si no lo formaliza firmándolo, perderá en favor de la convocante la garantía que hubiese otorgado y la dependencia o entidad podrá, sin necesidad de un nuevo procedimiento, adjudicar el contrato al participante que haya presentado la siguiente proposición.

Sin embargo, previo a la formalización del documento relativo, deberá seguirse un procedimiento para la adjudicación del contrato de obra, pero sólo en dos de los supuestos previstos en el artículo 28 de la Ley de la materia, es decir, cuando se trate de licitación pública, y por invitación restringida a cuando menos tres contratistas; es decir, queda exceptuado la adjudicación directa. Así, los procedimientos establecidos en la Ley, varían dependiendo de la forma de adjudicación del contrato.

Dichos procedimientos, previos a la formalización de la adjudicación del contrato de obra pública, se encuentran regulados por la Ley de la materia en los siguientes artículos: para la licitación pública, del artículo 30 al 34, 36, 37, 58 y 59, mientras que para la adjudicación mediante

invitación restringida el artículo 83 regula tal procedimiento.

En caso de que se formalice un contrato, sin haberse ajustado a las formalidades previstas en los procedimientos previos a la adjudicación, estará afectado de nulidad, tal y como lo previene el artículo 15 de la Ley de la materia, que en su último párrafo prevé: "Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos de pleno derecho."

Forman parte del contrato de obra pública la descripción pormenorizada de la obra que se vaya a ejecutar, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes; así como las prevenciones sobre anticipos, garantías, ajustes de costos y pagos; fecha de terminación e iniciación de la obra, penas convencionales, entre otras declaraciones y estipulaciones, según el artículo 61 de la Ley de la materia.

2. Voluntad exenta de vicios.- La voluntad de las partes contratantes, debe ser cierta y libre; en otras palabras, debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida.

Al respecto, Bejarano Sánchez da su impresión en términos muy precisos, en la forma siguiente: "Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor) entonces es una voluntad viciada que anula el contrato (artículo 1812 del C.C.). En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto no habría sido realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad. Con propiedad, el artículo 897 del Código Civil Argentino prescribe que 'los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad'." (43)

3. Objeto lícito.- Este elemento de validez de los contratos, se refiere al objeto indirecto del mismo, y que dijimos, consiste en el hecho que esté obligado a hacer el contratista, para lo cual habrá que remitirse a lo establecido en el artículo 4º de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, mismo que deberá ser posible y lícito.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1830 del Código Civil, interpretado a contrario sensu, lícito es el hecho que está de acuerdo a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

Para determinar qué se entiende por leyes de orden público, Martínez Alfaro parte de la clasificación de las normas jurídicas atendiendo a la voluntad de los particulares, en taxativas y supletivas y señala que: "Las normas taxativas son obligatorias...son de interés público, en consecuencia no son renunciables ni puede cambiarse por pactos de los particulares...no es lícito derogarlas, consecuentemente los actos ejecutados en contra de estas leyes son ilícitos y están sancionados con la nulidad...(mientras que) las normas supletivas o supletorias de la voluntad de las partes, tienen por fin reglamentar las relaciones entre los particulares cuando éstos han omitido la reglamentación correspondiente, de tal modo que se aplican ante el silencio de las partes...son de interés privado de los particulares, por tanto, son renunciables...". (44)

Toda vez que, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas es de orden público, según lo previsto en su artículo 1º, no es lícito proceder en contra de lo que la misma dispone, aun por

(43) Bejarano Sánchez, *Op. cit.*, nota a pie (41), p. 90.

(44) Martínez Alfaro, Joaquín, *Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 33 y 34.

acuerdo de las partes.

En cuanto a que el objeto del contrato sea posible, el Dr. Delgadillo Gutiérrez y coautor señalan que: "En los contratos administrativos no es menester que el objeto se encuentre en el comercio común, en virtud de que teniendo como finalidad la satisfacción de los intereses públicos, es perfectamente válido que la Administración centre la realización de servicios y obras que no están en el comercio ordinario, como puede ser las reparaciones y construcciones de cosas públicas como son: calles, avenidas, banquetas." (45)

4. Capacidad.- El derecho privado conceptúa a la capacidad desde dos vertientes, a saber: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera consiste en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones que todo sujeto posee, salvo algunas excepciones establecidas en ley; la segunda consiste en la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos, salvo algunas excepciones de ley.

Tales atributos de la personalidad, con sus respectivas excepciones, le son aplicables a los particulares en sus relaciones jurídicas de derecho privado.

Tratándose de órganos de la Administración, dichas "aptitudes" tienen una significación idéntica a la competencia, la cual es concebida como el conjunto de facultades con que la ley inviste a cada una de las autoridades encargadas de desempeñar una determinada función estatal.

La competencia de las dependencias de la Administración Pública, se encuentra especificada en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Por otra parte, no debe confundirse la capacidad de ejercicio con la legitimación para obrar, pues para ejercitar ciertos derechos, no basta tener capacidad de actuar, sino también la facultad para disponer de esos derechos.

El aún vigente Reglamento de la Ley de Obras Públicas, en el artículo 17 dispone que las personas que estén obligadas conforme a la ley que reglamenta, a estar inscritas en el Padrón de Contratistas de Obra pública, adquirirán el carácter de contratista una vez que se encuentren inscritos, mientras que las personas exentas de estar inscritas, serán consideradas como contratistas para los efectos que la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y el Reglamento citado dispongan. Sin embargo, la nueva Ley no menciona quiénes están obligados y quiénes están exentos de estar inscritos en el mencionado Padrón. En consecuencia, tal precepto reglamentario resulta inaplicable, al igual que los demás artículos que componen el Capítulo III denominado "Del padrón de contratistas"; más no así la parte del artículo 23 que dispone que las personas físicas y las morales que participen en la contratación de obras públicas, deberán comprobar que tienen capacidad para celebrar tales contratos, de conformidad con las disposiciones legales que regulan su objeto social o constitución, entre otras obligaciones.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 23 reglamentario, las personas físicas o morales que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 41 de la Ley, no podrán presentar propuesta ni celebrar contrato alguno de obra pública por sí o por interpósita persona.

(45) Delgadillo Gutiérrez, *Op. cit.*, nota a pie (14), p. 317.

1.5. Formas de garantizar el cumplimiento del contrato de obra pública

El artículo 30 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, se redactó en similares términos que el segundo párrafo del diverso 134 constitucional, de la forma siguiente: "Las adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como la obra pública, por regla general, se adjudicarán a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que serán abiertos públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo a lo que establece la presente ley."

Sin embargo, la misma Ley de la materia establece algunas excepciones a dicho medio de adjudicación, que es la licitación pública, y que son a saber, según el artículo 28 de la misma Ley: por invitación restringida, la que comprenderá, a su vez, la invitación a cuando menos tres contratistas, y la adjudicación directa. Los motivos por los que se puede hacer la adjudicación del contrato de obra pública por cualquiera de los otros medios, que no se trate de licitación pública, se establece en los artículos 42, 80, y 81 de la Ley de la materia, tales como cuando la obra tenga un fin exclusivamente militar, o sea necesaria para salvaguardar la soberanía de la Nación, cuando no pueda celebrarse sino con ciertas personas por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes o derechos de autor, o se trate de trabajos que requieran de mano de obra campesina o urbana marginada, etcétera.

Fue necesario hacer el anterior señalamiento, en razón de los distintos tipos de garantías a otorgar en los contratos de obra pública. Según se desprende del artículo 38 de la propia Ley, existen tres garantías que debe otorgar el contratista, y que son las siguientes:

- 1) La que garantice la seriedad de la proposición en el procedimiento de licitación pública;
- 2) La que garantice los anticipos, y
- 3) La que garantice el cumplimiento del contrato.

De lo anteriormente dicho, tenemos que cuando la adjudicación se hace por licitación pública, el participante y luego contratista, deberá otorgar las tres mencionadas garantías, al igual que el participante y luego contratista en el procedimiento de adjudicación por invitación restringida a cuando menos tres contratistas; excepto cuando se trate del procedimiento de adjudicación directa, en el que el contratista sólo deberá constituir las garantías a que se refieren los incisos 2) y 3) mencionados.

La garantía de seriedad de la proposición hecha por los licitantes, será conservada por la convocante en custodia hasta la fecha del fallo, misma que les será devuelta a los proponentes, excepto a aquél a quien se hubiese adjudicado el contrato de obra, al que se le retendrá hasta en tanto no constituya la garantía de cumplimiento de dicho contrato. Garantía que será del cinco por ciento del importe de la proposición, la cual podrá ser hecha mediante la entrega de cheque cruzado expedido por el mismo proponente con cargo a cualquier institución de crédito o, bien, mediante fianza otorgada por institución de fianzas debidamente autorizada. (Artículo 24 del Reglamento de la Ley de Obra Pública)

Si la contratante otorga anticipos al contratista para la elaboración de la obra, una vez que haya sido formalizada por cualquier medio la adjudicación, el contratista deberá garantizar la totalidad del importe concedido, dentro de los quince días hábiles siguientes a la adjudicación, mediante fianza otorgada por institución de fianzas debidamente autorizada, y a favor de la Tesorería de la Federación, en el caso del presente trabajo; garantía que subsistirá hasta la total amortización del anticipo correspondiente. (Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Obra Pública)

Mientras que para la garantía del cumplimiento del contrato, según el artículo 26 del Reglamento apenas citado, se constituirá por el diez por ciento del importe de la obra contratada, mediante póliza de institución autorizada, otorgada a favor de la Tesorería de la Federación, siempre que la ejecución de la obra no abarque más de un ejercicio presupuestal; en caso contrario, la fianza sustituirá por una equivalente al diez por ciento del importe de los trabajos aun no ejecutados, incluyendo los montos relativos a los ajustes de costos y convenios, si los hubiere. Se hará dentro de los quince días hábiles siguientes a partir de la fecha en que el contratista hubiese recibido el fallo de adjudicación o copia del contrato, y si la ejecución de la obra abarca más de un ejercicio presupuestal, la garantía se hará dentro de los quince días después de la fecha en que la inversión autorizada se notifique por escrito al contratista. Y subsistirá hasta el total cumplimiento de la obra.

Una cuarta garantía a cargo del contratista, es aquella a que se refiere el artículo 75 de la Ley de la materia, y que es la concerniente a los vicios ocultos. Así que, previamente a la recepción de los trabajos, el contratista queda obligado a responder de los defectos que resulte en la obra, así como por los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido en términos de lo pactado en el contrato, para lo cual constituirá garantía, cuya vigencia será de doce meses contados a partir de la recepción mencionada. El contratista podrá elegir cualquiera de las siguientes formas de garantizar dichas obligaciones: podrá constituir fianza por el equivalente al diez por ciento del monto total ejercido de la obra; o bien, presentar una carta de crédito irrevocable por el equivalente al cinco por ciento del monto total ejercido de la obra o, bien, aportar recurso líquidos por una cantidad equivalente al cinco por ciento del monto en fideicomisos especialmente constituidos para ese efecto. Montos a los que habrá que sumar la indemnización que corresponda a juicio de las dependencias, una vez hecha efectiva las garantías mencionadas.

1.6. Formas de extinción del contrato de obra pública

No todas las formas de extinción de las obligaciones de derecho privado, son aplicables a los contratos de obra pública, en razón de que la Ley que las regula es de orden público, y por tal se entiende, como ya quedó señalado, que no pueden las partes convenir la contravención de alguna de sus disposiciones.

Así, de las distintas formas de extinción de las obligaciones de derecho privado que maneja la doctrina, las aplicables al contrato de obra pública según lo establecido en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y el Reglamento de la Ley de Obras Públicas, son las siguientes:

1. El pago o cumplimiento, que es la forma natural de extinción de las obligaciones.
2. La rescisión, que las destruye por el incumplimiento culpable de una de las partes.
3. La nulidad, que las extingue porque nacieron viciadas.
4. El caso fortuito o de fuerza mayor, que las aniquila por imposibilidad de ejecución.
5. El término resolutorio, que resuelve la obligación a su advenimiento.
6. La condición resolutoria, la cual la extermina retroactivamente.
7. La novación.
8. La caducidad.
9. La prescripción. ⁽⁴⁶⁾

De dichas formas de extinción excluimos las que se refieren al término resolutorio y a la condición resolutoria, puntos 6 y 7, porque las mismas cabrían dentro de otras formas de

⁽⁴⁶⁾ Bejarano Sánchez. *Op. cit.*, nota a pie (41), p. 414

extinción, como la del cumplimiento o en su defecto, la rescisión del contrato de obra o terminación anticipada del mismo.

En efecto, el artículo 57 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas establece que existen dos tipos de contratos de obra pública, a saber: sobre la base de precios unitarios, es decir, el precio a pagar al contratista, será por unidad de concepto de trabajo terminado o, bien, a precio alzado, en cuyo caso el pago a cubrir al contratista, será por la obra totalmente terminada en el plazo establecido. De lo anterior se advierte que la obligación a cargo del contratista se extingue en cierto tiempo, o término resolutorio o, bien, con cada unidad de concepto de trabajo terminado, o condición resolutoria. En caso contrario, si el contratista incumple con la obligación a su cargo, ya sea por causas imputables a él o por causas de fuerza mayor, caso fortuito, o por causas de interés público, el contrato podrá darse por terminado anticipadamente.

Respecto de la condición resolutoria, que se distingue del término resolutorio en que la primera sujeta la eficacia de la obligación a un acontecimiento futuro de realización incierta, mientras que el segundo sujeta la eficacia de la obligación a uno de realización cierta, es preciso señalar que una vez realizada la condición, se retrotrae en sus efectos a la fecha en que la obligación fue constituida, salvo que por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, la resolución deba referirse a fecha diferente (artículo 1941 del Código Civil).

1. El pago.- Es el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su objeto, es decir, otorgando una cosa, prestando un servicio o absteniéndose de realizar algo, además de ser la forma natural de extinción de toda obligación.

Así, en el contrato de obra pública, el pago consiste en el cumplimiento de la obligación de realizar la obra por parte del contratista, la cual podrá ser de dos tipos, como acaba de quedar señalado, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. De lo que se infiere que el cumplimiento de la obra, podrá ser al vencimiento del plazo pactado para la entrega de la obra totalmente terminada o bien, al vencimiento de la condición consistente en la entrega de una unidad de trabajo terminada.

2. La rescisión.- En el derecho privado, tal figura jurídica significa la resolución del contrato por incumplimiento culpable de una de las partes. Por lo que, el incumplimiento culpable de una de las partes da derecho al cocontratante de exigir la ejecución forzada, o en su defecto, la resolución del contrato, es decir, da derecho a la víctima de desligarse de su obligación, y al pago de daños y perjuicios en ambos casos. Tiene como efecto, el de destruir el contrato privándolo de efectos retroactivamente, borrando en lo posible todas sus consecuencias.

La Ley de la materia, en su artículo 72, adopta el anterior criterio, al prescribir que en caso de rescisión administrativa, (entre otras eventualidades, tales como la suspensión y la terminación anticipada de los contratos), deberá estarse a lo siguiente:

a) Cuando se determine la rescisión del contrato por causas imputables a la dependencia, ésta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate;

b) En caso de rescisión por causas imputables al contratista, la dependencia procederá a hacer efectivas las garantías y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos efectuados aún no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, en el que se preverá el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados, así como la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados.

Si es el contratista quien decide dar por rescindido el contrato, deberá acudir ante la autoridad judicial y obtener la sentencia respectiva.

3. La nulidad.- Anteriormente se señalaron los elementos esenciales de los contratos en general, consentimiento y objeto (directo e indirecto), sin los cuales el acto no podría existir; así como de sus elementos de validez, (ausencia de vicios en la voluntad, formalidad, objeto posible y lícito y capacidad de los contratantes), sin los cuales el acto existe, pero de forma imperfecta, lo que da lugar a su nulidad, si no se convalidan. En razón de la diferencia de dichos elementos, esenciales y de validez, específicamente lo que se refiere a que si falta alguno de los elementos esenciales, el contrato no existe, en cambio, si falta alguno de los elementos de validez, el contrato sí existe, pero de forma imperfecta, consideramos que no debe haber confusión alguna entre dichos términos.

Al respecto, resulta muy ilustrativa la distinción que realiza Rojina Villegas de los actos jurídicos: en cuanto a su inexistencia, existencia imperfecta (nulidad) o existencia perfecta (validez) de los mismos. Dentro de la existencia imperfecta de los actos, existen varios grados de ineficacia de los mismos, a saber: la ineficacia absoluta en la nulidad de pleno derecho que opera por ministerio de la ley, que no requiere ser ejercitada por vía de acción o de excepción, y que el juez debe declarar de oficio; b) la nulidad absoluta que requiere declaración judicial y que lógicamente debe ser hecha valer por acción o por excepción, y c) la nulidad relativa que siempre produce efectos provisionales, los cuales sólo serán destruidos cuando se pronuncie por el juez la sentencia de nulidad, por lo que no habrá posibilidad ya de confundir ni la nulidad absoluta, ni aquella nulidad absoluta de pleno derecho que opera *ipso jure*, ni menos aún la nulidad relativa, con la inexistencia. ⁽¹⁷⁾

El artículo 2226 del Código Civil establece las características de la nulidad absoluta, en los siguientes términos: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."

Tratándose de la nulidad absoluta, en el acto jurídico ilícito el autor del acto debe proponerse un objeto o fin contrarios a las leyes del orden público o a las buenas costumbres, es decir, se actúa con dolo y no con negligencia, descuido o falta de previsión, que implicarían culpa de parte del autor del acto, pero no, dolo.

En el último párrafo del artículo 15 de la Ley de la materia, se establece la nulidad de pleno derecho en los términos que siguen: "Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, (que es de orden público, según el diverso artículo 1º), serán nulos de pleno derecho", lo que por otra parte, no implica que no puedan darse los otros tipos de nulidad, absoluta y relativa, respecto de los demás elementos de validez que debe contener el contrato de obra pública.

4. Con relación al caso fortuito o de fuerza mayor, la obligación derivada del contrato de obra no se extingue sino que podrá suspenderse por el contratista, caso en el cual podrá optar entre esperar que desaparezca la causa que dio lugar a la suspensión y reanudar los trabajos o, bien, dar por terminado el contrato de forma anticipada, según se desprende de la fracción IV del artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas que establece que: "IV. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá suspender la obra.

⁽¹⁷⁾ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil: introducción, personas y familia*, 6ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997, p. 127 y ss.

En este supuesto, si opta por la terminación anticipada del contrato, deberá presentar su solicitud a la dependencia o entidad, quien resolverá dentro de los veinte días naturales siguientes a la recepción de la misma; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente."

7. La Novación.- El autor Bejarano Sánchez nos proporciona un concepto de novación más precisa que la definición legal contenida en el artículo 2213 del Código Civil, en los términos siguientes: "Es un convenio en sentido amplio, por el que las partes deciden extinguir una obligación preexistente, mediante la creación de una nueva que la sustituye y difiere de ella en algún aspecto esencial." ⁽⁴⁸⁾

Al respecto, del artículo 70 de la ley de la materia se podría desprender la novación de este tipo de contratos, al establecer que: "Las dependencias y entidades podrán...por razones fundadas y explícitas, modificar los contratos de obra pública mediante convenios, siempre y cuando éstos, considerados conjunta o separadamente, no rebasen el veinticinco por ciento del monto o del plazo pactados en el contrato, ni impliquen variaciones sustanciales al proyecto original...Si las modificaciones exceden el porcentaje indicado o varían sustancialmente el proyecto, se deberá celebrar, por una sola vez, un convenio adicional entre las partes respecto de las nuevas condiciones, en los términos del artículo 29. Este convenio adicional deberá ser autorizado bajo la responsabilidad del titular de la dependencia o entidad o por el oficial mayor o su equivalente en entidades. Dichas modificaciones no podrán, en modo alguno, afectar las condiciones que se refieran a la naturaleza y características esenciales de la obra objeto del contrato original..."

8. Prescripción.- Es un medio de librarse de obligaciones, según el texto del artículo 1135 del Código Civil, que regula conjuntamente a la prescripción negativa o liberatoria, y a la adquisitiva o usucapión, que es una forma de adquirir derechos reales por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas por ley.

Aun cuando la figura de la prescripción extintiva suele incluirse dentro de los modos de extinción de las obligaciones, lo cierto es que la misma no elimina del todo a la obligación surgida, sino que la transforma en obligación natural. En consecuencia, tampoco se extingue el derecho de acción, pues cualquier persona puede acudir ante el órgano jurisdiccional, aún sin tener el derecho sustantivo que litigar, cuanto más si tiene el derecho para hacerlo, aunque éste haya prescrito.

Lo que en realidad extingue la prescripción, "...es la facultad de ejercer coacción legítima sobre el deudor. De ahí que éste tenga una excepción perentoria para oponerse a la coerción: la excepción de prescripción." ⁽⁴⁹⁾

Bejarano Sánchez define a la prescripción extintiva como "una institución de orden público que extingue la facultad de un acreedor que se ha abstenido de reclamar su derecho durante determinado plazo legal, a ejercer coacción legítima contra un deudor que se opone al cobro extemporáneo o exige la declaratoria de prescripción." ⁽⁵⁰⁾

De lo anterior se infiere que la prescripción tiene como presupuestos para su configuración, los siguientes:

⁽⁴⁸⁾ Bejarano Sánchez. *Op. cit.*, nota a pie (41), p. 384.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 454.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 455.

- a) Que haya transcurrido determinado plazo;
- b) Que el acreedor hubiere observado una actitud pasiva, absteniéndose de reclamar su derecho en la forma legal durante todo el plazo, y
- c) Que el deudor se oponga oportunamente al cobro judicial extemporáneo o ejercite una acción para obtener la declaración correspondiente.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas no dice nada acerca de la prescripción de una obligación derivada de un contrato de obra pública; sin embargo, el artículo 13 remite al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y al Código Federal de Procedimientos Civiles, en todo lo no previsto por dicha Ley. En consecuencia, y tomando en cuenta que la prescripción de esta especie de obligación no cae dentro de ninguno de los supuestos previstos en forma precisa en el Código Civil, se considera aplicable la regla general del artículo 1159 de dicho Código que establece: "Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento."

El lapso de diez años para que opere la prescripción, deberá comenzar a correr a partir de que la obligación se hace exigible, y que en el caso del contrato de obra pública, si para la entrega de la misma se acordó un término resolutorio, el lapso de diez años mencionado comenzará a correr al día siguiente del vencimiento del plazo acordado para la terminación de la obra o bien, si se acordó una condición resolutoria, dicho lapso de diez años comenzará a correr a partir del día siguiente en que la dependencia o entidad haya exigido el cumplimiento de la obligación, siempre que hubiese transcurrido el tiempo necesario para ello, y el mismo no se hubiese realizado por parte del contratista.

Ese lapso de diez años a que se ha hecho referencia, puede ser interrumpido o suspendido. En el capítulo tercero de este trabajo, se abordará de nueva cuenta esta figura como extintiva de la obligación derivada de un contrato de fianza, en el que se precisará la significación de cada uno de dichos términos, esto es, de la interrupción y suspensión de la prescripción.

9. Caducidad.- Consiste en: "la pérdida de un derecho - nacido o en gestación- porque el titular del mismo ha dejado de observar, dentro de determinado plazo, la conducta que la norma jurídica imponía como necesaria para preservarlo." (51)

Las características de esta figura jurídica, no sólo como extintiva de una obligación sustantiva, sino en términos generales, son las siguientes:

1) Puede afectar no sólo derechos ya nacidos, sino también derechos en gestación: en el primer caso, extingue cualquier tipo de derecho ya nacido, sean éstos reales, personales o familiares, pues al ocurrir, termina con las facultades jurídicas y, en su caso, con las obligaciones correlativas; mientras que en el segundo caso, póngase el ejemplo clásico de la caducidad de la acción cambiaria de regreso, en el que el derecho nunca nace a la realidad.

2) Puede suprimir tanto derechos sustantivos como adjetivos: en éste último caso, el ejemplo más conocido es el de preclusión.

3) El titular del derecho o de la expectativa de derecho ha omitido realizar, dentro del plazo determinado, una conducta, que puede ser negativa o positiva.

4) La conducta positiva o negativa por parte del titular del derecho o de la expectativa

(51) *Ibid.*, p. 463

de derecho, puede ser establecida por una norma jurídica, la cual puede ser general –disposición legal- o bien, en una particular como la cláusula contractual, convencional o de cualquier otro acto jurídico, además de poder ser establecida por una resolución jurisdiccional firme.

Al igual que en el caso de la prescripción, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas también es omisa en establecer algún artículo que regule la caducidad como figura extintiva de la obligación derivada de un contrato de obra pública; obligación correlativa de la facultad del contratante de exigir su cumplimiento al contratista, de lo que se infiere que estamos ante un derecho sustantivo.

Toda vez que existen similitudes en aspectos esenciales entre las figuras jurídicas de la caducidad y la prescripción extintiva, posteriormente se hará referencia de nueva cuenta a dichas instituciones a fin de establecer sus diferencias.

CAPITULO SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO DE COBRO DE LA FIANZA DE OBRA PUBLICA.

2. 1. Marco teórico del procedimiento de cobro de la fianza de obra pública

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece varios procedimientos, a los que denomina con el calificativo de "especiales", para hacer efectiva una póliza de fianza. Dicha regulación especial se da en razón de las distintas calidades del beneficiario de una póliza de fianza, así como a la calidad de la obligación garantizada.

Atendiendo a la calidad del beneficiario de una póliza de fianza, tenemos que si es una persona en general, ésta podrá hacer efectiva la póliza una vez que la misma se vuelve exigible, mediante los procedimientos establecidos en los artículos 93, 93bis y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Por otra parte, siempre que no se hayan garantizado obligaciones fiscales a cargo de terceros, si el beneficiario de la póliza de fianza lo constituye el Gobierno de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados o de los Municipios, para hacer efectiva la fianza, de conformidad con lo establecido en la primera parte del párrafo primero del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, podrá elegir entre los siguientes procedimientos:

- a) La reclamación prevista en el artículo 93 de la Ley, o
- b) El procedimiento conciliatorio ante la Comisión Nacional de Defensa a los Usuarios de los Servicios Financieros, previsto en el artículo 93bis, o
- c) El procedimiento arbitral ante la misma Comisión, regulado en el mismo artículo 93bis, o
- d) El procedimiento establecido en el artículo 95 de la misma Ley.

Ahora bien, si se atiende tanto a la calidad de la beneficiaria como a la obligación garantizada, el mismo artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé el caso de excepción aplicable a las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en el cual, la Federación, para hacer efectiva una póliza tornada en exigible, lo hará mediante el procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación.

Lo anterior, independientemente de las fianzas a las que se les conoce con el nombre de "penales", es decir, aquellas que garantizan la posible extracción de un procesado a la sujeción del proceso, mientras no se dicte sentencia que ponga fin a la controversia penal o, bien, la posible reparación de los daños y perjuicios a que sea condenado el inculpado de una conducta ilícita penal, pues para tal caso el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece un procedimiento específico para hacer efectivas las pólizas expedidas con dichos motivos.

El presente capítulo tiene por objeto determinar en principio la naturaleza de la obligación garantizada, tratándose de contratos de obra pública, así como la diversa surgida del mismo contrato de fianza, y en consecuencia, precisar si es o no aplicable el procedimiento administrativo de ejecución para hacer efectivas las pólizas de fianza que garantiza ese tipo de obligaciones, es decir, de carácter no fiscal a cargo de terceros. Para ello, nos referiremos primero a todo lo relacionado con el contrato de fianza, para posteriormente tratar lo que respecta al procedimiento administrativo de ejecución, y la situación de la Tesorería con respecto de dicho

procedimiento, para finalizar con los distintos procedimientos que establecen la legislación aplicable, para hacer efectivas las pólizas de fianza que garantizan los contratos de obra pública.

2.2. El contrato de fianza

2.2.1. Concepto y Naturaleza del Contrato de Fianza

El término "fianza" significa en sentido amplio cualquier garantía otorgada para el cumplimiento de una obligación; mientras que en sentido estrictamente jurídico, significa la garantía personal mediante la cual un sujeto determinado, se compromete a cumplir una obligación en caso de incumplimiento del deudor principal.

El Código Civil para el Distrito Federal define a la fianza como, el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace (art. 2794).

El artículo 1868 del mismo ordenamiento legal, autoriza a los contratantes a hacer estipulaciones a favor de tercero.

Algunos autores han calificado al contrato de fianza como una "estipulación a favor de tercero", en razón de que en la obligación producida a cargo de la fiadora, el acreedor no es el co-contratante, que en el caso de las fianzas fiscales es la Hacienda Pública, sino solamente los son la fiadora y el deudor principal. Al respecto, Giovanni Pachionni, sostiene que la estipulación a favor de tercero tiene carácter contractual, porque es "aquel que realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo; derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél".⁽⁵²⁾

Aun cuando la doctrina le ha negado a la estipulación a favor de tercero su nacimiento a partir de un contrato, en virtud de que tal figura jurídica está regulada en el Capítulo II, denominado "De la declaración unilateral de la voluntad" del Libro Cuarto del Código Civil del Distrito Federal, el artículo 1870 dispone que el derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, es decir, al existir el acuerdo de voluntades nace el derecho del tercero, lo que lleva a concluir que su fuente es un contrato. Así lo ha sostenido la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria dictada el 25 de mayo de 1957, en la que determina que la estipulación a favor de tercero es el acuerdo de voluntades y que las fianzas a favor de la Hacienda Pública otorgadas por las empresas afianzadoras son contratos.

La fianza era en el derecho mexicano una operación típicamente civil, y no fue sino hasta 1943 con la Ley de Instituciones de Fianzas que vino a cambiar esta situación, al establecer que las operaciones que se practiquen por las instituciones de fianzas, se considerarán mercantiles para ambas partes; y que para dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso se requiere autorización del Gobierno Federal, y que las fianzas onerosas se regirán por las disposiciones especiales contenidas en los artículos transitorios de la propia Ley y, en su defecto, por la legislación mercantil y por el Código Civil del Distrito Federal, subrayándose que el contrato de fianza a título oneroso es acto de comercio.

⁽⁵²⁾ Giovanni Pachionni citado por Ruiz Quiroz, Humberto, *Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa a favor del Fisco*, en Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México, Tomo II, p. 958.

Así, el ordenamiento mercantil se aplicará a la fianza mercantil, es decir, cuando se trate de fianzas onerosas realizadas en forma habitual por una empresa, tal y como se deduce del artículo 1º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el que se eliminó la calificación de mercantil para las fianzas onerosas ocasionales. Tales características, es decir, la onerosidad, la habitualidad y la profesionalidad adoptada por las empresas en la realización de dichos actos, son lo que le ha dado el carácter de mercantil a la fianza en la época contemporánea.

Existen diversos tipos de fianza, a saber: fianza convencional, fianza legal y fianza judicial, según lo dispuesto en el artículo 2795 del Código Civil, lo cual no significa que los dos últimos tipos no sean contratos, sino que en la fianza convencional no existe, antes de celebrar el contrato, ninguna obligación de otorgar la mencionada garantía personal, en tanto que en la fianza judicial y legal, antes de celebrar el contrato, sí existe la obligación de otorgar esa garantía personal, bien sea por resolución judicial, o por una disposición de la ley. Así, las fianzas administrativas y penales, son fianzas de tipo legal y penal respectivamente.

Los tipos de fianza legal o judicial mencionados en el párrafo anterior, atienden al hecho de la existencia de una obligación previa a su constitución; sin embargo, ambos tipos de fianza, no dejan de ser contratos mercantiles, porque cualquier persona puede acudir a una institución de fianza a celebrar un contrato de esta índole, en el que se dan obligaciones y derechos recíprocos entre ambos contratantes, pues mientras que uno busca ser fiado, el otro busca un lucro legítimo.

2.2.2. Clasificación del contrato de fianza

a) La fianza civil es típicamente consensual, porque es un contrato que se perfecciona mediante la sola manifestación del consentimiento de las partes. En cambio, los otros tipos de fianza son formales, porque al tener como presupuesto la onerosidad, deberán constar en una póliza.

b) Es accesorio, puesto que para su nacimiento, se requiere del surgimiento previo o bien en potencia de otra relación de carácter obligacional, que puede ser personal o bien, real como pueden ser los contratos translativos de dominio.

c) Solamente la fianza civil puede ser gratuita, no así los demás tipos de fianza, que siempre serán onerosas, adquiriendo en estos últimos casos la calidad de ser un contrato bilateral, en razón de que se generan obligaciones a cargo de uno y otro contratante.

d) Es de garantía, porque el fiador se compromete a pagar por el deudor, si éste no lo hace. La garantía que ofrece por lo regular el fiador, es pagar siempre una cantidad de dinero, salvo alguna obligación de hacer o de dar establecida a cargo de la institución afianzadora.

e) La fianza es una garantía personal, en contraposición al tipo de garantías reales, pues mientras que en la primera el objeto del contrato recae sobre la conducta de una persona, es decir, ésta se obliga a un dar, un hacer o no hacer, en las segundas el objeto del contrato recae sobre un bien real o material específico, el cual deberá ser entregado por el obligado. Al respecto Joaquín Rodríguez nos dice que: "La fianza es una garantía personal, es decir, que descansa en la confianza que la persona representa por sí. Por supuesto, que también en la fianza la garantía resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador, en virtud del principio de que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes (art. 2964 C.Civ.D.F.); pero, hay aquí una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio, y no sobre partes concretas del mismo". (53)

(53) Rodríguez, Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 21ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, p. 243

2.2.3. Elementos del contrato de fianza

Los elementos del contrato de fianza administrativa, que es la que importa para el desarrollo de este trabajo, son los siguientes:

A. Personales.- Son tres, a saber: a) el fiador en materia mercantil será siempre una empresa denominada institución de fianza, cuya operación deberá estar debidamente autorizada por el Gobierno Federal; b) el deudor o fiado que, puede ser cualquier persona que contraiga una obligación, y cuyo consentimiento para el perfeccionamiento del contrato de fianza mercantil, si es necesario y, c) el acreedor de la deuda principal, que será el beneficiario de la fianza, también puede ser cualquier persona, incluso la misma Federación o, bien, los gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y los Municipios. La ley de la materia declara que también puede fiarse al que es fiador, es decir, la obligación derivada de la fianza se convierte a su vez en obligación principal y a la que la ley denomina con el nombre de reafianzamiento.

Es importante resaltar que en materia de fianza de naturaleza mercantil, si bien las diversas disposiciones legales requieren el otorgamiento de una fianza expedida por institución autorizada por el Gobierno Federal, también lo es que en su elaboración no se requiere de la intervención de las autoridades que como beneficiarias requieren del otorgamiento de ese tipo de garantías; y a lo más que llegaría la disposición legal es a establecer a favor de que órgano de la Administración Pública deberá expedirse la póliza.

B. Reales.- En Términos generales, el objeto de la fianza suele ser el mismo que el de la obligación garantizada; sin embargo, la obligación garantizada puede ser de cualquier clase, independientemente de su contenido prestacional, es decir, si son obligaciones de dar, hacer o de no hacer, con tal de que sea lícita y la obligación que asume el fiador puede ser simple o a plazo, pura o condicionada, y consiste generalmente en el compromiso del fiador de pagar una cantidad de dinero en sustitución de la que debe pagar el fiado o de la obligación de dar cosa determinada, de hacer, o de no hacer que el mismo tuviera.

C. Formales.- Mientras que para la fianza civil el Código respectivo no requiere formalidad alguna para el otorgamiento de la misma, en materia mercantil necesariamente deberá constar en una póliza.

2.2.4. Los efectos del contrato de fianza

Los efectos del contrato de fianza mercantil, son los siguientes:

A. Entre el fiador y el acreedor o beneficiario.- La fianza produce el nacimiento del derecho fundamental del acreedor de exigir al fiador el cumplimiento de la obligación principal insatisfecha, en sustitución del deudor; y a diferencia de la fianza civil, en la mercantil, no nace la obligación para el acreedor de observar las diligencias necesarias para promover la excusión.

En efecto, aunque la obligación del fiador consista en pagar en defecto del fiado, en la fianza mercantil basta para ello el simple requerimiento de pago hecho a la fiadora para que proceda a su pago, puesto que las empresas de fianzas carecen de los beneficios de orden y de excusión, propios de la fianza civil. Se entiende por beneficio de orden, el consistente en que el fiador no puede ser requerido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes, (art. 2814 C.C.); y por beneficio de excusión, el acto consistente en aplicar

todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación. (art. 2815 C.C.). Así, en materia mercantil, el acreedor podrá hacer efectiva la póliza de fianza directamente a la afianzadora, sin haber requerido de pago previamente al deudor principal y por consiguiente, sin que se hubiese demostrado la insolvencia de éste en juicio, por lo que no se trata de una obligación subsidiaria.

Tampoco tiene el carácter de solidaria, pues tanto la obligación derivada de la emisión de la póliza, como la obligación del deudor principal o fiado, son distintas; es decir, no se trata de una obligación única con varios sujetos pasivos, por lo que la institución fiadora podrá ser requerida de pago antes que el deudor principal. Al respecto, Medal Sánchez nos dice que: "Por ser dos obligaciones: una la del deudor principal y otra la del fiador; el fiador que paga...no extingue la obligación principal, sino que se subroga en ella contra el deudor principal (2830), lo cual no ocurriría si fueran obligaciones solidarias." (54)

El artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es el que establece que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, y agrega además que las fianzas no se extinguirán aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor principal por el cumplimiento de la obligación garantizada, y cuando sin causa justificada el acreedor deje de promover en el juicio entablado contra el deudor.

Por otra parte, es importante mencionar que en razón de que el fiador al realizar el pago en defecto del fiado, hace surgir su derecho de oponer al cobro de la fianza, todas las excepciones inherentes a la obligación principal, salvo las personales del deudor (art. 2812 C.C.), ello sólo sucede en materia civil, no así en materia mercantil. En efecto, en los casos en que considerando la calidad del beneficiario de la póliza, se haya emitido un requerimiento de pago, y éste sea impugnado por la institución de fianzas ante el Tribunal Fiscal de la Federación, ésta no podrá oponer las excepciones inherentes a la obligación principal, tal y como puede apreciarse, en los siguientes precedentes del Tribunal Fiscal de la Federación:

FIANZAS.- LA AFIANZADORA NO PUEDE DISCUTIR LA LEGALIDAD DE LA OBLIGACION GARANTIZADA MEDIANTE LA FIANZA EXPEDIDA.- De acuerdo con la Jurisprudencia número 83 de esta Sala Superior que tiene como rubro: "FIANZAS PARA GARANTIZAR UN CRÉDITO CONTROVERTIDO EN ALGUN MEDIO DE DEFENSA, EXCEPCIONES QUE NO PUEDEN INTERPONERSE AL IMPUGNARSE LOS REQUERIMIENTOS DE PAGO", la afianzadora, al impugnar el requerimiento de pago en el juicio fiscal, está impedida para discutir la legalidad de las obligaciones contraídas por el sujeto fiado con una autoridad administrativa, local o federal, por virtud de un contrato de obra pública, y que mediante la fianza por aquella expedida se compromete a garantizar su cumplimiento, en razón de que las consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones contractuales sólo pueden ser controvertidas por las partes que en ellas intervinieron, esto es, el sujeto fiado y la autoridad administrativa. Consecuentemente, el interés jurídico de la afianzadora en el juicio se circunscribe a la afectación que pueda ocasionarle el requerimiento de pago emitido con cargo a la fianza expedida, mas no adquiere ningún derecho para cuestionar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes contratantes, ni para oponer excepciones a éstas, puesto que no intervino en la celebración del contrato respectivo.

Precedente IV-P-2ºS-6, visible en la Revista del T.F.F. No 2, Cuarta Época, septiembre de 1998, p. 167.

(54) Sánchez Medal, Ramon, *De los Contratos Civiles*, 16ª edición, Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1998, p. 465

AGRAVIO INOPERANTE EN MATERIA DE FIANZAS.- Tratándose de los requerimientos de pago formulados por el Director de Procedimientos Legales de la Tesorería de la Federación, a diversas Compañías Afianzadoras, en virtud de que su fiado no retornó al extranjero el vehículo importado temporalmente al país y la afianzadora sostenga que el citado requerimiento carece de fundamentación y motivación, argumentando razones ajenas a la improcedencia del cobro como sería el caso de que se alegue que la liquidación que lo sustenta fue emitida por un funcionario que no tiene competencia para determinar en cantidad líquida el crédito fiscal recurrido, debe considerarse inoperante el concepto de impugnación planteado por el actor, ya que en términos del artículo 95, fracción V, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a las afianzadoras sólo les es permitido demandar la ilegalidad del requerimiento.

Precedente No. IV-P-2ªS-4, visible en la Revista del T.F.F. No. 2, Cuarta Época, septiembre de 1998, p. 160.

La renuncia voluntaria que hubiese hecho el deudor principal de la prescripción de la deuda, o de cualquier otra causa liberatoria de la misma, como la rescisión o la nulidad, no impide que el fiador haga valer esas excepciones (art. 2813 C. C.).

La transacción entre el beneficiario y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el beneficiario aprovecha, pero no perjudica al deudor principal (art. 2826 C. C.).

B. Entre el fiador y el fiado.- En cuanto a los derechos del fiador, éste tiene el derecho de exigir que se le pague la prima convenida. Los recibos de primas no pagadas, con certificación del contador de la institución afianzadora son títulos ejecutivos. La firma del contador, sin embargo, debe estar registrada.

También tiene derecho de regreso, es decir, a que se le reintegre todo lo que hubiese pagado por el deudor, aun cuando la garantía hubiese sido constituida en contra de su consentimiento, a no ser que se hubiese entregado contra su voluntad, caso en el que el fiador sólo podrá cobrar lo que pagó en beneficio del deudor. Esto es, el fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por el deudor: de la deuda principal; de los intereses generados, desde que se haya notificado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del adeudo garantizado a pagarlos al beneficiario; de los gastos que se hayan hecho desde que se notificó al deudor de haber sido requerido de pago y de los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor; derechos que no corresponderán a la fiadora si expide la póliza de fianza en contra de la voluntad del fiado (art. 2828 C. C.).

El artículo 118bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece en su segundo y tercer párrafos la obligación que tiene el fiado, obligados solidarios o contrafiadores a proporcionar a la afianzadora oportunamente todos los elementos y documentación necesarios para determinar la procedencia y, en su caso, la cuantificación de la reclamación o bien su improcedencia, y señalar las excepciones relacionadas con la obligación principal que pudiesen ser oponibles al beneficiario de la póliza, así como, de considerarse procedente, de proveer las cantidades necesarias para hacer el pago al beneficiario; pues en caso contrario, la afianzadora decidirá libremente el pago de la reclamación presentada y el fiado, solicitante, obligados solidarios, contrafiadores, estarán obligados a reembolsar a la afianzadora lo que a ésta corresponda conforme a la ley y la póliza respectiva, sin que puedan oponerle las excepciones que tuvieran frente al beneficiario, siendo inaplicables los artículos 2832 y 2833 del Código Civil.

El fiador tiene el derecho a subrogar por ministerio de ley al beneficiario, es decir, sustituye a éste en todos los derechos que tenga contra el deudor, derivados de la obligación garantizada, para hacerlos valer en contra del deudor (art. 2830 C.C.). Sin embargo, en fianzas mercantiles expedidas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, el fiador no se subroga en el derecho de la autoridad fiscal de ejercer en contra del fiado, el procedimiento administrativo de ejecución, pues es prerrogativa de las autoridades fiscales. Al respecto, el antepenúltimo párrafo del citado artículo 118 bis, establece que las afianzadoras al ser requeridas o demandadas por el acreedor, podrán denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes, y que en caso de que no salga a juicio, le perjudicará la sentencia que se pronuncie en contra de la institución afianzadora.

De igual manera, es importante señalar que de conformidad con el último párrafo del artículo 118bis mencionado, la institución de fianzas tendrá en todo momento derecho a oponer al beneficiario, la compensación de lo que éste deba al fiado, excepto cuando el deudor principal hubiere renunciado previa y expresamente a ella.

La fiadora tiene el derecho de procurarse garantía por la cantidad que pague por el fiado y tiene legitimación procesal, es decir, podrá constituirse en parte en todos los negocios, procesos, juicios u otros procedimientos de carácter judicial en los cuales se ventile responsabilidad derivada de la fianza otorgada.

2.2.5. Formas de extinción de las fianzas

La obligación del fiador puede extinguirse de dos maneras: o por vía de consecuencia, al extinguirse la obligación principal garantizada, como consecuencia lógica de la naturaleza accesoria de la fianza o, bien por la vía principal, cuando se extingue la obligación del fiador, pero continúa viva la obligación del deudor principal.

La extinción de la fianza se produce en los casos determinados expresamente en los artículos 2842 a 2849 del Código Civil, el primero de los cuales establece que la fianza se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones; aun cuando en las fianzas del orden administrativo no podría darse la confusión prevista en el artículo 2843.

Sin embargo, existen además ciertos modos de extinción propios de las fianzas, que se establecen en los preceptos legales citados, y que han sido retomados en la Ley de la Materia, tales como el establecido en los artículos 119 y 122 segundo párrafo, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que disponen respectivamente que, la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza, y que la afianzadora podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones, si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza, es impedida o le resulta imposible la subrogación.

Otro de los modos de extinción propios de las fianzas, se encuentra previsto en el artículo 2848 del Código Civil y que fue retomado en el artículo 120 de la Ley de la Materia, y es el referente a la caducidad, en el que se regula también a la prescripción como una forma regular de extinción de las obligaciones derivadas de la expedición de la fianza. De ambas formas de extinción de las pólizas, se hará mayor referencia en el capítulo siguiente.

2.3. Institución de Fianzas

Para realizar operaciones de fianza de manera profesional, es decir, de forma habitual y

en masa, así como para el establecimiento de sucursales o agencias, se requiere de la autorización del Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. De ahí que, las palabras fianza, reafianzamiento, afianzamiento, caución, garantía y otras que expresen ideas semejantes, sólo puedan ser usadas lícitamente por las empresas autorizadas para actuar como tales. (art. 1º, 3º, 5º, 7º, 10, y 11, L. F. I. F.).

Las autorizaciones son otorgadas discrecionalmente por la Secretaría de Estado mencionada, y para la tramitación de la solicitud respectiva, se deberá presentar el proyecto de escritura social y el comprobante de haber constituido un depósito en efectivo o en títulos igual al 10% del capital mínimo con el que deba operar. (art. 7º, L. F. I. F.), porcentaje que será fijado anualmente por dicha Secretaría (art. 15, fr. II, L. F. I. F.).

Otorgada la autorización, la Secretaría aprueba la escritura constitutiva y cualquier modificación a la misma que haya sido aprobada, las cuales se inscribirán en el Registro Público de Comercio sin que se requiera de mandamiento judicial, (art. 15, fr. X, L. F. I. F.).

Cuando la garantía es otorgada por una compañía afianzadora, para garantizar el cumplimiento de un contrato de obra pública celebrado con la Administración Pública Federal centralizada, la beneficiaria es siempre la Federación, según artículo 39, fracción I, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

La forma de operar de las afianzadoras, cuando garantizan obligaciones a favor de la Hacienda Pública, consiste en que, primero, el deudor fiscal firma un documento al que se le denomina "solicitud", y que jurídicamente hablando, lo correcto sería llamarle propuesta u oferta; en él se especifica el crédito, que puede o no derivar de una obligación de carácter fiscal, a favor del fisco que pretende garantizarse, las contragarantías mediante las cuales la fiadora asegura la recuperación de lo que eventualmente llegase a pagar por el fiado, y se contesta un cuestionario redactado por la misma afianzadora, de cuya contestación dependerá la aceptación o el rechazo de la solicitud hecha por la persona interesada en ser afianzada.

Posteriormente, las obligaciones del solicitante de pagar la prima, así como la de la afianzadora de pagar la deuda ajena, no nacen sino hasta el momento de la expedición de la póliza respectiva, lo que significa la aceptación por parte de la fiadora de la llamada solicitud u oferta hecha por el deudor.

2.4. El Procedimiento Administrativo de Ejecución

2.4.1. Concepto del procedimiento administrativo de ejecución

Giuliani Fonrouge define al procedimiento económico coactivo como "el procedimiento especial y sumario que permite al Estado exigir coactivamente el pago de las obligaciones tributarias."⁽⁵⁵⁾

Sergio F. De la Garza lo define como "la actividad administrativa que desarrolla el Estado para hacer efectivos en vía de ejecución forzosa, los créditos fiscales a su favor."⁽⁵⁶⁾

El artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, en su tercer párrafo establece que

⁽⁵⁵⁾ Giuliani Fonrouge, citado por Quintana Valtierra, Jesús, *Derecho Tributario Mexicano*, 2ª ed., Editorial Trillas, S.A., México 1994, p. 207

⁽⁵⁶⁾ De la Garza, Sergio F., citado por Quintana Valtierra, *Op.cit.*, nota a pie (55), p. 207.

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 algunas modalidades tomando en consideración la calidad de la garante.

El procedimiento administrativo de ejecución es una vía privilegiada establecida en la ley a favor de la Administración Pública, y más específicamente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Tesorería de la Federación, para hacer efectivo el cobro de un crédito fiscal en forma directa, es decir, sin necesidad de que preceda una resolución emitida por órgano judicial, pues es a dicha dependencia a la que le corresponde en el nivel federal ejercer dicha facultad.

2.4.2. Aspectos Constitucionales del procedimiento administrativo de ejecución

Esa vía de apremio fue tachada de inconstitucional, en razón de que, se decía, violaba las garantías individuales establecidas en los artículos 14, 17 y 22 de la Carta Magna, la primera de las cuales estriba en nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Sin embargo, ha preponderado la tendencia de la doctrina en el sentido de que, la obligación de toda persona de contribuir al gasto público en los términos señalados en el artículo 31, fracción IV de la misma Constitución, tiene el mismo rango, por lo que no puede uno sobrepasar al otro, pues si bien es cierto que es obligación de la autoridad el de respetar la seguridad jurídica establecida a favor de los gobernados en el citado artículo 14 constitucional, también lo es que el Estado no podría subsistir sin los recursos que se allega por la vía impositiva, en relación de los cuales, a decir de Vallarta, si se aceptase que mediara un juicio del orden jurisdiccional para hacer efectivo su cobro, sería un entorpecimiento desquiciante dentro de la misma Administración Pública.

Asimismo, la facultad económico-coactiva, como también se le conoce al procedimiento administrativo de ejecución, contraría lo dispuesto en el artículo 17 constitucional, porque si éste prohíbe hacerse justicia por sí mismo y ejercer violencia para reclamar un derecho, el Poder Ejecutivo, al exigir en la vía de apremio el pago de un adeudo fiscal, en realidad se está haciendo justicia por sí mismo y ejerciendo violencia para reclamar un derecho. Sin embargo, dicha objeción queda superada por la opinión del insigne Vallarta, en el sentido de que: "...estaría de sobra aquel de los tres Poderes a quien la Constitución encarga que provea en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, supuesto que para cada uno de sus actos, aun para exigir una multa por infracción de bandos de policía, necesitaría el auxilio de un juez que legitimara estas violencias....todas las legislaciones han considerado como esencial elemento de la violencia la injusticia, la falta de derecho y el abuso de la fuerza del que la emplea. Suponer, pues, que una autoridad hace violencia cuando obedece la ley, es subvertir todos los principios".⁽⁵⁷⁾

Por último, se dice que la facultad económico-coactiva contraviene lo establecido en el artículo 22 constitucional, en el sentido de que no se considera confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los que correspondan a una persona para el pago de impuestos o multas, siempre que sea hecha por una autoridad judicial, por lo que al ser la autoridad administrativa la que por medio de la mencionada facultad, aplica los bienes de una persona al pago de impuestos, su actuación deviene en inconstitucional. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

⁽⁵⁷⁾ Vallarta, Ignacio, citado por Herrera Cuervo, Armando, *La Situación del Deudor Fiscal dentro del Procedimiento Administrativo de Ejecución en Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México*, T. I, p. 716.

interpretado en el sentido de que: "...si el legislador quiso que la aplicación de los bienes de una persona para el pago de la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sea hecha exclusivamente por la autoridad judicial, no exige lo mismo cuando se trata del pago de impuesto o multas; siendo este criterio enteramente lógico, agrega, porque lo establece con toda claridad el precepto transcrito, cuanto porque la atribución es inherente ejercicio de la soberanía que proviene de la misma Constitución y nada hay más consecuente con ella como que el Poder Ejecutivo, a quien la propia Constitución impone la obligación de proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, tenga las facultades legales necesarias para hacer efectiva aquella función d. 'a soberanía recaudando el impuesto.'" (58)

Así, en el artículo 22 constitucional, segundo párrafo, se encuentra consagrado el fundamento del procedimiento administrativo de ejecución, relacionado con el artículo 89 constitucional, que en su fracción I establece la facultad del Presidente de la República de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia, así como con el artículo 31 constitucional, fracción IV, al señalar que "son obligaciones de los mexicanos...contribuir para los gastos públicos de la Federación, así como del estado y municipios en que residan de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

Sin embargo, no es suficiente encontrar un fundamento constitucional a dicha vía ejecutiva, para aceptar que la misma sea aplicada de forma arbitraria por la autoridad administrativa. Cuanta razón tienen los teóricos argentinos cuando afirman que "consagrar una vía ejecutiva de carácter administrativo para substituir sus sistemas tradicionales de cobro del adeudo tributario, hasta ahora necesariamente por vertientes judiciales, precisa de extremos cuidados, de sumas precauciones, para no dar nacimiento con su creación a una fuente de arbitrariedades de la autoridad administrativa que pudieran cometerse bajo el pretexto de esa gestión", y que en razón de ello sólo puede implementarse si dentro de ella se otorgan al ejecutado las garantías de que goza en los procedimientos judiciales. (59)

Por cuestiones prácticas, se recomienda remitirse al apartado de este mismo trabajo, el cual trató de la manifestación de la voluntad de la Administración Pública a través del procedimiento administrativo, cuyo resultado será precisamente el acto administrativo. Dicho procedimiento, se dijo, debe respetar dos de las principales garantías individuales, y que son las establecidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política, pero más específicamente la garantía de audiencia expresada en el segundo párrafo del citado artículo 14, la cual se conforma por cuatro garantías específicas, a saber: que nadie podrá ser privado de sus derechos, sino mediante: a) juicio previo; b) ante tribunales previamente establecidos; c) en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento y d) mediante la aplicación de las leyes establecidas con anterioridad a la realización de la privación.

Recordemos también que existe jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación en el sentido de que, la garantía específica de audiencia, - consistente en que en todo procedimiento administrativo que tenga por objeto privar al gobernado de alguno de los bienes protegidos por el artículo 14 constitucional, deberá otorgársele las dos oportunidades, de defensa y probatoria-, deberá ser otorgada al particular antes de ser privado de sus derechos por acto de autoridad, y que por lo mismo, no debe confundirse con los recursos y medios de defensa establecidos en ley contra tal acto de privación, pues éstos no dejan de ser *a posteriori* de la privación que se pretende evitar si es ilegal o arbitraria; y que al respecto el ilustre Burgoa Orihuela opina que, toda vez que la determinación y liquidación de una contribución por parte de la autoridad

(58) S.J.F., t. XXV, pág. 1596, citada por Herrera Cuervo, *Op. cit.*, nota a pie (57), p. 717.

(59) Herrera Cuervo, *Op. cit.*, nota a pie (57), p. 718.

no revisten por sí mismos el carácter de privación, sino hasta la oposición del particular para efectuar su pago, en cuyo caso la autoridad ejecutora procederá el embargo o remate de sus bienes para la aplicación de su producto a la satisfacción del crédito fiscal, actos que sí revisten el carácter de privativos, es hasta antes de éstos dos últimos actos que sí debe otorgarse al particular la garantía de audiencia.

2.4.3. Actos administrativos en el Procedimiento de Ejecución

Claramente se distinguen dos procedimientos administrativos distintos: el primero de ellos para la emisión del acto, el cual culmina con la emisión por parte de la autoridad de una resolución liquidatoria, misma que si no es cubierta voluntariamente por el deudor dentro del plazo fijado por la ley, torna en exigible el crédito a favor del Estado, dando inicio al segundo de ellos, es decir, aquél instituido para la ejecución de ese acto, y que es el procedimiento administrativo de ejecución propiamente dicho, el cual culmina, aunque no necesariamente, con la aplicación de los bienes embargados al pago del crédito no cubierto.

Ahora bien, dentro del primer procedimiento la ley concede un plazo al interesado durante el cual puede preparar e interponer las defensas que considere mejor para la protección de sus derechos, independientemente de que dentro de la fase de integración del acto mismo hubo ya, a través de la inconformidad, un momento oportuno y perfectamente identificado en la ley para alegar y presentar pruebas antes del nacimiento de la resolución liquidatoria, respetándose así el derecho de audiencia de manera perfecta; lo que, por otra parte, provoca la imposibilidad de cuestionarse dentro del procedimiento ejecutivo la validez del acto de la autoridad determinante del crédito, pues la impugnación en tal caso debió hacerse con anterioridad a la incoación del procedimiento de cobro.

Sin embargo, tratándose de la fianza que garantiza obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación, el primer procedimiento mencionado en párrafos precedentes, se da en un solo momento, con la expedición de la póliza respectiva, en la que ya se señala una cierta cantidad líquida, por lo que resulta irrelevante que la afianzadora argumente en su impugnación al requerimiento de pago, la omisión por parte de la autoridad ejecutora de anexar a éste la liquidación del crédito fiscal garantizado.

El procedimiento ejecutivo se conforma por una pluralidad de actos, que considerados aisladamente, no tendrían la significación que tienen considerados en su conjunto, y cuya concatenación produce efectos definitivos. Así, el acto consistente en el embargo, el cual conforma al procedimiento ejecutivo, considerado en sí mismo podría llevar a confundirlo con el secuestro convencional en la vía administrativa o con el embargo precautorio; pero lo que lo diferencia de éstos otros procedimientos, es que junto con otros actos se dirige a producir un fin único: la satisfacción del crédito, y no a garantizarlo o llevarlo a cabo como una medida cautelar.

Los actos administrativos que integran al procedimiento administrativo de ejecución se pueden dividir, en actos de iniciación; actos de desarrollo y actos de conclusión.

Los actos de iniciación tienen como único objeto, el requerimiento de pago que se hace al contribuyente o al responsable solidario, del crédito fiscal que no hubiese sido pagado en forma voluntaria dentro del plazo señalado en la ley.

En el caso del deudor principal, la autoridad recaudadora en la que se encuentre radicado el crédito, dictará una resolución a la que se le da el nombre de "mandamiento de ejecución", en el que se dará la orden de requerir al deudor para que efectúe el pago en la misma diligencia de requerimiento, con el apercibimiento que de no hacerlo se le embargarán bienes

suficientes para hacer efectivo el crédito fiscal y sus accesorios (gastos de ejecución, recargos y multas).

Para que la resolución de requerimiento tenga eficacia, deberá ser notificada en forma personal al deudor, de acuerdo a lo señalado en la fracción I del artículo 134 del Código Fiscal de la Federación, por tratarse de un acto que puede ser recurrido.

En cambio, si el requerimiento de pago se hace al responsable solidario, y que es cualquier persona que se coloque en cualquiera de los distintos supuestos previstos en el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación, será necesario que previamente a dicho requerimiento se instaure un procedimiento de cobro, mediante el cual se le dé la oportunidad de cumplir voluntariamente con el pago del adeudo del sujeto pasivo principal; y sólo en caso de incumplimiento al procedimiento de cobro, se dictará un mandamiento de ejecución en idénticos términos que para el deudor principal.

Resulta necesario señalar que la fianza que garantiza créditos fiscales, no constituye un tipo de responsabilidad solidaria de los previstos en el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación, ya que en materia de fianzas mercantiles, las instituciones afianzadoras no gozan de los beneficios de orden y exención, por lo que la autoridad podrá requerir de pago directamente a la afianzadora.

Los actos de desarrollo del procedimiento administrativo de ejecución son: el embargo, la valuación de los bienes y la enajenación forzosa.

En cuanto al acto de embargo, Fenech dice que "entendemos por embargo de bienes el acto procesal consistente en la determinación de los bienes que han de ser objeto de la realización forzosa de entre los que posee el deudor - en su poder o en el de terceros -, fijando su sometimiento a la ejecución y que tiene como contenido una intimidación al deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto dirigido a sustraer los bienes determinados y sus frutos de la garantía del crédito".⁽⁶⁰⁾

La valuación de los bienes se define como el acto procedimental que consiste en fijar un valor a los bienes embargados, en forma previa a la enajenación o adjudicación forzosa.

La enajenación forzosa de los bienes embargados suele hacerse, salvo disposición legal en contrario, mediante la subasta pública, según lo establece el párrafo primero del artículo 174 del Código Fiscal de la Federación, y que a decir de Sergio F. de la Garza es "un modo de venta cuya función consiste en provocar la concurrencia de los compradores para que se efectúe a favor del que ofrezca el mejor precio".⁽⁶¹⁾

Algunas de las salvedades a las que se hizo mención en el párrafo precedente, son las siguientes: la venta fuera de subasta, sólo en los casos previstos en el artículo 192 del Código Fiscal de la Federación y la adjudicación a favor del fisco, cuya regulación se encuentra establecida en el artículo 190 del mismo ordenamiento jurídico.

Por último, el acto de conclusión del procedimiento administrativo de ejecución lo constituye la aplicación del producto de la ejecución, es decir, cuando con lo obtenido de la enajenación forzosa, que como vimos puede ser una cantidad líquida o bien, los mismos bienes adjudicados a favor del fisco, valuados en cantidad líquida, se cubre el crédito fiscal con sus

⁽⁶⁰⁾ Fenech Miguel, citado por Jesús Quintana Valtierra, *Op.cit.*, nota a pie (55), p.216.

⁽⁶¹⁾ De la Garza, Sergio F., citado por Jesús Quintana Valtierra, *Op.cit.*, nota a pie (55), p. 223.

accesorios.

Tratándose de la efectividad de fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación, la etapa de embargo desaparece, así como los actos que dicho acto conlleva, como son el avalúo de los bienes, la subasta y la aplicación del producto obtenido al crédito insoluto, en razón de que el artículo 95 remite a lo dispuesto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, en cuyo párrafo tercero, inciso b) se establece que si la afianzadora no realiza el pago en la fecha en que surta efectos la notificación del requerimiento, la autoridad ejecutora rematará en bolsa, valores propiedad de la afianzadora bastantes para cubrir el importe de lo garantizado. Lo mismo sucede respecto de las fianzas que garantizan obligaciones de carácter no fiscal a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados, o de los Municipios, de conformidad con lo dispuesto en la fracción III del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

2.4.4. La posición de la Tesorería de la Federación respecto del cobro de créditos a favor del fisco federal

Pareciese que con la derogación sufrida por varios Ordenamientos legales, entre ellos la Ley de la Tesorería de la Federación y su Reglamento, que fueron sustituidos por la vigente Ley del Servicio de Tesorería de la Federación y su Reglamento, así como con las reformas hechas al Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 11 de septiembre de 1996, ya no existe la contradicción de antaño, consistente en que a pesar de los distintos orígenes de los créditos a favor del Gobierno Federal, la efectividad de los mismos se hacía a través del procedimiento administrativo de ejecución, cuya titularidad se había entregado a la Tesorería de la Federación y a sus organismos subalternos y auxiliares.

Anteriormente, la aplicación del procedimiento ejecutivo se encontraba delimitada en forma expresa por lo dispuesto en los ya derogados artículos 108 del Código Fiscal de la Federación y 2 fracción III, de la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación. El primero de dichos preceptos legales se refería a la aplicación de esa vía exclusivamente al cobro de créditos fiscales y exigibles, aun cuando era omiso en precisar cuáles de ellos pudieran reputarse como fiscales. En el segundo de dichos dispositivos, se establecía como materia de la competencia de la Tesorería de la Federación, la aplicación del procedimiento administrativo de ejecución para hacer efectivos los créditos de toda clase en favor del Gobierno Federal y otros cuyo cobro estuviera encomendado a ese organismo, para cuyo efecto se considerarían como créditos fiscales, excepto cuando el origen y exigibilidad de los mismos se rigiera por otras leyes; en otras palabras, se hacía una distinción entre créditos susceptibles de cobro a través de la facultad económico-coactiva, o sea, de aquellos constituidos a favor del gobierno federal y otros, de contenido ambiguo, cuyo cobro le fuera encomendado a la Tesorería, lo que significa que dicha facultad era aplicable, como regla general, a casi todos los créditos a favor del Gobierno Federal, excepto los que estuvieran regulados tanto en su origen como en su exigibilidad en otras leyes, en cuyo caso se procedería al cobro atento a lo dispuesto en ellas.

Al respecto, Armando Herrera Cuervo opina que: "Aquí, ya independientemente de lo cuestionable que sería la disposición por cuanto consignaba que por el sólo hecho de encomendarse su cobro a la Tesorería, un crédito debería reputarse como fiscal sin importar su génesis, en el precepto de ley existía la posibilidad misma de que el débito fuera cobrado por otra vía diferente a la administrativa, limitándose, con acierto, el campo de aplicación de la facultad económico-coactiva".⁽⁶²⁾

⁽⁶²⁾ Herrera Cuervo, Armando, *Op. cit.*, nota a pie (57), p. 724

La posterior derogación del citado artículo 2 de la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación, trajo como consecuencia tener que recurrir a lo establecido en el artículo 23 del entonces vigente Reglamento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en cuya fracción IV disponía que era competencia de la Tesorería de la Federación, "ordenar y aplicar el procedimiento administrativo de ejecución para hacer efectivos los créditos o responsabilidades que le sean radicados y ordenar y pagar los gastos y honorarios de ejecución correspondientes", diluyéndose así la distinción entre los diversos créditos a favor del Estado respecto del procedimiento de su cobro, contenida en el citado artículo 2 de la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación, y quedando abierta la puerta para la ejecución administrativa de la totalidad de los créditos radicados en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a cuyo favor se otorga la titularidad del procedimiento ejecutivo.

La Ley del Servicio de Tesorería de la Federación en vigor, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1985 y reformada según publicación en el mismo Organismo Oficial de 17 de noviembre de 1995, en el primer párrafo del artículo 48, establece que la Tesorería, directamente o por conducto de los auxiliares facultados legalmente para ello, hará efectivas, según proceda, las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal.

La misma Ley establece en su artículo 49 que las garantías del interés fiscal, deberán constituirse conforme a lo previsto en el Código Fiscal de la Federación y su Reglamento, y en tratándose de las garantías que reciban las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada por contratos administrativos, en concursos de obras y adquisiciones y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, deberán otorgarse a favor de la Tesorería conforme a las disposiciones legales aplicables.

Por último, en el artículo 50 de la Ley del Servicio de Tesorería se dispone la obligación de otorgar a favor de la Federación, las garantías que aseguren el interés fiscal, o bien, a favor de los auxiliares facultados legalmente para aplicar el procedimiento administrativo de ejecución y cobrar créditos fiscales federales, excepto aquellas que garanticen aportaciones de seguridad social, en cuyo caso, deberá expedirse a favor de los organismos descentralizados competentes para cobrar dichas aportaciones.

Por su parte, el Reglamento de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de marzo de 1994, establece en el artículo 112 que las garantías otorgadas a favor de la Federación, se harán exigibles por la Tesorería, al hacerse exigibles las obligaciones o los créditos garantizados; y aun cuando es omiso en precisar por qué vía los hará exigibles, el artículo 107 del mismo Reglamento dispone que las garantías que se otorguen ante autoridades judiciales y las que reciban las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada por contratos administrativos, entre otras obligaciones de naturaleza no fiscal, se regirán por las disposiciones legales de la materia que los regule.

Ahora bien, si conforme a lo establecido en el citado artículo 107, las garantías que reciban las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada por contratos administrativos, en concursos de obras, adquisiciones y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, se regirán por las disposiciones legales de la materia, además de lo previsto por dicho Reglamento y por las reglas y disposiciones administrativas que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en caso de que dicha garantía se trate de una fianza, habrá que remitirse a lo que la ley de la materia establece respecto de su efectividad, no pudiendo ser otra sino la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que es la ley especializada en la materia de fianzas.

Esta última ley, establece en su artículo 95 la aplicación del procedimiento administrativo de ejecución para hacer efectivas las fianzas exigibles, pero sólo de aquellas constituidas a favor de la Federación, que garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros.

Por último, los artículos 11 fracción IV y 91 fracción IV, del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 1996, disponen la competencia tanto del Tesorero de la Federación como del Director de Procedimientos Legales, dependiente de aquélla, para hacer efectivos mediante el procedimiento administrativo de ejecución de los créditos fiscales, de otros créditos que por disposición legal deba aplicarse dicho procedimiento, así como de las garantías constituidas respecto de dichos créditos fiscales, y de las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros.

2.5. Procedimientos de cobro de una póliza de fianza expedida para garantizar contratos de obra pública, establecidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Algunos de los antecedentes de la prerrogativa con que cuentan las autoridades fiscales para hacer efectiva una póliza mediante el procedimiento administrativo de ejecución, son los que a continuación se refieren.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 26 de diciembre de 1950, establecía en su artículo 12 el carácter mercantil de la relación surgida entre la afianzadora y el beneficiario de la fianza que, en el caso de las fianzas que garantizan obligaciones fiscales, es la Hacienda Pública.

Congruente con lo anterior, el artículo 95 del mismo Ordenamiento, en su redacción original establecía la competencia de los juzgados de distrito, para que ante ellos, mediante el procedimiento establecido en el artículo 94, se substanciara el juicio contra las instituciones de fianzas, a fin de obtener el pago de las fianzas otorgadas por éstas; procedimiento que era un verdadero juicio, con todas las partes substanciales e idéntico al que debía seguir cualquier persona de derecho privado, pues la ley partía del principio consistente en que la Hacienda Pública ejercía en este caso un derecho privado, de carácter mercantil, como cualquier otro sujeto de derechos.

Posteriormente, con las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en diciembre de 1953, se dejó intacto el artículo 12, que continuaba considerando mercantiles a todas las relaciones derivadas del contrato de fianza, y se modificaron los artículos 94, en el que se dispuso que el procedimiento en él establecido fuera sólo aplicable a las fianzas otorgadas a favor de particulares; mientras que por el diverso 95, se creó un procedimiento de cobro de las fianzas a favor de la Federación, Distrito y Territorios Federales, de Estados y municipios, el cual consistió en el ejercicio de la facultad económico-coactiva; en otras palabras, aun cuando el artículo 12 seguía considerando como mercantiles las obligaciones derivadas de toda fianza de empresa, el diverso 95, desnaturalizaba ese carácter mercantil y equiparaba las obligaciones de las afianzadoras a las de carácter tributario.

Por otra parte, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, anterior a la reforma que sufrió por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de enero de 1997, establecía en el artículo 93 que para hacer efectivo el cobro de una fianza, el beneficiario de la misma podía optar entre los siguientes procedimientos especiales: 1) Presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o, bien, 2) hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, conforme a lo establecido respectivamente en los artículos 93 bis y 94 de la propia Ley.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente, establece en su artículo 93 que para hacer efectiva una fianza, el beneficiario de la misma deberá presentar la reclamación directamente ante la institución de fianzas, y que la afianzadora contará con el plazo establecido en ley para dar contestación a la reclamación hecha por el beneficiario; plazo que una vez fenecido sin que la afianzadora conteste o, bien haga el pago en forma parcial, el beneficiario podrá optar por cualquiera de los procedimientos especiales previstos en los artículos 93 bis y 94 de la propia Ley de la Materia, exceptuándose aquellos casos en que el beneficiario lo constituyan los gobiernos de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados o los Municipios.

Tales son los procedimientos a los que se puede calificar como la regla general, es decir, que fueron establecidos atendiendo a la calidad del beneficiario, esto es, a favor de cualquier persona particular que sea beneficiaria de una fianza; procedimientos distintos de aquellos otros a los que se califica como excepcionales, atendiendo a la calidad del beneficiario y de la obligación garantizada. Enseguida se describe de forma sintética dichos procedimientos:

Antes de señalar en forma sintética, los procedimientos a que se refieren los artículos 93bis y 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es preciso mencionar que la reclamación a que se refiere el primer párrafo del artículo 93, a la que dijimos está sujeta cualquier particular, se encuentra regulada en el mismo dispositivo legal.

Así la reclamación prevista en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se compone de las siguientes fases: el beneficiario de una fianza deberá presentar su reclamación por las obligaciones que consten en las pólizas, directamente ante la institución de fianzas mediante un requerimiento escrito de pago, acompañando la documentación que demuestren la exigencia y exigibilidad de la obligación garantizada. Una vez, presentada la reclamación por el beneficiario a la afianzadora, deberá transcurrir un plazo de treinta días naturales, dentro del cual en los primeros 15 días, la institución podrá solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación relacionados con la reclamación, quien dispondrá de los restantes 15 días para obsequiar la solicitud de la garante, y una vez transcurrido dicho plazo, se tendrá por integrada la reclamación.

Integrada la reclamación, la institución de fianzas contará con un periodo de 30 días naturales para proceder al pago de la póliza respectiva o para comunicar por escrito la improcedencia del pago, que puede ser total o parcial. Y si el beneficiario está inconforme con la respuesta de la afianzadora o bien, ésta no contesta dentro del plazo de los 30 días naturales mencionados, podrá elegir acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, hoy Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros, para que su reclamación se lleve a través de un procedimiento arbitral, previsto en el artículo 93bis de la misma Ley, debiendo someterse previamente a un procedimiento conciliatorio ante la misma Comisión, regulado también en el mismo artículo 93bis o, bien, acudir ante los tribunales jurisdiccionales competentes en los términos previstos en el artículo 94 de la misma Ley.

A. Procedimiento Conciliatorio establecido en el artículo 93bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- En éste se establece que cuando la elección del beneficiario haya sido la de presentar su reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, ahora Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros, deberá agotar un procedimiento conciliatorio que se compone de las siguientes etapas: el beneficiario presentará por escrito la reclamación; se correrá traslado a la institución de fianzas; ésta dentro del término de diez días, rendirá el informe por escrito en el que responderá por cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, y podrá solicitar que se cite al fiado a la junta de avenencia; en la realización de ésta última, la institución podrá efectuar el pago si procediere o presentará el informe a que ya se ha

hecho mención; asimismo en la celebración de la audiencia se exhortará a las partes a conciliar sus intereses.

B. Arbitraje previsto en el artículo 93bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- Si no fuere posible llegar a una conciliación entre el beneficiario y la institución garante, la Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros invitará a las partes para que de común acuerdo la designen árbitro, a fin de que la reclamación se lleve a través de un procedimiento arbitral en amigable composición, facultándola para que resuelva en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, especificando los puntos controvertidos, así como las etapas, formalidades y términos a que se sujetará el arbitraje, y si alguna de las partes no estuviere de acuerdo en someterse al arbitraje, podrá hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

En contra del laudo pronunciado por la Comisión, solo podrá interponerse como medio de defensa el juicio de amparo, y en contra de las demás resoluciones, podrán impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revocación. Si el laudo es condenatorio para la afianzadora, la Comisión le dará un plazo de quince días hábiles para su cumplimiento. Si el pago no se efectúa, la Comisión ordenará el remate en bolsa de los valores invertidos en la institución, siempre que no se trate de los de su reserva, y pondrá a disposición del reclamante la cantidad que corresponda.

C. Vía jurisdiccional.- Si el beneficiario para hacer el cobro de la fianza, elige la opción consistente en juicio instaurado ante los tribunales competentes, el artículo 94 establece las reglas a que debe sujetarse dicha opción, las cuales consisten substancialmente en que: se emplazará a la institución y se le correrá traslado de la demanda para que conteste en un plazo de cinco días; se dará un término a ambas partes de diez días para el ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, el que una vez concluido, las partes podrán presentar por escrito sus alegatos dentro de un término de tres días y por último, una vez concluido éste término, el juez dictará sentencia en un plazo de cinco días. En contra de la sentencia, únicamente procederá el recurso de apelación en ambos efectos y si la sentencia fue condenatoria para la afianzadora y se dictó un mandamiento de ejecución en su contra, sólo podrá ser ejecutada por conducto de la Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros, siguiendo las reglas establecidas en el mismo precepto legal.

Expuestos los procedimientos a los que se calificó como la regla general, atendiendo a que la calidad del beneficiario lo es cualquier persona, que no sea la Federación, el Distrito Federal, algún Estado o Municipio, enseguida nos referiremos a los procedimientos que establece la ley de la materia a favor de éstas, mismos a los que se les denominó como excepcionales.

Así, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece otros procedimientos, atendiendo a la calidad del beneficiario y de la obligación garantizada. En el artículo 95 se establece un procedimiento para hacer efectiva una fianza, a favor de las siguientes personas: la Federación, siempre que no se trate de una póliza que garantice obligaciones fiscales a cargo de terceros; el Distrito Federal; algún Estado o Municipio. El mismo artículo 95 dispone el caso de salvedad, cuando se trata de una póliza expedida a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, remitiendo a al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación. Y por último, el artículo 130 de la misma Ley, dispone el procedimiento a seguir por aquellos a cuyo favor se expidió la póliza, para garantizar la libertad provisional de una persona sujeta a un proceso penal. Enseguida, se hará mención de cada uno de ellos, si bien, ello se hará de una forma muy generalizada.

D. Procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- Si la beneficiaria de la fianza lo es la Federación, el Distrito Federal, alguno de los Estados o entidades federativas, o un Municipio, además de los procedimientos establecidos en los

artículos 93 y 93 bis de la Ley de la Materia, y que han quedado expuestos, puede elegir otra opción para hacer efectivo el cobro de la fianza, consistente en un procedimiento que deberá sujetarse a las reglas establecidas en el artículo 95 de la misma Ley y que son las siguientes:

a) Las instituciones de fianzas enviarán a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Distrito Federal o las autoridades correspondientes de los Estados o Municipios, según se trate, una copia de todas las pólizas que se hubiesen expedido a su favor.

b) Tratándose de fianzas expedidas a favor de la Federación, y siempre que no garanticen obligaciones fiscales a cargo de terceros, al hacerse éstas exigibles, la autoridad que la hubiere aceptado, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación en donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del domicilio del apoderado designado por la institución afianzadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación.

La autoridad ejecutora requerirá da pago en forma personal o por correo certificado con acuse de recibo a la institución fiadora, de manera fundada y motivada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada.

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.

c) En el requerimiento de pago se apercibirá a la fiadora, de que si no paga dentro de un plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha de notificación del requerimiento, se le rematarán valores de su propiedad en términos de lo dispuesto en el mismo artículo.

d) Dentro del plazo de treinta días mencionado en el inciso precedente, la institución fiadora deberá comprobar ante la autoridad ejecutora que ya cumplió con el pago de lo reclamado o bien, en caso de inconformidad, deberá probar que demandó la nulidad del requerimiento ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación del lugar donde se hubiere formulado el requerimiento, caso en el que el ejecutor suspenderá el procedimiento de ejecución. Si la afianzadora no hace el pago o no prueba haber impugnado el requerimiento de pago mediante la presentación de la demanda sellada de recibido, al día siguiente de vencido dicho plazo, la ejecutora solicitará a la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros se reintate en bolsa, valores de su propiedad que sean bastantes para cubrir el importe de lo reclamado.

Por su parte, el Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas facilita la aplicación del procedimiento para hacer efectiva una póliza otorgada a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados o Municipios para garantizar obligaciones de naturaleza no fiscal a cargo de terceros.

El artículo 1º de dicho Reglamento establece que para hacer efectiva una póliza que se hubiese hecho exigible, la autoridad que la hubiese aceptado integrará el expediente con los documentos que acrediten la existencia del crédito garantizado así como la exigibilidad del mismo, y remitirá a la autoridad ejecutora mediante oficio la documentación mencionada, haciéndole de su conocimiento que proceda a hacer efectivo el cobro de la póliza, mediante el requerimiento de pago respectivo.

Resalta que en la fracción I del artículo 3º del mismo Reglamento se disponga que el requerimiento de pago que formule la autoridad ejecutora, deberá hacerse de manera motivada y fundada, pues ya se mencionó que todo acto de autoridad que perturbe la esfera jurídica de un

gobernado, deberá respetar el principio de legalidad consagrado en el artículo 16 constitucional y que dijimos se hace contener en la frase "que funde y motive la causa legal del procedimiento".

E. Otro procedimiento excepcional que atiende a la calidad del beneficiario, se establece en el artículo 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y se refiere a las fianzas otorgadas ante las autoridades judiciales del orden penal, sean federales o locales. El procedimiento se compone de las siguientes etapas:

1) La autoridad judicial requerirá personalmente o por correo certificado con acuse de recibo a la afianzadora, para que presente a su fiado. Dicho requerimiento podrá hacerse directamente a la institución afianzadora, es decir, en sus oficinas principales o, bien, en cualquiera de sus sucursales, oficinas de servicio o en el domicilio del apoderado designado para ese efecto, pero siempre que se trate del más próximo al lugar en donde ejerza sus funciones la autoridad judicial de que se trate.

2) Si la afianzadora no hiciere la presentación del fiado dentro del plazo concedido para ello, la autoridad judicial lo comunicará a la ejecutora, federal o local, según sea el caso, para que proceda al cobro de la fianza en los términos del artículo 95 de la propia Ley, acompañando la constancia fehaciente de la diligencia de requerimiento.

F. El último caso de excepción, es el procedimiento establecido que atiende a la calidad de la beneficiaria y de la obligación garantizada, es decir, la expedida a favor de la Federación para garantizar obligaciones de carácter fiscal a cargo de terceros, y es la referida en la última parte del primer párrafo del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Tal procedimiento constituye el desarrollo del siguiente apartado y constituye propiamente la aplicación del procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, para hacer efectiva una póliza de tal índole.

Ahora bien, tomando en consideración los diversos procedimientos expuestos, así como la naturaleza de la obligación garantizada, tenemos que cuando se trata de una póliza expedida a favor de la Federación para garantizar un contrato de obra pública, la beneficiaria de la misma para hacer efectiva la póliza de fianza respectiva, podrá elegir entre los procedimientos enunciados en las literales A, B y D anteriores.

Sin embargo, aun cuando el contrato de obra pública no consiste en una obligación de naturaleza fiscal a cargo de terceras personas y a favor de la Federación, ésta como beneficiaria puede elegir entre otros procedimientos para hacer efectivo su cobro, el previsto en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual es idéntico en esencia al procedimiento establecido en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, o sea, el procedimiento administrativo de ejecución, aunque no se le denomine como tal.

2. 6. Procedimiento de cobro de una fianza que garantiza contratos de obra pública, establecido en el Código Fiscal de la Federación

No todos los créditos a favor del Estado tienen carácter tributario, pues existen diversos ingresos que no participan de la característica principal que los identifica, a saber, que fueron generados de forma unilateral e imperativa por parte del Estado a través de su poder de imperio. La doctrina ha clasificado a los ingresos del Estado en: tributarios y no tributarios, incluyendo dentro de los primeros a los impuestos, derechos, contribuciones especiales y aprovechamientos, de modo que los restantes se encuentran contenidos dentro del segundo grupo.

Es a partir de dicha clasificación de los ingresos del Estado, que debieron haberse establecido distintas formas para su cobro, lo cual no acontece en la realidad, como ya vimos al tratar la posición de la Tesorería ante el cobro de los créditos a favor del fisco federal.

Así, en la parte final del primer párrafo del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se establece un caso de excepción en la aplicación del procedimiento previsto en tal dispositivo, y que consiste en hacer efectiva una póliza expedida a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, si dicha póliza se hubiese hecho exigible, remitiéndonos al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación.

Ahora bien, el Título V del Código Fiscal de la Federación denominado "De los Procedimientos Administrativos", se encuentra dividido en tres capítulos, cada uno de los cuales se refiere respectivamente a: a) recurso de revocación; b) las notificaciones y garantía del interés fiscal y el último, c) al procedimiento administrativo de ejecución. Sin embargo, siempre que se trate de hacer efectiva una póliza otorgada a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, no es aplicable el procedimiento administrativo de ejecución mencionado en el inciso c), y que se encuentra previsto en los artículos 145 y siguientes del Código Fiscal de la Federación, sino el previsto en el diverso 143 del mismo Ordenamiento jurídico y que es igualmente el procedimiento administrativo de ejecución, sólo que con ciertas modalidades, en atención a la calidad de la obligada, es decir, a la institución de fianzas.

Las modalidades dispuestas en los incisos a y b para el procedimiento administrativo de ejecución, previstas en el artículo 143 citado, disponen substancialmente que: la autoridad ejecutora requerirá de pago a la afianzadora, acompañando los documentos que justifiquen el crédito garantizado y su exigibilidad, al apoderado designado por la afianzadora para ese efecto; y en el segundo de los incisos mencionados se dispone que, en caso de que la afianzadora no efectúe el pago dentro del mes siguiente a la fecha en que surta efectos la notificación del requerimiento, la propia ejecutora ordenará a la autoridad competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que remate en bolsa, valores de la afianzadora bastantes para cubrir el importe de lo requerido.

Como ya se señaló, las modalidades apuntadas obedecen a la calidad de la obligada, que en este caso, será siempre la institución afianzadora autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La institución afianzadora responde por el monto total de la póliza que expidió con los bienes que le pertenecen, al igual que todas las demás garantías de carácter personal; sin embargo, a diferencia de otro tipo de garantías del interés fiscal otorgadas a favor de la Federación, en caso de impago por parte de la institución garante, no procede en contra de ésta el embargo de sus bienes, sino con el remate en bolsa de las acciones hasta por el monto de lo garantizado.

El artículo 141 del Código Fiscal de la Federación, establece en la fracción III que la fianza otorgada por institución autorizada, es una de las formas por las que los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal, con la característica de que la afianzadora no gozará de los beneficios de orden y excusión de que gozan los fiadores en las fianzas civiles.

Sin embargo, aun cuando la obligación derivada de un contrato de obra pública no es fiscal, la fianza que garantiza su cumplimiento puede ser hecha efectiva a través de la vía ejecutiva prevista en el Código Fiscal de la Federación, sólo si la institución afianzadora se somete expresamente en el texto de la póliza al procedimiento establecido en los artículos 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y 143 del Código Fiscal de la Federación, que no es otro sino el administrativo de ejecución.

En efecto, el incumplimiento por parte del contratista al contrato de obra pública, no da origen a un crédito de carácter fiscal a favor de la Federación. Al respecto Armando Herrera Cuervo, refiriéndose al crédito surgido respecto del incumplimiento de parte del contratista a un contrato de obra pública, sostiene que:

“Cuando se trata de créditos a favor del Erario Federal, que derivan no de la aplicación unilateral de una ley, sino de un contrato celebrado por la Federación, sólo será competente el Tribunal Fiscal para conocer de los juicios iniciados en contra de las resoluciones que ordenan la percepción de esos créditos, si el deudor se ha sometido expresamente a la facultad económico-coactiva...”, y que tratándose de dichos créditos *ex contractu* para que pueda intentarse su cobro por el procedimiento de ejecución es necesario que “mediante un sometimiento expreso del particular, autorizado por la ley, consienta el inmediato cobro administrativo del crédito, convirtiendo de esta manera una relación jurídica tutelada por el derecho privado, en una relación de derecho público en la que el Estado deja de tener carácter de contratante.”⁽⁶³⁾

Dicho criterio puede aplicarse igualmente a la obligación derivada de la expedición de la póliza de fianza, para garantizar ese tipo de contratos, por lo que en este caso es válido sostener que la excepción prevista en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, resulta inaplicable, en cuanto remite al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación; sin embargo, dicho procedimiento sí puede ser aplicable para hacer efectiva una póliza de esa índole, siempre y cuando la institución garante se someta expresamente a dicho procedimiento.

Por lo que, si ante el incumplimiento culpable por parte del contratista en un contrato de obra pública celebrado con la Administración Pública Federal centralizada, la autoridad hacendaria decide hacer efectivo el cobro de la póliza de fianza otorgada para garantizar su cumplimiento, atendiendo a lo establecido en la última parte del primer párrafo del artículo 95 de la Ley de la Materia, es decir, mediante el procedimiento administrativo de ejecución establecido en el Código Fiscal de la Federación, ello no tendrá su origen en la naturaleza de la obligación garantizada, sino en la manifestación expresa que hace la afianzadora de someterse a la vía ejecutiva.

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, p. 722.

CAPITULO TERCERO: CADUCIDAD Y PRESCRIPCION COMO FIGURAS EXTINTIVAS DE LAS FIANZAS DE OBRA PUBLICA

En el primero de los dos capítulos desarrollados en este trabajo, quedo precisada la naturaleza jurídica del contrato de obra pública, es decir, su naturaleza administrativa, lo cual significa que independientemente de la intervención como contratante de alguno de los órganos y entes que integran la Administración Pública en cualquiera de los tres niveles territoriales de gobierno que existen en México, el contrato de obra pública, se caracteriza por la búsqueda de la satisfacción del interés público; concepto éste que es más amplio que el de servicio público, ya que como vimos, la obra pública no siempre se lleva a cabo para satisfacer directamente un servicio público.

El Diccionario Jurídico Mexicano define al *interés público* como "...el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad ...pretensiones que son compartidas por la sociedad en su conjunto, y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad. Estas últimas pretensiones son garantizadas mediante la actividad constante de los órganos del Estado, y para referirse a ellas se utiliza la expresión "interés público". (64)

En razón de ese interés público que busca satisfacer el contrato de obra pública, es que se explica el que en la legislación que a ésta rige se establezcan prerrogativas a favor de la autoridad que interviene como contratante, las cuales pueden dar lugar a la inclusión en el texto del contrato de "cláusulas exorbitantes de derecho privado", como las denomina Fraga.

Asimismo, y debido que el tema a tratar en este trabajo se circunscribe a la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, respecto de la caducidad y prescripción de las fianzas otorgadas a favor del fisco federal, para garantizar los contratos de obra pública, fue necesario delimitar el tema a aquellos contratos de obra pública que celebra la Administración Pública Federal Centralizada.

De igual forma, con relación al Segundo de los capítulos de este trabajo, quedó precisada la naturaleza jurídica del contrato de fianza, la cual siempre será mercantil aun cuando garantice obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación.

Se señalaron también los distintos procedimientos existentes para hacer efectiva una póliza de fianza, que se establecen en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en la que se les denomina con el nombre de "especiales". Asimismo, se hizo referencia al caso de excepción en la aplicación de dichos procedimientos especiales, y que es el consistente en el procedimiento económico coactivo que prevé el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, respecto del cual se mencionó el fundamento constitucional, así como los pasos que lo integran.

También se dijo que la aplicabilidad del procedimiento administrativo de ejecución a las fianzas otorgadas para garantizar obligaciones de carácter no fiscal a cargo de terceros, como en el caso del contrato de obra pública, descansa sobre la base de la manifestación expresa que hace la afianzadora de someterse a dicho procedimiento, en razón de que el contrato de fianza tiene una naturaleza jurídica eminentemente de Derecho privado para las partes que en él intervienen.

(64) Diccionario Jurídico Mexicano, 3ª Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1993, p. 1779.

Ahora bien, toda vez que el tema de este trabajo se encuentra delimitado a la caducidad y prescripción, como figuras extintivas de las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar el cumplimiento de un contrato de obra pública, que hubiese sido celebrado por la Administración Pública Federal Centralizada, el contenido a desarrollar por este último capítulo se limita a definir las instituciones jurídicas mencionadas y las diferencias que existen entre ambas; así como precisar el momento a partir del cual se hace exigible una fianza que garantiza el cumplimiento de un contrato de obra pública; a analizar las figuras jurídicas de caducidad y prescripción previstas en cada uno de los ordenamientos implicados en el tema, a saber, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Código Fiscal de la Federación; y por último, a hacer referencia a la jurisprudencia que al respecto han emitido el Tribunal Fiscal de la Federación y el Poder Judicial de la Federación.

3.1. Definición de caducidad

En el primer capítulo de este trabajo se dijo que no solamente existe un tipo de caducidad, es decir, aquella de tipo procesal mejor conocida como "caducidad de la instancia", la cual, no da lugar a la pérdida de la acción, sino que ésta puede hacerse valer posteriormente mientras no haya prescrito el derecho para hacerlo; sino que también existe un tipo de caducidad que se refiere a la pérdida de los derechos sustantivos en contraposición a los adjetivos o procesales, e incluso se dijo que la pérdida de los derechos sustantivos por caducidad podía tener su origen en la manifestación de voluntad de los contratantes, además de la posibilidad de ser establecida en ley.

En el derecho positivo mexicano la caducidad ha sido diferenciada de la prescripción extintiva, refiriéndola únicamente a la pérdida de un derecho procesal o adjetivo, sin embargo, resulta necesario tratar de establecer con certeza la existencia de esta característica distintiva entre ambas figuras jurídicas en el derecho positivo mexicano, con miras a determinar qué clase de derecho se pierde con la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es decir, si se pierde un derecho adjetivo o uno sustantivo.

Así, antes de definir a la caducidad, es preciso recordar la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo. Al efecto, seguiremos al maestro García Máynez, para quien las normas jurídicas genéricas encierran siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y los derechos que las mismas normas, respectivamente, imponen y otorgan, y que suele enunciarse como si *A* es, debe ser *B*; enunciado que encierra una regla jurídica completa, porque no requiere necesariamente de la sanción por parte del Estado cuando se está ante el incumplimiento del deber que encierra, para que sea considerada como tal.

Por otra parte, el derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona, mientras que la regla normativa es, en cambio, el fundamento de tal facultad. Los derechos subjetivos suelen dividirse en derechos a la propia conducta, que pueden consistir en un hacer algo o en un no hacer algo, y derechos a la conducta ajena, consistentes en la facultad de exigir de otro un hacer o no hacer algo; mientras que los primeros son facultades correlativas de un deber universal de respeto, los segundos son correlativos del deber de una persona o varias personas individualmente determinadas; de lo que se concluye que en toda facultad existen los dos aspectos, es decir, un derecho y un deber correlativo.

En épocas primitivas no existía la función jurisdiccional como ahora se le conoce, sino que se resolvían los conflictos de derecho mediante reglas de parecer personal, de entre las que destacan "la ley del más fuerte", y la de "ojo por ojo"; etapa conocida con el nombre de *régimen de autodefensa*. Tal situación orilló al poder público a intervenir como mediador o conciliador de tales

conflictos, reservándose en forma paulatina la solución directa de los mismos, como hasta nuestros días. Para García Máynez el desempeño de la función de juzgar de los órganos correspondientes es un deber jurídico, pero a su vez, dicho deber es correlativo de una facultad concedida por el mismo derecho objetivo a los particulares y, en ocasiones, a otros órganos del Estado, como ocurre en caso del Ministerio Público cuando ejerce la acción penal si el delito de que se trata es perseguible de oficio. Para que dicha obligación de juzgar se actualice, es indispensable que se demande su cumplimiento por quien esté facultado para ello por ley, en ejercicio del correlativo derecho al que se denomina con el nombre de *acción*, a la que define el autor como "*la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva*".⁽⁶⁵⁾

De las principales teorías cuyo debate se centra en determinar la esencia del derecho de acción, esto es, si éste es independiente del substancial (derecho a la prestación) o, por el contrario, se trata de un mismo derecho visto desde dos ángulos distintos, destaca por su importancia la de la *autonomía de la acción*. Para ésta, la acción es un derecho distinto e independiente del substancial, o derecho a la prestación, por las siguientes razones: hay casos en que existe la acción y no se encuentra un derecho material, y viceversa; el derecho de acción es correlativo de un deber del Estado, al que se denomina obligación jurisdiccional, y por último, es público, en tanto que el substancial tiene generalmente el carácter de privado.

Los ejemplos de la primera de las razones por las que el derecho de acción es autónomo del substancial, son: las obligaciones naturales, no obstante que no pueden hacerse valer por medio de una acción, son auténticos derechos subjetivos, porque su titular puede exigir el cumplimiento de los correspondientes deberes, no ante los tribunales, pero sí por otros medios, con tal de que sean lícitos; y por lo que toca a la existencia de la pura acción sin necesidad de la existencia de un derecho substancial, nos encontramos ante las acciones de simple apreciación o declarativas, en las que el pretensor no pretende tener un derecho substancial correlativo de una obligación del demandado, sino que recurre a los órganos jurisdiccionales para que pongan fin a una situación de incertidumbre, declarando si existe un determinado derecho u obligación de cumplir ciertos requisitos en un documento. Aun más, se puede apreciar la autonomía del derecho de acción cuando se ejerce una acción infundada o, lo que es lo mismo, que no existe el derecho substancial invocado por el actor.

De los párrafos precedentes, se puede concluir que el derecho de acción, es un derecho subjetivo, que faculta al sujeto en una norma jurídica a exigir de los órganos jurisdiccionales, que resuelva un conflicto respecto del derecho sustantivo contenido en dicha norma legal o, bien, que declare respecto de dicho derecho, dando solución a una situación de incertidumbre. Derecho, el de acción, al que la doctrina ha denominado también como derecho adjetivo o procesal, en contraposición al derecho objetivo o sustantivo. Esta distinción nos servirá posteriormente, para poder determinar qué tipo de derecho se pierde con la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Institución de Fianzas.

Antes, resulta pertinente establecer las distintas definiciones que de la caducidad han elaborado los jurisconsultos.

En su concepción jurídica más amplia, la caducidad es un hecho jurídico por virtud de la cual se extingue o pierde un derecho, y en su concepción menos general, por caducidad se

(65) García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 47 edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 229.

entiende la decadencia de un derecho o la pérdida del mismo por no haber cumplido, en el plazo determinado, la formalidad o la condición exigida.

El autor Castán define a la caducidad como aquella figura jurídica que se aplica "a las acciones, derechos y obligaciones, para expresar que han perdido su existencia legal, o que no pueden ejercitarse aquellos ni exigirse éstas, por haber quedado sin valor ni efecto, en virtud del abandono, cuya consecuencia es la prescripción." ⁽⁶⁶⁾

Caducidad es la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley o la voluntad de los particulares. ⁽⁶⁷⁾

En el Derecho procesal la caducidad de la instancia expresa el hecho por el que termina anormalmente el proceso, en virtud del transcurso del tiempo fijado por la ley sin que ninguna de las partes haya realizado acto alguno. Y tiene como justificación subjetiva, el suponer el abandono de las partes de continuar el juicio, y otro objetivo, por el enorme inconveniente que resulta prolongar indefinidamente en el tiempo un juicio más allá del límite establecido en la ley.

Al respecto Jaime Guasp dice que, por extinción del procedimiento o proceso debe entenderse "Toda conclusión o terminación anormal de éste, es decir, toda conclusión o terminación producida sin que se haya obtenido su fin. Como el fin normal del proceso es la actuación de una pretensión conforme con el Derecho objetivo, siempre que el proceso termine sin haberse actuado o haberse denegado la actuación de la pretensión, el proceso no queda decidido, sino extinguido: así se contraponen la decisión a la extinción procesal. A su vez, esta extinción puede producirse a causa, aunque sea mediata, de actos de las partes que tienden a este fin: renuncia, desistimiento, allanamiento y transacción, o a causa de la inactividad de los sujetos procesales: entonces nos hallamos ante un caso de caducidad." ⁽⁶⁸⁾

El abandono supuesto de alguna de las partes, deberá ser voluntario. Además, se entenderá abandonada la instancia y no la acción, pues ésta podrá ser ejercida posteriormente siempre que no haya prescrito el derecho para hacerlo, sin olvidar que uno de los efectos de la caducidad de la instancia, es interrumpir el término prescriptorio.

Ya instaurado un proceso, lo que hace suponer el ejercicio previo de una acción, puede darse la preclusión, y que no es sino la extinción de la facultad que tiene el titular de la misma, para dar contestación a la demanda, por ejemplo, sin no lo hace dentro del momento procesal oportuno. Es decir, se trata de una especie de caducidad.

De acuerdo a las definiciones antes mencionadas, se puede concluir que, la caducidad extingue derechos adjetivos, tales como la acción o la instancia o proceso, así como derechos sustantivos, materiales u objetivos, por virtud del transcurso del tiempo.

3.2. Definición de prescripción extintiva

La doctrina ha querido ver como única característica distintiva de la prescripción extintiva respecto de la caducidad, aquella que se refiere a que mediante el transcurso del tiempo determinado en ley, sin que se ejercite un derecho sustantivo, se pierde tal derecho, mientras que por virtud de la caducidad se pierde un derecho adjetivo.

⁽⁶⁶⁾ Castán citado en Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, Barcelona España, p. 178.

⁽⁶⁷⁾ Nueva Enciclopedia Jurídica, T. III, Francisco Seix Editor, Barcelona España, 1989.

⁽⁶⁸⁾ Jaime Guasp, citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, *Op. cit.*, nota a pie (67), p. 505.

Algunas de las definiciones que los juristas han elaborado de prescripción extintiva, son las siguientes: se ha definido en términos generales, como "el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud del ejercicio continuado o del no ejercicio continuado".⁽⁶⁹⁾

Por su parte, la Dra. Lomeli Cerezo nos da la definición de prescripción más difundida, según la cual "...la prescripción es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión o propiedad, llamándose en este caso usucapión o prescripción adquisitiva, o bien confirmando una renuncia, abandono o inactividad que lleva a la pérdida de un derecho y la extinción de la obligación correlativa, o sea, a la prescripción extintiva o liberatoria. En estas condiciones, la prescripción, dentro del Derecho Civil, constituye un modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo, debiéndose subrayar que éste obra como el productor esencial de estas situaciones jurídicas."⁽⁷⁰⁾

Entre estas dos instituciones, la prescripción adquisitiva o usucapión y la prescripción extintiva, a pesar de que tienen en común como elemento importante el transcurso del tiempo, existen las siguientes diferencias: la usucapión se refiere a los derechos reales susceptibles de posesión, mientras que la prescripción extintiva se aplica a todos los derechos, tanto reales como personales, esto en cuanto a la función que cada una cumple; también tienen diferencias respecto de los requisitos, pues mientras la usucapión exige el elemento positivo de la posesión, la prescripción extintiva requiere sólo el elemento negativo, consistente en la inactividad del titular del derecho.

Por razón de que el tema de este trabajo consiste en la forma de extinción de la fianza, es decir, de una obligación accesoria a cargo de la institución garante, será tema de tratamiento sólo la prescripción extintiva, aun cuando nos refiramos a ésta con el término de prescripción solamente.

Se dice también por los doctrinarios que, con la prescripción no sólo se extingue un derecho substancial (derecho a la prestación), sino también el derecho subjetivo público denominado *derecho de acción*, tal y como nos lo demuestran las siguientes palabras de la Dra. Margarita Lomeli Cerezo, cuando dice que: "En el antiguo derecho romano no existía esta institución. Las acciones a las cuales daban nacimiento las obligaciones civiles eran, en general, perpetuas. Ningún período de tiempo podía extinguirlas. El Emperador Teodocio II, en el Código que lleva su nombre, promulgado en el año 438 D.C., alteró esa regla que sufría, por otra parte, algunas excepciones, y limitó la duración de las acciones a treinta años, estableciendo de esta manera la prescripción como medio dado al deudor para librarse de la acción del acreedor, prevaleciendo del lapso corrido desde el nacimiento de la obligación".⁽⁷¹⁾

El fundamento objetivo de la prescripción es que responde a las exigencias de la seguridad jurídica, pues da certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas, impidiendo que las mismas se prolonguen indefinidamente en el tiempo; también tiene otro fundamento de carácter subjetivo, el cual se basa en la presunción de abandono o renuncia por parte del titular del derecho por no hacerlo valer.

⁽⁶⁹⁾ Enneccerus, E. Kipp, citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XX, Editorial Francisco Seix, S.L., Barcelona España, 1993, p. 296.

⁽⁷⁰⁾ Diccionario de Derecho Usual, citado por la Dra. Margarita Lomeli Cerezo en *Prescripción y Caducidad en el Derecho Tributario*, Revista del Tribunal FISCAL de la Federación, Tercera Época, Año VI, No. 68, agosto de 1993, p. 49.

⁽⁷¹⁾ Dra. Lomeli Cerezo, Margarita. *Op. cit.*, nota a pie (70), p. 49.

3.3. Diferencias entre caducidad y prescripción extintiva

No obstante que en materia tributaria de nuestro país, las figuras de caducidad y prescripción aparecen bien delimitadas, ya que la primera queda definida como la pérdida de las facultades de las autoridades para determinar un crédito fiscal a favor del fisco o bien para sancionar las infracciones a las disposiciones fiscales por el transcurso del tiempo señalado en ley, la prescripción se define como la extinción del crédito por el transcurso del tiempo, es decir, la primera refiere la pérdida de un derecho adjetivo o procesal y la segunda de un derecho sustantivo, o sea, a la prestación de la conducta ajena protegido por el derecho de acción, lo cierto es que en Derecho privado no es clara la distinción que existe entre ambas figuras jurídicas.

Con relación a lo afirmado en primer término en el párrafo anterior, tenemos el criterio que sostiene el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el siguiente precedente, que nos permitimos transcribir sólo en su parte conducente:

CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. CUANDO OPERAN, CONFORME A LOS ARTICULOS 67 Y 146 DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION. DIFERENCIA ENTRE ESTAS FIGURAS JURIDICAS.- La caducidad es la sanción que la ley impone al fisco por su inactividad e implica necesariamente la pérdida o la extinción para determinar, liquidar o fijar en cantidad líquida una obligación fiscal. Esta figura jurídica, que debemos aclarar que pertenece al derecho adjetivo o procesal (a diferencia de la prescripción que pertenece al derecho sustantivo), se encuentra contemplada en el artículo...

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Volumen VII, pág. 222.

Los más insignes tratadistas han tratado de encontrar las diferencias entre ambas instituciones jurídicas, y que son las que enseguida se enumeran:

1. Por el origen. La causa del origen de la caducidad, puede ser convencional o legal; mientras que el de la prescripción es siempre legal.
2. Por el ámbito. La caducidad se extiende, preferentemente, a los llamados derechos potestativos, esto es, a derechos determinados cuyo ejercicio ha de tener lugar en breve espacio temporal. En cambio, la prescripción se extiende a los derechos subjetivos, en general.
3. Por el modo de operar. La caducidad produce la extinción del derecho automáticamente y de modo directo. En cambio, la prescripción produce la extinción de los derechos sólo a través de una excepción.

Al respecto, un criterio jurisprudencial español ha establecido que cuando se otorga un tiempo determinado para el ejercicio de un derecho se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual, el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor expresa, pues de oficio ha de ser acordada, mientras que, por el contrario, la prescripción hace referencia tan sólo a las pretensiones que las partes pueden deducir y no a los derechos que afecta, quedando éstos sólo paralizados mediante la excepción que se promueve, excepción que sólo cabe admitir cuando por la parte expresamente se articula; respondiendo aquella, la primera, a la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico, y estando la segunda, la prescripción, fundada en la conveniencia de poner término a la incertidumbre de los derechos, entendiéndolos abandonados cuando su titular no los ejerce.

4. Por la persistencia. En la caducidad, teniendo en cuenta el modo automático y directo de operar la extinción, no se dan, anormalmente, causas de interrupción y suspensión de la misma: en la prescripción sí.

5. Por la finalidad. La caducidad tiene una finalidad de concreción, por cuanto que tiende a determinar previamente el tiempo en que puede ejercitarse un derecho (obedece a impulsos de una razón objetiva). La prescripción, teniendo en cuenta el no ejercicio de los derechos o acciones y su posible abandono por aquel a quien corresponde dicho ejercicio, desemboca en la extinción de aquéllos (obedece a una razón subjetiva).

Esta parece ser la distinción más consistente, pues mientras que en la caducidad el Estado lo que busca es dar seguridad al tráfico jurídico, obligando al posible titular de un derecho a ejercitar éste dentro de un determinado periodo de tiempo, ya sea para su adquisición o bien para su conservación; en la prescripción busca dar certeza a las relaciones jurídicas, castigando al no ejercitante de un derecho durante un tiempo superior al de caducidad, suponiéndolo abandonado por su titular, consolidando legalmente esa situación de hecho.

De forma diversa al criterio que sostiene que la prescripción obedece a razones subjetivas, por suponer abandonado un derecho adquirido por su titular, al transcurso del tiempo, los tratadistas De Castro y Enneccerus manejan un fundamento objetivo de la prescripción, el cual hacen consistir en que: la prescripción "se ha convertido en una figura aceptada por la sociedad sin reservas, y útil, posiblemente necesaria, para la limpieza y purificación drástica del tráfico jurídico, eliminando situaciones residuales que obstaculizarían el buen juego de las instituciones patrimoniales; aunque ello sea a costa de ciertos resultados concretos injustos...con el fin de salvaguardar la seguridad general del derecho y en orden a proteger contra las pretensiones ilegítimas, el ordenamiento jurídico tiene que aceptar también que el deudor poco escrupuloso, que sabe exactamente que él debe todavía, esté favorecido por las reglas de la prescripción. Pero sería poco decoroso protegerle ipso iure", por tanto el fundamento de la prescripción no es la justicia sino la seguridad jurídica y por ello, ha de interpretarse restrictivamente, no siendo apreciable de oficio.⁽⁷²⁾

6. Por la razón con el sujeto. La caducidad o decadencia supone la existencia de un derecho cuya adquisición por el titular no llega a verificarse, mientras que la prescripción se refiere a un derecho ya adquirido, pero cuya falta de ejercicio determina su extinción.

7. La inactividad del titular que produce la extinción, tanto en el caso de caducidad como en el de prescripción, presenta divergencia en determinados casos. Así, mientras en la prescripción extintiva sólo la presentación de la demanda o equivalentes conserva el plazo, en la caducidad basta una indicación de palabra del titular, si bien esto es excepcional, siendo lo más frecuente que también sea indispensable la presentación de la demanda.

Sin embargo, a pesar de tales diferencias ambas figuras jurídicas tienen en común las siguientes características:

1ª Se consideran esenciales a ambas figuras jurídicas los requisitos esenciales siguientes: el elemento positivo del transcurso del tiempo y el negativo del no ejercicio del derecho.

2ª Las dos figuras responden a la misma finalidad de dar certidumbre y seguridad a la vida de las relaciones jurídicas.

⁽⁷²⁾ De Castro y Bravo, F y Enneccerus, Kipp, Wolff, citados en la Nueva Enciclopedia Jurídica, nota a pie (69), p. 298

3ª Que ambas producen un mismo efecto: la pérdida del derecho o de la acción.

Aun cuando el origen de la caducidad, a diferencia de la prescripción, puede ser convencional; opera de forma automática; su apreciación por parte de los tribunales es de oficio y admite una sola causa de interrupción o suspensión y que no es sino el ejercicio del derecho dentro del plazo señalado en ley, lo cierto es que la mayoría de las diferencias anteriormente enumeradas no son esenciales, sino meramente incidentales.

Todo ello nos haría pensar en que la caducidad es una especie de la prescripción, tal y como lo maneja la Nueva Enciclopedia Jurídica que define a la caducidad como "aquella especie de prescripción extintiva que operando automáticamente y siendo apreciable de oficio, produce la pérdida de un derecho o acción, por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley o la voluntad de los particulares, no admitiendo más causas de suspensión o interrupción que el ejercicio por parte del titular." (73)

No compartimos el criterio sostenido en el sentido de que la caducidad es una especie de la prescripción, por lo que para diferenciar la prescripción de la caducidad, seguiremos a Bejarano Sánchez, quien acudiendo a su vez al insigne jurista Ernesto Gutiérrez y González, concluye que la distinción entre ambas figuras jurídicas se encuentra en el origen de las mismas, pero no aquel origen del que se trató con anterioridad referente a si puede ser convencional o bien, legal, sino a las circunstancias de lugar y tiempo en que nacieron a la vida jurídica.

Así, la caducidad tiene su origen en las leyes *Julia de Maritandis Ordinibus* y *Julia et Papia Poppaea*, votadas en Roma en la época de Augusto, que tuvieron como propósito aumentar la población y sanear las costumbres; imponían la pérdida del derecho a heredar de los célibes, a menos que contrajeran matrimonio dentro de cierto plazo, así como de los casados sin hijos que no procrearan descendencia en un término dado, favoreciendo a aquellos coherederos o legatarios que sí tenían descendencia, o en su defecto al fisco; de lo que se infiere que la caducidad no es sino una sanción impuesta por el Estado, condicionada por la no realización voluntaria y consciente de un hecho positivo, es decir, "es la pérdida de un derecho porque no se efectúa una conducta exigida dentro de cierto tiempo". (74)

Otro criterio de diferencia entre una y otra figura jurídica que atiende a la conducta que su titular debe de realizar, es la consistente en que para impedir que ocurra la prescripción, el titular debe ejercer el derecho mismo; mientras que para evitar que sobrevenga la caducidad, el titular debe realizar una conducta que puede no consistir en ejercer el derecho mismo. Así, por ejemplo, para impedir que prescriba un crédito hay que interpelar o demandar al deudor; pero, para impedir que caduque la acción cambiaria de regreso hay que efectuar el protesto de la letra.

Respecto de la distinción entre estas dos figuras jurídicas, caducidad y prescripción extintiva, vale la pena traer a colación lo que nos dice al respecto el jurista Vicente López Velázquez, quien dice que: "...Igualmente escuetos son los diversos autores que se dignan tratar la caducidad, pero tanto el Legislador como los autores parecen acordes en que, el principal juicio diferenciador, es que la caducidad no se interrumpe y la prescripción sí... Otro juicio diferenciador, generalmente aceptado, es que el término de la caducidad corre aún cuando no

(73) Nueva Enciclopedia Jurídica, nota a pie (67), p. 503.

(74) Bejarano Sánchez, *Op. cit.* nota a pie (41), p. 462.

pueda ejercitar su derecho aquel a quien le fue otorgado ...De la redacción de los artículos 1497 y 1498 del Código Civil así como del párrafo nuevo y final del artículo 88 del Código Fiscal, y de otras normas, puede colegirse la idea no precisada por el Legislador que la caducidad tiene otras diferencias: La caducidad DEBE REFERIRSE A UN DERECHO QUE SE HA OTORGADO JUNTO CON UN PLAZO PARA SU EJERCICIO, y no existe en los casos en que el derecho, que se pierde por falta de ejercicio, nació derivado de otro derecho o nació por una determinación general de la Ley.”⁽⁷⁵⁾

Contamos ya con los suficientes elementos para determinar lo siguiente:

1) Por virtud de la caducidad se extinguen derechos adjetivos, tales como la instancia, o como aquel a que se refiere la preclusión, por virtud de la cual se extinguen por su no ejercicio oportuno y en forma legal una facultad o un derecho procesal, como no contestar la demanda dentro del término y en la forma establecida por la ley.

2) Pero además, la caducidad también puede dar lugar a la extinción de derechos sustantivos, materiales, u objetivos en oposición a adjetivos. Así, tenemos el caso de la pérdida del derecho a heredar por no tener descendientes directos y así marcarlo la ley: en tal caso, se trata de un derecho sustantivo ya adquirido por su titular, pero que no puede llegar a ejercerlo, debido a su falta de descendientes directos. Este caso fue precisamente el que dio origen a esta institución jurídica en Roma.

3) De igual manera, por virtud de la configuración de la caducidad, se pueden extinguir las acciones inherentes a las normas de derecho objetivo que encierran una obligación prestacional, como en el caso de la caducidad de la acción cambiaria de regreso en el derecho mercantil, por su falta de protesto.

4) Mientras que por su parte, la prescripción liberatoria da lugar a la extinción de un derecho sustantivo ya adquirido, pero que por su falta de ejercicio en determinado tiempo, el Estado al suponerlo abandonado, sanciona la actitud pasiva del titular con la pérdida de ese derecho.

5) La prescripción extingue los derechos sustantivos, y en consecuencia también los derechos de acción que cada uno de ellos implica, sin olvidar que el derecho de acción es un derecho adjetivo o procesal independiente de aquéllos, lo que puede dar como consecuencia que se ejerciten derechos de acción sin fundamento alguno, es decir, sin derecho sustantivo que le respalde. Así, para que se considere extinto un derecho sustantivo por prescripción liberatoria, el demandado por la vía jurisdiccional para que cumpla con la obligación correlativa que ese derecho implica, debe resistir la pretensión del titular del derecho, oponiendo la excepción de prescripción.

Por lo que consideramos que, cuando algunos autores afirman que con la prescripción se extingue el derecho de acción, quieren decir que al extinguirse el derecho sustantivo o material que es el fundamento del de acción, éste no debería ejercerse; sin embargo, debido a que el derecho de acción es independiente del sustancial, puede ejercerse sin la existencia de éste, es decir, puede ejercerse un derecho de acción pero sin tener el fundamento para ello.

6) Por último, la más determinante distinción entre ambas figuras, además de las que ya han quedado mencionadas, y que no se consideran esenciales, es aquella que se refiere a la finalidad que con cada una de ellas persigue lograr el Estado con su creación. Así, la finalidad que el Estado busca conseguir con la caducidad, es que el titular de un derecho, sea para adquirirlo o

⁽⁷⁵⁾ López Velázquez, Vicente, “Prescripción, Caducidad y Preclusión”, en Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México, T. I, p. 744.

bien para conservarlo, realice cierta actividad, que bien puede consistir en el ejercicio mismo del derecho, dentro de un cierto plazo casi inmediato, por decirlo así, en contraposición al periodo de tiempo que debe transcurrir para que se extinga un derecho por prescripción. En cambio, la finalidad que el Estado busca conseguir con la prescripción, es darle calidad jurídica a un estado que de hecho se venía dando, y que consiste en el supuesto abandono por el titular de un derecho que ya había adquirido al no ejercerlo en determinado tiempo.

3.4. Diferencias entre ambas figuras jurídicas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

3.4.1. Caducidad establecida en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en sus párrafos primero y segundo, regula la figura jurídica de la caducidad de las fianzas, en los siguientes términos:

"ARTICULO 120.- Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedará libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza.

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

De lo antes transcrito, se desprende en principio que la caducidad como figura extintiva de las obligaciones derivadas de una fianza, es aplicable a todo tipo de fianzas que expidan las afianzadoras que hubiesen sido instituidas con la autorización del Gobierno Federal, es decir, los párrafos en comento no distinguen si la fianza a la que se refiere garantiza o no créditos fiscales a cargo de terceros, y ni si la beneficiaria es o no la Federación.

De dichos párrafos se desprende también que la institución garante quedará liberada de su obligación por caducidad, en los siguientes supuestos:

a) Si la afianzadora se obligó por tiempo determinado, es decir, si en la póliza se estipuló un periodo de vigencia de la misma, la obligación se extinguirá por caducidad si el beneficiario no la reclama dentro del plazo estipulado en la póliza para tal efecto, y a falta de dicha estipulación, dentro de los ciento ochenta días posteriores a la expiración de dicha vigencia.

b) Si la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado, es decir, si no se estipuló un periodo de vigencia de la misma, la obligación se extinguirá cuando el beneficiario no la reclame dentro de los ciento ochenta días posteriores a cuando se hace exigible la póliza por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada.

Con relación al anterior inciso a, se advierte que aun cuando los contratantes de la fianza tienen la posibilidad de estipular un plazo convencional dentro del cual el beneficiario deberá reclamar la póliza, el artículo 120 es omiso en precisar si dicho plazo deberá contenerse en el de vigencia de la póliza o bien, podrá rebasarlo; ante tal omisión consideramos que dicho plazo podrá

ser anterior o posterior a la expiración de la vigencia de la póliza, aunque la lógica hace suponer que dicho plazo deberá ser posterior a la expiración de la vigencia de la misma.

En todo caso, se deberá tener cuidado solamente de que la exigibilidad de la obligación garantizada se dé dentro del período de vigencia mencionado, pues sería ilógico que los contratantes estipularan un plazo de vigencia de la póliza, para después permitir que la exigibilidad de la póliza pudiese darse fuera de dicho período de vigencia.

Por otra parte, surge la necesidad de establecer la fecha de exigibilidad de la obligación garantizada, pues sólo a partir de ese momento podemos determinar a su vez el momento a partir del cual la afianzadora quedará o no liberada de su obligación por caducidad, sea que se haya obligado por tiempo indeterminado o bien, por tiempo determinado. Así, para establecer la fecha de exigibilidad del contrato de obra pública, habrá que remitirse a lo que establecen al respecto la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, el aún vigente Reglamento de la Ley de Obras Públicas, así como lo que establecen la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Reglamento del artículo 95 de esta última Ley; problema que será desarrollado en un apartado posterior al presente.

Ahora bien, retomando las ideas que sobre la caducidad quedaron expuestas en materia de derecho privado, tenemos que los dos primeros párrafos del artículo en estudio tratan de la caducidad como figura extintiva de un derecho sustantivo de su titular, consistente en el derecho a reclamar una cierta cantidad líquida vuelta exigible, es decir, no sólo se extingue el derecho de acción que dicho derecho implica, sino también se extingue la cantidad amparada por la póliza; en cambio, por la prescripción, si bien se extingue la facultad del titular del derecho de acudir a los tribunales para que se coaccione al obligado, lo cierto es que no se extingue la cantidad que tiene derecho a percibir del obligado, transformando así la obligación en una obligación natural.

De igual manera, la caducidad a que se refiere el artículo 120, posee los demás atributos de la caducidad en materia de derecho privado, a saber, no está sujeto a ninguna causa de interrupción ni suspensión; opera de forma automática, esto es, que a diferencia de la prescripción en la que es necesario hacerla valer como excepción en un requerimiento judicial, basta el sólo transcurso del tiempo sin que el beneficiario reclame su pago para que opere, aunque nadie puede asegurar que por virtud de tales hechos (el transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor), el beneficiario no reclamará su pago por cualquier vía, y por último, la caducidad regulada en el artículo en comento puede tener origen convencional, es decir, las partes contratantes de la fianza podrán acordar un plazo dentro del que el beneficiario deberá hacer la reclamación de la póliza una vez que ésta se haya vuelto exigible, además de la posibilidad de originarse en la ley, al establecer dicho precepto legal que, si los contratantes omiten señalar un plazo convencional, el beneficiario contará con un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a cuando expire la vigencia de la póliza para hacer la reclamación respectiva, so pena de configurarse la caducidad en su contra.

Por último, sólo nos resta señalar que esta figura no estaba regulada por el artículo de que se trata, sino que fue a partir de las reformas que se hicieron a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de julio de 1993, que se previó a dicha institución jurídica.

En la Iniciativa de dichas reformas de 18 de mayo de 1993, se menciona de forma muy genérica el motivo de la introducción de la caducidad, como extintiva de las obligaciones de las instituciones afianzadoras con las siguientes palabras:

“Entre los objetivos primordiales del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, destaca la modernización de los intermediarios financieros no bancarios, que demanda una revisión continua del marco legal que los rige, a fin de ampliar los

procesos de autorregulación, flexibilización, simplificación y desregulación administrativas.

En este contexto y ante la situación de la apertura de nuestra economía, se requiere promover nuevas reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que permitan a las instituciones del sector, estar en condiciones de continuar proporcionando adecuadamente su servicio de afianzamiento, a fin de propiciar su desarrollo y crecimiento.

En la iniciativa que ahora someto a la consideración de esa soberanía, se plasman las principales directrices que permitirán a las instituciones enfrentar las actuales condiciones de apertura y competitividad, a través de la adopción de medidas que les faciliten alcanzar una mayor y más flexible capacidad operativa; (así como) simplificar y agilizar el servicio de afianzamiento; diversificar más las responsabilidades asumidas y con base en las disposiciones de la legislación mercantil, se establecen procedimientos convencionales de ejecución de las garantías constituidas a su favor.

En lo que respecta al procedimiento para hacer efectivas las pólizas de fianza se introducen importantes reformas que redundarán tanto a favor del beneficiario como de las propias instituciones. Con ello se pretende que las partes lleguen a un acuerdo ya sea en una etapa convencional o en una instancia administrativa ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

En una etapa convencional se preve que la institución de fianzas tenga la posibilidad de allegarse de todos los elementos necesarios que le permitan resolver en el corto plazo las reclamaciones que se le presenten. Asimismo, se admite que la institución de fianzas pueda realizar pagos parciales de lo que considere procedente y con la obligación a cargo del beneficiario de recibirlos sin perjuicio de que posteriormente haga valer sus derechos por la diferencia de lo reclamado. Sin embargo, en todo momento se cuida que la institución tenga la obligación de pagar intereses al beneficiario cuando no realice sus pagos oportunamente, aún de aquéllos que hubiesen sido parciales.

Actualmente la etapa administrativa consta de un procedimiento de conciliación y de un juicio arbitral que puede desarrollarse en amigable composición o en estricto derecho, lo cual puede derivar en tres instancias sucesivas que van en detrimento del beneficiario de la póliza de fianza, además de las inherentes dificultades jurídicas que implica para la autoridad llamar a juicio arbitral en estricto derecho a terceros como es el caso del fiado y a la ejecución del laudo que al efecto se diete, razón por la que en las presentes reformas se propone que esta etapa administrativa sólo conste de un procedimiento de conciliación y si se designa árbitro a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas que el juicio respectivo se desarrolle en amigable composición, lo cual deja en libertad al beneficiario de agotar estas instancias o bien acudir directamente ante los tribunales competentes. Asimismo, para fortalecer el papel de la autoridad, desde la instancia conciliatoria se le faculta para multar a la institución que no asista a la misma o no rinda los informes detallados sobre la procedencia o improcedencia de la reclamación.

En lo tocante a la ejecución de las fianzas expedidas a favor de la autoridad, a que se contrae la Ley, se introduce la modalidad de que a elección del beneficiario se

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

puedan seguir el procedimiento de conciliación, el juicio arbitral en amigable composición o, bien, el procedimiento administrativo de ejecución de fianzas, con lo cual se espera recuperar más rápidamente los recursos de las autoridades.”

Aun cuando no se menciona en forma clara y contundente la introducción de la caducidad en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de los motivos a la iniciativa de reforma de dicha Ley, se advierte que la introducción de la caducidad tiene como finalidad la de que se resuelva dentro de un tiempo menor al de prescripción, la relación surgida entre el beneficiario de la póliza de fianza y la institución de fianzas. Y toda vez que ni de los motivos antes transcritos, ni del propio artículo 120 se desprende lo contrario, dicha figura jurídica no se limita a aquellos procedimientos para dar resolución a la obligación surgida entre el beneficiario y la afianzadora, consistentes en la etapa convencional e instancia administrativa ante la Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros.

Así, la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tiene la finalidad de obligar al beneficiario de la póliza a reclamar su pago dentro de un cierto periodo, por cierto más corto que el de prescripción, para dar concreción en forma rápida a la relación jurídica entablada entre la institución garante y el beneficiario de la póliza.

Ahora bien, de los motivos a la iniciativa de reforma, también se advierte que si es una autoridad la beneficiaria, ésta podrá elegir para hacer efectiva la póliza, entre llegar a un acuerdo en una etapa convencional, o acudir ante una instancia administrativa, o bien, acudir ante los tribunales competentes, lo que tiene como objetivo lograr que la autoridad recupere los ingresos que corresponden al Estado con motivo de la efectividad de las fianzas.

Insistimos que lo más sobresaliente de esta figura jurídica prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es que posee las características siguientes: el tipo de derecho que se extingue con su configuración, es un derecho sustantivo; y que la finalidad que persigue el Estado con su regulación, es la de que el titular del derecho (beneficiario) observe dentro de un determinado plazo determinada conducta, considerada como necesaria para conservar ese derecho, y que consiste en reclamar la póliza dentro de los plazos previstos en los párrafos primero y segundo del artículo 120 citado.

3.4.2. Prescripción establecida en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

De igual manera, nos permitimos transcribir los dos últimos párrafos del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para una mejor comprensión del tema a tratar que es la prescripción extintiva regulada en dicho precepto legal.

“ARTICULO 120.....

Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor.

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

En la primera parte del penúltimo párrafo del artículo 120 transcrito, se establece que lo que queda sujeto a la prescripción, es el derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza de fianza; y en su segunda parte, se establece que la afianzadora quedará liberada de su obligación por prescripción, cuando transcurra el menor de cualquiera de los siguientes plazos:

- a) Una vez transcurrido el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada; o
- b) Tres años.

Es decir, la prescripción extingue no sólo el derecho del beneficiario de reclamar la póliza de fianza, sino también la obligación correlativa de la obligada (afianzadora), de pagarla.

Por otra parte, los plazos señalados para la configuración de la caducidad, no deben confundirse con aquellos otros señalados para la configuración de la prescripción de una póliza de fianza. En efecto, el hecho de que en el penúltimo párrafo del artículo 120 mencionado se establezca que el derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza de fianza, nacerá sólo a partir del momento en que presente la reclamación correspondiente, lo que deberá hacer dentro de los plazos contemplados para evitar que se extinga su derecho por caducidad, no da lugar a confundirlos con aquellos otros por los que puede extinguirse su derecho por prescripción, y que son, cuando prescriba la obligación garantizada, o el de tres años o bien, el que resulte menor de los dos, según lo previene el penúltimo párrafo del mismo artículo.

Para determinar el momento a partir del cual prescribe la obligación a cargo de la afianzadora, conforme al primer término establecido en el artículo 120, es decir, una vez que haya prescrito la obligación garantizada, que no es otra sino la derivada del contrato de obra pública, habrá que remitirnos a lo que establece la Ley de la materia.

Sin embargo, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas que es la aplicable no menciona nada respecto de la prescripción del contrato de obra pública, por lo que habrá que remitirse al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley citada en primer término.

Ahora bien, el Código Civil dispone varios plazos para la prescripción negativa o extintiva, que se pueden agrupar en dos, a saber: los casos de excepción establecidos en los artículos del 1161 al 1164, además de otros casos específicos dispersos, y la regla general establecida en el artículo 1159, que establece: "Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento".

Toda vez que la obligación derivada del contrato de obra pública no cae dentro del primero de dichos grupos, esto es, dentro de los casos de excepción que prevé el Código Civil, entonces le resulta aplicable la regla general establecida en el artículo 1159; por lo que de conformidad con éste precepto legal, la obligación que se desprende a cargo del contratista en un contrato de obra pública, prescribirá en el lapso de diez años.

Sin embargo, como el artículo 120 establece que prescribirá la obligación a cargo de la afianzadora, cuando transcurra el plazo por el que prescribe la obligación garantizada, y que en el caso de contrato de obra pública, es de diez años o, bien, el de tres años, el que resulte menor de los dos, la institución garante sin duda, se acogerá al plazo más corto, que es de tres años.

Por otra parte, y al igual que sucede con la caducidad, para determinar el momento o los momentos a partir de los cuales podrán computarse los plazos para la configuración de la prescripción, es necesario determinar la fecha de exigibilidad de la obligación derivada de la fianza, así como la de la obligación garantizada, o sea, la derivada del contrato de obra pública. Por lo que para no caer en inútiles repeticiones, nos reservamos de tratar el tema de la exigibilidad de la fianza, en un apartado posterior al presente.

Lo que sí conviene resaltar en este espacio es que, considerando las características de la prescripción que la distinguen de la caducidad, y que ya quedaron anteriormente apuntadas, tenemos que la prescripción que regula el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, si está sujeta a la interrupción del plazo prescriptorio, es decir que, dicho plazo comenzará a computarse de nueva cuenta a partir de cero, en el momento en que el beneficiario presente a la afianzadora cualquier requerimiento de pago por escrito o, bien, le presente la reclamación de la fianza respectiva, salvo que dicho requerimiento o reclamación resulten improcedentes.

Con relación a las características que diferencian a la prescripción de la caducidad, se nos presenta la siguiente pregunta: ¿por qué si la Ley Federal de Instituciones de Fianzas ya regulaba a la prescripción como extintiva de las fianzas, con las reformas realizadas a dicha Ley en junio de 1993, se introdujo a la caducidad?

Consideramos que la respuesta quedó establecida en el apartado anterior y que, reiteramos, consiste en la finalidad que persigue el Estado con la caducidad, que no es otra sino la consistente en que el titular del derecho (beneficiario) observe determinada conducta dentro de un determinado plazo, considerada como necesaria para conservar ese derecho.

En efecto, el Estado lo que busca es que tanto la institución de fianzas como el beneficiario de la misma, den resolución a la relación surgida con motivo de la exigibilidad de la póliza respectiva, obligando al beneficiario para que la reclame dentro de los plazos previstos en los dos primeros párrafos del artículo 120 de la Ley de la materia, so pena de que caduque su derecho y por lo tanto dicho derecho ya no pueda estar sujeto a los plazos de prescripción, que el mismo precepto legal establece.

3.5. Diferencias entre ambas figuras en el Código Fiscal de la Federación

3.5.1. Caducidad establecida en el Código Fiscal de la Federación

Ahora bien, la caducidad que regula el Derecho tributario mexicano está más precisamente delimitada con respecto a la prescripción, que en otras ramas del derecho positivo mexicano, es decir, mientras que por virtud de la prescripción se extingue un derecho substantivo (crédito fiscal), la caducidad extingue un derecho adjetivo, pues el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación regula esta última figura jurídica como la extinción de facultades de autoridades hacendarias, ya sea para determinar en cantidad líquida una contribución, ejercer sus facultades de comprobación o, bien para sancionar las infracciones a disposiciones fiscales.

La Dra. Margarita Lomeli Cerezo nos dice al respecto que, en razón de que la caducidad y la prescripción tienen en común, producirse cuando se han consumido los plazos señalados en ley, deben hacerse notar las siguientes diferencias: ⁽⁷⁶⁾

⁽⁷⁶⁾ Dra. Margarita Lomeli Cerezo, *Op. cit.*, nota a pie (70), p.77 y 78.

1) La caducidad tiene como característica propia, la de que se refiere a un acto determinado de ejercicio de un derecho que sólo de esta forma puede hacerse valer; característica que Ferreiro Lapatz expresa en los siguientes términos: "...la caducidad debe referirse a un acto determinado de ejercicio de un derecho (en el sentido amplio de esta palabra) que sólo de esta forma puede hacerse valer. O se realiza este acto o desaparece el derecho. No hay otra forma de defenderlo, y de aquí que no se admita la posibilidad de otros actos que interrumpan la pérdida del derecho por el transcurso del plazo fijado" y que en razón de ello, la caducidad tampoco puede estar sujeta a suspensión. ⁽⁷⁷⁾

2) Mientras que otra de las diferencias estriba en que la prescripción es una institución de derecho sustantivo, en tanto que la caducidad es una figura de derecho procesal, lo que se explica si se atiende a que la caducidad se refiere esencialmente a facultades o atribuciones concedidas a la autoridad en materia impositiva y sancionadora, mientras que la prescripción opera mayormente en relación con el cobro de créditos exigibles.

Además la prescripción se configura tanto en contra como a favor del Fisco, en cambio, la caducidad se puede hacer valer únicamente contra el Fisco.

La caducidad en el Derecho tributario mexicano ha sido materia de varias reformas, que han venido a desnaturalizar su esencia, tal y como se podrá apreciar en la siguiente reseña histórica que de esa institución jurídica realiza la Dra. Lomeli Cerezo. ⁽⁷⁸⁾

1. El Código Fiscal de la Federación de 1967, introdujo la institución de la caducidad para dar mayor seguridad jurídica a los contribuyentes en relación con las facultades de las autoridades para determinar la existencia de obligaciones fiscales, señalar las bases de su liquidación; para imponer sanciones por infracciones a disposiciones fiscales y para verificar el cumplimiento de estas últimas, las cuales se extinguirían en un plazo de cinco años no sujeto a interrupción o suspensión, según el artículo 88 de ese Ordenamiento.

A pesar de que esta figura en sus inicios no presentó enorme dificultad para diferenciarla de la prescripción, no hubo una opinión unánime al respecto y por ejemplo, para el tratadista Emilio Margáin Manautou, la distinción entre la caducidad del derecho a determinar el crédito fiscal y la prescripción del derecho al cobro del mismo, reside en que la obligación tributaria no surge con la determinación o liquidación del crédito fiscal, sino con la realización del hecho generador por parte del contribuyente, por lo que consideró que fue un error en perjuicio del Fisco introducir la figura de la caducidad en el Código Fiscal de la Federación, pues si dentro del plazo de los cinco años la autoridad no determinaba diferencias a cargo del contribuyente, esos actos no interrumpían el plazo y al finalizar éste, la acción fiscal caducaba. ⁽⁷⁹⁾

La aplicación estricta del artículo 88 mencionado ocasionó serios problemas al Fisco Federal, por ejemplo, si se anulaba la resolución determinante del crédito, principalmente por vicios formales del acto, así como la subsecuente reposición de éste, era criterio sostenido tanto por el Tribunal Fiscal de la Federación como por el Poder Judicial Federal, que al haberse anulado el primer acto, no pudo haber surtido tampoco ningún efecto, por lo que si la segunda resolución o acto administrativo que reponía al primero se dictaba pasados más de cinco años, contados a partir del hecho generador de la obligación fiscal, se consideraba que ya había operado la caducidad.

⁽⁷⁷⁾ Ferreiro Lapatz, citado por la Dra. Margarita Lomeli Cerezo, *Ibidem*.

⁽⁷⁸⁾ Dra. Margarita Lomeli Cerezo, *Op. cit.*, nota a pie (70), p.

⁽⁷⁹⁾ Margáin Manautou, citado por la Dra. Margarita Lomeli Cerezo, *Op. cit.*, nota a pie (70), p. 80 y 81.

La única excepción a la consumación de la caducidad, la constituía el supuesto de que el primer acto administrativo hubiera sido anulado sólo en parte por sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación, dejando firme al emitirse la segunda liquidación la parte de la primera que no fue anulada, puesto que en tal caso la autoridad había ejercido válidamente sus facultades; en otras palabras, aun cuando se hubiese anulado la primera liquidación en forma parcial, y en razón de ello se emitía una segunda después de los cinco años, la primera no caducaba, pues la autoridad había ejercido válidamente sus facultades.

2. Dichos problemas fueron el motivo principal de que el Titular del Ejecutivo enviara al Congreso la iniciativa de ley, la reforma al artículo 88 del Código Fiscal de la Federación, el cual estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 1978, y al que se le adicionó un último párrafo, que fue justamente criticado ya que, por un lado, desnaturalizaba la figura jurídica de la caducidad, que no admitía suspensión alguna, y por otro, dejaba al arbitrio de la autoridad darle fin al lapso de suspensión mencionado, que daba lugar a su posible indeterminación en el tiempo hasta que la autoridad dictaba y notificaba la resolución que sustituía a la anulada.

En razón de ello, se reformó el mismo último párrafo del artículo 88 en el año de 1980, para quedar como sigue: "Ejercidas las facultades y notificada en tiempo la resolución, si ésta quedare sin efectos como consecuencia de un medio de defensa legal, el término de extinción de las facultades comenzará a partir de la notificación de la resolución que ponga fin a la controversia."

Dicha reforma continuó siendo antijurídica, porque estableció una causa de interrupción de la caducidad, consistente en haberse dictado por la autoridad en tiempo una primera resolución, aunque ésta hubiera sido posteriormente nulificada, volviendo a computarse el plazo de caducidad a partir de la notificación de la resolución que pusiera fin a la controversia, reforma que dio lugar a que se desvirtuara la institución de la caducidad.

3. Al expedirse el Código Fiscal de la Federación que entró en vigor en el año de 1983, se reprodujo en el artículo 67 lo dispuesto en el artículo 88 anterior, estableciéndose que el plazo para la extinción de las facultades de las autoridades no está sujeto a interrupción ni suspensión, salvo cuando se interpusiera recurso de nulidad de notificaciones, así como cuando se interpusiera algún recurso administrativo o juicio.

En razón de que tales posibilidades de interrupción desnaturalizaban a la figura de la caducidad, y que claramente beneficiaban a la autoridad hacendaria, un año después se reformó nuevamente el precepto en comento, por la que se amplió el plazo de extinción de las facultades de las autoridades; para revisar la contabilidad de los contribuyentes y en su caso determinar créditos fiscales a su cargo, el plazo se amplió a diez años, pero sólo en tratándose de contribuyentes que no hubiesen solicitado su inscripción en el registro federal de contribuyentes o no llevase contabilidad estando obligados a hacerlo, así como respecto de aquellos ejercicios por los que el contribuyente no cumpla con su obligación de presentar alguna declaración del ejercicio, permitiendo que en este caso la caducidad pudiese ser de cinco años si el contribuyente presentaba espontáneamente la declaración omitida.

4. El 1º de enero de 1992 entró en vigor una nueva reforma al artículo 67, por la que se suprimió del primer párrafo la caducidad referente a las facultades para comprobar el cumplimiento de disposiciones fiscales, quedando únicamente referido a la determinación de las contribuciones omitidas y sus accesorios y a imponer sanciones por infracciones a dichas disposiciones.

Se hizo extensible el plazo de diez años, a los casos en que no se conservara la contabilidad durante el plazo legal, también de diez años.

Se dispuso que el plazo de diez años señalado en el artículo 67 no estaría sujeto a interrupción y sólo se suspendería cuando las autoridades ejercieran las facultades de comprobación a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 42, o cuando se interpusiera algún recurso administrativo o juicio. En el primer caso, el plazo de caducidad se suspendía con la notificación que se hacía al contribuyente del inicio de las facultades de comprobación y concluía cuando se le notificaba la resolución definitiva, por lo que dicha suspensión se condicionaba a que cada seis meses se levantara un acta parcial o final, o se dictara resolución definitiva, no rebasando un plazo de diez años; en caso contrario se entendía que no había suspensión.

En razón de la última reforma que se hizo al artículo 67 del Código Fiscal de la Federación, la Dra. Lomeli Cerezo concluye diciendo que: "...se comete un grave error jurídico al establecer la posibilidad de suspender el plazo de caducidad. Haciendo esto, como ya se ha dicho anteriormente, se desnaturaliza esta institución jurídica y se establece, en realidad, un plazo prescriptorio sujeto a suspensión e interrupción."⁽⁸⁰⁾

La interrupción del plazo de prescripción se da cuando el acreedor demanda al deudor o lo interpela de pago, porque ambos actos denotan la intención del acreedor de no abandonar su derecho. El efecto de la interrupción es inutilizar todo el tiempo corrido antes de él, reanudándose en su marcha desde el principio. En cambio la suspensión en el plazo de la prescripción ocurre en aquellos casos en que el legislador releva al acreedor de las consecuencias de su inacción, cuando ha estado imposibilitado de actuar o cuando le resultaría inconveniente hacerlo, por lo que el plazo no puede comenzar, ni correr y su efecto no es el de borrar el lapso transcurrido, sino que lo congela, impidiendo la continuación de su marcha.

Como se puede apreciar de esta breve reseña histórica, la regulación jurídica de la caducidad en el Derecho tributario mexicano ha ido desnaturalizando a dicha figura, sujetándola a causas de suspensión e interrupción del plazo caducatorio, equiparándola a la prescripción extintiva.

El artículo 67 del Código Fiscal de la Federación vigente, regula distintos plazos de caducidad, a saber: cinco años en tratándose de las facultades de las autoridades fiscales para determinar contribuciones y sus accesorios, y para imponer sanciones por infracciones a dichas disposiciones; diez años cuando el contribuyente omita realizar una serie de obligaciones fiscales formales; y de tres años en casos de responsabilidad solidaria en materia fiscal.

Es importante mencionar que en diversos criterios jurisprudenciales, el Poder Judicial de la Federación ha sostenido que la figura de la caducidad contemplada en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación no es aplicable como figura extintiva de las fianzas, por tratarse de la extinción de facultades de las autoridades hacendarias y no de la extinción de la obligación derivada del contrato de fianza, tal y como se sostiene en la tesis aislada No. V.1º.14 A, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, que enseguida se transcribe:

FIANZAS. RESPECTO AL COMPUTO PARA QUE OPERE LA CADUCIDAD DEL BENEFICIARIO, PARA LA RECLAMACION DEL PAGO A LA AFIANZADORA, ES APLICABLE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.- La obligación contractual que nace de un contrato de fianza no tiene el carácter de un impuesto, porque no se ha fijado unilateralmente y con carácter de obligación general por el Estado. Por tanto, aun cuando tal contrato deriva del incumplimiento del obligado para cubrir un crédito fiscal, ello no determina que la

⁽⁸⁰⁾ Dra. Margarita Lomeli Cerezo, *Op. cit.*, nota a pie (70), p. 87.

obligación contractual que adquiere la afianzadora se vea transformada en un crédito fiscal. En tales condiciones, si al requerimiento de pago hecho a la afianzadora, ante el incumplimiento por parte del fiado, no tiene el carácter de crédito fiscal, sino que deriva de un contrato de fianza, que se rige por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, resulta evidente que frente a la disposición establecida en dicha Ley, como lo es la contenida en el artículo 120, que prescribe que la reclamación de una fianza, debe hacerse "...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...", no puede tener aplicación lo dispuesto por el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación, que prescribe en su segundo párrafo que "...En los casos en que posteriormente el contribuyente en forma espontánea presente la declaración omitida...", el plazo de la autoridad fiscal para ejercitar la facultad de requerir por el pago de esa contribución "...será de cinco años..."; además, no puede tener aplicación en el caso, la regla establecida, porque la prescripción de un crédito fiscal es diferente a la prescripción de la obligación derivada de una fianza otorgada por una institución autorizada para ello, para garantizar el pago de una prestación fiscal, en tanto que tienen nacimiento distinto; la primera deriva de un contrato sujeto a las disposiciones contenidas en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. ⁽⁸¹⁾

(Lo del subrayado es nuestro).

Algunos tratadistas sostienen, que por virtud de la configuración de la caducidad en materia tributaria, se extingue un derecho adjetivo, es decir, que conforme a lo establecido en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación vigente, se extinguen facultades de las autoridades fiscales para determinar un crédito fiscal y sus accesorios, así como para imponer sanciones por infracción a disposiciones de igual naturaleza; mientras que otros opinan que, en razón de que las facultades de las autoridades fiscales devienen de la soberanía del Estado, no pueden estar sujetas a caducidad. Sin embargo, toda vez que la tarea de precisar si las facultades de las autoridades pueden o no estar sujetas a caducidad, rebasaría el tema del presente trabajo, lo antes anotado se tendrá sólo como la mención de ello, para posteriores investigaciones.

3.5.2. Prescripción establecida en el Código Fiscal de la Federación

Los fundamentos objetivo y subjetivo de la prescripción en general, son también aplicables a la prescripción extintiva en materia fiscal, porque responde a los mismos principios de certeza y seguridad jurídica y sus lineamientos básicos se asemejan a los del Derecho Común. Sin embargo, según la Dra. Margarita Lomeli Cerezo, esta institución presenta problemas específicos de la materia fiscal, en cuatro aspectos, a saber: ⁽⁸²⁾

- a) Determinación o liquidación de las obligaciones tributarias.
- b) Acción de cobro de las obligaciones liquidadas o créditos fiscales.
- c) Facultades para sancionar las infracciones a los ordenamientos fiscales.
- d) Acción de devolución de lo pagado indebidamente, (créditos a favor de los contribuyentes).

⁽⁸¹⁾ SJF, Novena Época, T. III, IER, T.C. del 5º C., junio de 1996, p. 841.

⁽⁸²⁾ Dra. Margarita Lomeli Cerezo, *Op. cit.*, nota a pie (70), p. 52.

Por razón del tema, se omite desarrollar los incisos a), c) y d) anteriores, y nos concentraremos en el inciso b), en razón de que la cantidad cuyo pago requiere la autoridad tratándose de una fianza otorgada por una institución autorizada por el Gobierno Federal, ya se encuentra determinada y expresada en cantidad líquida desde el momento de su expedición.

Así, dicho inciso b) trata acerca del cobro de una obligación líquida o de un crédito fiscal, las cuales deben pagarse en el plazo establecido por las disposiciones aplicables. Transcurrido el lapso para el pago que se puede llamar voluntario o espontáneo, el crédito se hace exigible, iniciándose el plazo para la prescripción de la acción de cobro coactivo de que está investida la Administración tributaria.

Sin embargo, la emisión de la póliza de fianza implica la liquidación de la obligación garantizada, y nunca un crédito fiscal, aun cuando la misma hubiese sido expedida a favor de la Federación y haya sido constituida para garantizar un crédito de esa naturaleza, pues aun cuando la fianza se trata de un contrato accesorio, no por ello se torna en fiscal, pues dicho contrato no pierde su calidad de mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y porque dicho contrato se concertó entre un particular, el fiado, y una empresa que se dedica a realizar ese tipo de actos en masa y de una forma habitual.

En el Derecho tributario mexicano, desde la promulgación del Código Fiscal de la Federación de 1938, el plazo para la configuración de la prescripción de los créditos fiscales ha sido de cinco años y así se conserva en el vigente artículo 146 de tal ordenamiento, que establece en su primer párrafo: "El crédito fiscal se extingue por prescripción en el término de cinco años."

Como podrá observarse, el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación establece un plazo de cinco años para que prescriba la acción de cobro de un crédito fiscal, el cual no podrá comenzar a correr sino hasta que dicho crédito se hace exigible, lo que no sucede sino hasta después de que el contribuyente omite hacer el pago en forma espontánea o bien omite garantizarlo dentro de los plazos señalados por ley para esos efectos.

Por otra parte, hasta el momento no existe una razón jurídica lo suficientemente consistente, que nos haga pensar que una vez surgido el derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza expedida a favor de la Federación para garantizar créditos fiscales, el mismo deba quedar sujeto a la prescripción prevista en el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación y no a la diversa establecida en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; lo cual de ninguna forma significa soslayar que el Estado tiene el derecho y la obligación de hacer uso de ciertas prerrogativas para cobrar un crédito fiscal vuelto exigible, puesto que descansan en la finalidad de satisfacer un interés público.

3.6. Problema consistente en la determinación de la fecha de exigibilidad de las fianzas de obra pública

En este apartado se determinará la diferencia que existe entre la exigibilidad de la póliza de fianza, y la efectividad de la misma, para posteriormente determinar el momento en que se hace exigible la obligación garantizada, consistente en el contrato de obra pública, así como el momento en que se hace exigible la obligación derivada de la emisión de la póliza de fianza.

Una vez determinados dichos momentos, estaremos en aptitud de poder determinar a partir de cuándo comienza el cómputo de los plazos para que se configure la caducidad y la prescripción de una póliza de fianzas, previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El Diccionario de la Lengua Española define la palabra "exigirse" como el verbo de pedir algo a lo que se tiene derecho; mientras que "efectividad" refiriéndolo a las cantidades, créditos o documentos que los representan, como el acto de pagarlos o cobrarlos.

Asimismo el vocablo "efectividad" denota realidad, realización, ejecución. Y respecto de este último término, Eduardo Pallares nos dice en su Diccionario de Derecho Procesal Civil que: "Este vocablo tiene en la ciencia del Derecho diversos significados, algunos amplios y otros restringidos. Unas veces significa lo mismo que cumplimiento voluntario de una obligación. Otras veces se usa en el sentido de llevar a efecto lo mandado por una ley. En su significación más general, ha de entenderse el hacer efectivo un mandato jurídico, sea el contenido en la ley, en la sentencia definitiva o en alguna otra resolución judicial o mandato concreto."

También, al respecto resultan muy ilustrativos los comentarios que hizo Francisco Lerdo de Tejada a los artículos 18 y 19 del Código Fiscal de la Federación que estuvo vigente con anterioridad al actual, al decir que: "El artículo 19 confirma lo afirmado respecto del artículo 18, en el sentido de que una vez determinado el crédito, la ley debe fijar un plazo de pago, finalizado el cual será exigible por el fisco, en los términos de los artículos 108 y siguientes del propio Código Fiscal de la Federación. Ello implica que si no se ha cubierto el pago dentro de los términos del artículo 17, el fisco lo hará efectivo mediante el procedimiento de ejecución." ⁽⁸³⁾

Contamos ya con los elementos para diferenciar entre exigibilidad y efectividad de una obligación. En términos generales, el vocablo "exigibilidad" implica la existencia de una obligación que no ha sido cumplida por el deudor dentro del plazo, sea éste estipulado por los contratantes o bien, en su defecto, del señalado en la ley; por lo tanto, es la propiedad que adquiere una obligación que no ha sido cumplida dentro del plazo, de origen consensual o legal, por el obligado. En cambio, el vocablo "efectividad" significa la calidad que adquiere una obligación vuelta exigible, que otorga al titular del derecho o acreedor la posibilidad de ejercer coacción en contra del obligado para que cumpla con su obligación.

Así que, para que un crédito pueda hacerse efectivo, es decir, para que pueda ser ejecutado o cobrado por parte del acreedor, el mismo deberá ser previamente exigible, lo cual implica que el crédito no ha sido cubierto dentro del plazo acordado para ese efecto por los contratantes o en defecto de tal acuerdo, dentro del plazo señalado por la ley respectiva; es decir, cuando se habla de exigibilidad y efectividad de un crédito, se está haciendo referencia a dos momentos distintos, de los cuales la exigibilidad debe preceder siempre a la efectividad, y bien podría darse el caso de que al hacerse exigible un crédito, el acreedor no lo haga efectivo jamás.

Aplicada esa distinción a la materia de las fianzas tenemos que, aun cuando la exigibilidad de la obligación derivada de la expedición de la póliza, es distinta de aquella derivada de la obligación garantizada, lo cierto es que debido a que la primera es accesoria, puesto que tiene como objeto garantizar el cumplimiento de la segunda, entonces la obligación derivada de la emisión de la fianza, será exigible cuando lo sea a su vez la obligación garantizada; en consecuencia, la exigibilidad de la póliza de fianza, se da cuando se hace exigible la obligación garantizada.

Y si lo que se garantizó mediante la fianza fue el cumplimiento del contrato de obra pública o de alguna otra obligación adquirida respecto de la celebración de dicho acto jurídico, entonces la exigibilidad de la fianza se da en el preciso momento posterior a aquél en que se hace

⁽⁸³⁾ Lerdo de Tejada, Francisco, *Op. cit.*, nota a pie (33), p. 49.

exigible la obligación derivada del contrato de obra pública, es decir, cuando el contratista deja de cumplir con dicha obligación.

La anterior idea se ve respaldada por lo dispuesto en los artículos 40 y 72 fracción II, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, ya que en el primero de dichos preceptos se señala la posibilidad de que el contratante, sea una dependencia o entidad, rescinda administrativamente el contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista por causas imputables al mismo; mientras que en el segundo se dispone que en caso de darse dicho supuesto, la dependencia o entidad contratante, hará efectiva la garantía constituida para garantizar el cumplimiento del contrato de obra pública, en cuyo caso dicha garantía no podrá ser otra sino la fianza expedida por institución autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De igual manera, resulta necesario precisar que las causas imputables al contratista que pueden dar lugar a la rescisión administrativa del contrato de obra pública, sin ser las únicas, son las señaladas en el artículo 52 del aun vigente Reglamento de la Ley de Obras Públicas, y que son a saber: "...cuando el contratista no inicie los trabajos en la fecha pactada, suspenda injustificadamente los trabajos o incumpla con el programa de ejecución por falta de materiales, trabajadores o equipo de construcción y no repare o reponga alguna parte de la obra rechazada, que no cumpla con las especificaciones de construcción o normas de calidad, así como cualquier otra causa que implique contravención a los términos del contrato." En efecto, de lo anterior se advierte que no sólo el incumplimiento por parte del contratista de entregar la obra terminada dentro del plazo estipulado para ello en el contrato, es la única causa que puede dar lugar a la rescisión administrativa del mismo, sino toda contravención por parte del contratista a lo estipulado en el contrato.

Consideramos que dicha disposición legal al establecer la posibilidad para la dependencia contratante de rescindir el contrato por cualquier contravención a las estipulaciones del contrato, tales como que el contratista no cuente con el equipo necesario, o suspenda su programa de ejecución, rebasa en mucho la protección del objeto del contrato de obra pública, que es el de entregar la obra terminada en la fecha que al efecto se acuerde.

Ahora bien, retomando lo expuesto sobre la exigibilidad y efectividad de la póliza de fianza, así como la relativa a la obligación garantizada, y que en el presente trabajo es el contrato de obra pública, celebrado con la Administración Pública Federal Centralizada, debemos acudir a lo que dispone al respecto la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Recordemos que el beneficiario para hacer efectiva una póliza de fianza, expedida respecto de esa índole de obligaciones, puede acudir al acuerdo con la institución garante en una etapa convencional o bien, acudir a una instancia administrativa ante la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros, además de la posibilidad de valerse del procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el cual dijimos, es igual en esencia al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación. Dicho artículo 95 nos remite a su vez a lo que establece el Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para el Cobro de las fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros.

Tomando en consideración que en la práctica, la Federación como beneficiaria para hacer efectiva esa índole de fianzas, suele utilizar el procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y su respectivo Reglamento, debemos precisar lo que establece el artículo 1º de dicho Reglamento respecto de la exigibilidad y efectividad tanto de la

póliza de fianza, como de la obligación garantizada: artículo que nos permitimos transcribir sólo la parte conducente:

“ART. 1º.- Para hacer efectivas las fianzas que hayan otorgado instituciones de fianzas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros, se procederá en la siguiente forma:

1.- El expediente que integren las autoridades que las acepten, contendrá los documentos siguientes:

- a) Contrato o documento en que conste la obligación o crédito a cargo del fiado.
- b) Póliza de fianza que garantizó el crédito u obligación de que se trate y, en su caso, los documentos modificatorios de la misma.
- c) Acta levantada, con intervención de las autoridades competentes, donde consten los actos u omisiones del fiado que constituyan el incumplimiento de las obligaciones o créditos garantizados.
- d) Liquidación formulada, por el monto del crédito u obligaciones exigibles y sus accesorios legales si éstos estuvieran garantizados...”

De lo establecido en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y su respectivo Reglamento, se concluye que el incumplimiento del contrato de obra pública, es lo que produce la exigibilidad tanto de la obligación garantizada, como la derivada de la póliza, pues se insiste, el objeto de esta última, es garantizar aquélla. Incumplimiento que, por otra parte, debe ser acreditado mediante un acta que al efecto se levante, con intervención de las autoridades competentes, en donde consten los actos u omisiones en que incurra el fiado.

Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación ha emitido dos precedentes, en los que se establecen dos momentos distintos a partir de los cuales se considera que se ha hecho exigible la índole de pólizas de fianzas de que tratamos, y que son los siguientes:

FIANZAS.- PRESCRIPCIÓN EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, VIGENTE HASTA EL 14 DE JULIO DE 1993.- CUANDO SE GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y SUS ANTICIPOS.- A efecto de determinar si es aplicable el texto del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente hasta el 14 de julio de 1993, o el vigente a partir del 15 del mismo mes y año, es menester remitirse al procedimiento establecido en la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y Reglas Generales en relación con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a fin de determinar el momento a partir del cual se hace exigible la obligación garantizada; consecuentemente, este debe hacerse de acuerdo con los artículos 43 y 44 de la Ley de Obras Públicas y se podrán rescindir administrativamente los contratos de obra por contravención a los términos de los mismos, debiendo comunicarse la rescisión al “El Contratista”, a la Contraloría y a la Secretaría, señalando a esta última las causas que motivaron la rescisión, las cuales se enumeran en la Sección 3. Apartado 3.3.16 de las Reglas Generales para la Construcción y Ejecución de Obras Públicas, levantándose acta circunstanciada de recepción de los trabajos en el estado en que se encuentren; la fecha de esta acta es la que corresponde al momento en que se hace exigible la obligación garantizada, ya que en ésta se hace constar fehacientemente el incumplimiento en que incurrió el fiado; por tanto si conforme al artículo 1º, punto 1, inciso e), del Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas, para hacer efectivas las fianzas que se hayan otorgado a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros, es necesario levantar acta con intervención de las autoridades competentes, donde consten los actos u omisiones del fiado que constituyan el incumplimiento de las obligaciones o créditos garantizados, por lo que la fecha del acta, será determinante para la exigibilidad de la fianza y como consecuencia la aplicación del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.”⁽⁸¹⁾

Aun cuando el anterior precedente fue sustentado respecto de los artículos 43 y 44 de la anterior Ley de Obras Públicas, los mismos corresponden a los diversos 72 y 73 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas vigente. Sin embargo, lo que interesa destacar de este precedente es que según su texto, la fecha de exigibilidad de la obligación garantizada la constituye aquella en que fue levantada el acta de la recepción de los trabajos en el estado en que se encontraron, pues en ella se hace constar fehacientemente el incumplimiento en que incurrió el fiado. El otro precedente a que se ha hecho referencia, textualmente dispone lo siguiente:

FIANZAS.- TRATANDOSE DE CONTRATOS DE OBRA PUBLICA, PRESCRIPCION DE LAS.- En aquellos casos en los que se suscribe una póliza de fianza para garantizar el cumplimiento de un contrato de obra pública, para determinar la fecha de exigibilidad de la garantía, se debe atender precisamente a los procedimientos establecidos en la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, específicamente a los artículos 43 y 44 de la Ley y 52 y 53 de su Reglamento, preceptos que contemplan el mecanismo particular que debe seguirse para rescindir el contrato relativo por incumplimiento del fiado. Así que no por el hecho de que se haya presentado un incumplimiento por parte del contratista, se puede considerar que la autoridad hubiese podido exigir la póliza a partir de ese momento, en virtud de que la ley sustantiva establece un procedimiento para rescindir el contrato una vez verificada la causal de incumplimiento, y en dicho procedimiento el contratista tiene la posibilidad de discutir y ser oído en cuanto a las manifestaciones que conforme a su derecho correspondan. Inclusive debe tenerse presente que en el procedimiento mencionado, una vez que se verifica el incumplimiento, el contratista cuenta con la posibilidad de poder negociar con la parte contratante la posibilidad de llegar a un acuerdo, y, en su caso, fijar un nuevo término para la realización de la obra. Por lo tanto, hasta que no se emite la resolución por parte del contratante en la cual se rescinda el contrato, no es posible exigir la póliza de fianza, que se hubiese otorgado, ya que si el contrato de obra pública se suscribió al tenor de la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, no es factible que se exijan las pólizas, mientras no exista resolución expresa que rescinda el contrato.”⁽⁸²⁾

Del anterior precedente lo que interesa destacar es que, según su texto, la fecha en que surge el derecho del beneficiario de hacer efectiva la garantía, es aquella en que se notifica al contratista la rescisión del contrato de obra pública, tomando en consideración que existe un procedimiento de rescisión administrativa y que de conformidad con el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, se debe otorgar un plazo de veinte días al contratista, contados a partir de que se levantó el acta en donde consta su incumplimiento al contrato, para que alegue lo que a su derecho convenga, pudiendo incluso fijarse una nueva fecha para la entrega de la obra, por lo que

⁽⁸¹⁾ Precedente No. III-PS-II-155, visible en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Tercera Época, Año XI, enero de 1998, No. 121, pág. 195.

⁽⁸²⁾ Precedente No. III-PS-II-172, visible en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Tercera Época, Año XI, No. 122, febrero de 1998, p. 157.

no es sino hasta que se notifique al contratista la rescisión del contrato, que el beneficiario estará en posibilidad de hacer efectiva la póliza respectiva.

Ambos precedentes, sin embargo, no se contraponen en absoluto, pues en el primero de ellos se señala que la fecha de exigibilidad de la obligación garantizada, queda acreditada con el acta que se levante con intervención de las autoridades competentes, en la que consten los actos u omisiones que constituyan el incumplimiento por parte del contratista; mientras que en el segundo se señala que la fecha en que surge el derecho del beneficiario para hacer efectiva la garantía, es aquella en que se notifica al contratista la rescisión del contrato de obra pública.

Al respecto, consideramos que lo más sano sería que la exigibilidad de cualquier obligación, naciera al momento en que el obligado deja de realizar el cumplimiento de la misma, así como que a partir de que una obligación cualquiera se hiciera exigible, consideramos que el acreedor se encuentra posibilitado legalmente para exigir su cumplimiento del obligado, aún en contra de la voluntad de éste, es decir, para hacer efectiva dicha obligación. Sin embargo, el legislador suele supeditar la efectividad de una obligación vuelta exigible, a ciertas formalidades que él mismo considera necesarias.

En relación con la efectividad de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, una de dichas formalidades podría consistir precisamente en el procedimiento de rescisión previsto en el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, en vigor. Sin embargo, no coincidimos con esta idea, pues como ya se mencionó, la exigibilidad de una póliza de fianza de ese tipo, se da en el momento en que se hace a su vez exigible la obligación garantizada, lo que hace surgir la posibilidad del beneficiario de la misma, para hacerla efectiva.

Y no podría ser de otro modo, puesto que si se dejara a la voluntad de las partes la fecha en que se hace exigible por incumplimiento injustificado de alguna de ellas, la obligación derivada del contrato de obra pública, ésta nunca prescribiría, pues la autoridad podría a su arbitrio levantar actas administrativas de recepción de trabajos o de rescisión del contrato, mucho tiempo después del momento en que se hizo exigible la obligación respectiva por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada.

Así nos lo hace saber la Magistrada Ma. Guadalupe Aguirre Soria al resolver el recurso de apelación No. 100(A)-II-730/1142/95, al sostener que: "La suscrita se aparta del criterio de la mayoría, concretamente por lo que se refiere al Considerando Tercero en que se toma como fecha de exigibilidad, para efectos de prescripción aquella en que se efectuó la rescisión del Contrato de Obra Pública, es decir, el 14 de julio de 1994, ...pues con tal criterio se deja al arbitrio de la autoridad el que después del incumplimiento, levante actas administrativas de recepción de trabajos, o de rescisión del contrato, mucho tiempo después, como en este caso ocurrió, al haber transcurrido más de cinco años con posterioridad a cuando ya pudo ser exigible el crédito respectivo y que de este modo, no pueda configurarse nunca la prescripción que se discute, cometiéndose así grave perjuicio en la esfera jurídica de la accionante."

Otra de las formalidades a las que se encuentra sujeta la efectividad de una póliza de fianza ya exigible, es aquella a que se refiere el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el que se dispone que en una etapa convencional, el beneficiario deberá presentar su reclamación directamente ante la institución de fianzas, en cuyo caso, deberá dejar transcurrir el periodo de tiempo que prevé dicho artículo, para hacer efectiva la póliza de fianza.

En efecto, respecto de los beneficiarios particulares que deseen hacer efectiva una póliza de fianza vuelta exigible, y que dijimos deberán sujetarse a la reclamación prevista en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el Poder Judicial de la Federación sostiene

que el beneficiario deberá dejar transcurrir el plazo legal para hacer efectiva la póliza, lo que nos da la pauta para precisar el momento a partir del cual comenzará a computarse el plazo de prescripción que prevé el artículo 120 de la propia ley. En efecto, en el criterio jurisprudencial a que se ha hecho referencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene lo siguiente:

FIANZAS, PRESCRIPCIÓN DE LAS.- El artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que antes de iniciarse el juicio contra una institución de fianzas, el beneficiario deberá requerirla por oficio o escrito directo para que cumpla con sus obligaciones como fiadora, y que la institución dispondrá de un plazo de sesenta días hábiles para hacer el pago, si procede; de modo que, practicado el requerimiento, el beneficiario deberá esperar el transcurso de ese plazo para hacer efectivos sus derechos, ya que de no ser así, carecería de objeto el plazo concedido por la ley misma al fiador. En tal virtud, el término de la prescripción comienza a correr desde que puede hacerse efectivo el crédito y termina con el transcurso de dos años que señala el artículo 120 de la ley citada.
(⁸⁶)

Toda vez que la Federación está exceptuada de presentar la reclamación a que hace referencia el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuando se otorga póliza a su favor para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, por virtud de la excepción que prevé el artículo 95 de la misma Ley, es obvio que en tal caso el beneficiario no está obligado a dejar transcurrir el plazo de 60 días otorgado por el legislador para hacer efectiva la póliza respectiva; por lo que nos permitimos afirmar que, en principio, el término de prescripción comenzará a computarse a partir de que se vuelve exigible la obligación derivada de la expedición de la misma.

Estamos ya en posibilidad de determinar los momentos a partir de los cuales comienzan a computarse los plazos para la configuración tanto de la caducidad, como de la prescripción de las fianzas, previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Pero antes, es preciso determinar si los plazos que para la caducidad y la prescripción de las fianzas, prevé el artículo 120 citado, son aplicables a las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada.

Adelantándonos al tema siguiente, consideramos que el artículo 120 citado, si es aplicable a las fianzas que garantizan cualquier obligación relacionada con el contrato de obra pública, que hubiese sido celebrado con la Administración Pública Federal Centralizada; en razón de que dicho precepto legal, no hace distinción alguna respecto de los distintos procedimientos que la Ley de la materia prevé para hacer efectiva una póliza de fianza.

El fundamento constitucional que faculta a la Tesorería para la utilización del procedimiento administrativo de ejecución, se encuentra en el artículo 31, fracción IV, que establece la obligación de los mexicanos a contribuir para el gasto público, en relación con el diverso 89, fracción I, que faculta al Titular del Ejecutivo Federal, para proveer en la esfera administrativa, a la exacta observancia de la ley.

De donde se deduce que, atendiendo a que la naturaleza de la obligación garantizada, tratándose del contrato de obra pública, no es de naturaleza fiscal, no resulta aplicable la vía económico-coactiva para hacer efectiva una póliza de fianza que garantice su cumplimiento.

(⁸⁶) SJF. Sexta Época, Segunda Sala, Vol. XII, Tercera Parte, p. 129

Y por último, desde el punto de vista de la interpretación e integración de la ley, no existe razón jurídica alguna, que remita a la aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación, en lugar de lo que establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas respecto de la caducidad y la prescripción de cualquier tipo de fianza.

Los plazos que para la caducidad y prescripción que prevé el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, comienzan a correr a partir de los momentos siguientes:

A. Fecha en que comienzan a correr los plazos para la configuración de la caducidad previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, respecto de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada; para tal efecto, recordemos los plazos de caducidad previstos en los dos primeros párrafos de dicho precepto legal.

Con relación al supuesto contemplado en el primer párrafo del artículo 120 citado, es decir, cuando la afianzadora se obligó por tiempo determinado, al haber quedado estipulado en el texto de la póliza un periodo de vigencia de la misma, tenemos que:

a.1. Si las partes contratantes estipularon en la póliza un plazo dentro del cual el beneficiario debe hacer la reclamación correspondiente, el plazo para que se configure la caducidad, comienza a correr a partir de la fecha de inicio de dicho plazo convencional. En tal caso, sólo deberá tenerse cuidado de que la exigibilidad de la obligación garantizada, ocurra dentro del periodo de vigencia de la póliza. En este caso, se trata de una caducidad convencional, acordada entre la institución garante y el beneficiario de la misma.

a.2. Si las partes contratantes de la fianza no estipularon un periodo convencional de caducidad de la misma, el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas prevé uno de ciento ochenta días naturales, el cual deberá transcurrir para que se configure la caducidad, y que comenzará a contarse a partir de la expiración de la vigencia de la póliza. En este caso, la caducidad, tiene su origen en la ley. También aquí se deberá de cuidar que la exigibilidad de la obligación garantizada, ocurra dentro del periodo de vigencia de la póliza respectiva.

b. Por su parte, con relación al supuesto previsto en el segundo párrafo del mismo artículo 120, esto es, cuando la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado, el plazo de caducidad de ciento ochenta días naturales, comienza a computarse a partir del momento en que se hace exigible la obligación garantizada, por incumplimiento del contratista. Dicho incumplimiento se dijo, deberá quedar acreditado con el acta administrativa levantada con intervención de las autoridades competentes, en donde consten los actos u omisiones del contratista, los cuales acreditan el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

B. Fechas en que comienzan a correr los plazos para la configuración de la prescripción previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, respecto de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada.

De los dos últimos párrafos del artículo 120 citado, se advierte una contradicción entre ambos, pues mientras uno establece que la presentación de la reclamación de la póliza por parte del beneficiario, hace surgir su derecho para hacerla efectiva, el cual queda sujeto a la prescripción, el otro dispone que la presentación de la reclamación interrumpe el plazo de prescripción, haciendo suponer que dicho plazo comenzó a correr en forma previa a la presentación de dicha reclamación, lo cual nos hace surgir la siguiente cuestión: ¿a partir de qué momento comienza a correr el plazo de

la prescripción?, o con otras palabras, el plazo de prescripción ¿comienza a correr a partir de que se hace exigible la póliza o a partir de que surge el derecho del beneficiario de hacerla efectiva?

Para el efecto de dar solución a la anterior pregunta, recordemos que si el fundamento subjetivo de la prescripción, estriba en sancionar el supuesto abandono del titular del derecho vuelto exigible, por lo que con cada gestión de cobro que realice el beneficiario se interrumpe el plazo de prescripción, en consecuencia, tendríamos que concluir que el plazo para que se configure la prescripción de la fianza, que prevé el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, comienza a correr a partir de que dicha póliza se vuelve exigible, y ésta se vuelve exigible cuando se vuelve exigible a su vez la obligación garantizada, y que en el caso que nos ocupa, ello sucede cuando el contratista deja de cumplir con la obligación surgida a su cargo con motivo de la celebración del contrato de obra pública. Y es a partir de dicho momento que el beneficiario se encuentra en aptitud de hacer efectiva la póliza de fianza respectiva. Tal idea se ve reforzada con la siguiente tesis emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que es del tenor siguiente:

FIANZAS, PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE. CORRE CON ANTERIORIDAD AL REQUERIMIENTO DE PAGO, SIENDO EL EFECTO DE ESTE INTERRUMPIRLA, NO GENERARLA.- No es verdad que por el hecho de que el artículo 95, fracción II, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las afianzadoras disponen de 90 días naturales para hacer el pago, contados a partir de la fecha en que se les hace el requerimiento, la fianza no es exigible, antes de que transcurra ese plazo, y como consecuencia no puede correr el término de la prescripción, puesto que el artículo 120 de la Ley de Fianzas al disponer que: "El requerimiento de pago, hecho a la institución de fianzas, interrumpe la prescripción" claramente está determinando que la prescripción corre con anterioridad al requerimiento de pago y que el efecto de éste es interrumpirla, no generarla. ⁽⁸⁷⁾

Sólo nos restaría precisar a qué se refiere el penúltimo párrafo del artículo 120 en comento, que señala que lo que queda sujeto a la prescripción, es el derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza, el cual no surgirá sino hasta que presente la reclamación correspondiente dentro de los plazos establecidos en el mismo precepto.

Consideramos que la frase que se utiliza en el tercer párrafo del artículo 120, consistente en que "Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción", no se refiere al momento en que se hace efectiva la póliza, la cual dijimos, surge en el momento en que se hace exigible la póliza por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada, sino que se refiere a que para preservar el derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza, él mismo deberá hacer la reclamación correspondiente dentro de los plazos señalados para evitar que se configure la caducidad en su contra; y ese derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza, es el que queda sujeto a los plazos de prescripción que prevé el artículo 120.

Entonces si, por otra parte, la efectividad de la póliza de fianza se da cuando se hace exigible la obligación garantizada por incumplimiento del fiado, la reclamación o el requerimiento de pago que presente el beneficiario de la póliza, interrumpirá el término prescriptorio, de

⁽⁸⁷⁾ S.J.F., Sexta Época, Vol. CXI, Tercera parte, Segunda Sala, p. 31.

conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 120, ocasionando que el término de prescripción se compute de nueva cuenta a partir de cero, cuando quede resuelta la reclamación o requerimiento de pago mencionados.

Se recordará que como el artículo 120 establece que la obligación a cargo de la afianzadora, prescribirá cuando transcurra el menor de los siguientes plazos: por el que prescribe la obligación garantizada, y que en el caso del contrato de obra pública es de diez años o, bien, el de tres años, concluimos que el plazo de tres años para que prescriba la fianza, comenzará computarse a partir de que se hace exigible la obligación garantizada, y que tratándose del contrato de obra pública, dicho momento se da cuando se acredita mediante el acta respectiva, el incumplimiento del contratista.

Reiteramos que para que el beneficiario de la póliza de fianza, de la indole que tratamos, conserve su derecho de hacerla efectiva, deberá presentar la reclamación dentro de los periodos previstos en los dos primeros párrafos del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es decir, deberá presentar la reclamación respectiva dentro de los siguientes plazos:

a) Dentro del plazo estipulado para ese efecto por los contratantes de la fianza, si la afianzadora se obligó por tiempo determinado.

b) Dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a cuando expire la vigencia de la póliza, si la afianzadora se obligó por tiempo determinado.

c) Dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a cuando se hace exigible el contrato de obra pública por incumplimiento del contratista, si la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado.

Con relación a los plazos previstos en los anteriores incisos a y b, se deberá cuidar que la exigibilidad de la obligación garantizada, ocurra antes de que expire la vigencia de la póliza, tal y como se sostiene en la tesis sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Revisión Fiscal No. 255/84, que dice:

FIANZAS, PRESCRIPCIÓN DE LAS.- El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las acciones derivadas de la fianza prescriben en dos años, pero ello debe entenderse que siempre y cuando los hechos generadores de la exigibilidad del crédito tengan lugar dentro del periodo de vigencia de la garantía, de manera que si los hechos que generan la exigibilidad de la fianza tienen lugar cuando ésta ya no está vigente, no puede hacerse efectiva, y es insostenible la postura de pretender extender dicha vigencia en dos años, fundándose en el artículo 120 citado." (88)

Aun cuando también existen tesis dictadas en sentido contrario, como aquella sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el amparo directo No. 1544/89, y que es del tenor siguiente:

FIANZAS, TÉRMINO QUE PERMITE LA LEY A LA AUTORIDAD PARA EJERCER LAS ACCIONES QUE SE DERIVEN DE LAS.- Aun de aceptarse que en la póliza de fianza se estipuló una cláusula de caducidad convencional, conforme a la cual

(88) Semanario Judicial de la Federación, Volumen CVI, Tercera Parte, p. 47.

la fianza se extinguió al concluir su vigencia, esto no significa que las facultades de las autoridades hacendarias para formular el requerimiento de pago se limiten a la fecha en que concluyó dicha vigencia, y que después de ésta no puedan hacerlo, ya que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, concede al fisco un plazo de tres años para ejercitar las acciones que deriven de la fianza en cuestión.”⁽⁸⁹⁾

Consideramos que el hecho de que el legislador haya sujetado el derecho del beneficiario de hacer efectiva la póliza a la condición de tener que presentar la reclamación de la misma dentro de los plazos señalados para evitar que se extinga su derecho por caducidad, obedece a la finalidad que persigue el legislador con esa figura jurídica, y es la de dar concreción de una forma más rápida a la relación surgida entre el beneficiario y la institución garante, para beneficio de ambas.

De lo señalado en los dos subapartados anteriores, podemos concluir que los plazos de caducidad y prescripción, previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no corren paralelos en todos los casos, pues ello dependerá en si la afianzadora se obliga o no por tiempo determinado, lo cual da como resultado las siguientes posibilidades:

a) Si la afianzadora se obligó por tiempo determinado, es decir, si se estipuló un plazo de vigencia de la misma, pero además se acordó un plazo dentro del cual el beneficiario debería hacer la reclamación correspondiente, so pena de que se extinga su derecho por caducidad, entonces tenemos que el plazo de caducidad comienza a correr a partir del inicio del plazo convencional de caducidad; mientras que el plazo de prescripción comienza a correr a partir de que se hace exigible la fianza por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada, y bien podría suceder en este caso, que el plazo convencional de caducidad no coincida con el de inicio de la prescripción.

b) Si la afianzadora se obligó por tiempo determinado, es decir, si se estipuló un plazo de vigencia de la póliza, pero no uno convencional de caducidad, tenemos que en defecto de éste, el mismo artículo 120 señala uno de ciento ochenta días naturales contados a partir de que fenece la vigencia de la póliza, y de igual forma que en el caso anterior, podría muy bien suceder que no coincidan en el inicio el plazo legal de caducidad con el de prescripción, ya que éste comienza a computarse a partir de que se hace exigible la póliza por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada, mientras que el de caducidad legal no correrá sino a partir de que venza la vigencia de la póliza de fianza.

c) Por último, si la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado, tenemos que es el único caso en que sí correrían paralelos ambos plazos, de caducidad y prescripción, puesto que ambos comenzarán a correr a partir de que se hace exigible la póliza por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada.

Lo que nos lleva a concluir que, los plazos de caducidad y prescripción establecidos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no siempre corren paralelos, salvo cuando la institución garante se obligue por tiempo indeterminado.

Ahora bien, sea que la institución garante se obligue por tiempo determinado o no, para conservar su derecho de hacer efectiva la póliza respectiva, el beneficiario deberá presentar a la afianzadora la reclamación correspondiente antes de que se extinga su derecho por caducidad, y será a partir de dicha reclamación que se verá interrumpido el plazo de prescripción, comenzando a

⁽⁸⁹⁾ Semanario Judicial de la Federación. Tomo V. Segunda Parte. p. 577.

correr de nueva cuenta a partir de cero desde que se solucione la reclamación, demanda o requerimiento presentado por el beneficiario de la póliza, salvo que dicha reclamación resulte infundada, debiendo entenderse que el plazo de prescripción nunca se interrumpió.

3.7. Jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal de la Federación y el Poder Judicial de la Federación acerca de las fianzas

Este apartado tiene por objeto señalar los distintos criterios jurisprudenciales, emitidos por los órganos competentes, en los que se establece si es o no aplicable a las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, las figuras de la caducidad y la prescripción, previstas en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Debido a que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de resolver el problema a que se ha hecho mención en el párrafo precedente, y de que disponen de distintos medios para ello, es que previamente al señalamiento de dichos criterios jurisprudenciales, haremos una breve reseña de los medios con que cuentan los órganos jurisdiccionales para realizar la función que les es propia.

Así, trataremos someramente el tema de la jurisprudencia, no como ciencia, sino como la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales en su labor cotidiana, al resolver las controversias que se le presentan para su solución. Por lo que no debemos dejar de mencionar los dos principales medios de que se valen para ello, a saber, la interpretación y la integración de las leyes.

Por lo mismo, y previamente a establecer si se seguirá un método de interpretación o integración de la ley, habrá que establecerse si puede darse un conflicto de leyes con relación a la jerarquía de unas respecto de otras, por lo que se dedica un apartado a tratar los principios de supremacía y superioridad de las leyes, así como el que trata de la preferencia de la ley de la materia.

Para posteriormente establecer si el crédito que constituye una fianza de la índole que tratamos, vuelta exigible, tiene naturaleza tributaria. Ello tiene el propósito de establecer si se justifica la utilización del procedimiento administrativo de ejecución para hacerla efectiva, y en consecuencia, tampoco le sea aplicable la figura jurídica de la caducidad, que prevé el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Por último, se señalan los distintos criterios jurisprudenciales a que nos referimos en el párrafo primero de este tema.

3.7.1. Marco teórico de jurisprudencia

3.7.1.1. Definición y fundamento constitucional de la jurisprudencia

En el Derecho Tributario, la jurisprudencia es estudiada como una de las fuentes principales del mismo. Sin embargo, algunos jurisconsultos consideran incorrecto darle a la jurisprudencia el rango de fuente formal, en razón de que la misma no puede ser considerada como una forma de creación del Derecho, sino más bien se trata de una fuente material, porque es la interpretación del alcance y sentido de la norma ya existente.

El Dr. Delgadillo Gutiérrez define a la jurisprudencia como "...la interpretación que de manera habitual y reiterativa hacen los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de la función jurisdiccional, de los preceptos legales y reglamentarios, en los asuntos que les son sometidos a su consideración".⁽⁹⁰⁾

Debido a la obligatoriedad en su aplicación, derivada de la exposición de motivos de la reforma hecha al artículo 107 constitucional en 1950, en nuestro país la jurisprudencia sí tiene el rango de fuente de derecho. En la misma exposición de motivos, se equiparan las tesis relativas a verdaderas normas legales, por reunir los atributos esenciales de la ley, a saber, la generalidad, la impersonalidad y la abstracción.

El fundamento constitucional de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, se encuentra previsto en el artículo 94 de la Constitución Política Federal, que establece: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación". Aunque no existe un fundamento constitucional de la jurisprudencia emitida por los Tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal de la Federación; consideramos que al tratarse de un órgano que realiza materialmente la función jurisdiccional, la jurisprudencia que emite, también tiene su fundamento en dicho precepto constitucional.

Por otra parte, debido a que el artículo 94 constitucional se refiere únicamente al tipo de jurisprudencia interpretativa, es decir, aquella que explica el sentido de un precepto legal, y que pone de manifiesto el pensamiento del legislador, algunos autores consideran que en nuestro país no es aplicable otro tipo de jurisprudencia, como la integradora, que colma los vacíos de la ley mediante la creación de una norma; o la confirmatoria de una ley, que ratifica lo que previene la misma norma o, bien, la derogativa de una norma jurídica. Dichos autores aciertan al considerar que esta última, no tiene aplicación en nuestro país; ello debido a que el artículo 72 constitucional, inciso f), establece que la ley y reglamento sólo podrán ser reformados o derogados, observando los mismos trámites establecidos para su formación.

Sin embargo, no hay que olvidar lo que establece el artículo 14 de la Constitución, que además de prohibir la aplicación de una pena por analogía o mayoría de razón en el orden criminal, de su texto se desprende la posibilidad de aplicar el método integrativo, así como los principios generales del derecho, en la resolución de asuntos del orden civil.

3.7.1.2. Jerarquía de las leyes tributarias

En el derecho tributario, coexisten al lado de las normas constitucionales, leyes ordinarias, disposiciones reglamentarias, y circulares, entre otras. Todas ellas implican la posibilidad de ofrecer solución a una determinada controversia en materia tributaria, por lo que es necesario establecer la jerarquía entre ellas, a fin de evitar una colisión entre las mismas.

El problema de la posible colisión entre las diversas normas tributarias, puede ser solucionado con los dos principios jurídicos siguientes: a) El principio de supremacía y superioridad, y b) El principio de preferencia o prelación de la ley respectiva o de la materia.

a) Los Principios de Supremacía y Superioridad

⁽⁹⁰⁾ Delgadillo Gutiérrez, *Op. cit.*, nota a pie (14), p. 83.

El principio de supremacía tiene su base, en el reconocimiento del rango superior de una norma respecto de las restantes dentro del sistema jurídico federal tributario. Tiene aplicación cuando en la solución de la controversia presentada al juez, concurre una disposición constitucional, la cual constituye la única con el rango de supremacía, y por ende la solución se dará a partir de la aplicación preferente de esa norma constitucional, mediante el agotamiento de las instancias a partir de las cuales cobra efectividad el principio de que se trata.

El principio de superioridad tendrá su eficacia cuando en la controversia concurren normas de distinto rango y por tanto, la solución vendrá dada a partir de la norma de rango superior. Por ejemplo, si en la solución de la controversia concurren normas legales y normas reglamentarias, la solución será la aplicación de la norma legal sobre la reglamentaria, porque ésta es de rango inferior a la primera.

b) Principio de Preferencia o Prelación de la Ley de la Materia

Este principio puede ser invocado cuando en la controversia que se presenta ante el juez para su resolución, concurren normas legales del mismo rango y que por ende tienen la misma jerarquía y la solución que de ellas emanan tienen el mismo valor, por ejemplo: Ley del Impuesto sobre la Renta frente al Código Fiscal de la Federación.

Ante tal dilema, la solución se da desde una posición lógica que se sustenta en la prelación o preferencia de la ley de la materia frente al resto de leyes.

En materia tributaria, el autor Antonio Jiménez nos da la siguiente definición de ley respectiva o ley de la materia: "...viene a constituir la norma tributaria que de origen o ex profeso regula una determinada materia o institución con vocación integral, por lo que dicho régimen tributario articulado con tal vocación debe prevalecer sobre ofertas alternativas de dimensión fragmentaria".⁽⁹¹⁾

Las soluciones dadas por el principio de supremacía constitucional, se encuentran en los artículos 133, 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.7.1.3. Interpretación de la Ley y hermeneútica jurídica

Interpretar en términos generales, es desentrañar el sentido de una expresión o conjunto de signos. Concepto que aplicado a la ley, consiste en descubrir el sentido que ésta encierra, la cual suele expresarse como un conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los artículos de los códigos. Lo que se interpreta es el sentido de tales signos, es decir, su significación.

Así, el problema capital de la teoría de la interpretación estriba en saber qué se entiende por sentido de la ley.

Una de las propuestas de solución se hace consistir en que, el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador, lo que implica investigar lo que el legislador quiso decir, y que la doctrina denomina con el nombre de filológico-histórica. Sin embargo, los defensores de tal postura olvidan que lo querido por el legislador no siempre coincide con lo expresado en la ley, es decir, lo que admite interpretación no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley, lo cual no significa tampoco que la interpretación haya de agotarse en lo puramente gramatical.

⁽⁹¹⁾ Jiménez González, Antonio. *Lecciones de Derecho Tributario*, 4ª ed., Editorial ECAF, S.A., México 1996, p. 205

Otra postura, opuesta a la anterior, es la lógico-sistemática, la cual no busca la intención subjetiva del legislador, sino el sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho. Respecto de esta última postura, García Maynez nos dice que: "De acuerdo con esta segunda postura, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen, e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores. Tal significación no sólo depende de lo que las palabras de la ley por sí mismas expresan, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y de otros que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trata."⁽⁹²⁾

Entre ambas posiciones existe una gran variedad de doctrinas intermedias, que tienden hacia alguno de ambos extremos.

La labor hermeneútica o interpretativa de la ley no se refiere únicamente a los preceptos legales de observancia general, sino también a normas individualizadas, tales como un contrato, un testamento o una resolución administrativa, entre las que hay que distinguir la expresión de la norma y la norma expresada, la cual a diferencia de la abstracta y general, obliga a personas individualmente determinadas.

Otro de los problemas que se presentan a la teoría de la interpretación, es el de la elección de los métodos interpretativos, y es que la idea que se tenga del sentido de la ley, influirá sobre la elección de dichos métodos. Así, si pensamos que el sentido de la ley consiste en desentrañar la voluntad del legislador, el estudio de los trabajos preparatorios y de las exposiciones de motivos adquiere una mayor relevancia que si se conceptúa el sentido de la ley dentro de un marco lógico-sistemático del orden legal.

El principal método hermeneútico es el tradicional o exégetico; para cuyos defensores, en razón de que la ley es la voluntad legislativa, la interpretación de los preceptos legales debe reducirse a la búsqueda del pensamiento de su autor, y en el que la labor de exégesis va desde la interpretación gramatical, hasta la integración, -en cuyo caso ya no se trata de un método de interpretación-, por medio del uso de la analogía, la costumbre, la equidad y los principios generales del derecho, pasando por la interpretación lógica.

Para Gény, según García Maynez, aun cuando coincide con la tesis de la Escuela Exégetica, no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho, ni que pueda prever todas las situaciones jurídicas posibles, por lo que habrá que derivar la solución de otra fuente, o recurrir a la libre investigación científica, en cuyo caso, para colmar las lagunas, el método jurídico habrá de tender hacia el descubrimiento de los elementos objetivos.⁽⁹³⁾

Para descubrir esos elementos objetivos, el juzgador deberá acudir a "la naturaleza de las cosas", cuya expresión define Runde en los siguientes términos: "las relaciones de la vida social, o mejor dicho, los elementos de hecho de toda organización jurídica, llevan en germen las condiciones de su equilibrio, y revelan al investigador atento la norma que debe regirlos. Pero para llenar las lagunas no basta con tomar en cuenta las circunstancias de hecho sometidas al conocimiento del juez, sino que es necesario no perder de vista los ideales de justicia y utilidad común que el legislador habría perseguido, si hubiera podido conocer el caso especial."⁽⁹⁴⁾

⁽⁹²⁾ García Maynez, Eduardo, *Op. cit.*, nota a pie (65) p. 329.

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, p. 331.

⁽⁹⁴⁾ Runde, citado por García Maynez, *Op. cit.*, nota a pie (65), p. 345.

Después de servirse de la idea de justicia como un criterio general de orientación, deberá el juez tomar en cuenta, los principios que en forma más o menos directa se hallan subordinados a aquella idea, como el que reconoce a todo ser humano el derecho absoluto de conducirse y desarrollar sus facultades naturales en vista de su fin, con la condición de que respete el derecho igual de los demás; o el de la preponderancia de los intereses comunes sobre los puramente privados, etc.; seguidos de aquellas máximas generales de conducta, como aquella que refiere que los compromisos legalmente contraídos deben cumplirse fielmente, o la de que nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de un tercero, o la de que todo aquel que cause injustamente un daño debe repararlo, etc.

Sin pretender agotar el tema de la interpretación de la ley, nos permitimos señalar las clases de interpretación mayormente conocidas, independientemente de si pertenecen a determinada postura o Escuela de Interpretación, y que son a saber:

1) Interpretación gramatical, consistente en desentrañar el significado de las palabras a través de las cuales se manifiesta la voluntad del legislador, por tanto se considera a la ley como una serie de vocablos, mismos a los que se somete a análisis en los términos de las reglas gramaticales.

2) Interpretación lógica, es aquella consistente en relacionar las diversas disposiciones de un mismo cuerpo normativo como partes de un todo a efecto de que surja la armonía.

3) Interpretación extensiva o restrictiva. Habrá interpretación extensiva cuando se descubre que la ley tiene un alcance más amplio de la que tendría de estarse al sentido literal de los términos en que se contiene; mientras que la interpretación restrictiva se expresa en términos contrarios a la anterior, es decir, cuando la ley tiene un alcance menos amplio de la que tendría de estarse al sentido literal de la norma interpretada. Sin embargo, en ambos se presupone que el intérprete y aplicador de la norma, conoce "la verdadera" voluntad del legislador y a partir de dichos métodos pretende ser fiel a ella.

4) Interpretación estricta. Es aquella que defiende el predominio del significado literal de las palabras consignadas en la norma, por lo que la voluntad del legislador será aquella que se exterioriza en el significado manifiesto de las palabras. Se coloca entre la extensiva y la restrictiva, porque a través de ella no se prejuzga sobre una supuesta voluntad del legislador más allá del sentido literal de los vocablos.

5) Interpretación histórica, conforme a la cual la ley se encuentra inserta en un contexto histórico determinado que condiciona el contenido de la ley en alguna manera, por lo que resulta necesario conocer las condiciones de época, los debates en el seno de las comisiones y en el ámbito parlamentario, exposición de motivos, entre otros, para conocer la voluntad del legislador.

6) Interpretación económica, consiste en otorgar preponderancia a los criterios económicos dentro del fenómeno tributario, prestando de las nociones de derecho común, para evitar la evasión fiscal del particular, quien elige las formas jurídicas más ventajosas para lograr su objetivo, sin que ello implique necesariamente la comisión de un hecho delictivo por parte del contribuyente.

7) Interpretación teleológica. Busca esclarecer en cada caso cual es la última finalidad de una norma o de una institución por ella regulada, y a partir de ahí comenzar el trabajo de interpretación.

La interpretación de la ley tributaria se hace con las mismas herramientas utilizadas en otras ramas del ordenamiento jurídico, pues no tiene mayor diferencia que la interpretación de

cualquier otra norma jurídica, y por ende las soluciones que se presenten a la interpretación de la norma tributaria, habrán de ser iguales a las que se presenten en otros ámbitos jurídicos. Por consiguiente, no podría sino concluirse que las leyes tributarias deben interpretarse conforme a cualquiera de los métodos de interpretación jurídica mencionados.

Así, en el derecho tributario mexicano, el artículo 5º del Código Fiscal de la Federación consagra el principio general en materia de interpretación de la norma tributaria, como la libertad de elección del método interpretativo siempre que haya sido reconocido como propio.

Sólo como excepción se estatuye un método de interpretación estricto, cuando se trata de normas tributarias cuyos contenidos son los siguientes:

- a) Que definan al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de cada tributo;
- b) Que establezcan los regímenes de excepción a la tributación, y
- c) Que fijen las infracciones y las sanciones.

3.7.1.4. Integración jurídica

Se da cuando al juez, que debe resolver una controversia y los medios interpretativos son insuficientes para ofrecer una solución, tiene que formular la norma aplicable al caso controvertido, es decir, deja de ser intérprete para asumir un papel semejante al del legislador.

En algunas ocasiones, la misma ley que prevé las posibilidades de las lagunas, le indica a los jueces los medios de que podrá echar mano para llenarlas; de no ser así, el juez deberá resolver jurídicamente las controversias, colmando ese vacío de la ley, mediante la aplicación de los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda; de lo anterior se deduce el principio de la doctrina que dispone que: *si en la ley hay lagunas, en el derecho no puede haberlas*.

Existen dos grandes bloques en que se agrupan los diversos métodos integrativos de la ley, a saber: a) Métodos heterointegrativos y b) Métodos autointegrativos.

a) Los métodos heterointegrativos consisten en la posibilidad de colmar las insuficiencias o lagunas de un sistema jurídico, mediante el acudir a otro sistema jurídico que se considera más desarrollado. Sin embargo, por razones políticas y jurídicas, en la actualidad ese método cayó en desuso, por lo que ahora se le limita a la posibilidad de acudir de una parte de un ordenamiento jurídico, a otra parte del mismo, con el fin de colmar las lagunas de la primera.

El principio de supletoriedad corresponde a este bloque.

b) Los métodos autointegrativos presuponen la suficiencia del ordenamiento jurídico para bastarse a sí mismo, colmando las lagunas que en el mismo se presenten.

La analogía es el método de integración por antonomasia, en razón de que la analogía consiste en aplicar a un caso no previsto, la disposición concerniente a una situación prevista, cuando entre ésta y aquél hay semejanza y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera, y tal procedimiento queda fuera del ámbito de la labor interpretativa, ya que sólo hay interpretación cuando existe un precepto al cual dicha tarea pueda referirse, y en el caso de la analogía no existe tal precepto legal que interpretar.

Además de la semejanza de los supuestos tanto del caso no previsto, como el del sí previsto, debe existir una identidad de razón entre ellos, es decir, es necesario que las razones que

justifiquen la aplicación al caso previsto del tratamiento acordado por el legislador, sean las mismas que apoyen el que se brinde el mismo tratamiento al supuesto no previsto.

En materia de derecho tributario sustantivo mexicano, no son aplicables los procedimientos analógicos, en virtud de que en el ámbito tributario priva el principio de reserva formal de ley en los términos de la fracción IV del artículo 31 constitucional; sin embargo, en el resto de los sectores del fenómeno tributario, tales como los que caen bajo la regulación del derecho administrativo, procesal, etc., la analogía tendrá cabida en la medida en que cada una de tales disciplinas le den acogida.

Algunos sistemas jurídicos, para colmar sus lagunas, permiten acudir a los principios generales del derecho; así como a otros factores no necesariamente jurídicos, tales como los grandes valores nacionales, tradiciones, criterios generales de justicia, etc.

* El Principio de Supletoriedad del Derecho Común en el Derecho Tributario

El artículo 5º del Código Fiscal de la Federación establece el principio de supletoriedad del derecho común al derecho tributario federal, consistente en que ante el reconocimiento de que en éste puedan existir lagunas legales, éstas puedan ser colmadas por medio de ese método de heterointegración jurídica, que permite que otros sectores del ordenamiento jurídico auxilien al tributario.

Conforme a tal dispositivo legal, deberán comprenderse dentro de la expresión "derecho común", todas las ramas del ordenamiento jurídico distintas al tributario, tales como el derecho civil, mercantil, bancario, penal, etcétera.

La aplicación supletoria del derecho común al tributario, no podrá ser hecha en forma indiscriminada, sino con la limitante que prescribe el mismo artículo 5º citado, consistente en que la institución o norma de derecho común aplicable al amparo del principio de que tratamos no deberá ser contraria a la naturaleza del derecho tributario.

3.7.1.5. Proceso elaborador de la Jurisprudencia

Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros.

Las ejecutorias que dicten las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formarán jurisprudencia si reúnen las mismas condiciones mencionadas en el párrafo anterior y fueren aprobadas por lo menos por once ministros.

Las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de su competencia exclusiva, constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por una en contrario y hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran.

Otra forma de sentar jurisprudencia, la constituye la resolución dictada sobre contradicción de tesis, es decir, cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de ellas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte, la que decidirá

funcionando en Pleno, qué tesis debe observarse. Lo mismo ocurre cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Corte, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Sala correspondiente de la Suprema Corte, que decidirá qué tesis debe prevalecer.

La jurisprudencia del Poder Judicial Federal se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario aprobada por catorce ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una Sala, y por unanimidad de votos tratándose de las de un Tribunal Colegiado de Circuito.

Por otra parte, para la modificación de la jurisprudencia, se observarán las mismas reglas establecidas en la Ley de Amparo para su formación y que son aquellas a que se ha hecho mención en los primeros párrafos de este subapartado.

En nuestro país algunas otras leyes, que no son la de Amparo, otorgan a otros órganos jurisdiccionales la facultad de sentar jurisprudencia, mediante un procedimiento y requisitos similares a los mencionados respecto de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal.

Así, en materia administrativa federal, el Código Fiscal de la Federación otorga dicha facultad al Tribunal Fiscal de la Federación; mientras que en materia administrativa local, la Ley de lo Contencioso Administrativo para el Distrito Federal, otorga tal facultad precisamente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, así como lo hace cada ley en materia de lo contencioso administrativo para cada uno de los Tribunales de la misma materia de cada una de las entidades federativas de la República mexicana, cualquiera que sea el nombre que adopten.

El proceso de elaboración de jurisprudencia por el Pleno o cualquiera de las dos Secciones en que funciona la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, es similar al del Poder Judicial Federal, y el cual se encuentra previsto en los artículos del 259 al 263 del Código Fiscal de la Federación.

Para sentar precedente, las tesis sustentadas en las sentencias o en las resoluciones de contradicción de sentencias, deberán ser aprobadas por lo menos por ocho magistrados de la Sala Superior funcionando en Pleno, además de ser publicadas en la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación; asimismo, sentarán precedente las tesis aprobadas cuando menos por cuatro magistrados de cada una de las Secciones de que se compone la Sala Superior, y sean publicadas en el mismo órgano oficial.

Para fijar jurisprudencia, el Pleno de la Sala Superior deberá aprobar tres precedentes en el mismo sentido, no interrumpidos por otro en contrario; así como cuando cualquiera de las Secciones de la misma Sala Superior, apruebe cinco precedentes no interrumpidos por otro en contrario.

En caso de contradicción de sentencias, cualquier magistrado del Tribunal, o las partes en los juicios en los que dichas tesis se sustenten, podrán denunciar ante el Presidente del Tribunal la contradicción existente, para que éste lo haga del conocimiento del Pleno, el cual decidirá la tesis que debe prevalecer, constituyendo precedente.

De igual forma que la jurisprudencia del Poder Judicial Federal, la del Tribunal Fiscal de la Federación podrá ser suspendida por el Pleno de la Sala Superior, cuando en una sentencia o

contradicción de sentencias, se resuelva en sentido contrario a la tesis de la jurisprudencia y siempre que la suspensión sea publicada en la Revista del Tribunal mencionado.

Por último, las Salas están obligadas a aplicar la jurisprudencia del Tribunal, salvo que ésta contravenga jurisprudencia del Poder Judicial Federal y la contravención a esa disposición originará el apercibimiento y en caso de reincidencia, se aplicará sanción administrativa en términos de la ley de la materia.

3.7.2. Criterios jurisprudenciales respecto de que el ingreso derivado de una fianza no tiene naturaleza de crédito fiscal

En torno a la confusión que se da respecto del alcance del contenido que tiene el crédito fiscal, son bastante ilustrativos los siguientes criterios jurisprudenciales:

“Créditos Fiscales.- Tiene este carácter cualquier crédito en favor del Erario Federal, sin que importe la índole o situación jurídica del deudor, ni la fuente de la obligación, la que puede derivar de una norma tributaria o de una actividad del Estado en su carácter de persona privada.”⁽⁹⁵⁾

Respecto de la anterior resolución del Pleno del Tribunal Fiscal de la Federación, Margáin Manautou sostiene que es correcta la apreciación que en ella se hace en el sentido de considerar créditos fiscales a todos aquellos ingresos del Erario Federal, independientemente de la fuente que provenga, ya que los mismos no pueden derivar sino de cuatro conceptos, a saber, de impuestos, derechos, productos y aprovechamientos, además de que todos los ingresos del Estado tienen como destino la satisfacción del Presupuesto de Egresos.⁽⁹⁶⁾

Si fuese verdad que todas las cantidades o créditos a favor del Erario Federal, son fiscales, sin importar la fuente de que provengan, entonces tendríamos que admitir que al ser el Estado el titular de la facultad de utilización del procedimiento económico coactivo, no habría razón para hacer diferencias para el cobro de los créditos fiscales que provengan de una fuente tributaria, respecto de aquellos otros que provengan de una actividad del Estado en su carácter de persona privada, es decir, que toda cantidad a favor del Estado se haría efectiva mediante la vía económica coactiva.

Sin embargo, la relación jurídica que surge entre las partes que intervienen en un contrato que se rige por normas jurídicas de derecho privado, es de coordinación y no de supra a subordinación de una de las partes respecto de la otra. Lo anterior da lugar a que dicho tipo de relaciones, se rija la mayoría de las veces por normas jurídicas dispositivas, además de las taxativas. Estas últimas son las que imperan independientemente de la voluntad de las partes, y que por lo regular, tienen que ver con las consecuencias jurídicas del negocio jurídico, así como con las formalidades para la manifestación de la voluntad de los contratantes, etcétera.

Las normas jurídicas dispositivas, en cambio, implican la posibilidad de dejar de aplicarse a una situación jurídica concreta, por la sola voluntad de las partes: en otras palabras, son aquellas normas aplicables cuando no existe una voluntad diversa de las partes. Entre ellas se

⁽⁹⁵⁾ Resolución del Pleno del Tribunal Fiscal de la Federación, de 16 de noviembre de 1937, citada por Margáin Manautou en *Dos Temas fiscales: Terminología y métodos para la determinación del tributo*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 1968, p. 19.

⁽⁹⁶⁾ Margáin Manautou. *Op.cit.*, nota a pie (95), p. 19 y 25.

encuentran las interpretativas y las supletivas; las primeras sirven para interpretar la voluntad de las personas que intervinieron en el negocio jurídico, y las supletivas se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes.

Las anteriores ideas aplicadas a las fianzas, aún aquellas que garantizan contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, nos permite afirmar que cuando el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas regula la caducidad de las pólizas de fianza respectivas, dicho precepto legal es una norma jurídica dispositiva, interpretativa y supletiva a la vez, es decir, que sirve para interpretar la voluntad de las partes que intervinieron en la contratación de la fianza, y sólo será aplicable cuando no exista una manifestación de voluntad diversa de aquellos que intervinieron en la elaboración del contrato de fianza.

En cambio, el mismo precepto legal citado, cuando regula la prescripción de las pólizas respectivas, es una norma jurídica taxativa, es decir, aplicable a todo caso, aún en contra de la voluntad de los que intervinieron en la contratación de la fianza.

Por otra parte, tomando en consideración que conforme al fundamento constitucional del procedimiento administrativo de ejecución, éste es sólo aplicable para hacer efectivos los tributos, debemos tener en cuenta el principio de reserva de ley de los tributos.

En razón de lo que estatuye el principio de reserva de ley de los tributos, según el cual nadie está obligado a soportar el cumplimiento de una obligación a título de tributo, sino mediante ley, en la que se invoque la causa de tal proceder, tenemos que concluir que el particular no puede ser obligado a soportar la efectividad de la obligación que se deriva de un contrato de fianza, mediante el uso del procedimiento administrativo de ejecución, pues dicha obligación no tiene naturaleza tributaria.

El principio de reserva de ley implica el inalienable derecho social a la autoimposición, y gracias a él se garantiza que la sociedad no soporte más cargas tributarias, que aquellas que ella misma se autoimponga. Al respecto, el autor Antonio Jiménez dice que: "Hay en su base de sustentación una expresión de voluntad democrática en el sentido de que aquello que a todos afecta, debe ser aprobado por todos... En las democracias presidencialistas el órgano legislativo, como representante del pueblo y portador de tal voluntad soberana, al asegurar para sí el monopolio del llamado a contribuir, garantiza que no haya afectaciones a derechos y bienes del gobernado vía imposición de cargas tributarias a través de decisiones provenientes de los órganos de la Administración Pública".⁽⁹⁷⁾

En otras palabras, si nadie está obligado a contribuir sino mediante ley expedida por el Congreso Federal o Local, sea que se trate de contribuciones federales o locales y municipales, igualmente tampoco nadie puede ser obligado a cumplir una obligación nacida de un acuerdo de voluntades, mediante los mismos medios de que se vale la autoridad para obligar a pagar el tributo, sino mediante ley que así lo determine expresamente, o bien, haya sido así acordado por los contratantes; por lo que sería igualmente antijurídico que los órganos jurisdiccionales infirieran tal facultad a favor de las autoridades hacendarias, de una norma o precepto legal en el que el legislador no establece tal facultad en forma expresa y clara a su favor; y mucho menos que, habiendo una disposición aplicable al caso concreto, desvirtuar tal aplicación por medio de la interpretación e integración que realizan los órganos jurisdiccionales en los casos sometidos a su consideración.

⁽⁹⁷⁾ Jiménez González, Antonio, *Op. cit.*, nota a pie (91), p. 185.

De ahí que los órganos encargados de hacer jurisprudencia sostengan en las tesis respectivas que, ni los órganos jurisdiccionales, ni aún los que tienen a su cargo la función legislativa, puedan permutar la naturaleza de una obligación que es eminentemente de derecho privado, por otra de naturaleza pública, como es la tributaria.

Una de dichas tesis de jurisprudencia que señala que una obligación derivada de un contrato mercantil no puede constituir un crédito fiscal, es la emitida por la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que es del tenor siguiente:

“Créditos Fiscales, Obligaciones Mercantiles que no tienen el Carácter de.- La Constitución, al facultar al Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio, no lo autoriza para la promulgación de leyes que cambien la esencia jurídica de actos o procedimientos fiscales. La autorización de la Constitución es sólo para promulgar leyes encaminadas al mejor régimen normativo de actos mercantiles, pero no para mudar la naturaleza jurídica de éstos, haciendo que una obligación de carácter comercial se convierta en crédito fiscal, ni para darles doble carácter estableciendo que para los particulares sean de derecho privado y para el Estado sean de orden público, pues nuestra Constitución reserva esta clase de facultades trascendentales al Legislador Constituyente, y dentro del régimen de facultades expresas que es el nuestro, es obvio que, al no estar consignadas en la Constitución para el legislador ordinario, éste no puede arrogárselas.”⁽⁹⁸⁾

Sin embargo, algunos juristas defienden el hecho de que el legislador tiene en todo momento abierta la posibilidad de elegir cualquier hecho con contenido económico para configurar un hecho generador de una contribución. Así, Margáin Manautou por ejemplo sostiene que: “De acuerdo con nuestra Constitución, el Congreso de la Unión está facultado para legislar en materia de comercio, pero no señala qué actos se reputan mercantiles, pues esto lo deja en manos del legislador; luego éste puede, mientras lo manifieste expresamente en la ley, para efectos fiscales, reputar un acto civil como mercantil o calificar una actividad comercial como industrial... En otras palabras, el mismo legislador ordinario puede cambiar la naturaleza de una actividad, siempre que lo diga expresamente... Cuando en la Ley Tributaria el legislador olvida lo anterior, importantes lagunas se observan en ella.”⁽⁹⁹⁾

Para demostrar su dicho, Margáin Manautou cita la jurisprudencia emitida por la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se sostiene que el crédito derivado de una fianza, no puede ser considerado crédito fiscal, y que es del tenor siguiente:

“Fianza, no puede ser Crédito Fiscal el Derivado de una.- La obligación contractual que nace de un contrato de fianza no puede ser impuesto, porque no se ha fijado unilateralmente y con carácter de obligación general por el Estado. Tampoco es un derecho en los términos del artículo 3º del Código Fiscal de la Federación, pues no es la contraprestación requerida por el Poder Público en pago de servicios administrativos prestados por él. No es tampoco producto, porque no es ingreso que percibe el Estado por actividades propias o por explotación de sus bienes, ni es ingreso ordinario del erario a título de impuesto, derecho, rezago o multa. Por tanto, el pago derivado de un contrato de fianza no cae en ninguna de las situaciones previstas por los cinco primeros artículos del Código Fiscal de la Federación:

⁽⁹⁸⁾ Jurisprudencia de la Sala Administrativa de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Tomo CXXVIII, p. 351 del Semanario Judicial de la Federación, citada por Margáin Manautou, *op. cit.*, nota a pie (95), p. 22.

⁽⁹⁹⁾ Margáin Manautou, *Op. cit.*, nota a pie (95), págs. 26 y 27.

en consecuencia, de acuerdo con los artículos 12 y 113 de la Ley de Instituciones de Fianzas, debe concluirse que nunca una obligación contractual de tal carácter, que se rige por el derecho privado, puede ser transformada en un crédito fiscal regido por el derecho público.”⁽¹⁰⁰⁾

Con relación al anterior criterio jurisprudencial, el maestro Margáin Manautou considera que en él se comete la deficiencia de conceptuar a uno de los rubros en que se ha clasificado a los ingresos ordinarios del Erario Federal, es decir, a los aprovechamientos; los cuales –afirma dicho autor–, no se constituyen sólo con las multas y con los rezagos, sino con todos los demás ingresos federales no clasificables como impuestos, derechos o productos, lo que lo lleva a considerar a los aprovechamientos como el “cajón sin fondo” del Fisco Federal, pues todo ingreso que no quede comprendido como impuesto, derecho o producto, es aprovechamiento.⁽¹⁰¹⁾ Sin embargo, resulta necesario precisar algunos términos utilizados en dicha jurisprudencia, tomando en consideración que desde que dicha tesis fue emitida, el Código Fiscal de la Federación ha sufrido varias reformas.

El artículo 2º del Código Fiscal de la Federación vigente clasifica las contribuciones, en impuestos, derechos, aportaciones de seguridad social y contribuciones de mejoras, y define cada uno de dichos términos. Esta agrupación obedece a la característica que las distingue de otros ingresos del Estado, y que es que las contribuciones son impuestas en forma unilateral por el Estado en uso de su poder tributario, es decir mediante ley expedida por el Congreso de la Unión.

En consecuencia, aunque el ingreso proveniente de una fianza, sea que ésta garantice o no obligaciones fiscales expedida a favor de la Federación, constituya una cantidad líquida a favor del Estado, y que a decir de Margáin deba considerarse crédito fiscal porque tal cantidad está destinada a sufragar el ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Federación, lo cierto es que tal crédito no fue impuesto de forma unilateral por el Estado en uso de su poder tributario, sino que tiene su origen en un acuerdo de voluntades entre los particulares contratantes de una fianza, en el que la Federación interviene como beneficiaria, por lo que no puede ser considerado como un crédito fiscal.

Con relación a los productos, el Código Fiscal de la Federación definía a éstos en el artículo 4º como sigue: “Son productos los ingresos que percibe la Federación por actividades que no corresponden al desarrollo de sus funciones propias de derecho público o por la explotación de sus bienes patrimoniales.” De la anterior definición, se infiere que los productos son ingresos que se dividen en dos grandes categorías, a saber: una, los que se derivan del desarrollo de funciones del Estado, pero que no son de Derecho Público, lo que significa que se trata de funciones de Derecho Privado, y dos, los ingresos derivados de la explotación de los bienes patrimoniales del Estado.

Respecto de la segunda categoría, baste citar cuáles son los bienes patrimoniales de la Federación. Así, el patrimonio del Estado se compone de bienes de dominio público de la Federación y bienes de dominio privado. Dentro de los primeros, los más representativos son los de uso común (espacio aéreo situado sobre el territorio nacional y el mar territorial); los señalados en los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 constitucional (recursos naturales, minerales, carburos, aguas de los mares territoriales); los del suelo y mar territorial; las aguas marinas interiores; los inmuebles destinados a un servicio público; los monumentos de cualquier tipo; los inmuebles de

⁽¹⁰⁰⁾ Resolución citada por Margáin Manautou, *Op. cit.*, nota a pie (95), p. 23 y 24.

⁽¹⁰¹⁾ Margáin Manautou, *Op. cit.*, nota a pie (95), p. 25 y 26.

propiedad federal; los terrenos baldíos, etc. Los de dominio privado de la Federación, son las tierras y aguas no comprendidos en el artículo 2º de la Ley General de Bienes Nacionales, que sean susceptibles de enajenación a los particulares; los nacionalizados; los bienes vacantes; los bienes muebles destinados al servicio de las dependencias de los Poderes de la Unión, etc.

Con relación a la categoría de los productos que interesa al desarrollo de este trabajo, es decir, aquélla que se compone con los ingresos que percibe la Federación por funciones de Derecho Privado, es preciso recordar lo que se dijo acerca de la personalidad del Estado, en el sentido de que los criterios que consideraban la doble personalidad del Estado, una de Derecho Público y otra de Derecho Privado, y aquella otra que sostenía que era una sola la personalidad del Estado pero con dos vertientes de actuación, ya habían sido superadas por la doctrina actual según la cual el Estado jamás deja de actuar como soberano, aun cuando parte de su actividad estuviera regulada por el Derecho Privado; y que a pesar de ello, tanto la legislación como la jurisprudencia de nuestro país continuaban regulando la doble personalidad del Estado. Uno de los casos más ejemplificativos de esta última afirmación, es la definición que sobre producto establecía el artículo 4º del Código Fiscal de la Federación, misma que ha quedado expuesta en párrafos anteriores.

Así, todos los ingresos que provienen de los contratos de la Administración, fuesen civiles o propiamente administrativos, caían dentro de los ingresos que percibía la Federación por funciones de Derecho Privado, es decir, se trataba de productos.

Sin embargo, el último párrafo del artículo 3º del Código Fiscal de la Federación vigente, define a los productos como las contraprestaciones por los servicios que preste el Estado en sus funciones de derecho privado, así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado.

Ahora bien, si por contraprestación debe entenderse la suma de dinero o en especie que tiene derecho a cobrar el Estado a las personas que se ven beneficiadas con la prestación de un servicio que les prestó el mismo Estado, de conformidad con la definición de productos que ha quedado apuntada en el párrafo anterior, los ingresos que percibe la Federación por los contratos de la Administración, sean éstos civiles o administrativos, así como por hacer efectivas las garantías de los mismos, ya no caen en ninguna de las dos categorías en que se dividen a los productos; ya que esos ingresos no son contraprestaciones por servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho privado, puesto que no existe ninguna prestación hecha por el Estado en beneficio de un gobernado, y tampoco provienen del uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado de la Federación.

Opinamos que aunque es desafortunada la definición de producto que nos da el Código Fiscal de la Federación vigente, al utilizar el término "contraprestación", se continúa considerando a los ingresos derivados de convenios y contratos que celebra la Administración Pública como productos.

Por último, resta precisar si la cantidad que tiene derecho a percibir el Estado como beneficiario de un contrato de fianza, se trata de un aprovechamiento. El mismo artículo 3º del Código Fiscal de la Federación vigente, define a los aprovechamientos como "los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal." De acuerdo con lo anterior, tenemos que el crédito derivado de la exigibilidad de una fianza por incumplimiento del fiado, del que sea beneficiaria la Federación, no proviene de financiamiento alguno al Estado, así como tampoco proviene de un organismo descentralizado ni empresa de participación estatal en la realización de las actividades que son propias de su objeto; sólo resta precisar si dicho crédito en cantidad líquida que tiene derecho a

percibir el Estado, deriva de la actividad que éste realiza en sus funciones de derecho público.

En otros apartados anteriores, cuando se analizó la naturaleza del contrato de obra pública, se determinó que su naturaleza es administrativa, porque busca si no satisfacer de forma directa un servicio público, si busca satisfacer un interés público; y que pese a que ello daba lugar a que dicho contrato se rigiera por una ley administrativa, en la que se establecen ciertas prerrogativas a favor de las autoridades administrativas, nunca un contrato deja de regirse por el acuerdo de voluntades, por lo que se trata de una actuación de coordinación de la voluntad del Estado con los particulares que con él contrata y no una actuación de supra a subordinación.

En efecto, aun cuando el Estado al celebrar contratos con los particulares para la realización de obra pública, no pierde jamás su soberanía, -al igual que tampoco podría decirse que un particular que celebra dichos contratos, su actuación se equipare a la del ente soberano-; y de que el fin que persigue sea de interés público; y de que existen algunas prerrogativas a favor del Estado al realizar dichos actos, cuya regulación cae dentro del Derecho Público, lo cierto es que la celebración de tales actos jurídicos constituye una relación de coordinación con los particulares, es decir, no se trata propiamente de actos administrativos desde el punto de vista restrictivo, de supra a subordinación, por lo que no puede menos que concluirse que la concertación de obra pública que celebra la Administración Pública Federal Centralizada con los particulares, no constituye la realización de una función de Derecho Público, sino de Derecho Privado, lo cual nos lleva a afirmar que los ingresos provenientes del incumplimiento de la obligación contractual por parte del particular, tampoco constituyen aprovechamientos.

Lo mismo puede decirse respecto de las fianzas que garantizan tales contratos. Cuando la Administración Pública hace efectiva una fianza de esa naturaleza, los ingresos provenientes de dicha efectividad no son ingresos de la Federación proveniente de sus funciones de Derecho Público, sino de Derecho Privado.

En efecto, la efectividad de ese tipo de fianzas se encuentra regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que en todo caso es de Derecho Privado, por lo que no podemos menos que concluir que dicha efectividad de la fianza hecha por la Federación, sea que garantice o no créditos fiscales, no es una función de Derecho Público de la Federación y por tanto, tales ingresos al no provenir de la realización de funciones de Derecho Público, no son aprovechamientos.

Por último, el artículo 4º del Código Fiscal de la Federación vigente nos proporciona la definición de crédito fiscal al establecer que: "Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquéllos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena". De dicha definición se excluyen los productos, dentro de los que se encuentran los ingresos derivados de contratos de obra pública celebrados por la Administración Pública Federal Centralizada, lo que nos lleva a afirmar que tales ingresos no son créditos fiscales tampoco.

Daniel Diep distingue entre aprovechamientos y productos diciendo que si bien ambos representan ingresos del Estado, los primeros derivan de sus funciones de derecho público y, los segundos, de sus funciones de derecho privado, y agrega que tanto los recargos, sanciones, gastos de ejecución e indemnización por cheques devueltos, sólo pueden ser considerados como accesorios ya sea de contribuciones o de aprovechamientos, pero no de los productos, ya que por ser propios de derecho privado, no pueden implicar accesorios en forma alguna, y finaliza afirmando que: "...los productos mismos..., tienen en común con los aprovechamientos el no revestir la naturaleza de los impuestos en forma alguna, pues éstos son absolutamente obligados o fatales por simples razones o

sinrazones sociales, históricas y hasta jurídicas, mientras que aquellos –aprovechamientos y productos– son puramente incidentales: los aprovechamientos derivan –en buena medida– del incumplimiento en el pago de impuestos y, los derechos (debería decir: los productos), de la explotación de bienes comunes que el Estado obtuvo con ellos, por ellos o de ellos”.⁽¹⁰²⁾

De igual forma, el ingreso derivado de la efectividad de una fianza que garantice contratos de obra pública, celebrados por la Administración Pública Federal Centralizada, es un producto y por tanto no puede ser considerado como crédito fiscal.

3.7.3. Criterios jurisprudenciales emitidos respecto a la aplicación de la caducidad y prescripción como figuras extintivas de la fianza

El presente apartado tiene por objeto, citar los criterios de jurisprudencia mejor conocidos por su antagonismo, emitidos tanto por el Poder Judicial de la Federación, como por el Tribunal Fiscal de la Federación, con relación a la aplicación o inaplicación del artículo 120 de la Ley Federal de Institución de Fianzas en cuanto prevé la caducidad, a las fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación.

Así, se citarán primero aquellos criterios jurisprudenciales que se emitieron, cuando a las diversas instancias jurisdiccionales se presentó el problema consistente en determinar si se configuraba la caducidad de esa índole de fianzas. Si bien los mismos, se citan como antecedentes de la contradicción de tesis No. 86/95, resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Sesión de 14 de junio de 1996.

Posteriormente se cita la jurisprudencia resultante de la resolución de la contradicción de tesis antes referida.

La importancia en la cita de dicha jurisprudencia, obedece a que el criterio que se sostiene en la misma, ha servido de base para dar solución a otros problemas análogos, y aún aplicarles dicho criterio por analogía. Así sucedió con relación a la prescripción de las fianzas de la misma índole, dando como resultado la inaplicación del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

La cuestión que ahora se plantea a los órganos jurisdiccionales competentes para su solución, es la referente a la aplicación o inaplicación del artículo 120 citado, a las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada.

En efecto, aun cuando pudiese pensarse que a las fianzas mencionadas en el párrafo anterior, si les es aplicable el citado artículo 120, toda vez que las mismas no garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación, lo cierto es que la tendencia que muestran los órganos encargados de solucionar los conflictos que se someten a su consideración, es la de interpretar en similares términos que lo hizo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis a que hemos hecho mención.

En tal virtud, y tomando en consideración algunos de los puntos tratados en otros subtemas del presente trabajo, se realizan algunas precisiones a la referida jurisprudencia que resolvió la contradicción de tesis que tratamos, lo que nos permitirá concluir que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en cuanto prevé la caducidad de las fianzas, si resulta

⁽¹⁰²⁾ Diep Diep, Daniel, *Op. Cit.*, nota a pie (28), págs. 40 y 41.

aplicable aún a aquellas fianzas que garantizan obligaciones a cargo de terceros y a favor de la Federación.

A partir de las reformas que se hicieron a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en el año de 1993, la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales ha sido muy prolija respecto de la aplicación del artículo 120 respecto de la caducidad como extintiva de las fianzas.

El problema a dilucidar que primeramente se presentó a su resolución, fue determinar si se extinguía la obligación derivada del otorgamiento de la fianza a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, conforme a la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Algunos sostienen que no es procedente la aplicación de la caducidad en esos casos, en virtud de que el artículo 95 citado hace un envío a lo previsto por el Código Fiscal de la Federación, envío que se hace no sólo respecto de la forma de hacer efectiva una póliza mediante el procedimiento administrativo de ejecución, sino en todo lo relativo a la extinción del crédito, en congruencia con la calidad de la beneficiaria y del crédito, así como del interés público.

Otros más afirman que la razón por la que no es aplicable la caducidad a ese tipo de pólizas, es que el vocablo "reclamación" utilizado en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, obliga al beneficiario a presentar las reclamaciones correspondientes a los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93bis de dicha Ley, y toda vez que no es obligatorio para la autoridad utilizar esas vías, ya que de conformidad con el envío que hace el artículo 95 del mismo Ordenamiento al procedimiento previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, la autoridad puede hacer uso directamente de la vía económico-coactiva, y si esta vía comienza con un "requerimiento" de pago y no con una "reclamación", esos autores concluyeron que a ese tipo de pólizas no resulta aplicable la figura jurídica de caducidad.

Otros por el contrario interpretaron en el sentido de que, en razón de que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no hace distinción alguna respecto a la beneficiaria de la póliza, si es o no la Federación y si el crédito u obligación garantizada es o no de naturaleza fiscal, la fianza de esa índole si se extingue por caducidad. Además de que al tratarse de la ley especial aplicable a la materia de las fianzas, no resulta por ende aplicable lo previsto por el Código Fiscal de la Federación para la extinción de dichos créditos, en razón de que el envío que hace el artículo 95 de la Ley de la Materia, es sólo para el supuesto de hacer efectivos los mismos, y no con relación a su extinción por caducidad o prescripción.

Los razonamientos jurídicos que esgrimen los tribunales para apoyar sus interpretaciones sobre el problema planteado, se encuentran en los antecedentes y consideraciones que formuló la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis No. 86/95 en Sesión de 14 de junio de 1996, casi tres años después de las reformas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 14 de julio de 1993, en que se introdujo la figura de la caducidad. Las tesis que se contraponían en sentido fueron la una sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el amparo D.A. 3132/95 y la otra sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito en el amparo D.A. 168/95.

La tesis aislada que fue sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en el D.A. 3132/95, tiene el rubro siguiente: **"FIANZAS, TRATANDOSE DE LAS QUE SE OTORGAN A FAVOR DE LA FEDERACION PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, NO OPERA LA CADUCIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS."** El Tribunal

Colegiado que sustentó dicha tesis, tomó en cuenta las consideraciones que en forma substancial se resumen en seguida:

a) La caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no opera tratándose de las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, porque según lo dispuesto en el artículo 95 de la misma Ley, para la exigibilidad de ese tipo de fianzas, se deberá estar a lo previsto en el Código Fiscal de la Federación, incluyendo el aspecto de la extinción de las mismas, y no sólo en cuanto al procedimiento para hacerlas efectivas; así lo denota la tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte, sustentada al resolver la contradicción de tesis 1/92, según la cual aun para el término de presentación de la demanda de nulidad promovida por una afianzadora en contra del cobro de una fianza de aquella naturaleza, debe estarse a lo establecido por el Código Fiscal de la Federación y no a lo dispuesto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Pero además, el Tribunal Colegiado mencionado desestimó los razonamientos de la quejosa en el amparo, mismos que se hicieron consistir substancialmente en que la Sala del Tribunal Fiscal de la Federación responsable había violado las garantías de legalidad y seguridad jurídica, por la indebida interpretación que hizo de los artículos 93, 93bis, 95 y 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y 143 del Código Fiscal de la Federación, por las siguientes consideraciones:

b) De los artículos apenas citados, se infiere que si bien es cierto que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé la caducidad, también lo es que el numeral 95 establece una excepción a las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, atendiendo al carácter del beneficiario y de la obligación que garantizan, señalando dicho precepto que deberá estarse a lo ordenado por el Código Fiscal de la Federación para hacer efectiva una fianza con esas características, y porque los artículos 143 y 146 de dicho Código no establecen la caducidad como medio de extinción de obligaciones determinadas, sino la prescripción.

c) Que en tales condiciones, resulta evidente que no opera en favor de la quejosa la figura de caducidad, en virtud de que el Código Fiscal de la Federación, que es la ley especial, por regular en forma directa el procedimiento legal para hacer exigible una fianza que garantiza una obligación fiscal, se encuentra por encima de la ley general, que en el caso es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues ésta no tiene un propósito eminentemente fiscal e incluso nos remite al Código Tributario.

Por su parte, la tesis 17/95 que sustentaba el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito en el D.A. 168/95, tiene el siguiente rubro: "**FIANZAS, TERMINO PARA LA CADUCIDAD DE LAS. CUANDO GARANTIZAN CREDITOS FISCALES...**". Para la emisión de dicha tesis, el Tribunal respectivo se basó en las siguientes consideraciones:

a) Estima lo fundado de los conceptos de violación, dado que la Sala del Tribunal Fiscal de la Federación responsable, no debió por analogía establecer discrecionalmente que el término de cobro o reclamación de la fianza, debe regularse por lo que establece el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, el cual dispone que el derecho de cobro prescribe en cinco años, ni tampoco establecer que dicho término debe regir también en tratándose de instituciones de fianzas; ello en razón de que lo anterior sólo sería válido en la hipótesis de que la ley de la materia no regulara esa situación, lo que no acontece en el caso que se analiza, en virtud de que en forma expresa el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, modificado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 1993, establece específicamente la

manera en que una institución de fianzas queda liberada de su obligación por caducidad, y cómo puede librarse de ésta por prescripción.

b) De acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 120 citado, es obligado concluir que, cuando una afianzadora se hubiese obligado por tiempo indeterminado (como sucede en el caso), y acontece que el beneficiario (independientemente que sea la Federación o no), no presenta la reclamación de la fianza dentro del término legal concedido de ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha en que se vuelve exigible por incumplimiento del fiado la obligación garantizada, la afianzadora queda liberada por caducidad de su obligación como garante. Esto es, la inactividad del beneficiario de la caución, durante el término referido se sanciona con la pérdida o extinción del derecho para hacerla efectiva.

c) En forma opuesta a lo establecido por la Sala responsable, en el caso no se opone ni es contrario al artículo 120 analizado a lo que establece el primer párrafo del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que dicho precepto alude a la forma conforme a la cual se harán efectivas las fianzas que las instituciones fiadoras otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, exceptuando a las otorgadas en favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, remitiendo para este último caso, a lo establecido en el Código Fiscal de la Federación. En efecto, del artículo 95 citado se advierte que para hacer efectivas las fianzas que garanticen créditos fiscales a favor de la Federación, no será aplicable la ley de la materia (Ley Federal de Instituciones de Fianzas), en virtud de que la misma remite al Código Fiscal de la Federación, lo cual no significa que no deba respetarse el término de ciento ochenta días, para hacer efectiva la fianza en dicho lapso de tiempo.

d) Que la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a la forma de hacer efectivas las pólizas de fianza otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, prevista en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, obedece sólo en lo relativo a cómo debe hacerse efectiva una póliza con esas características, sin embargo, eso no implica que la remisión sea también en lo relativo a la aplicación de las figuras jurídicas de caducidad o prescripción; ello en razón de que conforme a la hermenéutica jurídica, sólo en la hipótesis de que determinado ordenamiento legal no establezca la disposición normativa que regule un caso concreto, sería procedente la aplicación supletoria de otro cuerpo legal de diversa naturaleza, lo que no se actualiza en el presente caso.

e) Por último, que si caduca la obligación de la afianzadora de responder por las obligaciones adquiridas por el contribuyente, como en el caso, ello no quiere decir que también caduque, prescriba o se extinga el crédito fiscal, puesto que ambas, son dos obligaciones de diferente naturaleza.

De las consideraciones antes relatadas de cada uno de los Tribunales Colegiados que sustentan tesis discrepantes, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que la contradicción de tesis se daba sólo en la parte relativa a que el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas remite al Código Fiscal de la Federación para la efectividad de las fianzas otorgadas por las instituciones afianzadoras a favor de la Federación para garantizar obligaciones de naturaleza fiscal a cargo de terceros, pues mientras el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, considera que en tal hipótesis no opera la caducidad establecida en el artículo 120 de la citada Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito sostiene que la caducidad sí opera tratándose de esa índole de fianzas.

Después de transcribir los artículos 93, 93bis, 95 y 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, así como los artículos 1º y 3º del Reglamento del Artículo 95 de la citada

Ley y de hacer una interpretación sistemática de los mismos, la Segunda Sala dedujo que la efectividad de las pólizas de fianza expedidas por las instituciones autorizadas, está sujeta a distintos tratamientos procedimentales, atendiendo a la naturaleza de los sujetos beneficiarios y al tipo de obligaciones garantizadas, a saber:

a) Un procedimiento que cabría llamar "ordinario o general", seguido por los beneficiarios distintos de la Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios, es decir, de sujetos en general, y que de conformidad con lo establecido en los artículos 93 y 93bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en primer lugar deberá formularse la reclamación como acto previo y necesario ante la institución de fianzas, requiriendo por escrito el pago correspondiente.

b) Procedimiento "privilegiado", aplicable cuando el beneficiario de la fianza es la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios - siempre que tratándose de la Federación no se hayan garantizado obligaciones fiscales a cargo de terceros -, en cuyos casos podrán optar para hacer efectivas las fianzas cualquiera de los procedimientos dispuestos en los artículos 93 y 93bis, o bien, aquel a que se contrae el artículo 95 de la misma Ley de la materia y su Reglamento, cuyas etapas también ya fueron señaladas en el apartado distinto del capítulo dos de este trabajo.

c) Procedimiento "excepcional", que es procedente sólo cuando la fianza se haya otorgado a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso de excepción en el que debe aplicarse el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, que dispone que las fianzas, entre otras garantías, que garanticen el interés fiscal, se harán efectivas a través del procedimiento administrativo de ejecución.

Además, la Segunda Sala en la resolución que emite para dar solución a la contradicción de tesis de que tratamos, tomó en consideración lo siguiente:

d) Fijando la atención sobre la remisión que el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas hace al Código Fiscal de la Federación, las normas de éste ordenamiento no pueden considerarse como supletorias de la primera Ley mencionada, sino que aquéllas, por efecto de la remisión legal que a las mismas hace, constituyen reglas especializadas que configuran un procedimiento excepcional, congruente con la naturaleza jurídica de las obligaciones garantizadas y con las facultades de ejecutividad propias del fisco, todo lo cual va encaminado a la protección de los créditos fiscales, abarcando su aseguramiento y garantía a través del procedimiento ágil y efectivo que corresponde a la índole de la materia, pues no puede entenderse que los intereses del fisco queden supeditados a las condiciones y términos de las contiendas legales ordinarias que se da entre particulares.

e) Conforme a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la caducidad toma como punto de partida el plazo estipulado en la póliza, y en su defecto, la fecha de expiración de la vigencia de la fianza, si la institución se obligó por tiempo determinado y a partir de la fecha en que la obligación se vuelve exigible por incumplimiento del fiado, si se obligó por tiempo indeterminado; y que de dichas hipótesis comienza a correr el plazo de caducidad, por lo que para evitar que quede liberada de su obligación de pago la afianzadora, el beneficiario deberá hacer la "reclamación" dentro del plazo de ciento ochenta días siguientes a la realización de los supuestos ahí previstos, por lo que de acuerdo con la clasificación que se hizo de los procedimientos para hacer efectivas las pólizas, la referida "reclamación", como figura que interrumpe la prescripción y conserva el derecho de hacer efectiva la póliza, se establece dentro del procedimiento ordinario o general, en el cual es necesario reclamar primeramente el pago de la fianza a la institución obligada, y en su caso, seguir un juicio o bien, un procedimiento arbitral a

elección del reclamante, en los que deberá prosperar la acción intentada, ya que sólo después de oída y vencida a la institución afianzadora, operará la ejecución de la sentencia o laudo.

Dicha reclamación es opcional para el beneficiario cuando se trate, de acuerdo a lo establecido en el artículo 95, de la Federación, del Distrito Federal, los Estados o los Municipios para hacer efectivas las pólizas que hubiesen sido otorgadas a su favor; pero dicha "reclamación" no puede existir válidamente en el procedimiento excepcional al que se hizo mención, porque dentro de éste el fisco federal no tiene que vencer previamente a la afianzadora, sino que conforme al artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, el procedimiento administrativo de ejecución empieza con el requerimiento de pago, pues resultaría inadmisibles que el fisco aceptara garantías de obligaciones fiscales, que llevan aparejada ejecución, para después someterse a un litigio previo dentro del procedimiento ordinario o general ya mencionado, en vez de utilizar la vía económica coactiva a que tiene derecho.

f) En consecuencia, el criterio que debe prevalecer como jurisprudencia, es el sustentado por esta Sala y que coincide en lo esencial con el criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quedando como rubro de la tesis el que sigue: **"FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACION PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, ES INAPLICABLE EL ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, EN CUANTO PREVE LA CADUCIDAD A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES GARANTES."**

Resumiendo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la mencionada contradicción de tesis en el sentido de que, la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas resulta inaplicable respecto de fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, en virtud de que la Federación para hacer efectiva una póliza de ese tipo, no está obligada a someterse a los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos en los artículos 93 y 93bis de dicha Ley, sino que atendiendo a la remisión que hace el artículo 95 de la citada Ley al Código Fiscal de la Federación, las normas de éste ordenamiento no pueden considerarse como supletorias de aquélla, sino que constituyen reglas especializadas que configuran un procedimiento excepcional, congruente con la naturaleza jurídica de las obligaciones garantizadas y con las facultades de ejecutividad propias del fisco, todo lo cual va encaminado a la protección de los créditos fiscales, siendo por ende aplicable lo dispuesto en el Código Tributario para la extinción de los créditos fiscales así garantizados y no sólo respecto de su exigibilidad.

Posteriormente, a los órganos jurisdiccionales se presentó el problema consistente en determinar si era aplicable o no la figura jurídica de la prescripción prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a las fianzas de la misma índole, es decir, aquellas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, para lo cual emitió la tesis de jurisprudencia, según la cual hizo inaplicable a las fianzas de esa índole por analogía, la prescripción prevista en el artículo 120 citado. En dicha tesis se sostiene lo siguiente:

FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACION PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS. SIMILITUDES ENTRE CADUCIDAD Y PRESCRIPCION.- La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 33/96, ha establecido que la caducidad que prevé el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es inaplicable tratándose de fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, pues en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación que prevé la hipótesis de las fianzas en comento, se contienen normas especializadas que

configuran un procedimiento de excepción, congruente con la naturaleza jurídica de las obligaciones garantizadas, el interés social y las facultades de ejecutividad propias del fisco. Ahora bien, esta jurisprudencia también es aplicable, por analogía, cuando la cuestión a dilucidar tiene relación con la prescripción de las facultades de la autoridad hacendaria para realizar el cobro de las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, si se tiene en cuenta que la caducidad se genera cuando la exactora no determina, dentro del término previamente fijado, el crédito fiscal, y la prescripción aparece cuando, ya determinado el crédito, no se realizan gestiones de cobro; es decir, ambas instituciones participan de un mismo atributo, ya que tienen como común denominador una actitud de carácter omisivo por parte de la autoridad, en relación con las gestiones de cobro de la fianza: en el caso de la caducidad, se omite determinar el crédito, mientras que en el supuesto de la prescripción, se omite gestionar el cobro.

S.J.F. IX Epoca, T. VI, 2º T.C. del 14º C., octubre 1997, p. 749. (R.T.F.F. No. 121)

Ya antes de la publicación de dicha jurisprudencia, la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, sostenía idéntica idea, al tenor del siguiente criterio aislado, aprobado en sesión de 4 de marzo de 1997, en el que se expresa lo siguiente:

FIANZAS. LAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACION, PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, SE EXTINGUEN POR PRESCRIPCION EN UN TERMINO DE CINCO AÑOS, CONFORME AL ARTICULO 146 DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.- El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su primer párrafo establece en forma armónica todo el procedimiento a seguir en cuanto a las fianzas en general otorgadas a favor de la Federación del Distrito Federal, de los Estados y Municipios, exceptuando de las reglas en él contenidas, a las fianzas que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, y dispone que en ese tipo de fianzas se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación, por lo que debe estimarse que este ordenamiento legal es el aplicable en todo lo relacionado con la exigibilidad de la garantía, incluyendo el aspecto de extinción de la obligación, pues el invocado artículo 95 no hace esa distinción, sino que simplemente remite al Código Tributario Federal, el cual constituye la ley especial que habrá de prevalecer sobre la ley general, que en el caso lo es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, puesto que esta última no tiene un propósito eminentemente fiscal. Si bien es cierto que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas prevé la caducidad como medio de extinción de la obligación garantizada, también lo es que el numeral 95 expresamente establece que se harán efectivas las fianzas fiscales en los términos que dispone el Código Fiscal de la Federación; señalándose que en el artículo 143 de dicho Código se establece la aplicación del procedimiento administrativo de ejecución para hacerse exigible la obligación garantizada, con las modalidades que el propio precepto señala, y en los artículos 145 al 150 se indica el procedimiento correspondiente, dentro del cual el artículo 146 no establece la caducidad como medio de extinción de obligaciones determinadas, sino la prescripción, la cual opera en un término de cinco años.

Visible en la RTFF Número 112, Tercera Epoca, abril 1997, p. 90.

Si bien es cierto, que tratándose de fianzas que garantizan obligaciones fiscales a cargo de terceros, otorgadas a favor de la Federación, el legislador hizo la remisión a lo que establece el Código Fiscal de la Federación respecto de la forma de hacerlas efectivas, también lo es que fue omiso en establecer de forma expresa, la remisión al mismo ordenamiento legal, respecto de su

extinción. Pues al respecto, es preciso no olvidar que aun cuando la obligación derivada de la expedición de la fianza es accesoria de aquella que garantiza, ambas son reguladas en forma independiente.

En efecto, la extinción de una obligación fiscal, sea o no garantizada, tiene su propia regulación en la legislación tributaria, y la extinción de la obligación derivada de la expedición de una póliza de fianza, independientemente del tipo de obligación que garantice, también tiene su propia regulación en la Ley de la Materia.

Ante tal omisión del legislador, los intérpretes de la ley se han visto forzados a hacer prevalecer el interés público que representa la obligación fiscal garantizada, sobre el interés particular de las afianzadoras, mediante las innumerables tesis, precedentes y jurisprudencias que a la fecha se han emitido al respecto.

En muchos de dichos criterios jurisprudenciales se utiliza el método de interpretación lógica, consistente en relacionar las diversas disposiciones de un mismo cuerpo normativo como partes de un todo, a efecto de que surja la armonía, el cual sin embargo, tiene como inconveniente el de convencer a unos y a otros no.

Así, respecto de algunos de dichos criterios jurisprudenciales, cabe hacer algunas observaciones.

Con relación a la forma de hacer efectiva la fianza que garantiza obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación, uno de tales criterios sostiene que la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a lo previsto en el Código Fiscal de la Federación, no da lugar a poder considerar a este último ordenamiento legal como supletorio de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en virtud de que no se trata de una supletoriedad del Código Fiscal de la Federación a dicha Ley, es decir, no se trata de integrar ninguna ley, sino de interpretar la ya existente.

En efecto, la aplicación supletoria de un ordenamiento legal a otro que omite prever un supuesto jurídico, es un método de heterointegración jurídica; método que resulta inaplicable en el presente caso, en virtud de que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas al remitir a lo previsto en el Código Fiscal de la Federación respecto de la forma de hacer efectiva una póliza de fianza de esas características, no está colmando ninguna laguna legal de que adolezca, sino que esa remisión obedece a la necesidad de que las autoridades fiscales dispongan de un medio más ágil y expedito para recuperar los ingresos provenientes de una fianza que deba ser hecha efectiva. Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito sostiene el siguiente criterio jurisprudencial:

FIANZAS, TERMINO PARA LA CADUCIDAD DE LAS, CUANDO GARANTIZAN CREDITOS FISCALES.- Para establecer el término en que una institución de fianzas queda liberada de su obligación por caducidad, no tiene por que atenderse a lo establecido en el Código Fiscal de la Federación. Lo anterior en virtud de que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, modificado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 1993, establece específicamente la forma en que una afianzadora se libera de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario (independientemente de que sea la Federación o no y se trate o no de crédito fiscal la obligación garantizada), no presente la reclamación de la fianza dentro del término legal de ciento ochenta días naturales concedidos para ello, a partir de la fecha en que se vuelva exigible por incumplimiento del fiado la obligación garantizada; esto es, la inactividad del beneficiario de la garantía durante el término

referido, es sancionada por la citada ley, con la pérdida o extinción del derecho para hacer efectiva la fianza. Lo anterior, al margen de que el artículo 95 de la citada Ley de Instituciones de Fianzas, remita al Código Fiscal de la Federación, supuesto que esto lo hace únicamente en lo relativo al procedimiento de cómo hacer efectiva una fianza que garantiza obligaciones fiscales a favor de la Federación (procedimiento adjetivo), lo que no implica en modo alguno que remita al mencionado código en lo relativo a las figuras jurídicas de prescripción o caducidad (que refieren al derecho sustantivo), máxime que el código tributario citado regula en forma diversa a la ley en comento las figuras de caducidad y prescripción y además, acorde a la hermenéutica jurídica, sólo en la hipótesis que determinado ordenamiento legal no establezca la disposición normativa que regula un caso concreto, sería procedente la aplicación supletoria de otro cuerpo legal de diversa naturaleza, lo que, como queda claro, no acontece en la especie.

(Lo del subrayado es nuestro)

SJF, Tomo I, junio 1995, Tesis VIII.2º. J/1, p. 308.

Respecto de la anterior jurisprudencia, cabe advertir que aun cuando dicha tesis resulta inaplicable, en virtud de que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo resolvió en la contradicción de tesis de que tratamos con anterioridad, la misma resulta relevante para dar sustento a lo manifestado en el sentido de que, no se trata de una aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas respecto de la figura de la caducidad de las fianzas, en razón de que no estamos ante una carencia de prevención de un supuesto jurídico, único caso en que sería procedente la aplicación supletoria.

Por otra parte, una de las consideraciones que hizo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis que comentamos, fue la de interpretar la remisión que hace la Ley de la Materia al Código Fiscal de la Federación, en el sentido de considerar a éste la ley especial o de la materia, en atención a la calidad de la obligación garantizada, y a aquélla como la ley general. Sin embargo, consideramos que este tipo de interpretación lógica, sería válida solo si en la ley aplicable a la materia, no existiera una norma exactamente aplicable al caso de extinción de las fianzas.

Otro de los criterios que sostienen la inaplicabilidad de la caducidad, que prevé el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a las fianzas que garantizan obligaciones fiscales a favor de la Federación, se basa en la utilización que hizo el legislador en los dos primeros párrafos de dicho precepto legal del vocablo "reclamación".

En efecto, se sostiene que por la sola utilización del vocablo "reclamación", debe entenderse que se refiere a las reclamaciones previstas en los artículos 93 y 93bis de la misma Ley, y toda vez que la Federación puede hacer efectiva la fianza mediante el procedimiento administrativo de ejecución, el cual comienza con un "requerimiento" de pago de forma directa y no con una "reclamación", no está obligada a reclamar la póliza de fianza conforme a lo previsto en los artículos 93 y 93bis citados, haciendo en consecuencia inaplicable la figura jurídica de la caducidad a favor de las garantes.

Contrariamente a lo sostenido en dicho criterio, consideramos que el vocablo "reclamación" es sinónimo del de "requerimiento", y del de "interpelación", en razón de que esas expresiones son utilizadas en forma indistinta en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación; en consecuencia, se concluye que resulta incorrecto interpretar restrictivamente el vocablo "reclamación" utilizado en los dos primeros párrafos del citado artículo 120, además de hacer una distinción donde el legislador no dispuso ninguna. Al

respecto el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito emitió la Tesis aislada número XVI. 2º.6ª, y que es del tenor siguiente:

FIANZAS. ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.- La figura de la caducidad prevista por el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas opera para todo tipo de fianzas, incluyendo las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, en virtud de que el precepto legal citado no hace distinción o exclusión alguna en este sentido. La circunstancia de que el precepto en cuestión establezca que la afianzadora quedará liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la "reclamación" de la fianza dentro del plazo que se hubiere estipulado en la póliza o en su defecto dentro de los 180 días siguientes naturales a la expiración de la vigencia de la fianza no excluye de la figura de mérito a la Federación cuando acepta fianzas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, porque el término "reclamación" es sinónimo de los procedimientos previstos en los artículos 93, 93 bis y 95 de la ley de la materia que no está obligada a agotar la Federación; pues dicho término no está referido a ese procedimiento oficioso ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, sino a la interpelación de pago que debe hacerse ante la afianzadora para que se haga exigible la fianza. Además, la interpelación o reclamación también la prevé el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, en procedimiento administrativo de ejecución reservado para la Federación en el pago de sus fianzas, al establecer como primer requisito de ese procedimiento "...la presentación por escrito del requerimiento a la institución fiadora..." y luego, el vocablo "reclamación" no excluye a la Federación de hacer efectivas sus fianzas en los términos previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, so pena de que le opere la caducidad.

(Lo del subrayado es nuestro)

Visible en el SJF T. II., Novena Época, 2º T.C. del 16º C., diciembre de 1995, p. 525.

Consideramos que si ello fuese cierto, lo mismo podría argumentarse respecto de las fianzas otorgadas a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios, aun cuando no garantizaran obligaciones fiscales a cargo de terceros, toda vez que no existe obligación para la autoridad de seguir los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pudiendo hacer efectiva la póliza mediante el procedimiento previsto en el artículo 95 de la misma Ley, el cual comienza también con un requerimiento de pago y no con una reclamación.

Retomando la idea de la aplicación supletoria del Código Fiscal de la Federación a lo que establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas con relación a la caducidad de las fianzas, debemos precisar en forma previa si es aplicable la integración en el caso a resolver.

Recordemos que los métodos de integración de la ley son dos: la autointegración y la heterointegración de la ley; cualquiera de ellos supone la aplicación supletoria de una ley a otra que es omisa en preveer una hipótesis jurídica que dé solución a una cuestión litigiosa que se presenta al juzgador para su solución.

El problema que suele presentarse a los órganos jurisdiccionales competentes, consiste en dilucidar si es aplicable a las pólizas respectivas el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en cuanto prevé la caducidad de las fianzas, pues tomando en consideración que cuando la póliza de fianza ha sido otorgada para garantizar una obligación fiscal a cargo de

tercero y a favor de la Federación, el artículo 95 remite a lo que establece el Código Fiscal de la Federación con relación al procedimiento para hacerla efectiva, por lo que se presenta la alternativa de interpretar si es aplicable lo que establece el Código mencionado respecto de la caducidad no de la obligación derivada de la emisión de la póliza cuando ésta se ha vuelto exigible, sino del crédito garantizado, considerando que la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Resumimos el anterior problema de la forma siguiente: para saber si la póliza de fianza otorgada a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, se ha extinguido por configuración de la caducidad, ¿resulta aplicable lo previsto en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas?, o bien, ¿resulta aplicable lo previsto por el Código Fiscal de la Federación?

Así resumido el problema, se advierte que existen dos ordenamientos legales aplicables a un caso concreto, en consecuencia concluimos que no se trata de un caso que obligue al juzgador a echar mano de la aplicación supletoria de una ley que supone el método de integración de las leyes, sino más bien, se trata de un problema de interpretación de las ya existentes.

Una vez precisado lo anterior, ante la concurrencia para la solución del conflicto de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Código Fiscal de la Federación, el juzgador para evitar la posible colisión entre diversas normas de distinta jerarquía, tendrá que recurrir a los principios de supremacía y superioridad jurídica, y al de preferencia o prelación de la ley de la materia, a los cuales nos hemos referido con anterioridad.

Ahora bien, toda vez que en el problema anteriormente expuesto, no concurren para su solución preceptos constitucionales, ni tampoco preceptos de rango superior unos respecto de otros, resultan inaplicables los principios de supremacía y superioridad de las leyes. Sin embargo, si concurren normas de igual rango, ya que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no tiene rango superior al del Código Fiscal de la Federación, o viceversa, en consecuencia para dar solución al problema antes planteado, se deberá recurrir al principio de preferencia de la ley de la materia.

De acuerdo con este último principio, la ley aplicable al caso de extinción de una póliza de fianza, es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y no el Código Fiscal de la Federación, por tratarse aquella de una ley creada ex profeso para todo lo referente a las fianzas. Mientras que el Código Fiscal de la Federación, es una de entre varias leyes de la materia, aplicable al caso de extinción de la obligación garantizada en tratándose no sólo de tributos, sino de toda clase de contribuciones, es decir, de obligaciones fiscales.

Concluimos en consecuencia, que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en cuanto prevé la caducidad, sí es aplicable a todo tipo de fianzas, aún las que garantizan créditos fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación.

Al respecto, cabe citar el voto particular que emitió en contra el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, en la resolución de la contradicción de tesis 86/95, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el cual comulgamos en razón de todas las consideraciones antes expuestas y que es del tenor siguiente:

“...si la regla general que contiene el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas regula el procedimiento a seguir por el beneficiario de la fianza, otorgada a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados y Municipios, para hacerla efectiva no existe razón jurídica para interpretar que la excepción establecida respecto de las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros regula una hipótesis jurídica diversa al procedimiento que la Federación debe

realizar para hacer efectiva una fianza de esta naturaleza...esto no conduce a interpretar que por virtud de esa remisión resulte inaplicable el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que norma la figura de la caducidad en esta materia, pues con independencia de que la finalidad de ese procedimiento excepcional para hacer efectivas las pólizas otorgadas a favor de la Federación, tuviera como propósito la protección de créditos fiscales, la extinción del derecho a hacer efectiva una fianza no se contrapone con ese fin proteccionista de los indicados créditos, pues al extinguirse el derecho del beneficiario de hacer efectiva una póliza no extingue el crédito fiscal que se garantiza, toda vez que el crédito sigue vigente y la extinción de las facultades de la autoridad para hacerlo efectivo se rige por las reglas estipuladas en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación.

.....

Con el objeto de que el fiador no permanezca indefinidamente con la incertidumbre de una responsabilidad eventual, el acreedor debe hacer efectiva la fianza en un término razonable después de que se hace exigible la obligación garantizada.....

Por otra parte, debe decirse, que no constituye tampoco obstáculo, para la aplicación al caso de las fianzas otorgadas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, de las disposiciones contenidas en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la circunstancia que en este precepto se haga mención a la omisión de la reclamación de la fianza dentro del plazo ahí estipulado para que se extinga la obligación de la institución afianzadora, en atención a que la propia Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece la posibilidad de que según el tipo de fianza y la voluntad de la parte beneficiada se apliquen diversos procedimientos para exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, los que se encuentran previstos en los referidos artículos 93, 94 y 95 de la ley invocada, de ahí que si el legislador no excluyó expresamente en el antes citado artículo 120 a las fianzas exigibles mediante el procedimiento de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, no es dable concluir que su intención fue exceptuarlas de esas disposiciones al referirse a la omisión del beneficiario de presentar la reclamación, pues es lógico y congruente establecer que el legislador usó la palabra reclamación en su acepción más amplia, ya que en el último párrafo de este precepto señala en relación a la prescripción, 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 suspende la prescripción salvo que resulte improcedente.

Lo anterior pone de manifiesto que el legislador al referirse a la reclamación en materia de caducidad no excluyó a las fianzas otorgadas para garantizar obligaciones fiscales, pues si en materia de prescripción hace referencia al requerimiento en forma expresa es por la naturaleza de cada procedimiento para hacer efectiva la garantía."

Concluimos que la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a lo previsto en el Código Fiscal de la Federación, se hizo con el único fin de que la autoridad pudiese disponer de un procedimiento expedito y ágil para recuperar los ingresos que tiene derecho a percibir el Estado por esos actos, sin que sea lícito extender esa remisión también a la forma en que se extingue la obligación garantizada, puesto que la fianza no adquiere el carácter de ésta, sino que conserva su carácter mercantil. Sirve de apoyo a esta apreciación el siguiente criterio jurisprudencial:

CADUCIDAD DE FIANZAS OTORGADAS A FAVOR DE LA FEDERACION, DISTRITO FEDERAL, ESTADOS Y MUNICIPIOS. LEGISLACION APLICABLE.-

A efecto de determinar la legislación aplicable en materia de caducidad de fianzas otorgadas a favor de la Federación, Distrito Federal, Estados y Municipios, es menester distinguir en primer término la naturaleza jurídica del contrato de fianza, de la naturaleza de la obligación garantizada. Las fianzas son de naturaleza mercantil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en tanto que la naturaleza jurídica de la obligación garantizada se ve determinada por la relación o negocio jurídico que le dio origen. Diferenciados los conceptos mencionados, se sigue que en materia de instituciones de fianzas, la legislación aplicable es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en estricta aplicación de lo dispuesto por su artículo 1º; principio ratificado por el legislador en la exposición de motivos de las reformas y adiciones de la propia Ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación e 14 de julio de 1993, que establece que únicamente en materia de ejecución de fianzas expedidas a favor de la autoridad se introduce la modalidad de que, a elección del beneficiario, se pueda seguir el procedimiento especial que permite el cobro de la fianza de una manera más ágil y expedita. Así las cosas, es criterio de este tribunal que la legislación aplicable en materia de fianzas y específicamente respecto de la institución jurídica de la caducidad, será la propia ley de la materia, en su artículo 120, no siendo óbice para lo anterior que el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, inscrito en el Título III, Capítulo IV, relativo a Procedimientos Especiales, remita al procedimiento administrativo de ejecución previsto por el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación para requerir el cobro de fianzas cuando es beneficiario la Federación, Estados o Municipios, puesto que este procedimiento, como antes se señaló, tiene como único fin lograr el cobro de la fianza de una manera rápida y eficaz, sin que dicho procedimiento afecte o modifique el carácter mercantil de la fianza y la aplicación de la ley específica de la materia.

Jurisprudencia No. 1.3ºA./7, SJF, Novena Epoca, T. III, 3er. TC. Del 1er. C., marzo de 1996, p. 715)

Por otra parte y con relación a la prescripción que regula el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de esa índole de fianzas, consideramos que resultan de igual manera aplicables los razonamientos vertidos respecto de la caducidad; pues ambas son formas de extinción de cualquier tipo de fianzas, incluyendo a las que garantizan obligaciones fiscales a favor de la Federación. Al efecto, y en apoyo de esta aseveración, nos permitimos transcribir los siguientes criterios jurisprudenciales:

FIANZAS. COMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCION, DEBE HACERSE CONFORME AL ARTICULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS (PARA LAS COMPAÑIAS QUE EXPIDAN DICHAS FIANZAS).-

El artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone que el procedimiento para hacer efectivos los créditos fiscales garantizados a favor de la Federación, mediante un contrato de fianza, se tramitará conforme a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación. Asimismo, el artículo 146 del aludido código tributario, contempla la figura jurídica de la extinción por prescripción de los créditos fiscales, en un término de cinco años, que se inicia a partir de la fecha en que el pago pudo ser legalmente exigido; y que la prescripción de un crédito fiscal opera por vía de excepción, que deberá oponerse en los recursos administrativos correspondientes. Sin embargo, tratándose de la obligación de

garantizar el cumplimiento de un adeudo fiscal a cargo del fiado, pactada en el contrato de fianza respectivo, el término de la prescripción de esa obligación (la de garantía) no es el fijado por el mencionado artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, sino que, atendiendo a que tal obligación deriva directamente del contrato de fianza, que a su vez está regulado por una ley especial, a saber, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, luego, la prescripción de esa obligación debe regirse por lo dispuesto en el artículo 120 de la citada legislación especial, que expresamente determina que las obligaciones derivadas del contrato de fianza prescriben en tres años. No es óbice para concluir lo anterior, el hecho de que la materia de la garantía la constituya un crédito fiscal, puesto que la obligación de garantizar, lo cual constituye la materia o sustancia del contrato de fianza, que a su vez es de naturaleza mercantil según lo dispone el artículo 2º del ordenamiento legal en cuestión, es lo directamente ligado a la prescripción contemplada en el citado numeral 120 de la ley especial, que opera precisamente para liberar a la empresa afianzadora de la obligación de seguir garantizando el cumplimiento en el pago del crédito fiscal a cargo del directo fiado, sin importar que éste quede obligado al cumplimiento del crédito fiscal, cuya prescripción sí estará regida por el aludido artículo 146 del código tributario.

Tesis aislada No. III. 1º. A. 44º. SJF. Novena Época, Ier. T.C. del SER. C., T. V., junio de 1997, p. 753.

FIANZAS, PRESCRIPCIÓN DEL CRÉDITO FISCAL Y DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LAS.- La prescripción prevista en el artículo 55, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación, (hoy, 146) corresponde a la del crédito fiscal en sí mismo considerado, como prestación tributaria, más no a la prescripción de acciones derivadas de la fianza que garantizan ese crédito y que son reguladas por una ley especial, como lo es el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, y cuyo conocimiento cae dentro de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación.

Revisión fiscal 602/66. Compañía de Fianzas Latonal, S.A., 7 de abril de 1967. Ponente: Felipe Tena Ramírez, visible en el SJF, Sexta Época, Segunda Sala, T. CXVIII, Tercera Parte, p. 36.

Una vez precisadas las consideraciones anteriores, concluimos que las mismas son igualmente válidas respecto de aquellas fianzas que garantizan obligaciones de carácter no fiscal a cargo de terceros y a favor de la Federación, entre ellas las que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, respecto de las cuales nos permitimos afirmar que si les es aplicable la caducidad prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

No debemos olvidar que toda vez que la fianza es un contrato, en el que si la Federación interviene en su elaboración, no lo hace en calidad de supra a subordinación, las partes pueden acordar respecto de la caducidad de las pólizas respectivas, en términos distintos a los previstos en el artículo 120 citado, pudiendo incluso renunciar en forma expresa a la caducidad a favor de las instituciones garantes.

CONCLUSIONES

1. El Estado requiere de la adquisición de bienes y servicios, concebidos en su acepción más general, para su subsistencia, y para adquirirlos no puede actuar de forma unilateral e impositiva, obligando a los gobernados a proporcionárselos, sino que se ve ante la necesidad de celebrar contratos o convenios con los particulares para su obtención.

2. El artículo 134 de la Constitución Política Federal es el fundamento constitucional de los contratos que celebra el Estado y que se denominan con el término de administrativos, en contraposición a los contratos de la Administración, mismos que se rigen por el derecho común.

Los contratos administrativos a que dicho precepto constitucional se refiere son de dos tipos, a saber: los consistentes en la adquisición, arrendamiento y enajenación de toda clase de bienes y servicios y aquellos otros consistentes en la obra pública.

3. Aun cuando dicho precepto constitucional se refiere a los contratos administrativos que pueden celebrar los distintos niveles político-territoriales de gobiernos, federal, estatal y municipal, y de que cada uno de dichos niveles de gobierno se integra a su vez por los poderes legislativo, ejecutivo y jurisdiccional, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas reglamenta el artículo 134 constitucional, pero sólo respecto de los contratos que celebra la Administración Pública Federal y del Distrito Federal en sus dos divisiones, es decir, centralizada y paraestatal.

4. La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas es una ley de tipo administrativo, ya que en la celebración de los actos que regula interviene siempre una autoridad administrativa como contratante y, en razón de la finalidad que persigue, consistente en el manejo eficiente, honrado, y eficaz de las asignaciones que del Presupuesto de Egresos de un ejercicio fiscal se destinan a la obra pública, así como a la adquisición, arrendamiento y enajenación de todo tipo de bienes y servicios. Y es en razón de ese interés público, que en dicha Ley se establecen diversas prerrogativas a favor de la autoridad como contratante.

Asimismo, no hay que olvidar que si bien es cierto que en la celebración del contrato de obra pública interviene una autoridad administrativa, y de que dicho acto se encuentra regulado por una ley administrativa, la cual tiene como finalidad satisfacer el interés público, también lo es que cuando la Administración Pública celebra contratos de obra pública con los particulares, no lo hace en su calidad de autoridad, es decir, no se origina una relación jurídica de supra a subordinación, sino una de igualdad con los particulares que con ella contratan.

Sin embargo, lo que da competencia del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer y resolver las controversias suscitadas respecto de la terminación e interpretación del contrato de obra pública, deriva de que dicha controversia se da entre una autoridad de la Administración Pública y los particulares que con ella contratan en su calidad de gobernados.

Lo anterior nos lleva a determinar que la intervención de la autoridad administrativa como contratante, en uso de las prerrogativas que a su favor establece la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, puede derivar en una lesión a los derechos subjetivos de los particulares que con ella contratan; sobre todo aquellos a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales, es decir, las garantías de audiencia y de legalidad, esta última consistente en que todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado.

5. El Tribunal Fiscal de la Federación al ser competente para conocer y resolver las controversias sobre la terminación e interpretación de los contratos de obra pública, es sólo de aquellos en los que intervenga como contratante la Administración Pública Federal Centralizada, por las siguientes razones: 1) las controversias que se susciten respecto de contratos de esa índole, celebrados por las entidades de la Administración Pública Federal Paraestatal, se resolverán por los tribunales del fuero común en primera instancia, y 2) las controversias de la misma índole que se susciten en los niveles de gobierno estatal y municipal, se resolverán por los distintos tribunales de lo contencioso administrativo instituidos en cada una de las entidades federativas de la República Mexicana.

6. Existen cuatro tipos de garantías que debe otorgar el contratista cuando celebra contratos de obra pública con la Administración Pública Federal Centralizada, y que son a saber: a) La que garantice la seriedad de la proposición en el procedimiento de licitación pública; b) La que garantice los anticipos; c) La que garantice el cumplimiento del contrato, y por último, d) La concerniente a los vicios ocultos. En cada caso, la garantía se puede constituir mediante fianza expedida por institución debidamente autorizada por el Gobierno Federal a favor de la Tesorería de la Federación; aunque existen otros medios para hacerlo, tales como la entrega de cheque cruzado expedido por el proponente en el caso del primer tipo de garantía, o mediante carta de crédito y aporte de recursos líquidos a un fideicomiso para el caso de garantía de vicios ocultos.

7. De igual manera, el Tribunal Fiscal de la Federación es también competente para conocer y resolver controversias que se susciten respecto de resoluciones definitivas consistentes en requerimientos de pago de garantías constituidas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados o de los Municipios, así como de sus organismos descentralizados, entre ellas la fianza.

La competencia del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer respecto de las garantías constituidas a favor de los tres niveles de gobierno mencionados, obedece a que las instituciones de fianzas integran el Sistema Financiero Mexicano, el cual se integra por organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, lo que implica que en los juicios promovidos ante el Tribunal Fiscal de la Federación para impugnar los requerimientos de pago de garantías constituidas a favor de los distintos niveles de gobierno, interviene siempre una autoridad de la Administración Pública Federal.

8. De la celebración de un contrato de fianza para garantizar los contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, se advierte que se trata de dos obligaciones singularmente consideradas: la una derivada del contrato de fianza, y la otra derivada del contrato de obra pública celebrado con la Administración Pública Federal Centralizada.

Cada una de dichas obligaciones tiene su propia regulación jurídica, que abarca todo lo referente a su nacimiento y extinción. Así, la obligación derivada de la celebración del contrato de obra pública con la Administración Pública Federal Centralizada, se regula por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas principalmente, y la obligación que se deriva de la celebración del contrato de fianza para garantizar aquélla, se regula por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

9. La más determinante distinción entre las figuras jurídicas de caducidad y prescripción, es aquella que se refiere a la finalidad que con cada una de ellas persigue lograr el Estado con su creación. Así, la finalidad que el Estado busca conseguir con la caducidad, es que el titular de un derecho, sea para adquirirlo o bien para conservarlo, realice cierta actividad, que

bien puede consistir en el ejercicio mismo del derecho, dentro de un cierto plazo casi inmediato, por decirlo así, en contraposición al periodo de tiempo que debe transcurrir para que se extinga un derecho por prescripción. En cambio, la finalidad que el Estado busca conseguir con la prescripción, es darle calidad jurídica a un estado que de hecho se venía dando y que consiste en el supuesto abandono por el titular de un derecho que ya había adquirido al no ejercerlo en determinado tiempo.

10. La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas prevén distintos modos de extinción de la obligación inherente a la celebración de cada uno de dichos actos jurídicos, esto es, del contrato de obra pública y del contrato de fianza, respectivamente.

Mientras que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en su artículo 120 prevé tanto la caducidad como la prescripción, como formas de extinción de las fianzas, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas no dispone nada respecto a dichas formas de extinción de los contratos de que tratamos, por lo que en este último caso, habrá que remitirse al Código Civil del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, según lo previene así el artículo 13 de la segunda Ley mencionada.

Así, el artículo 1159 del Código Civil mencionado, establece un periodo de diez años para que prescriban todas aquellas obligaciones que no tengan un periodo específico establecido en dicho ordenamiento legal; por lo que la obligación inherente a la celebración del contrato de obra pública, prescribe en diez años. Respecto de la caducidad como forma de extinción de ese tipo de actos jurídicos, ni la ley de la materia, ni el Código Civil establecen nada al respecto.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para que se extinga por prescripción la obligación derivada de la emisión de la póliza de fianza que garantice contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, deberá transcurrir un periodo de tres años, pues éste es menor que el de diez años que para la obligación garantizada establece el artículo 1159 citado.

11. El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece que la obligación que se deriva de la fianza, se extinguirá por caducidad y prescripción, una vez que transcurran los distintos plazos y términos señalados en el mismo precepto legal.

Los dos primeros párrafos del artículo en comento tratan de la caducidad como figura extintiva de un derecho sustantivo de su titular, consistente en el derecho a reclamar una cierta cantidad líquida vuelta exigible. De igual manera, y siempre que no se hubiese extinguido primero por caducidad, por virtud de la configuración de la prescripción, se extingue la facultad del titular del derecho de acudir a los tribunales para que se coaccione al obligado, pero no se extingue la cantidad que tiene derecho a percibir del obligado, sino que subsiste.

Lo anterior implica que las fianzas, sea que garanticen o no obligaciones de carácter fiscal a cargo de terceros, como consecuencia de la configuración de la prescripción de la póliza respectiva, la cantidad amparada no se extingue, sino que lo que se extingue es la facultad del beneficiario de coaccionar a la institución garante para realizar el cobro. Lo que a su vez, nos llevaría a afirmar que al continuar viva la obligación principal y extinguirse la inherente a la fianza, la obligación principal se extinguirá de acuerdo a lo que la ley de la materia disponga.

La caducidad a que se refiere el artículo 120, posee los siguientes atributos: no está sujeto a ninguna causa de interrupción ni suspensión; opera de forma automática, esto es, que a diferencia de la prescripción en la que es necesario hacerla valer como excepción en un requerimiento judicial, basta el sólo transcurso del tiempo sin que el beneficiario reclame su pago para que opere, aunque nadie puede asegurar que por virtud de tales hechos (el transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor), el beneficiario no reclamará su pago por cualquier vía, y por último, la caducidad regulada en el artículo en comento puede tener origen convencional, es decir, las partes contratantes de la fianza podrán acordar un plazo dentro del que el beneficiario deberá hacer la reclamación de la póliza una vez que ésta se haya vuelto exigible, además de la posibilidad de originarse en la ley; en efecto, dicho dispositivo legal establece que en caso de que los contratantes omitan señalar un plazo convencional de caducidad, el beneficiario contará con un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a cuando expire la vigencia de la póliza para hacer la reclamación respectiva, so pena de configurarse la caducidad en su contra.

12. Otra de las distinciones esenciales que se da entre las figuras jurídicas de caducidad y prescripción, previstas en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es la referente a que la caducidad es dispositiva y supletiva de la voluntad de quienes intervinieron en la elaboración del contrato de fianza, mientras que la prescripción es taxativa, es decir, invariablemente se aplica, al darse los supuestos para su configuración.

En efecto, debido al principio dispositivo que priva en todos los contratos, sean o no administrativos, los contratantes pueden acordar cualquier cosa respecto de las obligaciones y derechos inherentes al tipo de contrato que celebren. Así, los contratantes pueden convenir la forma de extinción de la fianza por caducidad, y sólo será aplicable lo dispuesto en el artículo de referencia cuando no exista una manifestación de voluntad diversa de aquellos que intervinieron en la elaboración del contrato de fianza.

En cambio, tratándose de la prescripción prevista en el mismo precepto legal, tenemos que es de carácter taxativo, es decir, obliga a las partes aún en contra de su voluntad.

De igual forma, aun cuando la fianza que garantiza contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, no se haga efectiva mediante el procedimiento previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, la afianzadora puede convenir con la beneficiaria, el que la obligación inherente a la póliza de fianza, se haga efectiva mediante procedimiento económico coactivo previsto en dicho precepto legal.

13. La figura de la caducidad no estaba regulada por el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino que fue a partir de las reformas que se hicieron a la Ley mencionada, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 14 de julio de 1993, que se previó a dicha institución jurídica.

Aun cuando no se menciona en forma clara y contundente la introducción de la caducidad en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en los motivos a la iniciativa de reforma de dicha Ley, se advierte que la introducción de la caducidad tiene como finalidad la de que se resuelva dentro de un tiempo menor al de prescripción, la relación surgida entre el beneficiario de la póliza de fianza y la institución de fianzas. En efecto, la caducidad tiene como principal fin, el de conservar la facultad del beneficiario de reclamar el pago de la póliza por todo el periodo de tiempo requerido para que se extinga dicho derecho por prescripción.

Por su parte, considerando las características de la prescripción que la distinguen de la caducidad, tenemos que la prescripción que regula el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sí está sujeta a la interrupción del plazo que tendrá que transcurrir para

su configuración; esto es que dicho plazo comenzará a computarse de nueva cuenta a partir de cero, en el momento en que el beneficiario presente a la afianzadora cualquier requerimiento de pago por escrito o, bien, le presente la reclamación de la fianza respectiva, salvo que dicho requerimiento o reclamación resulten improcedentes.

14. La obligación del fiador puede extinguirse de dos maneras, a saber, por vía de consecuencia, al extinguirse la obligación principal garantizada como consecuencia lógica de la naturaleza accesoria de la fianza o, bien por la vía principal, cuando se extingue la obligación del fiador, pero continúa viva la obligación del deudor principal.

Debido a las distintas formas de extinción que existen entre la obligación inherente a la fianza y la inherente a la obligación garantizada, es que las instituciones de fianzas no pueden impugnar un requerimiento de pago con cargo a la póliza respectiva, argumentando razones ajenas a la improcedencia del cobro, como sería el caso de alegar que la liquidación que la sustenta, fue emitida por un funcionario que no tiene competencia para determinar en cantidad liquida el crédito fiscal garantizado, debiendo considerarse en ese caso, inoperante el concepto de impugnación planteado por la afianzadora, ya que en términos del artículo 95, fracción V, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a las afianzadoras sólo les es permitido demandar la ilegalidad del requerimiento.

15. La figura de la caducidad regulada en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, posee las siguiente características principales: la una referente a que el tipo de derecho que se extingue con su configuración, es un derecho sustantivo y no uno adjetivo o procesal, y otra referente a la finalidad que persigue el Estado con su regulación, consistente en que el titular del derecho (beneficiario), observe dentro de cierto plazo, determinada conducta considerada como necesaria para conservar ese derecho, y que no es otra, sino la reclamación de la póliza de fianza dentro de los ciento ochenta días naturales, contados a partir de las fechas indicadas para cada uno de los supuestos previstos en los dos primeros párrafos del artículo citado, según si la afianzadora se obligó por tiempo determinado, o bien, por tiempo indeterminado.

16. Contrariamente a lo interpretado por algunos órganos jurisdiccionales en tesis de jurisprudencia emitidas al respecto, consideramos que el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas sí es aplicable a las fianzas otorgadas a favor de la Federación para garantizar contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, en razón de las siguientes consideraciones de derecho:

a) El artículo en comento no hace distinción alguna con respecto a la calidad de la obligación garantizada, ni de la calidad de la beneficiaria de la póliza respectiva, lo que implica los distintos procedimientos que establece la ley para su cobro, por lo que donde el legislador no distingue, no tiene por qué hacerlo el órgano jurisdiccional al resolver un conflicto sometido a su solución.

En efecto, toda vez que ni de los motivos de reforma a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas de julio de 1993, ni del texto del propio artículo 120 se desprende lo contrario, dicha figura jurídica no se limita a aquellos procedimientos para dar resolución a la obligación surgida entre el beneficiario y la afianzadora, consistentes en las etapas convencional e instancia administrativa ante la Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros, sino a todos.

b) La utilización de los vocablos "reclamación" y "requerimiento de pago" que se utilizan en artículo 120 citado, se hace en forma indistinta, por lo que los mismos por sí solos, considerados, no nos remiten a los distintos tipos de procedimiento que regula la Ley Federal de

Instituciones de Fianzas para hacer efectivas las pólizas respectivas.

En efecto, los artículos 93, 93 bis y 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas regulan los procedimientos a través de los cuales la Tesorería de la Federación como beneficiaria y a su elección, podrá hacer efectivas las pólizas de fianza de que tratamos. El primero de ellos regula la reclamación directa y por escrito a la institución de fianzas; el segundo de ellos, regula el procedimiento arbitral ante la misma Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Sistemas Financieros, caso en el cual se deberá agotar previamente el procedimiento conciliatorio ante la misma Comisión, y el último de dichos preceptos legales, establece un procedimiento denominado por los jurisconsultos como excepcional en atención a la calidad del sujeto beneficiario de la póliza, el cual en esencia es similar al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, pues establece que si la institución de fianzas no realiza el pago de lo reclamado dentro de los treinta días naturales, se rematarán en bolsa valores suficientes de su propiedad para cubrir el crédito.

Sin embargo, si bien es cierto que cada uno de dichos procedimientos comienza o con una reclamación o con un requerimiento de pago, también lo es que ambos términos son utilizados por el legislador en forma indistinta, tal y como se colige del último párrafo del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el que el legislador iguala a ambos términos, al considerar a dichos actos, la reclamación y el requerimiento de pago, el punto de partida para el cómputo de la prescripción.

En tal virtud, no compartimos el criterio de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, consistente en que debido a que en el primer párrafo del artículo 120 citado se utiliza el vocablo "reclamación de la fianza" en lugar de "requerimiento de pago", y de que toda vez que la Federación puede hacer efectiva la fianza que garantiza obligaciones fiscales a cargo de terceros mediante el procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, el cual comienza no con una reclamación, sino con un requerimiento de pago, la figura de la caducidad no resulta aplicable a las fianzas de esa índole.

Criterio que por otra parte, se ha querido hacer extensivo a las fianzas que garantizan contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, pues en dicho caso, aseguran los órganos jurisdiccionales creadores de jurisprudencia, la Federación como beneficiaria no está obligada a someterse a los distintos procedimientos previstos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que comiencen con "una reclamación", sino que puede irse directamente al procedimiento que establece el artículo 95 de la misma Ley, el cual comienza con "un requerimiento de pago", por lo que concluyen que en dichos casos, aun cuando la obligación garantizada no tiene naturaleza de obligación fiscal a cargo de terceros, la caducidad que prevé el artículo 120 referido tampoco resulta aplicable como una de sus formas de extinción.

e) Aun cuando la obligación inherente a la fianza es accesoria respecto de la obligación garantizada, a la extinción de la primera obligación por caducidad o prescripción, no resulta aplicable el principio que reza que "la suerte de lo accesorio, sigue la suerte de lo principal", en razón de que este principio general de derecho sería sólo aplicable en el caso de que la ley que regula a dicha obligación accesoria, no previera nada al respecto. Y es el caso que para la extinción de la fianza por caducidad y prescripción, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sí prevé en el artículo 120 lo conducente.

d) La aplicación supletoria de un ordenamiento jurídico a otro, constituye un método de integración de la ley, y se da cuando la ley aplicable al caso concreto es omisa en prever la hipótesis normativa considerada aplicable.

Así, tratándose de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, no resulta aplicable en forma supletoria la caducidad y prescripción que regula el Código Fiscal de la Federación, pues la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no es omisa en prever la extinción de las fianzas por caducidad y prescripción.

Ante tal situación, se advierte que no se trata de integrar la ley, sino que se trata de un problema de interpretación de los supuestos jurídicos que si se encuentran previstos en los ordenamientos jurídicos que se consideran aplicables. Así, para evitar una posible colisión de leyes que concurren para dar solución a un mismo problema, recurrimos a los dos principios que tienen que ver con la jerarquía de las leyes implicadas, y que son a saber, el principio de supremacía y superioridad del ordenamiento jurídico, así como el de la prelación de la ley de la materia.

Toda vez que para determinar si las fianzas de la índole que tratamos, se extinguen por caducidad o prescripción de conformidad con lo previsto por el Código Fiscal de la Federación o bien, por lo previsto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no concurren preceptos constitucionales, ni preceptos legales superiores unos respecto de otros, se concluye que de conformidad con el principio de la prelación de la ley de la materia, ese tipo de fianzas se extingue por caducidad y prescripción de acuerdo a lo establecido en la ley de la materia, que no es otra sino la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que es la ley creada ex profeso para todo lo referente a las fianzas.

e) La remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, al procedimiento administrativo de ejecución previsto en el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, para hacer efectivas las fianzas que garantizan obligaciones fiscales a favor de la Federación, fue lo que provocó la alternativa de aplicar lo que establece dicho Código respecto de la extinción de la fianza mediante la prescripción y no lo que establece la Ley de la materia, además de hacer inaplicable el artículo 120 citado en cuanto prevé su extinción por caducidad.

Es por ello que consideramos que dicha remisión, no puede hacerse extensiva a la extinción por caducidad o prescripción de fianzas que garantizan obligaciones de carácter no fiscal, como la que garantiza los contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, pues este tipo de fianza se hace efectiva no mediante el procedimiento administrativo de ejecución que prevé el artículo 143 del Código Fiscal de la Federación, sino mediante el procedimiento regulado en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De ser cierta la consideración consistente en que la obligación accesoria se extingue de acuerdo a lo previsto por el Código Fiscal de la Federación, debido a la remisión que a éste hace la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para hacerla efectiva, tendríamos que asegurar que en el caso de las fianzas que garantizan contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas resultaría aún más aplicable en cuanto prevé su extinción ya sea por caducidad o prescripción, en razón de que la obligación garantizada no tiene el carácter de fiscal.

En efecto, los ingresos que percibe el Estado por la efectividad de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, están clasificados como productos y es por esta razón, que dichos ingresos tampoco pueden considerarse como créditos fiscales conforme a la definición que de los mismos nos da el artículo 4º del Código Fiscal de la Federación.

Así, toda vez que las fianzas que garantizan contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, no tienen la naturaleza de fiscales, por lo que al no hacerse efectivas en consecuencia, mediante el procedimiento administrativo de ejecución, tenemos entonces que dichas obligaciones accesorias sí se extinguen de acuerdo a lo previsto en el artículo 120 tantas veces citado.

Sin embargo, se insiste que lo que hace aplicable la caducidad y prescripción como formas de extinción de las fianzas que garantizan obligaciones de carácter fiscal y no fiscal, no es la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino a que la extinción de la obligación accesoria o fianza, es independiente de la extinción de la obligación garantizada, cada una de las cuales se extingue de acuerdo a lo que para cada una de ellas prevé la ley de la materia que las regula.

f) Si fuese verdad que todas las cantidades o créditos a favor del Erario Federal, son fiscales sin importar la fuente de que provengan, entonces tendríamos que admitir que al ser el Estado el titular de la facultad de utilización del procedimiento económico coactivo, no habría razón para hacer diferencias para el cobro de los créditos fiscales que provengan de una fuente tributaria, respecto de aquellos otros que provengan de una actividad del Estado en su carácter de persona privada, es decir, que toda cantidad a favor del Estado se haría efectiva mediante la vía económica coactiva.

Sin embargo, tomando en consideración que el fundamento constitucional de la facultad para la utilización del procedimiento administrativo de ejecución, se encuentra en los artículos constitucionales 31, fracción IV, que establece la obligación de los mexicanos a contribuir para el gasto público, en relación con el diverso 89, fracción I, que faculta al Titular del Ejecutivo Federal, para proveer en la esfera administrativa, a la exacta observancia de la ley, se deduce que dicha facultad será sólo utilizable en tratándose de hacer efectivos créditos fiscales, más no las garantías que se constituyan por causa de los mismos.

Lo anterior se ve confirmado con lo que estatuye el principio de reserva de ley de los tributos, conforme al cual nadie está obligado a soportar el cumplimiento de una obligación a título de tributo, sino mediante ley, en la que se invoque la causa de tal proceder, por lo que el particular no puede ser obligado a soportar la efectividad de la obligación que se deriva de un contrato de fianza, que no de la garantizada, mediante el uso del procedimiento administrativo de ejecución, pues dicha obligación no tiene naturaleza tributaria.

En otras palabras, si nadie está obligado a contribuir sino mediante ley expedida por el Congreso Federal o Local, sea que se trate de contribuciones federales o locales y municipales, igualmente tampoco nadie puede ser obligado a cumplir una obligación nacida de un acuerdo de voluntades, mediante los mismos medios de que se vale la autoridad para obligar a pagar el tributo, sino mediante ley que así lo determine expresamente, o bien, haya sido así acordado por los contratantes; por lo que sería igualmente antijurídico que los órganos jurisdiccionales infirieran tal facultad a favor de las autoridades hacendarias, de una norma o precepto legal en el que el legislador no establece tal facultad en forma expresa y clara a su favor, y mucho menos que, habiendo una disposición aplicable al caso concreto, desvirtuar tal aplicación por medio de la interpretación e integración que realizan los órganos jurisdiccionales en los casos sometidos a su consideración.

g) Los ingresos derivados de la efectividad de las fianzas que garantizan contratos de obra pública a favor de la Federación, no tienen como finalidad directa la de sufragar el Presupuesto de Egresos de la Federación, sino la de indemnizar a la dependencia contratante de los daños y perjuicios que ocasione la falta de cumplimiento del fiado de la obligación inherente al contrato de obra pública. Ello es así, en virtud de que la fianza que garantiza el cumplimiento

de los contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, se constituye por el diez por ciento del importe de la obra contratada, cuando se tenga previsto que la misma se realice durante un ejercicio presupuestal, como lo establece la fracción I del artículo 26 del aún vigente Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Sin embargo, no sucede lo mismo con relación a las fianzas que garantizan créditos fiscales, como una modalidad de las obligaciones fiscales a cargo de terceros y a favor de la Federación, por las siguientes razones: 1) al consistir la obligación garantizada en un crédito fiscal, éste sí tiene como finalidad sufragar el Presupuesto de Egresos de la Federación, y 2) en ese caso la fianza que garantiza su cumplimiento, se constituye por la totalidad de dicho crédito, de lo que se infiere que la póliza de fianza así constituida, no tiene como finalidad indemnizar al gobierno de la Federación por la falta de cumplimiento del fiado a la obligación garantizada, sino la de que ésta se cumpla en lugar del fiado si éste no lo hace.

Aún así, consideramos que a la obligación inherente a la fianza que garantiza créditos fiscales, también le resulta aplicable la prescripción prevista en el artículo 120 de la Ley Federal de Institución de Fianzas, en razón de que como ya quedó dicho, lo que se extingue es la facultad del beneficiario de coaccionar a la afianzadora para su pago, pero sin embargo, continúa vivo el crédito garantizado, el cual se extinguirá de acuerdo a lo que disponga la ley que lo regula.

De igual manera, consideramos que las fianzas que garantizan obligaciones fiscales, y aún créditos fiscales, se extinguen por caducidad de conformidad con lo establecido en el artículo 120 citado, ya que la finalidad inmediata de dicha figura jurídica, es la de que el beneficiario de la póliza de fianza realice una cierta conducta, y que consiste en reclamar su pago dentro de determinado período de tiempo, para conservar el derecho que le es inherente hasta en tanto no sea declarado extinto por prescripción, y como finalidad mediata, el dar concreción dentro del menor tiempo posible a la relación surgida entre el beneficiario de la póliza y la afianzadora.

h) Es debido a todo lo antes expuesto y a que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece en su artículo 2º que las fianzas tendrán el carácter de mercantil para todos los que intervengan en el contrato respectivo, no sólo para cada uno de los contratantes, sino también para los beneficiarios, los obligados solidarios, los contrafiadores, etcétera, que los órganos encargados de hacer jurisprudencia sostengan en las tesis respectivas que, ni los órganos jurisdiccionales, ni aún los que tienen a su cargo la función legislativa, puedan permutar la naturaleza de una obligación que es eminentemente de derecho privado, por otra de naturaleza pública, como es la tributaria.

Por tales razones concluimos que la remisión que hace el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, a lo previsto en el Código Fiscal de la Federación, se hizo con el único fin de que la autoridad pudiese disponer de un procedimiento expedito y ágil para recuperar los ingresos que tiene derecho a percibir el Estado por esos actos, sin que sea lícito extender esa remisión también a la forma en que se extingue la obligación garantizada, puesto que la fianza no adquiere el carácter de ésta, sino que conserva su carácter mercantil.

17. La exigibilidad de una póliza de fianza, dado su carácter accesorio, se da con el incumplimiento del fiado a la obligación garantizada, y en consecuencia su efectividad no podrá ser hecha por el beneficiario, sino en el preciso momento en que conste por escrito el incumplimiento culpable por parte del fiado a dicha obligación garantizada, pues aun cuando el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas prevé un procedimiento para rescindir un contrato de obra pública, que puede dar lugar a que los contratantes acuerden una nueva fecha de entrega de la obra, el momento de la exigibilidad de un contrato cualquiera no se puede

dejar al libre arbitrio de los contratantes, pues ello podría dar lugar a que ninguna obligación prescriba.

18. Los plazos de prescripción y caducidad de las fianzas que garantizan contratos de obra pública, celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, no corren en forma paralela.

En efecto, el plazo para la caducidad comienza a correr a partir de los supuestos que prevé el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas: a) si los contratantes estipularon un plazo para el efecto de su cobro, además de uno distinto de vigencia de la póliza, el plazo de caducidad comienza a correr a partir del momento acordado por los contratantes, o bien; b) si no se acordó un periodo de tiempo para su cobro y si uno de vigencia de la póliza, el plazo de caducidad, que es de ciento ochenta días naturales, comienza a correr a partir de que vence la vigencia de la póliza, o bien, c) si los contratantes no estipularon ni un plazo de vigencia ni otro plazo para hacer el cobro de la misma, el plazo de caducidad, que es también de ciento ochenta días naturales, comienza a correr a partir de que se torna exigible la obligación garantizada.

Con relación a la prescripción de la póliza de fianza, según lo establecido en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el término de tres años que para las fianzas que garantizan contratos de obra pública prevé el artículo apenas citado, en relación con los artículos 13 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y 1159 del Código Civil, comienza a correr a partir de que se hace exigible la póliza por incumplimiento del fiado de la obligación garantizada. Término que se va a ver interrumpido cuando la Federación como beneficiaria, para conservar su derecho de efectividad, tenga que hacer la reclamación dentro de los plazos establecidos en los dos primeros párrafos del artículo 120 señalado, sea que se haya obligado la institución de fianzas por tiempo determinado o bien, por tiempo indeterminado.

De lo que se concluye que la única forma en que corren paralelos los plazos de prescripción y caducidad, previstos en el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, cuando se garantizan contratos de obra pública celebrados con la Administración Pública Federal Centralizada, es cuando la afianzadora se obligó por tiempo indeterminado.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 13ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997.
- Arriaga Becerra, Hugo, en *La Naturaleza Jurídica de la "Inconformidad" prevista en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas*, Revista Lex, 3ª Época, Año II, Agosto 1996, No. 14.
- Balmes, Jaime; *Filosofía Elemental*; Editorial Porrúa, S.A.; Colección Sepan Cuantos..., Núm. 241.
- Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 4ª edición, Editorial Harla, México, 1997.
- Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 29ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997.
- Canals Arenas, *El Contrato de Obra Pública*, 1ª edición, Editorial Trillas, S.A., México, 1991.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, La*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, S.A., México 1997.
- Cortiñas-Peláez, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis H., y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- Diep Diep, Daniel, *Exégesis del Código Fiscal de la Federación*, Editorial PAC, S.A., México 1999.
- Duguit, León, *Las Transformaciones del Derecho*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Arg.
- Flores Zavala, Ernesto, *Los Productos*, Colección de Textos Jurídicos del Tribunal Fiscal de la Federación Vol. II.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 36ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997.
- García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México 1995.
- Herrera Cuervo, Armando, *La Situación del Deudor Fiscal dentro del Procedimiento Administrativo de Ejecución en Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México*, T. I.
- Jiménez González, Antonio, *Lecciones de Derecho Tributario*, 4ª ed., Editorial ECAF, S.A., México 1996.
- Leardo de Tejada, Francisco, *Código Fiscal de la Federación, comentado y anotado*, 4ª ed., Editorial IIE S.A., México, 1988.

Lomeli Cerezo, Margarita, *Prescripción y Caducidad en el Derecho Tributario*, en Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Tercera Época, Año VI, No. 68, agosto de 1993.

López Velázquez, Vicente, *Prescripción, Caducidad y Preclusión*, en Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México, T. I.

Lucero Espinosa, Manuel, *Teoría y Práctica de lo Contencioso Administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, 3ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1995.

Margáin Manautou, Emilio, *El Recurso Administrativo en México*, 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997.

— *Dos Temas fiscales: Terminología y métodos para la determinación del tributo*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México 1968.

Martínez Alfaro, Joaquín, *Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

Quintana Valtierra, Jesús, *Derecho Tributario Mexicano*, 2ª ed., Editorial Trillas, S.A., México, 1994.

Ramírez, José Francisco, *Contencioso Contractual sobre Obra Pública*, en Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México, T.II.

Rodríguez, Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 21ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil: introducción, personas y familia*, 6ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1997.

Ruiz Quiroz, Humberto, *Naturaleza Jurídica de la Fianza de Empresa a favor del Fisco*, en Tribunal Fiscal de la Federación: Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México, Tomo II.

Sánchez Medal, Ramón, *De Los Contratos Civiles*, 16ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1998.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 10ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

Ley de Obras Públicas.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas vigente.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas vigente.

Código Fiscal de la Federación vigente.

Código Civil para toda la República en materia federal y para el Distrito Federal en materia local, vigente.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente.

Reglamento de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas vigente.

Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, vigente.