

REVISTA MEXICANA DE
SEGUROS

Y FIANZAS

**Fianza vs Carta de
Crédito Standby**

Promotores

Forjadores de historias
de compromiso y
pasión por el seguro

**ÁLVARO
ALDRETE**

9 pasos para ser un agente de seguros de élite

La fianza y la carta de crédito

Mario Carrillo
@AMIG_AC

Antes de desarrollar esta contribución, me gustaría que trajéramos a la memoria la fábula de la rana y el escorpión. ¿La recuerdan?

Cuenta un relato popular africano que en las orillas del río Níger vivía una rana muy generosa. Cuando llegaba la época de lluvias, ella ayudaba a todos los animales que se encontraban en problemas ante la crecida del río.

Cruzaba sobre su espalda a los ratones, e incluso algunas nutritivas moscas a las que se les mojaban las alas y no podían volar. La generosidad y nobleza de la rana no le permitían aprovecharse de ellas en circunstancias tan desiguales.

También vivía por allí un escorpión, que cierto día le suplicó a la rana: “Deseo atravesar el río, pero no estoy equipado para nadar. Por favor, hermana rana, llévame a la otra orilla sobre tu espalda”.

La rana, que había aprendido mucho durante su larga vida llena de privaciones y desencantos, respondió enseguida: “¿Que te lleve sobre mi espalda? ¡Ni pensarlo! ¡Te conozco lo suficiente para saber que, si estoy cerca de ti, me inyectarás un veneno letal y moriré!”.

El escorpión le replicó: “No digas tonterías. Ten por seguro que no te picaré. Porque, si así lo hiciera, tú te hundirías en las aguas, y yo, que no sé nadar, perecería ahogado”.

La rana se negó al principio, pero la incuestionable lógica del escorpión fue convenciéndola..., y finalmente aceptó. Lo cargó sobre su resbaladiza espalda, de donde él se agarró, y comenzaron la travesía del río Níger.

Todo iba bien. La rana nadaba con soltura a pesar de sostener sobre su espalda al escorpión. Poco a poco fue perdiendo el miedo a aquel animal que llevaba encima.

Llegaron a mitad del río. Atrás había quedado una orilla. Frente a ellos se divisaba la otra. La rana, hábilmente sorteó un remolino...

Fue aquí, y de repente, cuando el escorpión picó a la rana. Ella sintió un dolor agudo y percibió cómo el veneno se extendía por todo su cuerpo. Comenzaron a fallarle las fuerzas, y su vista se nubló. Mientras se ahogaba, le quedaron fuerzas para gritarle al escorpión:

“¡Lo sabía! Pero... ¿por qué lo has hecho?”

El escorpión respondió: “No pude evitarlo. Es mi naturaleza”.

Y juntos desaparecieron en medio del remolino y se ahogaron en las profundas aguas del río Níger.¹

Como es de nuestro conocimiento, el contexto que impera en nuestro país en materia de garantías se caracteriza por el afán de ir evolucionando y ampliando el segmento de instrumentos que den la certeza a los acreedores de obligaciones de que los compromisos asumidos por sus deudores serán cumplidos cabalmente y de que, en caso de no ser así, las garantías que éstos últimos hayan ofrecido para que puedan hacerse efectivas o ejecutarse de la manera más ágil que sea posible. Lo anterior ha dado pauta a expresiones tales como “pagos a primer requerimiento”, “pagos incondicionales”, “no judicializar las garantías”, entre otros.

En este contexto, una de las opciones que han encontrado algunos acreedores, tanto del sector público como del privado, es precisamente la llamada carta de crédito *standby*. Con ella buscan atender principalmente el aspecto de la rapidez en cuanto a su ejecución, principal característica que la distingue. Pero, con independencia de ello, consideramos importante destacar las diferencias que existen entre la carta *standby* y la fianza, pues es recomendable contar con un marco general sobre el alcance, naturaleza, propósito y utilidad de ambas figuras.

Garantía

Este punto, el de la garantía, debiera siempre tenerse presente para comprender el gran sistema en el que actúan los instrumentos que respaldan el cumplimiento de obligaciones. Si hablamos de garantías, invariablemente nos encontraremos ante un entorno de derechos y obligaciones, ya sea contractuales o legales, que subyacen y privan sobre la existencia misma de la obligación garante.

En ese contexto es importante comprender que, afortunada o desafortunadamente, vivimos en lo que se llama *estado de derecho*, estructurado con leyes y normas que deben ser respetadas, incluyendo el denominado *orden jerárquico de nuestro sistema legal*, que da sustento a los derechos humanos y que aporta certeza y seguridad jurídica a todo ente.

Aludimos a lo dicho porque *las garantías* son acompañantes de los principios de legalidad y seguridad jurídica que asisten al ente garantizado y al derecho irrestricto que favorece al beneficiario, en un marco de derecho y respeto a las instituciones legales establecidas.

Ésta es la preeminencia que deben guardar las garantías en su esencia y naturaleza; y, por tal virtud, nuestra legislación, desde sus orígenes, estableció las figuras de garantías que tienen esa función.²

Aquí vale la pena mencionar que la carta de crédito *standby*³ es una derivación o modalidad de la carta de crédito, instrumento que en su esencia o naturaleza consiste en un medio de pago, no en una garantía. De ahí que, al querer “forzarla” o darle una función (garantía) que no se aviene con su naturaleza, desde luego que reaccionará o funcionará fiel a su esencia, esto es, de medio de pago o fácil ejecución, pasando por alto, en el caso concreto, los derechos que pudiera tener el sujeto garantizado.

Experiencia en el mercado nacional

La fianza es el instrumento de garantía más utilizado por las administraciones pública federal, estatal y municipal y por el sector privado. Con una trayectoria de 122 años en el país, la fianza surgió con el propósito y objetivo de garantizar obligaciones.

La carta de crédito tiene por naturaleza el objetivo de ser un instrumento financiero de pago; sin embargo, recientemente (sobre todo en la última década) nuestra legislación ha buscado ampliar y precisar su alcance estableciendo con mayor claridad que las instituciones de crédito puedan otorgar, además de las tradicionales cartas de crédito comerciales, la que ahora se conoce comúnmente como *carta de crédito standby*, para garantizar obligaciones.

El 1 de febrero de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* se publicó, entre otras, la reforma al Artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC). En dicho artículo reformado que se estructura con mayor claridad el tratamiento que debe darse a las cartas de crédito que emitan los bancos, tratándose del conocido *standby*. El fundamento legal citado se relaciona con las fracciones VIII y XIV del Artículo 46 de la citada ley.

Operación institucional

En materia de garantías, las fianzas son operadas por instituciones especializadas que cuentan con las características siguientes:

- Son instituciones autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.⁴
- Son inspeccionadas y vigiladas por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
- Son empresas de reconocida solvencia.
- Su operación descansa en el análisis previo de las capacidades técnicas, financieras y jurídicas, e incluso morales, de quienes solicitan una fianza.
- Cuentan con el respaldo de garantías de recuperación que dan soporte a las responsabilidades asumidas.
- Cuentan con amplios esquemas de reafianzamiento respaldados por instituciones nacionales y extranjeras de prestigio, registradas ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, las cuales dan el soporte adecuado a las responsabilidades asumidas por la afianzadora.

Las cartas de crédito *standby* son una operación más de las instituciones de crédito, que tienen como objetivo principal la captación y colocación de recursos (operaciones activas y pasivas) con la finalidad de otorgar créditos para obtener un interés sobre dichas actividades.

Las instituciones de crédito brindan este servicio (otorgamiento del standby) dándole un trato de crédito sin prejuzgar ni analizar el tipo de obligación que se va a garantizar, ni emitir juicios sobre las características de aquel que será el obligado.

El artículo 46 de la LIC, para pronta referencia, señala:

- “Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:
...
• VIII. Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito;
...
• XIV. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes;
...”

Regulación

La figura de la fianza cuenta con un marco legal sólido y detallado que genera total certidumbre y seguridad jurídica; con una ley específica (Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas) y con la supletoriedad que descansa en la legislación mercantil y en el Código Civil Federal; aunado a lo anterior, la fianza está respaldada por la amplia experiencia y conocimiento del tema de las autoridades administrativas y judiciales, lo cual se refleja en los criterios jurisprudenciales que revisten la operación.

La carta de crédito standby encuentra su regulación específica en reglas internacionales (*Usos internacionales relativos a los créditos contingentes ISP98 International Standby Practices*) y básicamente en dos artículos de la Ley de Instituciones de Crédito (71 y 46, fracciones VIII y XIV).

Beneficios para el contratante

El contratante encuentra en la fianza un instrumento que le permite:

- > Mantener su capacidad crediticia, que podrá enfocarse en el objeto de su negocio.
- > Libertad en sus flujos, que dan movilidad y flexibilidad para el cumplimiento de sus obligaciones.
- > Contar con mayores opciones para contragarantizar, ante la institución afianzadora sus responsabilidades.
- > Ser ágil en los procesos de renovación, modificación y prórrogas de sus obligaciones.
- > Adquirirla a un costo asequible que de manera integral le resulta muy favorable.

Generalmente, la carta de crédito, en su operación:

- > Inmoviliza recursos, limitando la capacidad financiera del contratante.
- > Limita la capacidad crediticia por el otorgamiento de líneas adicionales para efectos de garantía.
- > Es un instrumento que resulta muy oneroso tanto en su otorgamiento como en el interés que se deberá cubrir en caso de su efectividad.
- > En la práctica, las empresas, particularmente las nacionales, se enfrentan a muchas dificultades, y en la mayoría de los casos se ven impedidas para obtener este tipo de instrumento financiero, pues se les restringe su participación y acceso de manera indirecta a esta clase de proyectos, ya que por diversas circunstancias las instituciones que operan la carta de crédito, y dados los estándares de operación crediticia y experiencia en la materia, determinan condiciones y niveles de exigencia que se vuelven incosteables para los contratadores.
- > Al ser considerado como crédito, ello se asienta en el historial crediticio de las empresas, el cual queda registrado en las Sociedades de Información Crediticia, por ejemplo el buró de crédito.

Ventajas para el beneficiario

Frente a la carta de crédito, la fianza ofrece los siguientes beneficios:

- ▶ Por naturaleza, la fianza es una garantía relacionada con la obligación principal; la carta de crédito tiene un perfil independiente, que la vuelve vulnerable en el sentido y fondo de la razón y alcance del contrato, así como de las medidas cautelares que pudieran ser dictadas por la autoridad competente.



- ▶ Tiene plena validez y obliga directamente a las instituciones que la otorgan, en los términos señalados por ellas mismas, sin necesidad de ser “confirmada” por otra institución; las cartas de crédito otorgadas en el extranjero necesitan dicha confirmación por parte de un banco establecido en territorio nacional.
- ▶ Tiene la facilidad de establecer textos claros que den confianza a todas las partes en cuanto a su alcance y ejecución.
- ▶ La rige una regulación y normatividad clara y precisa en cuanto a su ejecución, con jurisdicción nacional; en tanto que en las cartas de crédito se debe tener presente la contingencia de su exigibilidad en el extranjero, amén de la aplicación de las llamadas *reglas internacionales*.
- ▶ Es emitida por instituciones que coadyuvan al cumplimiento y, en su caso, favorece el diálogo para la resolución de conflictos, alentando la conciliación.
- ▶ Maneja vigencias flexibles en cuanto a su establecimiento; la carta de crédito NO, ya que es multianual.
- ▶ La fianza permanecerá vigente durante la sustanciación de procedimientos legales. Habrá que tomar en cuenta que ello no se prevé para las cartas de crédito, por lo que, en caso de la negación del pago por parte de la institución de crédito (nacional o extranjera) por orden judicial o administrativa, ésta la dejará insubsistente si se excede el plazo de su vigencia.
- ▶ Existen plazos para reclamar, incluso concluida su vigencia.
- ▶ Existe flexibilidad en el otorgamiento de prórrogas.
- ▶ Hay penalidad legalmente establecida en caso de mora en el pago de sus obligaciones.

Aquí resulta oportuno destacar que el *standby* ofrece, de acuerdo con su naturaleza y estructura, que su ejecución y pago sea muy ágil; sin embargo, es importante resaltar que dicho instrumento, al igual que la fianza u otras garantías, no es ajeno ni puede sustraerse a la orden judicial que suspenda o impida su ejecución.

También es relevante comentar que la ejecución indebida de esa “garantía” (carta de crédito) puede generar que quien ordenó su ejecución incurra en una falta, en caso de que el beneficiario no hubiera tenido derecho para ello. Esta es, quizás, la circunstancia más clara que pone en evidencia la indebida aplicación de un instrumento cuya naturaleza es de pago, queriendo darle un trato de garantía.

En efecto, si en el caso en concreto el “obligado” no fue responsable del incumplimiento que se le atribuye, y el beneficiario, con independencia de ello, ejecuta la “garantía” que respalda el cumplimiento y la institución paga sin entrar al fondo del asunto, con ello propició un pago al que no tenía derecho el beneficiario, generando impactos paralelos financieros y legales, lo que dará lugar al ejercicio de diversas ac-

ciones para recuperar, además, el pago de lo indebido.

Otros aspectos relevantes por considerar

Creemos importante tener presentes algunos de los motivos que sirven como fundamento para el impulso de diferentes reformas, destacando, entre ellos, el de generar mayor competencia y oportunidades para todos los que deseen participar e impulsar así el desarrollo empresarial a todos los niveles. En este sentido, dadas sus características, la fianza facilita la participación empresarial dando certeza a todas las partes de que las obligaciones se encuentran debidamente garantizadas.

Por otra parte, a manera de referencia, vale la pena comentar lo que en materia de garantías disponen la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LFPRH) y la Ley de la Tesorería de la Federación (LTF) y su Reglamento (RLST); de acuerdo con lo siguiente:

- “Artículo 55.- La Tesorería de la Federación expedirá las disposiciones generales a que se sujetarán las garantías que deban constituirse a favor de las dependencias y entidades en los actos y contratos que celebren...” (LFPRH).

- “Artículo 48.- El cumplimiento de las obligaciones no fiscales podrá garantizarse en alguna de las formas siguientes:

- > Depósito de dinero, constituido a través de certificado o billete de depósito, expedido por institución de crédito autorizada para operar como tal.
- > Fianza otorgada por institución de fianzas o de seguros autorizada para expedirla.
- > Seguro de caución otorgado por institución de seguros autorizada para expedirlo.
- > Depósito de dinero constituido ante la Tesorería, de conformidad con el artículo 29 de esta Ley.
Carta de crédito irrevocable, expedida por institución de crédito autorizada para operar como tal, y
Cualquier otra que, en su caso, determine la Tesorería mediante disposiciones de carácter general.” (LTF).

- “Artículo 136.- Las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal ante la Tesorería, autoridades judiciales y las que reciban las dependencias por contratos administrativos, en concursos de obras, adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones, prórrogas y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, se registrarán por la Ley, este Reglamento y demás disposiciones aplicables.” (RLST).

- “Artículo 137.- Se podrá garantizar el cumplimiento de obligaciones no fiscales en alguna de las formas siguientes:

- > Depósito de dinero, constituido a través de certificado o billete de depósito, expedido por institución de crédito autorizada.
- > Fianza otorgada por institución autorizada.
- > Depósito de dinero, constituido ante la Tesorería.
- > Cheque certificado o de caja expedido a favor de la Tesorería.
- > Tratándose de reestructuras de créditos distintos a los fiscales ante la Tesorería, podrá otorgarse cualquiera de las garantías previstas en el presente artículo o en el Código Fiscal, y
- > Cualquier otra que en su caso autorice la Tesorería.” (RLST).

Los artículos mencionados pueden aportar un panorama genérico del tipo de garantías que debieran incluirse para garantizar obligaciones y de cuáles son las idóneas tratándose del Gobierno Federal y de la administración pública en lo general.

No somos ajenos al hecho de que, en algunos proyectos, las autoridades, e incluso el sector privado, han restringido el tipo de garantías que solicitan. Atentos a ello, cabe recordar una vez más lo establecido por el Artículo 17 de la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas (ley de interés público, de conformidad con lo establecido en su artículo 1), que señala:

- “ARTÍCULO 17.- Los contratos de seguro de caución y de fianza serán admisibles como garantía ante las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y ante las autoridades locales, en todos los supuestos que la legislación exija o permita constituir garantías ante aquéllas. En el caso del seguro de caución, tendrá la condición de *contratante del seguro* quien deba otorgar la garantía, y la de *asegurado* la dependencia o entidad”.

Como se desprende del artículo en comento, las dependencias, entidades y autoridades locales se encuentran obligadas a admitir, en este caso, las fianzas, en todos los supuestos que la legislación exija o permita constituir garantías ante aquellas.

Solvencia institucional

Finalmente, si bien las instituciones de crédito cuentan con una estructura financiera muy sólida y capital suficiente para la asunción de responsabilidades, al respecto cabe apuntar que las instituciones afianzadoras son consideradas por la

Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas como empresas de Acreditada Solvencia, atributo que descansa sobre la base de normatividad y operación técnica a la que están sujetas, además de la estricta inspección y supervisión ejercida por parte de la autoridad en este rubro (Comisión Nacional de Seguros y Fianzas: (CNSF)).

La Acreditada Solvencia de las instituciones tiene como soporte reglas claras en cuanto a los límites de responsabilidad que pueden asumir (montos a garantizar) y límites de retención de dichas responsabilidades, por lo que existe la obligación legal de dispersar el riesgo asumido por la institución afianzadora mediante la figura del reafianzamiento, otorgado, a su vez, por empresas aseguradoras o reaseguradoras igualmente registradas ante la autoridad competente.

Lo anterior se halla robustecido además por el capital y las reservas técnicas con que cuenta cada institución, sumado todo ello al expediente de garantías de recuperación que se obtienen de los fiados y de quienes serán, en su caso, obligados solidarios.

La toma de responsabilidades u obligaciones que se van a garantizar se da como resultado del análisis de las capacidades de quien será el fiado: se observan los aspectos técnico, financiero, legal, e incluso moral, lo que permite la determinación de las líneas de afianzamiento que se le pueden otorgar.

Con independencia de lo anterior, es importante resaltar el hecho de que para el caso de grandes responsabilidades y montos de garantías que serán requeridas en algunas de las licitaciones derivadas de la reforma energética, las compañías afianzadoras, tanto nacionales como extranjeras -en la práctica de su operación y con independencia de la capacidad ordinaria de su actividad referida-, llevan a cabo operaciones de fronting, o bien líneas especiales de negocio (facultativos) con las reaseguradoras extranjeras, que cuentan con el respaldo necesario para asumir responsabilidades; en el caso de las filiales, apelan a la participación especial de su casa matriz, la que les reporta los respaldos necesarios.



El licenciado Mario J. Carrillo López es Director General de la Asociación Mexicana de Instituciones de Garantías, A.C. (AMIG) www.amig.org.mx

1. http://www.peques.com.mx/la_rana_y_el_escorpion.htm
2. Para obtener un panorama general del tema de garantías, se recomienda consultar la *Revista Mexicana de Seguros y Fianzas*, número 740, de mayo de 2016, México, PEA Comunicación.
3. *Estas cartas fueron desarrolladas por bancos de Estados Unidos después de la segunda Guerra Mundial, permitiendo a los bancos locales competir con bancos extranjeros en la emisión de Garantías Bancarias Independientes, las cuales fueron diseñadas para garantizar operaciones internacionales muy especializadas”.* Conferencia SOBRE CARTAS DE CRÉDITO STANDBY, *International Chamber of Commerce*, Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.
4. Con la nueva Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas, las autorizaciones corren a cargo de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
5. Aprobados por la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI (Cámara de Comercio Internacional).