

76

203



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

**"EL NEGOCIO JURIDICO DEL
FIDEICOMISO DE GARANTIA"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ROSA MARIA DIAZ NUÑO



SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A MIS PADRES:

JOSE ANTONIO Y ROSA MARIA

**QUE CON SU ESFUERZO Y ESmero
HICIERON POSIBLE MI EDUCACION,
Y POR BRINDARME TODO EL AMOR QUE
SE REQUIERE PARA SALIR ADELANTE.**

A MIS HERMANOS:

**JUANA, JOSE A., GUADALUPE
Y FERNANDO**

**CON EL CARIÑO QUE SIEMPRE
NOS HA UNIDO, AGRADECIENDO
SUS CONSEJOS DE SUPERACION
Y RESPONSABILIDAD.**

**A MI ASESOR DE TESIS:
LIC. JAVIER SIFUENTES SOLIS**

**QUE CON SUS BUENOS CONSEJOS Y
EXCELENTE ASESORAMIENTO HA
HECHO POSIBLE LA REALIZACION
DEL PRESENTE TRABAJO.**

**AL LIC. JUAN JOSE SANORES
SANCHEZ**

**POR TODAS LAS ENSEÑANZAS,
LA PACIENCIA Y EL CARIÑO
QUE ME HA BRINDADO.**

**A LOS LICENCIADOS:
RAFAEL, MANUEL, JAVIER
Y SERGIO OLIVEROS LARA**

**CON PROFUNDO RESPETO Y ADMIRACION
AGRADECIDA POR SU APOYO Y CONFIANZA
QUE SIEMPRE DEPOSITARON EN MI.**

**AL LIC. SERGIO OLIVEROS
ALTAMIRANO**

**A QUIEN CON SU CUMULO DE
CONOCIMIENTOS ME ORIENTO,
HACIENDO POSIBLE EL PRE-
SENTE TRABAJO, LO CUAL
AGRADECERE INFINITAMENTE.**

A MIS SINODALES:

LIC. JAVIER SIFUENTES SOLIS

LIC. JULIO ANTONIO RAMIREZ CHELALA

LIC. GERARDO GOYENCHEA GODINEZ

LIC. GERARDO SEPULVEDA MARIN

LIC. MA. DE LOS ANGELES CASTILLO DE SANTIAGO

**A QUIENES AGRADEZCO EL TIEMPO QUE
INVIRTIERON DESINTERESADAMENTE, DANDO
MUESTRAS DE UN PROFESIONALISMO TOTAL.**

**MUY ESPECIALMENTE A MIS
AMIGOS:**

**LIC. ALFONSO GONZALEZ ZAMO-
RA Y LAURA CARDOSO TIERRA**

**QUIENES EN TODO MOMENTO HAN
ESTADO CONMIGO, DANDO MUES-
TRAS DE SU CARIÑO Y LEALTAD**

A TODAS AQUELLAS PERSONAS
QUE DE ALGUNA MANERA ME HAN
APOYADO CONTRIBUYENDO ASI A LA
REALIZACION DE MIS METAS Y QUE
NO MENCIONO POR TEMOR DE OLVIDAR
ALGUNA Y PARECER INGRATA.

A LA U.N.A.M. :

UNIVERSIDAD NACIONAL DE
MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTU-
DIOS PROFESIONALES ACATLAN
Y A TODOS SUS CATEDRATICOS
POR CUMPLIR CON SU NOBLE
LABOR Y CONCEDERME EL HO-
NOR DE SER UNIVERSITARIA.

INDICE

Págs.

PROLOGO

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUCCION | I |
|--------------------|---|

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

| | |
|--|----|
| I.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO | 1 |
| 1.1.- La Fiducia | 1 |
| 1.2.- El Fideicomiso Testamentario | 4 |
| 2.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLES | 8 |
| 2.1.- El Uso como antecedente del trust | 10 |
| 2.2.- Estructura del trust | 11 |
| 2.3.- Elementos del trust | 13 |
| 2.4.- Clases de trust | 14 |
| 2.5.- Principales problemas de la recepción del trust | 16 |
| 3.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO | 17 |
| 3.1.- Proyecto Limantour | 17 |
| 3.2.- Proyecto Creel | 19 |
| 3.3.- Proyecto Vera Estañol | 19 |
| 3.4.- Ley General de Instituciones de Crédito y Estableci- mientos Bancarios de 1924 | 20 |
| 3.5.- Ley de Banco de Fideicomiso y Ley General de Institu- ciones y Establecimientos Bancarios de 1926 | 20 |
| 3.6.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 | 21 |
| 3.7.- Ley de Instituciones de Crédito de 1990 | 22 |

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

| | |
|--|----|
| 1.- LA TEORIA GENERAL DEL HECHO JURIDICO | 25 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1.1.- Clasificación de los hechos jurídicos | 25 |
| 1.2.- Negocio Jurídico | 27 |
| 2.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO | 28 |
| 3.- TEORIA DEL MANDATO | 30 |
| 4.- TEORIA DEL PATRIMONIO-AFECTACION | 32 |
| 5.- TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD ... | 35 |
| 6.- TEORIA DE LA TITULARIDAD DEL FIDUCIARIO | 36 |
| 7.- EL FIDEICOMISO COMO OPERACION BANCARIA | 37 |
| 8.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO | 38 |
| 9.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO | 40 |

CAPITULO III

LA RELACION FIDUCIARIA

| | |
|---|----|
| 1.- ELEMENTOS | 43 |
| 1.1.- Sujetos | 43 |
| 1.2.- Objeto | 49 |
| 1.3.- Fin | 50 |
| 2.- REQUISITOS DE EXISTENCIA | 51 |
| 2.1.- Manifestación de voluntad o consentimiento | 51 |
| 2.2.- Objeto | 52 |
| 3.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL FIDEICOMISO | 53 |
| 3.1.- Licitud en el objeto, en el fin o motivo o en la con- dición del fideicomiso | 53 |
| 3.2.- Capacidad | 53 |
| 3.3.- Forma | 55 |
| 3.4.- Ausencia de vicios en la voluntad | 56 |
| 4.- EL FIDEICOMISO EN FRAUDE DE ACREEDORES | 60 |
| 5.- REGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO | 62 |
| 5.1.- Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal | |
| 5.2.- Reforma a la Ley de Hacienda del Departamento del .. | |

| | |
|---|----|
| Distrito Federal de 1974 | 64 |
| 5.3.- Ley de Hacienda del Departamento del Departamento del Distrito Federal del 31 de diciembre de 1982 | 65 |

CAPITULO IV

CONTRATOS QUE GARANTIZAN UNA OBLIGACION

| | |
|--------------------------------------|----|
| 1.- FIANZA | 70 |
| 2.- PRENDA | 78 |
| 3.- HIPOTECA | 83 |
| 4.- EL FIDEICOMISO DE GARANTIA | 89 |

CAPITULO V

TERMINACION DE LA RELACION FIDUCIARIA

| | |
|--|-----|
| 1.- CAUSAS DE EXTINCION DEL FIDEICOMISO | 94 |
| 1.1.- Diversos tipos de extinción | 94 |
| 1.2.- Efectos de la extinción | 99 |
| 2.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN EL FIDEICOMISO DE .. GARANTIA | 100 |
| 2.1.- Circular de la Comisión Nacional Bancaria | 100 |
| 2.2.- Artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito...101 | |
| 3.- EJECUCION EN CASO DE INCUMPLIMIENTO EN EL FIDEICOMISO . DE GARANTIA | 102 |
| 4.- CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION ...106 | |
| 5.- JURISPRUDENCIA EN RELACION AL FIDEICOMISO | 109 |
| 5.1.- Jurisprudencia sobre la naturaleza del fideicomiso .110 | |
| 5.2.- Jurisprudencia sobre los vínculos que produce115 | |
| 5.3.- Jurisprudencia sobre fideicomisos ilícitos o nulos .119 | |
| 5.4.- Jurisprudencia sobre Aspectos Procesales | 120 |
| CONCLUSIONES | 122 |
| PROPUESTA | 127 |
| BIBLIOGRAFIA | 132 |

"SI OPRESION DE POBRES
Y PERVERSION DE DERECHO
Y DE JUSTICIA VIERES EN
UNA PROVINCIA, NO TE MARAVILLES
DE ELLO, PORQUE SOBRE EL ALTO
VIGILA OTRO MAS ALTO,
Y UNO MAS ALTO ESTA
SOBRE ELLOS".

ECLESIASTES 5:5.

PROLOGO

Parecería extraño, y lo es, que una obra salida de las cavilaciones de una joven mujer, para ser disertada como Tesis Profesional, se refiera a un tema tan antiguo e importante en la actualidad, pero tan difícil de comprender en su total acepción jurídica.

Esta preocupación de esa joven mujer no es sencilla de entender; sin embargo, cuando se conoce su progreso personal como yo lo conozco, no puedo menos que esbozar una sonrisa de satisfacción, ya que la sustentante, desde su tronco y raíz, ha heredado y perfeccionado la capacidad intelectual e intelectiva que le permiten enarbolar con orgullo la bandera del conocimiento jurídico, sobre el cual ha aplicado su aprendizaje universitario y profesional.

Esta joven mujer, estudiante desarrollada ante la Ciencia del Derecho, ha culminado con constancia, dedicación y templanza, su licenciatura; ahora, hoy, cuando el futuro ha arribado y me encuentro prologando esta obra, no puedo menos que agradecer la oportunidad de pergeñar unas cuantas líneas que acerquen el ayer al ahora y que den pie a la hipótesis teórica de la flamante abogada Rosa María Díaz Nuño.

Amiga mía, has perfeccionado en gran parte tus conocimientos, disertando y discuriendo en sin número de vértices, sobre las incontables aristas que te permitieron conocer el ser y el deber ser, distinguir lo real de lo ideal, elementos éstos que integran tu criterio jurídico y que disponen a traspasar los horizontes de tu ayer y tu presente.

Contempla ahora una nueva perspectiva, que arrancará de tu formación profesional el impulso trascendente, para dejar constancia única e inmutable de tu paso irrepetible por la tierra y que sólo la historia podrá valorar certeramente.

El tema que nos ocupa, El Negocio Jurídico del Fideicomiso de Garantía, su autora nos permite contemplar su evolución ancestral y nos lleva de la mano a su actual importancia, destacando singularmente algunas de sus características, que dan pauta a una solemne y distinguida interpretación, ya como acto de comercio, ya como operación bancaria o como operación de crédito, evitando con ésto caer en vicios consuetudinarios y revalidando la importancia del fideicomiso, dado lo complejo de las facultades que éste ostenta.

Las propuestas que otorga la sustentante y autora, procuran clarificar y expandir la esencia misma del fideicomiso de garantía como negocio jurídico, con el objeto de llenar vacíos que actualmente pudieran interpretarse erróneamente, dotando a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de una redacción concisa y exacta, que no permite la interpretación personal, acorralando en su totalidad al entendimiento natural y sencillo de los textos relativos.

Trabajos como este, que nos llevan a la reflexión sobre lagunas del derecho, son a los que debemos recibir con beneplácito para que sean difundidos entre los especialistas y coadyuven a la actualización de la norma, optimizando de esta manera la figura del fideicomiso, preocupación toral de la autora y sustentante.

Deseo sinceramente que este trabajo sea punto de referencia para el caso que nos ocupa y que al crecer y adecuarse la hipótesis cumpla

con su función social; y a mi querida amiga, el mayor de los éxitos en la maravillosa profesión que inicias y que tu vida personal y profesional se vea colmada de triunfos y satisfacciones, puesto que lo emprendido como Licenciada en Derecho, hará que te sientas orgullosa de no haber errado el camino y puedas con tus conocimientos desarrollar aún más el estado latente del saber.



LIC. ALFONSO GONZALEZ ZAMORA.

I N T R O D U C C I O N

La Ley General de Instituciones y Establecimientos Bancarios de 1926, introdujo en México la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país, pero desgraciadamente dicha Ley y las subsiguientes, tienen algunas vaguedades en los conceptos en torno a ella. Para que la institución pueda sobrevivir y volver a tomar auge en nuestro país, se requiere en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, basándose en la naturaleza jurídica de la misma, lo cual es motivo de la presente tesis.

En el Primer Capítulo, se mencionan los antecedentes del fideicomiso en el cual se explica que tomando en lo fundamental los principios del trust anglosajón, pero con una reglamentación que difiere de él en varios aspectos, el legislador mexicano estableció por primera vez el fideicomiso en la Ley General de Instituciones de Crédito de 1926.

Dentro del sistema del derecho mexicano, el fideicomiso es, a semejanza del trust anglosajón, un encargo de confianza que se da a un fiduciario -trustee- entregándole determinados bienes para realizar un fin lícito, pero difiere de la institución inglesa, en que nace siempre de un pacto expreso y sólo puede encargarse a una institución de crédito autorizada para actuar como fiduciaria; de estas divergencias principales se deducen otras que son consecuencia de aquéllas.

En su aspecto jurídico, el "trust" ha sido definido como una obligación de equidad, por la cual una persona llamada "trustee", debe usar una propiedad sometida a su control para el beneficio de personas

llamadas "cestui que trust". Los grandes éxitos de los bancos fiduciarios norteamericanos, y la inversión de capital norteamericano en México, proyectaron sobre nuestro país la institución del trust. Después de algunos intentos, el fideicomiso fué introducido en el ordenamiento mexicano por la Ley de Instituciones de Crédito de 1924, que hizo referencia a él sin reglamentarlo, y la Ley sobre la misma materia de 1926 que lo reglamentó como un mandato irrevocable. En 1932 aparece regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley bajo la cual alcanza gran difusión.

En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso; desde luego los pocos artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que se ocupan del fideicomiso, no proporcionan mucha luz acerca de cómo puede ser clasificado el fideicomiso, lo cual ha dado origen a polémicas sobre el tópico.

El fideicomiso es un concepto jurídico difícil de encuadrar técnicamente dentro de los esquemas y cuadros legales tradicionales, por lo cual en el segundo capítulo se analizan los distintos criterios para explicar la naturaleza jurídica del mismo, apoyando la doctrina en concebirlo como un negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio, en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular, ya que las partes elijen esa forma jurídica, cuyos efectos exceden con conocimiento de las partes, de los exigidos para un fin práctico que se persigue.

Las partes que intervienen en la constitución del fideicomiso y las relaciones existentes entre ellas, son explicables en el tercer capítulo. Asimismo se mencionan y explican los elementos, tanto de existencia como de validez del fideicomiso, tratándose además en dicho

capítulo, el régimen fiscal del fideicomiso, apartado en el cual se analiza el desuso en que cayeron los fideicomisos en que se causan impuestos.

En el cuarto capítulo se detallan las figuras de la fianza, la prenda y la hipoteca, describiendo sus características más importantes y comparándolas con el fideicomiso de garantía que son, todas ellas, formas de garantizar obligaciones y de donde se deducen las ventajas y desventajas del uso de cada una de esas figuras. Asimismo se habla más ampliamente de los antecedentes del fideicomiso de garantía, mencionándose sus primeros usos en nuestro país.

En el último capítulo se explican las causas de extinción del fideicomiso, así como sus efectos, haciéndose resaltar la falta de cumplimiento en los fideicomisos de garantía y su ejecución, mencionando los distintos criterios que sostienen la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de dicho procedimiento, por lo cual, al final de este capítulo se citan varias ejecutorias pronunciadas por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por último, doy una serie de conclusiones respecto al tema, que después de analizarlas me llevan a proponer unas reformas al Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, relativo al fideicomiso.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO

A pesar de que el fideicomiso mexicano tiene su fuente directa en el trust anglosajón --como se observará en el desarrollo de este capítulo--, considero conveniente hacer referencia a dos figuras jurídicas del Derecho Romano: La Fiducia y el Fideicomiso Testamentario, las cuales tal vez tienen algunas semejanzas con el fideicomiso mexicano.

Antes de explicar ambas figuras, es necesario apuntar que la palabra fideicomiso deriva del latín "Fideicomissum", que a su vez se divide en dos palabras: "Fides" Fé y "Comissu", Comisión. La palabra "Fides" se utilizó en Roma como la confianza que depositaba el testador en el heredero para cumplir su encargo, por eso "fideicomissum" significa "a la conciencia fiel".

1.1.- LA FIDUCIA

Los derechos reales de garantía en el derecho romano, fueron la prenda y la hipoteca, precediéndoles la enajenación con fiducia.

"La fiducia cum creditore --contrato de buena fe con el acreedor-- implica la venta de una cosa por mancipatio o por in iure cessio, que hace el deudor al acreedor, para garantizar el cumplimiento o pago de

su crédito, seguido por un pacto de fiducia --de buena fe-- por medio del cual el acreedor se compromete con el deudor a transferirle, una vez que se le haya pagado, la propiedad de esa misma cosa. Por virtud de esta operación, el acreedor se hace propietario de la cosa, que retendrá hasta ser pagado, pudiendo reivindicarlo aun contra el deudor; en el caso de no ser pagado, puede venderla para recuperar su crédito y dar el excedente, si lo hay, al deudor.

La enajenación con fiducia presentaba graves inconvenientes para el deudor: le quitaba el uso del objeto y lo exponía a recuperarlo deteriorado por el hecho o negligencia del acreedor, más aún, lo exponía a perderlo si el acreedor lo vendía antes del vencimiento; además, no podía emplear el objeto para conseguir más préstamos. Ciertamente es que el acreedor podía dejar el objeto en manos del deudor, pero era en arrendamiento, lo cual no impedía que el acreedor pudiera vender el objeto, teniendo el deudor sólo la acción personal fiduciae --de buena fe-- contra el acreedor" (1)

Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa, el cual no se podría dar en nuestro sistema jurídico, por estar prohibido según el Art. 2302 del Código Civil para el Distrito Federal.

"La situación del deudor mejoró al introducirse la prenda posesoria. En este sistema el acreedor no tenía la propiedad, sino sólo la posesión del bien entregado; por tanto, la venta que hiciera del mismo sería jurídicamente ineficaz, ya que el deudor conservaba un derecho

(1).- Bravo González, Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Primer Curso de Derecho Romano, 12a. edición, Ed. Pax-México, México, 1987, pp. 262 y 263.

real para reclamar el objeto de terceros que lo hubieran comprado del acreedor. Sin embargo, otros inconvenientes para el deudor, subsistían; tales como el desposeimiento de un objeto que quizá necesitaba para su trabajo, y la imposibilidad de utilizarlo como garantía de varios préstamos." (2)

Durante la última etapa del derecho romano cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad como la "mancipatium" y la "in iure cessio"; la fiducia dejó de usarse para sustituirla por contratos reales que por las necesidades de la época adoptaron formas más perfeccionadas como el comodato y la prenda.

ELEMENTOS DE LA FIDUCIA

Personales

Tradens era la persona que transmitía la propiedad de los bienes de manera solemne, ya para garantizar una obligación o para librarse de ciertos impuestos o de ciertas cargas impositivas.

Acripiens era la persona que recibía la propiedad del bien - transmitido, que a su vez se obligaba a regresarla después de realizados determinados fines, al propio tradens o a un tercero beneficiario.

Beneficiario era la persona que podía ser el mismo tradens o un tercero, a la que le regresaban el remanente del producto o el bien, una vez que se realizaba el fin objeto de la fiducia.

(2).- Margadant S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. 4a. edición, Ed. Esfinge, México, 1970, pp. 290-293

Materiales

Lo constituían los bienes dados como garantía.

Fines

Estos los determinaba el tradens y dependían del tipo de fiducia que se tratara.

Forma

Era solemne mediante el pacto que se adjuntaba al acto jurídico de transmisión de propiedad, como lo era la mancipatium e in iure cessio.

1.2.- EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

En el Derecho Romano la testamenti factio, se presentaba en dos formas: activa y pasiva.

La testamenti factio activa era la capacidad para hacer testamentos, capacidad que no tenían por ejemplo, los peregrinos, esclavos, mujeres sui iuris, los impúberes sui iuris y los locos.

La testamenti factio pasiva era la capacidad para ser instituido heredero, capacidad que no tenían por ejemplo, los peregrinos, los hijos póstumos y las personas morales.

Cuando el testador quería instituir como heredero a alguien que no tenía la testamenti factio pasiva, suplicaba a alguien que sí la tenía, y que era instituido como heredero, a que entregara a su vez, a

un tercero beneficiario, una parte o la totalidad de los bienes que integraban la sucesión, una vez que el de cujus moría.

La entrega del objeto del fideicomiso, no tenía que ser de inmediato, sino que el heredero (fiduciarius) podía gozar de la propiedad durante un intervalo que estaba determinado por una condición o término resolutorio. Este fideicomissum se realizaba "Verbis precavitis", con absoluta libertad de forma y se basaba su cumplimiento únicamente en la buena voluntad de la persona que recibía la sucesión gravada para el fideicomiso, sin contar con sanciones jurídicas en su contra.

"El fideicomisario sólo adquiere un derecho de crédito. Su acción es llevada a Roma delante del pretor, y del presidente en las provincias. Estos magistrados no entregan ninguna fórmula y juzgan ellos mismos el asunto: es una cognitio extraordinaria." (3)

En el derecho antiguo eran marcadas las diferencias que existían entre los legados y el fideicomiso, diferencias que después desaparecen con Justiniano: "... el fideicomisario adquiere en lo sucesivo como legatario un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, y no tiene por qué temer la enajenación o la hipoteca consentidas por el fiduciario sobre los bienes de la sucesión. El tiene la rei vindicatio contra los terceros adquirentes, aun de buena fe, del día en que la restitución deba tener lugar a su beneficio.-..... (4)

(3).- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 4a edición, Porrúa, México, 1988, p. 579.

(4).- Ibidem. p. 582.

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Personales

Testador era la persona que constituía el fideicomiso dentro de su testamento, mediante la súplica al heredero de que entregara parte de la sucesión o su totalidad a un beneficiario, una vez que el de cujus muriera.

Heredero (fiduciarius) era la persona que recibía el encargo de repartir o entregar los bienes al beneficiario. Esta entrega estaba sujeta a su buena fé y su conciencia, pues no tenía ninguna obligación jurídica, sino moral.

Beneficiario (fideicomisarius) era la persona carente de la "testamenti factio" que recibía del heredero, por encargo del testador, el objeto del fideicomiso.

Materiales

Era el conjunto de bienes o derechos que el testador transmitía al heredero, para la realización de los fines estipulados.

Fines

Los fines del fideicomiso los determinaba el testador dentro del mismo testamento.

Forma

La forma del fideicomiso como ya antes lo había mencionado, era libre de cualquier solemnidad.

Después de las guerras púnicas, la corrupción comenzó a invadir todos los campos de la sociedad romana, por lo que la buena fé en que se basaban los fideicomisos se fue perdiendo hasta llegar el momento en que los herederos no cumplían con las súplicas de los testadores. Augusto encargó a sus Cónsules que se vigilara el cumplimiento de los fideicomisos, pero fue hasta la época de Claudio, cuando los pretores se ocuparon de dicha vigilancia.

Como ya lo he mencionado, en la época de Justiniano, se concedió al heredero fideicomisario, un derecho real en lugar de un derecho de crédito que al principio tenía, así como una acción reivindicatoria aun contra terceros de buena fé, respecto de los bienes fideicomitidos.

Conforme fue pasando el tiempo, los fideicomisos fueron perdiendo la elasticidad que los había distinguido del legado o de la herencia, al ser restringidos por una legislación que cada día era más estricta, ésta era la "Lex Falcidia", con la que se comenzó a evitar que se burlaran las normas legales de la época, pues el fideicomiso se obstaculizó completamente por dicha ley, la cual establecía que no se puede legar más de tres cuartos de la herencia y que el heredero conserve al menos el cuarto de la sucesión: esto es, la cuarta Falcidia; implantándose también al fideicomiso testamentario.

2.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLES

EL TRUST ANGLOSAJON

En base a los apuntes de la Licenciada Dolores Vega Corona, se puede decir que las principales reglas y bases del trust, deben su origen y desarrollo en gran parte a la circunstancia de que en Inglaterra por siglos estuvieron separadas las Cortes Legales de las de Cancillería o Equidad, que es la base del trust.

Una de las más importantes características del trust es su flexibilidad. El trust puede ser empleado para el logro de múltiples propósitos, más si se limitara al interés legal se haría imposible o impracticable. En el trust hay una separación de interés: el beneficiario tienen un interés de equidad, el trustee, a su vez, normalmente tiene un interés legal.

Aunque la creación del trust es un método de transmisión de la propiedad, incluye también la creación de relaciones personales que encierran derechos y obligaciones entre el beneficiario y el trustee.

En su origen, el trust ponía más énfasis en las relaciones personales; pero en el curso del tiempo, éste énfasis ha cambiado, y ahora recae en el aspecto del trust como un medio de transmisión de la propiedad. (5)

(5).- Vega Corona, Dolores. Breve Esbozo del trust anglosajón. La Justicia. Revista Mensual, No. 378, México, octubre de 1961, p. 6.

"El principio fundamental del "trust" es, en efecto la confianza que se tiene en una persona llamada "trustee" respecto de los bienes que se le enajenan, para beneficio de un tercero.-... Un propietario o un acreedor, llamado "settlor", transfiere todo o parte de sus bienes o de su crédito a un tercero llamado "trustee", o bien, el "settlor" simplemente declara que en adelante, será "trustee" de los bienes cuya plena propiedad tenía hasta entonces, o de los créditos de los que era titular. Pero, que haya o no transferencia, para que haya "trust", se requiere que haya una "res", es decir, un elemento activo de patrimonio sobre el que pueda recaer,... es indispensable, además, que se le diga que hacer con ellas.-... el "trust" es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público." (6)

"En su significado jurídico en el sistema angloamericano, el vocablo se emplea para incluir, diversas relaciones fiduciarias, como el depósito, el albaceazgo, la tutela, el mandato, en sentido estricto, reservese para la especial relación fiduciaria que debe su origen y desenvolvimiento a la separación entre tribunales de derecho estricto (common law) y tribunales de equidad (equity), que subsistió en Inglaterra durante cuatro siglos." (7)

El common law, era el derecho reconocido y aplicado por los tribunales reales, a diferencia de los tribunales consuetudinario y feudales.

(6).- Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trust. 1a. edición, México, Porrúa, 1975, pp. 7-24.

(7).- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. 3a. edición, México, Porrúa, 1976, p. 28.

A partir de la época de Enrique II se empiezan a crear tribunales independientes, hasta llegar a formarse un sistema jurídico diferente, la equity, como emanación de la reserva de jurisdicción inherente al soberano.

2.1. EL USO COMO ANTECEDENTE DEL TRUST

El uso consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o cestui que use.

El uso es utilizado en Inglaterra alrededor del siglo XIII como resultado de las transmisiones de tierras "para el uso" de los frailes franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían, en lo individual o comunalmente, la propiedad de los bienes.

En esa época, los usos consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o feoffee.

El beneficiario o cestui que use carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de lo cual estaba libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.

La falta de lealtad y honradez del feoffee crearon numerosas protestas que eran presentadas ante el Canciller quien a su vez delegaba algunas de sus funciones en magistrados. "Dada la fuerza de la tradición y del precedente en Inglaterra, no tardaron estas sentencias de los magistrados en cristalizar la "conciencia del derecho" en una copiosa jurisprudencia... la "equity" es "un cuerpo de reglas jurídicas que tienen por primer origen, no la costumbre ni la ley escrita,

sino los datos imperativos de la conciencia, reglas excepcionalmente deducidas y desarrolladas por ciertas cortes de justicia, en especial, la de la Cancillería." (8)

Enrique VIII hizo promulgar en 1536 el "statute of uses", el cual tenía por objeto la supresión del "uses", enumerando sus inconvenientes como lo eran: Que el uso es un medio de legar por testamento, bienes inmuebles que el derecho feudal prohíbe legar; eluden la forma solemne de transmitir la propiedad entre vivos; así como introducen una indebida incertidumbre en las ventas de inmuebles, puesto que los "uses" no están sometidos a ninguna publicidad. Además de hacer ilegales los "uses" también declaró que el beneficiario sería considerado como único y verdadero propietario y que quien anteriormente tenía tal carácter, -- el "feoffee to use" -- sería en adelante ignorado por el derecho.

2.2.- ESTRUCTURA DEL "TRUST"

Basándonos en la definición que se ha dado y los apuntes de Pierre Lepaulle, se puede estructurar el "trust" de la siguiente forma:

I.- La afectación de los bienes debe realizarse por medio de una voluntad.

Si el "trustee" no es necesario para el nacimiento jurídico del "trust", sí es indispensable para su funcionamiento. El trust no

(8).- Lepaulle, Pierre. Ob. Cit., p. 14.

podría funcionar si el "trustee" no tuviese la obligación de llevar a cabo la afectación, es decir, que dicha afectación del patrimonio no puede realizarse sino merced a la voluntad de un "trustee".

II.- Las obligaciones del "trustee" existen en relación con el "trust" y no respecto del "cestui".

Cuando el "trustee" ha aceptado su cargo, el patrimonio puesto en "trust" acrece inmediatamente con todos los derechos correspondientes a esas obligaciones. De ese modo, el "trustee" resulta constituido en guardián de los derechos que el "trust" tiene contra su propia persona y por ello la institución se llama "confianza".

III.- El derecho del "cestui" es un crédito que existe contra el "trust" y no contra el "trustee".

El beneficiario es necesariamente acreedor del "trust" por todas las prestaciones que han de dársele; indudablemente es el "trustee" quien tiene la obligación de asegurarle esas prestaciones, pero el crédito no existe contra él, ya que no deja de existir cuando no se ha designado "trustee". Ese crédito es el que constituye el elemento esencial puesto por el "trust" en el patrimonio del "cestui".

IV.- La voluntad unilateral puede ser jurídicamente válida en materia de "express trust".

Un "settlor" puede constituir un "trust" por voluntad unilateral, puesto que no transfieren sus bienes a otro sujeto de derecho. Las obligaciones del "trustee" nacen de su aceptación aunque ésta no es necesaria para que se constituya el "trust".

U.- El "trust" debe tener un domicilio y una nacionalidad.

Partiendo de la base que existen patrimonios afectados, independientes de un sujeto de derecho, y como el domicilio y la nacionalidad acarrearán indudables consecuencias para los derechos patrimoniales y sus sanciones, es imposible escapar de la conclusión que los patrimonios afectados deben tener un domicilio y una nacionalidad. El domicilio del "trust" es la sede de su administración, y en cuanto a la nacionalidad es la misma del Estado en que se encuentra la sede del "trust".

El "trust" es un patrimonio afectado, no es una persona moral.

2.3.- ELEMENTOS DEL TRUST

Personales

Settlor es la persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad y que crea un trust, ya por acto entre vivos o por testamento.

Trustee es aquella persona con capacidad para adquirir y retener el título legal sobre bienes, y está dotada de capacidad natural y jurídica para desempeñar el trust. Pueder ser tanto una persona física como una persona moral.

Cestui que trust, es el beneficiario del trust. Las personas que tenían la capacidad de adquirir la propiedad legal de bienes tienen aptitud, por vía del trust, para recibir la propiedad de equidad. Las

Sociedades no podían ser beneficiarias de un trust de tierras sino mediante permiso oficial.

Materiales

Lo constituyen los bienes específicos, ya fueren muebles o inmuebles, legales o de equidad, y que son objeto del trust; cuando se hace referencia a estos bienes se emplea la palabra "patrimonio del trust".

Fines

El settlor al constituir un trust, puede insertar las disposiciones que estime convenientes con respecto a las obligaciones y facultades del trustee y a los derechos de los beneficiarios.

Forma

Podía surgir de un contrato o de una simple declaración unilateral de voluntad, cuya aceptación podía manifestarse en cualquier forma y en todo momento, y podía ser tácita o expresa.

2.4.- CLASES DE TRUST

a) Trust Expreso.- Es aquel que se crea intencionalmente y deliberadamente por alguna persona, ya sea en un instrumento, que puede ser un convenio o un testamento, ya mediante simple declaración oral si el objeto consiste en bienes muebles.

b) Trust Ejecutado.- Es aquel cuyos términos se declaran por el settlor de manera definitiva en el instrumento correspondiente, por lo

cual no se requiere documento adicional alguno para precisar las modalidades a que está sujeto.

c) Trust Por Ejecutarse.- Es aquel que concede derechos a los beneficiarios, pero no de inmediato, sino con subordinación de algún acto adicional que debe realizar un tercero.

d) Trust Implícito.- Es aquel que reconocen los tribunales, ya como resultado de los términos empleados en el instrumento o en razón de las circunstancias que rodearon la celebración del acto, dando efecto a lo que, a su juicio, debe haber sido la intención de las partes.

e) Trust por Ministerio de Ley.- Es aquel que no deriva de declaraciones o de la supuesta intención de una persona, sino que impone la equidad con base en que los bienes se deben conservar en beneficio de alguien.

f) Trust Interpretativo.- Es aquel que se exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto de ciertos bienes, debido a ella obtiene alguna ventaja personal.

g) Trust Resultante.- Es aquel que surge: 1.- Por la transmisión a nombre de otro como en la situación de una compra de bienes cuyo precio cubre una persona, pero en que la propiedad se transmite a otra; en este caso, nace un trust resultante por ministerio de ley a favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias del acto indiquen que se propuso hacer una donación. 2.- Cuando un trust expreso, ya en existencia, se frustra total o parcialmente, situación en que los bienes se revierten a favor del settlor o de sus herederos, salvo que una intención diversa aparezca del instrumento relativo.

h) Trust Público.- Es aquel que interesa a la sociedad en general o a un sector social considerable, como lo son el caritativo o de beneficencia.

i) Trust Privado.- Es aquel que se establece en beneficio de personas determinadas, aun cuando no sean de inmediato identificables, y es jurídicamente exigible mediante juicio promovido por cualquiera de los beneficiarios.

2.5.- PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA RECEPCION DEL TRUST

a).- Transmisión de Título.- Es evidente que el trust anglosajón es traslativo de propiedad, ya que hace salir del patrimonio del settlor o fideicomitente los bienes que se afectan en trust.

b).- Naturaleza de los Derechos del Trustee.- El trustee es el dueño legal del patrimonio fideicomitado. Es el titular del derecho que se transmite por el trust. El trustee debe ejercitar su titularidad exclusivamente en beneficio del cestui que trust y de acuerdo con la reglamentación de la constitución del trust, es decir, de acuerdo con la voluntad del settlor.

c).- Naturaleza de los Derechos del Beneficiario.- Los derechos del fideicomisario son dos fundamentalmente: 1.- Obligar al trustee a que cumpla con el trust. Este derecho se exige en un procedimiento de equidad por medio de un "equitable remedy" y 2.- Tiene derecho a perseguir la cosa o sus productos en manos de quien esté para que se reintegre al patrimonio fideicomitado, es un derecho erga omnes, pero no es necesariamente un derecho real.

3.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO

"Al iniciarse el presente siglo, con anticipación de unos veinticinco años a la adopción legislativa del fideicomiso en México, habíase utilizado para nuestro país una variedad del trust de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinadas a financiar la construcción de ferrocarriles. El entonces vigente Código Civil de 1884 y la Ley Sobre Ferrocarriles de 29 de abril de 1889, permitieron que el trust deed, aun cuando otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas.-... el antecedente más notable de la aplicación del trust o fideicomiso angloamericano, con efectos jurídicos en México... es indudablemente el caso de la constitución de los Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio subsecuente para financiarla mediante la deuda contraída por los mismos ferrocarriles, con garantía de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso sobre todos sus bienes y derechos, aun los ubicados dentro del país... Así que, en la consolidación y fusión de los Ferrocarriles de México, mediante emisión de bonos colocados en el extranjero, por vez primera se emplea el trust o fideicomiso angloamericano celebrado (el 29 de febrero de 1908) por el gobierno y las mismas empresas ferrocarrileras de México con instituciones fiduciarias norteamericanas, que surte sus efectos dentro del país, gravando bienes raíces y muebles ubicados en él, a favor de los fiduciarios, como acreedores hipotecarios, y en beneficio de los tenedores de las obligaciones emitidas." (9)

3.1.- PROYECTO LIMANTOUR

Corresponde a México el haber iniciado, hace más de medio siglo,

(9).- Batiza, Rodolfo. Ob. Cit., p. 97 y 98.

la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del trust.

En efecto, a fines del año de 1905, el entonces Secretario de Hacienda Sr. José Y. Limantour, envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la República, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios" (hoy fiduciarias) que no llegó a aprobarse. El autor de dicho proyecto era el licenciado Jorge Vera Estañol, pero se le denomina Proyecto Limantour por cuestiones prácticas y distinguirlo de otro proyecto del mismo autor, llevado a cabo en el año de 1926.

Por motivos inciertos, al parecer políticos, esta iniciativa no se convirtió en ley; sin embargo es conveniente hacer mención que se pretendía, como su título lo dice, facultar al ejecutivo para que expidiera la ley por cuya virtud pudieran constituirse instituciones comerciales que desempeñaran funciones fideicomisarias (hoy fiduciarias).

Las funciones consistirían en ejecutar actos y operaciones a manera de intermediarios, sin que tuvieran interés directo en dichos actos, ejecutándolos sólo en beneficio de las partes o de terceras personas.

En la exposición de motivos fundamentaba, la anterior iniciativa, en el hecho de que las relaciones con Estados Unidos de América, eran cada día más estrechas, además de que la afluencia de capitales y el aumento de las transacciones comerciales, hacían inminentemente necesaria la incorporación a nuestro sistema de la institución que tan buenos resultados había dado en el vecino país.

El artículo 21 del proyecto establecía que: "El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituyó; la ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer".

Por lo anterior se puede notar que se pretendía crear una institución nueva sin incurrir en el error de considerar al fideicomiso como un mandato, como lo afirma el Panameño Ricardo Alfaro, pues se reconocía el efecto traslativo de dominio al concebir esta figura como un nuevo derecho real, por lo que el mencionado autor, como se puede ver, se adelanta mucho a su época.

3.2.- PROYECTO CREEL.- Este proyecto del Sr. Enrique Creel (1924), enunciaba algunas funciones propias de las instituciones fiduciarias de hoy, por ejemplo recibir hipotecas en garantía de los bonos que se emitieron en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso; ejecutar funciones de albacea, administrador, tutor o síndico en los concursos; servir como peritos en toda clase de bienes, etc. Esta proposición no tuvo en realidad ningún resultado práctico en su momento, quedando tan sólo como un precedente histórico.

3.3.- PROYECTO VERA ESTAÑOL.- Fue presentado por el Licenciado Vera Estañol en 1926; constituye un desarrollo del llamado proyecto Limantour, que como se mencionó, fue del mismo autor en 1905.

En esta exposición se mencionan las operaciones fideicomisarias, además de los fines que se persiguen al crearse un fideicomiso, entre los cuales se encontraban los de venta o adjudicación de los bienes materia del fideicomiso y el pago a otras personas del producto obte-

nido mediante cualquiera de dichos actos. Estos fines concuerdan con los fines que persigue el actual fideicomiso de garantía.

3.4.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.- Esta ley tiene como nota especial, que menciona por primera vez en la historia de nuestro derecho la palabra fideicomiso, en su Art. 6o. fracción VII, diciendo: "... se consideran instituciones de crédito para todos los efectos legales los bancos de fideicomiso.-.... los bancos del fideicomiso sirven los intereses del publico de varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos o al tiempo de su vigencia.-.... los bancos de fideicomiso se regirán por una ley especial a expedirse".

Esta ley tiene una situación interesante y que es que establece la existencia del órgano antes que la función, es decir, primero se reglamentarán los bancos de fideicomiso y luego el fideicomiso en sí.

3.5.- LEY DE BANCO DE FIDEICOMISO Y LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.- Estas leyes siguieron fundamentalmente la doctrina del Jurista Panameño, Lic. Alfaro, cuando en sus artículos 6o. y 102, establece que "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

La diferencia que existe entre esta legislación y la anterior, es que, en la ley dice que los bienes se entregan y el concepto del Dr.

Alfaro, nos dice que se transmiten. En cuanto a las demás disposiciones existen varias que se conservan de la Ley de 1924, entre ellas que el fideicomiso deba tener un fin lícito, la separación patrimonial del fideicomitente del fideicomiso, su inscripción en el Registro Público, prohibición de que se constituya verbalmente, etc.

3.6.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.-

Esta ley conserva en principio, el espíritu de la Ley de Instituciones de 1926, salvo que procura corregir errores y llenar lagunas. El Art. 346 dice: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". El art. 347 agrega que "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario siempre que el fin sea lícito y determinado".

En su Art. 350 señala que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

Vemos también que el Art. 357 es más completo porque prevee la revocación del fideicomiso, cuando el fideicomitente se reservó para sí ese derecho en el contrato. También dentro de sus artículos prevee una nueva causa de extinción del fideicomiso, cuando por renuncia o falta de aceptación del fiduciario, se haga imposible su sustitución.

Por último, en el Art. 359 fracciones II y III, se prohíben las sustituciones del beneficiario a la muerte de éste, y los fideicomisos con duración mayor de treinta años, cuando el beneficiario sea persona jurídica, a menos que se destine a fines de beneficencia, carácter científico o artístico, que no tengan fines de lucro.

3.7.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.- Publicada en el Diario Oficial el día 18 de julio de 1990, y en la cual se establece que el servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser: I.- Instituciones de banca múltiple y II.- Instituciones de banca de desarrollo. También indica en su Art. 46 fracción XV, que solamente las instituciones de crédito podrán practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

Dichas operaciones de fideicomiso se llevarán a cabo mediante delegados fiduciarios de las instituciones de crédito. Además establece en su Art. 83 lo siguiente: "A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario." (10)

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

(10).- "Art. 341.- El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada.- De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.-"

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Desde la adopción del trust anglosajón en nuestro sistema jurídico, muchos autores se han preocupado por definir y explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. A continuación veremos distintas definiciones que se han elaborado al respecto.

Para el Lic. Luis Muñoz, "el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan." (11)

Por su parte, el Lic. Joaquín Rodríguez Rodríguez, dice que: "el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido." (12)

El Lic. Jorge Serrano Tresviña, lo define como un "negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su

(11).- Muñoz, Luis. El Fideicomiso Mexicano, 1a. edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1973, p. 6

(12).- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II, 19a. edición, México, Porrúa, 1988, p. 122.

modo de ejercicio de potestativo en obligatorio en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular". (13)

Al respecto, el Lic. Juan Landerreche Obregón, nos dice lo siguiente: "Dentro del sistema del derecho mexicano el fideicomiso es, a semejanza del trust anglosajón, un encargo de confianza que se da a un fiduciario --trustee-- entregándole determinados bienes para realizar un fin lícito; pero difiere de la institución inglesa en que nace siempre de un pacto expreso y sólo puede encargarse a una institución de crédito autorizada para actuar como fiduciaria;" (14)

Para el Lic. Raúl Cervantes Ahumada, el fideicomiso "es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado." (15)

Por último, el Lic. Domínguez Martínez, lo define como: "negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución

(13).- Serrano Trasviña, Jorge. Sección Bibliográfica, Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Publicación Trimestral, No. 147, México, Abril a Junio de 1951, p. 255.

(14).- Landerreche Obregón, Juan. Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Publicación Quincenal, México, Septiembre 1942, p. 196.

(15).- Cervantes Ahumada, Raúl. Titulos y Operaciones de Crédito, 14a. edición, México, Herrero, 1988, p. 295.

de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello." (16)

Por lo anterior, considero que el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual una persona denominada fideicomitente - transmite la titularidad de ciertos bienes a una institución fiduciaria, para que ésta, a la realización de determinados fines estipulados en el mandato del acto constitutivo, retransmita los bienes o su remanente, a un tercero beneficiario llamada fideicomisario.

1.- LA TEORIA GENERAL DEL HECHO JURIDICO

En base a los apuntes del Lic. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (17), la doctrina se encuentra acorde en caracterizar el hecho jurídico como todo suceso, cuya procedencia puede ser humana o material, productor de consecuencias de Derecho, consistiendo estas últimas en la creación, transmisión, modificación y extinción de facultades y deberes, reconocidos, por una norma de rango jurídico.

1.1- CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS

Esta clasificación se basa en la doctrina francesa del siglo XIX, y considera que los hechos jurídicos se clasifican en hechos jurídicos stricto sensu y en actos jurídicos.

(16).- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, 2a. edición, México, Porrúa, 1975, p. 188.

(17).- Ibidem. p. 14

HECHO JURIDICO EN SENTIDO ESTRICTO.- En stricto sensu, el hecho jurídico es definido como todo aquel acontecimiento natural o del hombre que produce consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe una intención creadora de los mencionados efectos. A su vez, los hechos jurídicos en sentido estricto se dividen en hechos de la naturaleza y hechos voluntarios, entendiéndose los primeros como el suceso realizado sin intervención de la voluntad humana, que es creador, transmisor, modificador o extintor de obligaciones y derechos; y entendiéndose los segundos como los acontecimientos que producen consecuencias de Derecho y cuya realización interviene en mayor o menor grado de voluntad, mas no para la producción de tales consecuencias jurídicas que provocan como son los cuasicontratos y los cuasi-delitos.

ACTO JURIDICO EN SENTIDO AMPLIO.- Es una manifestación de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una norma de Derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un efecto jurídico limitado, que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.

ACTO JURIDICO EN SENTIDO ESTRICTO.- Es toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, el cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de derecho que por su verificación se actualizarán. El autor de un acto simplemente se limita a realizarlo y basta la plena intervención de su voluntad en dicha realización, para que la ley le atribuya los efectos jurídicos preestablecidos en ella.

1.2- EL NEGOCIO JURIDICO

La doctrina alemana ha aportado al derecho privado, una categoría específica de los actos jurídicos, que difiere en sí del acto jurídico estrictamente hablando, debido a la función que la voluntad desempeña en su realización y en la creación de los efectos de Derecho deseados por el autor. Esta categoría específica es el negocio jurídico.

"... BETTI define al negocio jurídico como el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido). DE GASPERI por su parte, concibe por la noción de negocio jurídico una declaración de voluntad, o complejo de declaraciones de voluntad encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y garantiza. PUGLIATTI, elaborador de una singular clasificación de los hechos jurídicos y específicamente hablando, de los actos en cuanto a la intervención de la voluntad se refiere, habla de tres clases: libres, vinculados y semivinculados, colocando a los negocios en los primeros por ser éstos, dice, los que expresan plenamente la autonomía del sujeto jurídico. De manera similar ENNECCERUS, considera tres grupos capitales de actos jurídicos: declaraciones de voluntad, actos de derecho y actos contrarios a derecho. Los primeros asevera, son actos negociables, es decir, negocios jurídicos, pues la realización de los mismos implica exteriorizaciones de la voluntad del particular dirigidas a un efecto jurídico, por el contrario en los actos de derecho, el efecto jurídico no se determina por el contenido de la voluntad, sino directamente y con carácter forzoso por la ley." (18)

(18).- Ibidem, pp. 24 y 25.

La diferencia que existe entre el acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico consiste en que el primero produce modificaciones en las situaciones jurídicas que no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la ley, y en el segundo, es una manifestación de voluntad llevada a efecto con la intención de producir consecuencias jurídicas.

Como ya se ha mencionado, el negocio jurídico es una aportación de la doctrina alemana, que surge como una figura técnica, uniforme y básica dentro de la teoría general del acto jurídico.

2.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO

El negocio jurídico se caracteriza en que se elige por las partes como una forma jurídica, cuyos efectos exceden con conocimiento de las partes, de los exigidos por el fin práctico que se persigue.

".... es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan." (19)

El fiduciario es dueño en función del fin que debe cumplir, y es dueño normalmente temporal.

(19).- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Ob. Cit., p. 119.

El fideicomiso es una figura jurídica muy versátil, en la cual la autonomía de la voluntad privada cuenta con un campo muy amplio para desplazarse.

Lo anterior se corrobora con las posibilidades siguientes: el fin al que se destinan los bienes fideicomitidos puede ser cualquiera, siempre y cuando sea lícito (art. 346); puede designarse o no fideicomisario y no sólo ello sino además, es factible la designación de dos o más, en cuyo caso, nada impide que haya beneficiarios simultánea o sucesivamente (art. 347 y 348). El fideicomitente está facultado por la ley para designar una o más fiduciarias para el desempeño del cargo todas a la vez o en forma sucesiva (art. 350). El objeto del fideicomiso, por su parte, podrá estar representado por cualesquier bienes o derechos hecha salvedad de los personalísimos (art. 351); está expresamente previsto que la voluntad del fideicomitente para constituir el fideicomiso puede manifestarse por acto inter vivos o por testamento (art. 352).

Pues bien, la reglamentación tan liberal como la del fideicomiso en los términos que lo realiza la LTOC, debido a la pluralidad de posibilidades por ella permitidas, ha abierto la puerta a una serie innumerable de operaciones de tal naturaleza, comunes y simples algunas, y extraordinarias y complejas otras.

Lo mismo se fideicomite un inmueble que títulos de crédito, derechos de crédito, e inclusive hasta los mismos derechos de fideicomisario.

Además, los fines que se proponen mediante la celebración de un fideicomiso, van desde una transmisión de propiedad, pasando por la

garantía de una prestación y la administración de un capital, hasta la liquidación de una universalidad para después de la muerte de su titular.

En fin, todas las consideraciones anteriores sólo permiten afirmar que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos, en oposición a los actos estricto sensu." (20)

3.- TEORIA DEL MANDATO

Esta teoría afirma que en el fideicomiso romano y en el trust angloamericano, tanto el fiduciario como el trustee lo que hacen es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si se toma en cuenta la definición que nos da el art. 2546 de nuestro actual Código Civil que dice: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga."; es indudable entonces, que dicho contrato es la figura jurídica más semejante al trust y al fideicomiso romano, excepto que el mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocado en cualquier momento, el fideicomiso en cambio no puede ser revocado salvo que el fideicomitente se reserve este derecho.

Esta teoría definitivamente debe ser rechazada por los siguientes motivos:

1o.- El fideicomiso tiene otros fines que no son sólo ejecutar un

(20).- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit., pp. 34 y 35.

encargo, además su intención es perdurar a pesar de la muerte del fideicomitente.

2o.- El fideicomiso no puede ser revocado salvo que el fideicomitente se reserve para sí ese derecho en el momento de la constitución del mismo.

3o.- La principal diferencia entre el mandato y el fideicomiso, es que en el mandato en ningún caso el mandante transmite la titularidad de los derechos o bienes al mandatario, sino que el mandatario es intermediario pero no propietario del patrimonio, en cambio en el fideicomiso el fiduciario es titular de los bienes y derechos fideicomitidos para todos los efectos jurídicos.

4o.- Es incorrecto hablar del mandato irrevocable, porque tradicionalmente el mandato ha tenido como nota esencial, el ser revocable, por parte del mandante, como consecuencia misma de la naturaleza de esta figura. Nadie puede ser representado contra su voluntad en la celebración de un acto. Aún en los casos en que el mandato reporte beneficios para el mandatario, existe la facultad del mandante para revocarlo, traduciéndose dicha revocación a lo sumo, en el pago de daños y perjuicios que por ella se hayan causado al mandatario.

5o.- En la figura del mandato no se podría ubicar al beneficiario, puesto que los terceros con quienes contrata el mandatario, no tienen por el sólo otorgamiento del mandato, derecho alguno contra el mandatario; en cambio el fideicomisario se convierte en acreedor del fiduciario, por la sola constitución del fideicomiso.

4.- TEORIA DEL PATRIMONIO-AFECTACION

El fideicomiso implica la destinación de ciertos bienes a un fin determinado cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria, es decir, que el fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado.

"Los fines que pueden justificar la afectación de un patrimonio en la forma señalada, pueden ser individuales o colectivos, de interés particular o de orden público; los únicos requisitos que han menester para dicha justificación, es que sean lícitos y que tengan un contenido humano directo o indirecto.... Por el contrario, la falta de dicha finalidad humana, hace injusta y repelente la propiedad individual,.... resulta absurda por consiguiente la posición individualista de pretender como requisito de la propiedad la existencia de un dueño individual, siendo que la propiedad alcanza su justificación jurídica y económica por el simple hecho de que sirva al aprovechamiento humano de los bienes, y si generalmente el dominio supone que haya un dueño individual, ésta no es condición indispensable para su existencia....." (21)

El aspecto patrimonial del fideicomiso es de gran importancia partiendo del mismo art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice: "por virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes...."

Esta teoría se basa en que el patrimonio actualmente se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico,

(21).- Landerreche Obregón, Juan. Ob. Cit., pp. 196-199.

gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. De esta suerte, siempre encontraremos un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye en forma especial, tal como sucede con el patrimonio de familia.

De este tipo de situaciones se desprende que una persona puede tener tantos patrimonios como grupos de bienes que destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos.

Se puede concluir que: "I.- Los bienes fideicomitidos constituyen una universalidad jurídica en vista de que su unidad no proviene de una mera agregación de hecho, sino que les es dada por el derecho con base en su común destinación a un fin, al igual que da el carácter de unidad a los bienes de una persona por su común referencia a ésta. II.- Las obligaciones que contraiga el fiduciario con terceros en el desempeño de su encargo, en cuanto deban gravitar sobre el patrimonio del fideicomiso, formarán el pasivo del mismo, constituyendo la contrapartida de los bienes fideicomitidos. III.- Al considerarse el patrimonio del fideicomiso como una universalidad de derecho, sus elementos pueden transformarse, aumentar o disminuir, sin que destruya la unidad patrimonial. IV.- Siendo considerados los bienes como integrantes de una universalidad, los primeros quedan afectos al cumplimiento de las segundas conforme al principio de la llamada prenda común de los acreedores, siendo aplicable al patrimonio del fideicomiso

so por analogía, el art. 2964 del Código Civil para el Distrito Federal." (22) Dicho artículo a la letra dice: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

Esta teoría tiene como crítica lo que indica el Lic. Domínguez Martínez: "... hay a veces diversos sectores independientes en un mismo patrimonio, pero para explicar ese fenómeno no es necesario acudir a la ficción de creer que existan diversos patrimonios ligados a una sola personalidad. Y es que no deben confundirse las nociones de PATRIMONIO y UNIVERSALIDAD jurídica. Todo patrimonio es una universalidad jurídica; pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio. Podemos perfectamente imaginar que el patrimonio de una persona se divide en varias masas independientes, sin necesidad de acudir a la ficción de que existen varios patrimonios, en la misma forma que sería ridículo tratar de explicar que un alumno domina perfectamente dos materias o especialidades diferentes atribuyéndole dos cerebros.-... debemos concluir que los bienes fideicomitidos no integran un patrimonio-afectación, sino más bien, se trata de una masa de bienes cuyo conjunto forma una universalidad jurídica, que es, a su vez, una ficción del patrimonio de una persona." (23)

Es importante señalar que la fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos, es decir, a ella corresponde el carácter de sujeto activo de todos los derechos y acciones relacionados con tales bienes. Hablar de titularidad no implica hablar de propiedad, sino que se debe entender como una atribución a una persona cualquiera, del carácter del sujeto activo en la relación que implica todo derecho.

(22).- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit., p. 198.

(23).- Ibidem. pp. 200 y 201.

5.- TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Esta teoría es principalmente sostenida por Lizardi Albarrán, y se basa en la división de derecho de propiedad en dos derechos reales: el fiduciario titular de uno y el fideicomisario titular del otro.

El derecho que se le atribuye al fiduciario, surge por la ostentación que de propietario tiene ante los terceros, el cual consiste en el poder de decisión que respecto a los bienes fideicomitidos tiene dicho sujeto, además de tratarse de un derecho temporal, cuyo fundamento es el fin a realizar y carece su titular de todo valor económico.

El derecho real que se le atribuye al fideicomisario, tiene un contenido económico con validez erga omnes, que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso al grado de poder confundir los dos derechos, ya que, por un lado, el fiduciario es quien en forma directa ejerce el dominio sobre los bienes destinados al fideicomiso, y por el otro, el fideicomisario puede en un momento dado perseguirlos y reivindicarlos para ser restituidos al fideicomiso, siendo éste un derecho real.

"En resumen, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permitan reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y el fideicomisario, por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines objeto de la operación." (24)

(24).- Ibidem, pp. 156 y 157.

Siendo el derecho de propiedad, un derecho real absoluto, del cual solamente es titular una persona, esta teoría del desdoblamiento de la propiedad debe de descartarse porque va en contra de la misma naturaleza del patrimonio, y por otro lado como se explicará más adelante, el fideicomisario es titular sólo de derechos de crédito, aunque sea un derecho erga omnes, no indica que sea un derecho real.

6.- TEORIA DE LA TITULARIDAD DEL FIDUCIARIO

Al respecto de esta teoría, el Lic. Joaquín Rodríguez Rodríguez comenta que al constituirse el fideicomiso, existe una transmisión de dominio del cual es titular el fiduciario, pero que sus facultades de dominio tienen ciertas limitaciones y que son:

1.- Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario.

2.- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.

3.- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales establecidos.

4.- Extinguido el fideicomiso, los bienes deben volver al fideicomitente, con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público, instituciones de beneficencia o culturales.

Para dicho autor, los bienes afectos al fideicomiso constituyen un patrimonio separado del cual es titular jurídico el fiduciario y como

titulares económicos están el fideicomisario y el fideicomitente, porque para ellos son los beneficios de la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

Si basamos esta teoría en la transmisión de propiedad que hace el fideicomitente en favor de la fiduciaria, encontraremos que en toda transmisión de propiedad se requiere para su perfeccionamiento, la manifestación de voluntad expresa o tácita, del enajenante y del adquirente.

El fideicomiso implica una transmisión de propiedad a la fiduciaria, y por lo tanto, la transmisión de bienes fideicomitidos (enajenante) y de la fiduciaria (adquirente), es decir se requiere un convenio.

En la declaración unilateral de voluntad, el único obligado, según los principios del derecho, es el que la hace, sin que por ésto pueda obligar a terceros como lo son la fiduciaria y el fideicomisario, para que éstos sean titulares de las obligaciones que les correspondan como tales, se requiere necesariamente que manifiesten su consentimiento, es decir, se necesita un convenio.

7.- EL FIDEICOMISO COMO OPERACION BANCARIA

Tomando en consideración el Art. 75 fracción XIV del Código de Comercio, el último párrafo del Art. 10. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el Art. 46 fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito, el fideicomiso es como operación bancaria un acto de comercio y a su vez como operación de crédito también es un acto de comercio.

Por operación de crédito se entiende aquella operación en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la confianza que inspira o en la solvencia de que goza; y como operación bancaria debemos entender cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene, ya como parte principal o accesoria.

Las operaciones bancarias tienen como común denominador que consisten en una serie de operaciones de crédito. El Lic. Rodríguez Rodríguez define a las operaciones de crédito como aquellas operaciones que implican una transmisión actual de propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor; y por operación bancaria, toda aquella operación de crédito practicada por un banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares.

Se puede concluir como dice el Lic. Domínguez Martínez: "..... al ser el fideicomiso una operación bancaria en la que la obligación de la fiduciaria deberá cumplirse con posterioridad a la celebración del negocio y además, por tener lugar dicha celebración preponderantemente con base en la confianza que la institución inspira debido a su solvencia económica, que es una operación de crédito." (25)

8.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO

Al hablar de negocio indirecto no estamos hablando de una categoría jurídica, sino de un negocio que se utiliza, no para perseguir los

(25).- Ibidem. p. 162.

finés que le son propios, sino otros mediatos ó posteriores. Tales fines indirectos no son la causa del negocio que se utiliza, sino los motivos.

"El negocio indirecto se encuentra integrado por el acogimiento de una figura negocial nominada que él o los celebrantes actualizan, y por ciertos efectos que ellos quieren, de naturaleza diversa a los previstos por el ordenamiento legal correspondiente, para el negocio típico de su clase.

Empero, si bien las partes se proponen ciertas finalidades de mayor o menor alcance que las legislativamente previstas para la figura negocial celebrada en verdad, en verdad los efectos son los que producen el esquema negocial escogido, y no importa que éstos puedan coincidir con los fines prácticos posteriores que los sujetos se han propuesto lograr." (26)

Hay algunos autores que apoyan en definitiva esta teoría como lo es el Lic. Rodríguez Rodríguez, quien apunta lo siguiente: "... los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc.), podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipoteca, etc. máxime que a todos estos negocios puede dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado)... La transmisión se quiere realmente pero no por los efectos de ella, sino

(26).- Ibidem. pp. 184 y 185.

por lo que las partes señalan, los que podrán obtenerse mediante la utilización de otros negocios jurídicos." (27)

El fideicomiso tipificado por el legislador mexicano se destina normativamente a cumplir funciones, de tal suerte que se trata de un negocio cuya causa, como objetiva que es (función), no cabe confundirla con los motivos que son subjetivos, de manera que el fideicomiso no es un negocio indirecto ni atípico, y el legislador le ha dado un nombre, por lo que también es un negocio nominado.

9.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

La doctrina en general suele definir al negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica.

Para el Lic. Cervantes Ahumada (28), el negocio fiduciario es un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto, que sólo tienen eficacia interna entre las partes. El negocio fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca.

(27).- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Ob. Cit., p. 112.

(28).- Cervantes Ahumada, Raúl. Ob. Cit., p. 485.

El negocio fiduciario consta de: 1o.- De un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de manera perfecta o irrevocable. 2o.- De un contrato obligatorio negativo; la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero.

Por otro lado, el Lic. Domínguez Martínez, nos dice que: "por negocio fiduciario debe entenderse aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero".

Para celebrar un negocio fiduciario es necesario que intervengan dos personas: Una de ellas es la titular de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión y la otra es, el adquirente de la misma y obligada a destinar la transmisión a una finalidad determinada. El enajenante lleva el nombre de fiduciante y quien adquiere suele ser caracterizado como fiduciario.

Ocasionalmente puede haber un tercer sujeto, el cual es el destinatario de los beneficios, aunque no es indispensable la existencia de éste.

La estructura del negocio jurídico se compone de dos tipos de relaciones jurídicas como la lo he mencionado: Una de carácter real que es la transmisión de dominio por el fiduciante al fiduciario; y la segunda relación jurídica es de carácter obligatorio sólo entre las partes, y que consiste en la obligación adquirida por el fiduciario de afectar los bienes o derechos que le fueron enajenados, mediante su destino al fin previsto en la celebración del mismo.

La fides es la unión que enlaza el lado real con el lado obligatorio, y tomando en cuenta que en el negocio fiduciario existe una plena transmisión de propiedad de bienes y no habiendo razón alguna que lo limite, el incumplimiento por parte del fiduciario, solamente dará lugar al pago de daños y perjuicios causados.

Entre las características distintivas entre el negocio fiduciario y el fideicomiso, se señalan:

1o.- Al contrario de lo que sucede en el negocio fiduciario, es el fideicomiso la designación obligatoria de que la fiduciaria sea una institución de crédito, es una participación por parte de ésta pública, es decir, no se oculta ante los terceros.

2o.- El negocio fiduciario siempre se constituye mediante un contrato, y el fideicomiso puede constituirse por medio de declaración unilateral de voluntad.

3o.- Los actos realizados por la institución de crédito en su carácter de fiduciaria, admiten ser impugnados, cosa que no sucede en el negocio fiduciario.

4o.- El fideicomiso puede ser intervivos o por testamento y el negocio fiduciario, es necesariamente intervivos.

5o.- En el fideicomiso la fiduciaria se convierte en titular de los bienes afectados, en cambio, en el negocio fiduciario existe una transmisión plena de la propiedad.

C A P I T U L O I I I

LA RELACION FIDUCIARIA

En el fideicomiso intervienen tres partes: El fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, pudiendo ser éste último, el mismo fideicomitente, puede ser además que exista pluralidad de personas dentro de cada una de las partes.

La constitución del fideicomiso no está condicionada a la aceptación del fiduciario, puesto que nuestra legislación establece que la institución fiduciaria no podrá excusarse sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia (Art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); siendo la adhesión del fiduciario al acto constitutivo, sólo una condición jurídica de ejecución y no de su perfección jurídica. Asimismo, el fideicomiso es válido aunque al momento de constituirse no se señale fideicomisario. (Art. 367 de la L.G.T.O.C.)

1.- ELEMENTOS

Además de los requisitos de existencia y de validez con que debe contar el fideicomiso, -- los cuales se estudiarán adelante ---, existen otros elementos que lo conforman y que son: Los sujetos de la relación fiduciaria, el objeto o patrimonio y un fin.

1.1- SUJETOS

a) FIDEICOMITENTE.- El fideicomitente es quien constituye el fideicomiso mediante un acto unilateral de voluntad, es decir, sin que para

ello necesite del concurso del fiduciario ni del fideicomisario. Esta creación puede hacerse por acto entre vivos o por testamento y se realiza por la afectación que hace el fideicomitente de determinados bienes al fin que él mismo señala.

El fideicomiso implica un acto de disposición y por consiguiente supone, en quien lo constituye, facultades de esta clase sobre los bienes que trata de afectar, o sea que debe tener la capacidad necesaria para disponer de dichos bienes, entendiéndose por supuesto que pueden también constituir el fideicomiso el mandatario o el representante suficientemente autorizados conforme a la ley. También pueden ser fideicomitentes las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya administración o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

Si no se reserva el fideicomitente, en el acto constitutivo del fideicomiso, el derecho de revocar el fideicomiso, éste se entenderá irrevocable, así mismo, si no se les asignó a los bienes fideicomitados un destino ulterior, al extinguirse la obligación se revertirán al fideicomitente. Dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso, y lo único que el fideicomitente tendrá en su patrimonio, en relación con dichos bienes, serán los derechos que expresamente se haya reservado, y el derecho a la reversión al extinguirse el fideicomiso, si así se estableció.

El único fideicomitente del Gobierno Federal es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como lo establecen: La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 47, segundo párrafo; la Ley Federal de Entidades Paraestatales en su artículo 41; y la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 85.

b) EL FIDEICOMISARIO.- Es el beneficiario del fideicomiso y aunque la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito autoriza el fideicomiso constituido sin señalar fideicomisario, en realidad siempre existe éste, de acuerdo con lo que se mencionó en el capítulo anterior, que el fideicomiso debe tener un fin de beneficio humano. En consecuencia, lo que sucede en los casos a que se refiere la disposición invocada, es que no existe beneficiario individualmente determinado o determinable, y el que de hecho reciba los beneficios no tiene facultades para exigirlos legalmente. Tales serían los casos de fideicomisos constituidos para fines de beneficencia, en el cual los beneficiarios serían las personas que en concreto reciban el servicio de asistencia, pero éstos no tienen facultades para reclamar ni para exigir el cumplimiento del fideicomiso, ni ningún otro de los derechos que la ley confiere al fideicomisario individualmente determinado. En estos casos tales derechos corresponden al Ministerio Público.

Debe notarse y como ya se mencionó, que no es necesario que el fideicomisario sea designado precisamente en el acto constitutivo, sino que puede aparecer después. La característica propia del fideicomisario estriba en que el fideicomiso se constituye en su favor con el propósito de otorgarle, no sólo el beneficio del mismo, sino la facultad de exigir dicho beneficio. En estas condiciones, él queda directamente interesado en el fideicomiso y por tal motivo se requiere su consentimiento expreso para modificar éste, para darlo por concluido y para nombrar fiduciario cuando no lo haya designado el fideicomitente o cuando el nombrado por éste cese en su encargo.

Siendo el fideicomisario el beneficiario, pueden serlo todos quienes puedan recibir tal provecho, sin necesidad de cumplir ningún otro requisito. Puede haber varios fideicomisarios y en tal caso las

cuestiones sometidas a su decisión deben resolverse por mayoría según cómputo de la representación que tengan, a menos que otra cosa se establezca en el acto constitutivo del fideicomiso.

El fideicomisario es beneficiario del fideicomiso, pero no dueño del patrimonio de éste, dado que puede no existir con facultades de exigir dicho beneficio y, además, aún existiendo, sólo tiene el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento del compromiso y el de atacar la validez de los actos que éste cometa en su perjuicio de mala fé o en exceso de las facultades que le correspondan, pero sin que pueda usar ni disponer de los bienes a menos que expresamente se le haya autorizado para ello en el acto constitutivo del fideicomiso.

En cierto que también puede el fideicomisario reivindicar, cuando sea procedente, los bienes que a consecuencia de faltas del fiduciario hayan salido del patrimonio del fideicomiso, pero esta reivindicación no tiene por efecto el que el fideicomisario adquiera la posesión de los bienes, sino que los devuelva al patrimonio del fideicomiso para que el nuevo fiduciario que se nombre prosiga su ejecución, de modo que tampoco por este concepto puede ser dueño de los bienes, y como ya se mencionó con antelación, tiene un derecho oponible a terceros pero no un derecho real sobre los bienes fideicomitados, sino un derecho personal.

El fideicomisario puede ser el mismo fideicomitente, pero es nulo el fideicomiso en que se designa como fideicomisario al fiduciario.

c) EL FIDUCIARIO.- Dentro del fideicomiso al fiduciario le corresponde una obligación, el desempeño de un servicio, que es la ejecución de su

realización, se le atribuye el ejercicio exclusivo de todos los derechos y acciones relativos al patrimonio del fideicomiso, por la necesidad que tiene de poder ejercitar unos y otros.

El fiduciario no se convierte en propietario de los bienes, sino simplemente es titular de dichos bienes o derechos.

El fiduciario no puede ser considerado como propietario por la razón elemental de que no puede disponer en su propio provecho del patrimonio del fideicomiso, sino que por el contrario está obligado a usar y disponer de él exclusivamente para el fin a que está afectado, lo cual contradice el derecho esencial del propietario de usar y disponer para sí los bienes que le pertenecen.

Hay que agregar también que la falta del fiduciario no extingue el fideicomiso sino que sólo da lugar al nombramiento de un nuevo fiduciario, situación que sería legalmente imposible si el fiduciario fuera el titular del dominio.

Solamente pueden ser fiduciarios las instituciones de crédito autorizadas para operar en esta rama. Esta limitación tiende evidentemente a garantizar la debida ejecución de los fideicomisos dada la seriedad, solvencia y capacidad financiera que se supone en las instituciones de crédito, cuya rectitud además está vigilada por el control oficial de la Comisión Nacional Bancaria. La institución fiduciaria está obligada a cumplir el fideicomiso de acuerdo con el acto constitutivo del mismo, obrando siempre como un buen padre de familia en el negocio de que se trate, sin que pueda excusarse ni renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio del juez.

"Como consecuencia de la confianza que se deposita en la institución fiduciaria y de la diligencia con que ésta debe desempeñar el fideicomiso, la ley la declara responsable de su ejecución y de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Esta responsabilidad recae civilmente sobre el capital, reservas y utilidades no distribuidas de la institución, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que haya lugar, (L.I.C. arts. 80 y 84). Para este efecto, las instituciones fiduciarias deben cumplir su cometido como tales a través de funcionarios, delegados fiduciarios, señalados con tal fin y de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades personales de éstos, (L.I.C. art. 80). Además para mayor eficiencia en el cumplimiento del fideicomiso, puede el fideicomitente designar un comité técnico y señalar sus facultades, comité que tiene la doble finalidad de ilustrar al fiduciario en cuestiones que por su carácter requieren conocimientos especiales y vigilar el manejo del patrimonio del fideicomiso. Cuando el fiduciario obra conforme a las instrucciones de un Comité de esta clase, está libre de responsabilidad en lo que se refiere a los actos aprobados por el Comité dentro de sus atribuciones." (29)

DELEGADOS FIDUCIARIOS.- Las instituciones desempeñan sus funciones en los fideicomisos a través de funcionarios designados especialmente para ello, y de cuyo comportamiento responden directa e ilimitadamente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran en lo personal. A dichos funcionarios se conoce por "delegados fiduciarios".

La Comisión Nacional Bancaria podrá vetar, en todo tiempo, la

(29).- Landerreche Obregón, Juan. Ob. Cit., pp. 211 y 212.

designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución, o acordar que se proceda a la remoción de los mismos.

COMITE TECNICO.— La Ley de Instituciones de Crédito establece que en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requieran el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución fiduciaria actúe ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

1.2.- OBJETO

El objeto o patrimonio del fideicomiso, según lo establece el Art. 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden ser toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

El patrimonio del fideicomiso constituye una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso.

"..... una vez que se realiza la afectación en fideicomiso de los bienes que entrega el fideicomitente y se cumplen los requisitos necesarios para que esta entrega surta efectos contra terceros (Arts. 353 y 354 de la L.G.T.O.C.), no se pueden ejecutar en el patrimonio así formado las responsabilidades a cargo del fideicomitente, del fiduciario ni del fideicomisario a quienes sólo se podría embargar, en su caso, los derechos resultantes a su favor de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso. Así por ejemplo, al fideicomitente se podrían embargar los derechos que expresamente se hubiere reservado sobre los bienes entregados, o el derecho de recuperarlos cuando el fideicomiso se extingue, si está sujeto a extinción; al fiduciario se podrían embargar los honorarios o comisiones que les correspondieran por el desempeño de su cargo, y al fideicomisario los beneficios establecidos en su favor en el fideicomiso, cuando fueren embargables, pero el patrimonio de éste no sería embargable sino por obligaciones contraídas por el fiduciario en ejecución del fideicomiso o, en su caso, por gravámenes anteriores a su constitución." (30)

Los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, excepto en los casos en los que se haya constituido en fraude de terceros, pudiendo ser atacado de nulidad en todo tiempo por los interesados, según lo establece el último párrafo del Art. 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

1.3.- FIN

El fin del fideicomiso es el resultado que se persigue con su constitución. El fin debe ser lícito, es decir, que no sea contrario a la ley ni al orden público.

(30).- Ibidem, pp. 203 y 204.

También puede decirse que es la actividad jurídica que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicha fideicomitente.

Es una actividad jurídica, porque a través de ella el fiduciario realiza los actos jurídicos concretos que se requieren para el exacto cumplimiento del fideicomiso.

Puede ser fin del fideicomiso cualquier actividad jurídica que sea en primer lugar lícita, posible y determinada.

2.- REQUISITOS DE EXISTENCIA

2.1- MANIFESTACION DE VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO

Toda manifestación de voluntad debe de provenir de un sujeto al que el ordenamiento legal le reconozca capacidad para celebrar esa clase de operaciones, además de ser esa manifestación libre, es decir, sin ningún vicio.

Toda manifestación de voluntad debe ser exteriorizada para que se considere como tal por el ordenamiento jurídico; pudiendo ser expresa o tácita. Es expresa cuando se manifiesta en forma verbal, escrita y gestos mímicos; y es tácita cuando resulta de ciertos hechos que revelen dicho propósito.

"Así pues, uno es el acto constitutivo del fideicomiso por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del

cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que está afectos dichos bienes, a cambio de las compensaciones a que por ello tiene derecho conforme a la Ley.

Debemos reconocer sin embargo, que la afectación de los bienes correspondientes a un fin determinado y la solicitud de encomienda por parte del fideicomitente, aún cuando esta última tenga lugar sin dirigirse a una institución fiduciaria en concreto, son actos que se verifican concomitantemente, en consecuencia parece también aceptable que el fideicomiso pueda concebirse como un todo que se encuentra compuesto de una fase constitutiva y otra ejecutiva; la primera como acto jurídico unilateral y la segunda como contrato, esto es, el elemento psicológico del primero lo es la manifestación de voluntad, y el consentimiento del segundo." (31)

2.2- OBJETO

Existen dos clases de objetos: uno directo y otro indirecto. El objeto directo de todo negocio jurídico es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. El objeto indirecto es la prestación a cargo del obligado que puede consistir en un hacer o no hacer, pudiéndose entender también como la cosa, el hecho o la abstención en sí mismos, que se relacionan con la conducta del deudor.

El objeto directo debe ser jurídicamente posible, y el objeto indirecto además debe ser físicamente posible.

(31).- Domínguez, Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit., pp. 50 y 51.

Se debe de entender que la posibilidad jurídica del objeto directo, consiste en los efectos que resultan de una o varias declaraciones de voluntad, siendo reconocidos, dichos efectos, por el derecho.

En el objeto indirecto, esta posibilidad jurídica consiste en que el objeto debe de estar dentro del comercio y ser determinado o determinable; y la posibilidad física, consiste en que debe de existir en la naturaleza.

3.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL FIDEICOMISO

3.1.- LICITUD EN EL OBJETO, EN EL FIN O MOTIVO O EN LA CONDICION DEL FIDEICOMISO.

Este elemento de validez se refiere a que el fin, motivo o condición para el cual se constituye todo fideicomiso, debe ser lícito, es decir, que no vaya en contra de la ley, la moral y las buenas costumbres, siendo estas últimas, los hábitos, prácticas o inclinaciones derivadas por una agrupación humana en un lugar y momento determinado y a los cuales deberá atender el juzgador para sancionar el acto. Así el Art. 346 de la L.G.T.O.C., establece lo siguiente: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

3.2- CAPACIDAD

La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede

ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad.

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruída si no nace vivo y viable." (32)

El art. 450 del Código Civil establece que son incapaces tanto natural como legalmente: los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que éstos les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Por lo tanto, puede ser fideicomitente cualquier persona con capacidad jurídica para hacer la afectación de bienes, y que no se encuentre en los supuestos indicados en el artículo mencionado, excep-

(32).- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. 14a. edición, México, Porrúa, 1977, pp. 158-160.

to en los dos siguientes casos: 1) Cuando un menor de edad pero mayor de 16 años, constituya un fideicomiso por testamento (art. 1306 C. Civil); y 2) Cuando un enajenado mental otorga testamento en un momento de lucidez (Art. 1307).

Cabe mencionar que cuando se constituye un fideicomiso en el cual se afecten inmuebles o bienes preciosos de un incapaz, se celebrará por medio de sus representantes, previa autorización judicial (art. 561 del Código Civil).

3.3.- FORMA

La forma es la manera en que la ley establece que se debe de manifestar la voluntad o el consentimiento, que como ya se mencionó, puede ser expresa o tácita.

Al respecto, el art. 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

Asimismo, la citada ley establece, que el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad en que estén ubicados dichos bienes, surtiendo efectos contra terceros desde el momento de su inscripción.

Se considera que los actos pueden ser:

1o.- Solemnes, que son aquellos actos para los cuales la ley establece que se manifiesten de una forma especial, por escrito y

ante un funcionario especial, que en caso de no hacerlo, será declarado inexistente.

2o.- Formales, que son aquellos actos en que la voluntad se debe de manifestar expresamente en los términos que la ley establezca.

3o.- Consensuales, que son aquellos en que la ley, no establece forma alguna en especial para manifestar la voluntad, aunque esto no quiere decir que no puedan revestir de forma alguna.

De lo anterior se desprende que el fideicomiso es un acto formal, en oposición al consensual y al solemne, por ser necesario que conste por escrito.

3.4.- AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD

Para el Lic. Domínguez Martínez, (33), el dolo y la mala fé no pueden ser vicios del consentimiento, ya que, como lo establece el art. 1815 del Código Civil, "se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir a error, o a mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fé, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

Por tanto, del error, dolo y mala fe, sólo el primero es vicio de la voluntad y los segundos la propician.

(33).- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit., pp. 61 y 62.

ERROR

La ignorancia es el desconocimiento que la parte tiene de una situación negocial; y el error la falsa representación de esta situación. Pues bien, cuando la ignorancia y el error así concebidos deciden la determinación volitiva de un sujeto, se puede hablar de error motivo, y por perturbar el proceso psíquico de la formación de la voluntad de error-vicio.

Hay que distinguir entre error en el motivo y el error en el contenido. El primero tiene que ver con el proceso formativo de la voluntad, mientras que el segundo ha de relacionarse con el proceso formativo de la declaración.

Es accidental el error que recae sobre cualidades no esenciales de las personas o de las cosas, de suerte que por tratarse de cualidades secundarias no tiene relieve.

El error en la declaración, también llamada error en el negocio y error obstáculo, no debe confundirse con el denominado error-vicio, pues en éste la declaración es conforme con lo que se cree erróneamente, y se dice que el error-vicio influye en la formación de la voluntad y en su contenido, de tal suerte que de no mediar el error, la voluntad no se hubiera formado.

El error en la declaración u obstáculo es la representación falsa en virtud de la cual se atribuye a la conducta o al comportamiento propios (declaración, manifestación), un significado diferente del que objetivamente tiene.

Al error en el fideicomiso, son por tanto, aplicables diversas disposiciones del Código Civil.

El consentimiento no es válido si ha sido dado por error (art. 1812). El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró, éste es el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa (art. 1813). El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique. La nulidad por causa de error sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento (art. 2230). La acción de nulidad fundada en error puede intentarse en los plazos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende; si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido (arts. 2236 y 628).

TEMOR

Cuando la voluntad se manifiesta constreñida a causa de que con la celebración del negocio se eviten males mayores para la persona que lo celebra, es decir, que no hay una plena libertad en la celebración del negocio, estamos hablando de una voluntad manifestada por temor.

Dentro de la clasificación de los temores, existen algunos que son intrascendentes para la validez del fideicomiso, y son:

a) TEMOR FORTUITO.- En este tipo de temor existe la inquietud del sujeto, la amenaza de un mal, la decisión a celebrar el negocio en cuestión que no se habría llevado a cabo, cuando menos en los mismos términos, si al sujeto no se le hubiere presentado el mal futuro que trata de evitar.

b) TEMOR REVERENCIAL.- Es el temor de contrariar a quien se debe respeto y obediencia, como es el caso de los ascendientes, los cónyuges entre sí, etc.

c) TEMOR CAUSADO POR LA ADVERTENCIA DE UN DERECHO A EJERCITAR.- Esta clase de temor se presenta por ejemplo, cuando una persona afecta ciertos bienes en fideicomiso para garantizar su deuda, orillado a ello por la advertencia de su acreedor en el sentido de que si no le garantiza de esa manera, procederá judicialmente en su contra.

La razón por la que el fideicomiso celebrado en esos términos no se ve afectado en su validez, es la naturaleza lícita de su origen, que es la advertencia del ejercicio de un derecho.

TEMOR VICIO

Esta clase de temor si afecta la validez del negocio jurídico, y tiene su fuente en la violencia física o moral. La violencia, genéricamente considerada, son todas aquellas amenazas o vías de hecho que resultan idóneas para inspirar temor a un mal grave, inminente e injustificado las primeras (amenazas), y para infundir el propio amedrentamiento o provocar desesperación por dolor estas últimas (vías de hecho), que constriñen a la voluntad, víctimas de ellas, a celebrar un negocio jurídico, el cual hubiere sido rechazado teniendo libertad en la decisión, pudiendo ser de tal magnitud las vías de hecho, que por traducirse en una fuerza física exterior irresistible sobre aquel de quien se pretende la celebración, erradiquen cualquier manifestación de voluntad, por mínimo que sea.

DESESPERACION

En este supuesto, la voluntad está viciada por temor a seguir padeciendo, "si se amenaza a otro de privarle de su libertad si no otorga cierto negocio, es indudable que de celebrarlo habrá sido por el temor inspirado, pero si por el contrario, el mismo sujeto pasivo no es amenazado, sino de hecho ya fue privado ilícitamente de su libertad, por una parte puede afirmarse que celebró el negocio en cuestión por temor a seguir secuestrado, pero también es factible sostener, y acaso con mayor razón, que fue celebrado por la desesperación que le asaltó ver prolongado el secuestro." (34)

4.- DEL FIDEICOMISO EN FRAUDE DE ACREEDORES

Atendiendo al último párrafo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso constituido en fraude de acreedores podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

En este caso la acción que procede es la acción pauliana, acción que puede ejercitarse en otras situaciones como son: la repudiación de herencia hecha por el heredero en perjuicio de sus acreedores (art. 1673 del Código Civil); la enajenación que hace el deudor de los bienes que efectivamente posee y la renuncia de derechos constituidos a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal (art. 2170); la renuncia del deudor, no de derechos irrevocablemente adquiridos, sino de facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de su fortuna (art. 2171); el pago hecho por el deudor insolvente antes del

(34).- Ibidem. p. 97.

vencimiento del plazo (art. 2172); todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene (art. 2173). Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él (art. 2164). Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiere pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de los acreedores (art. 2179). Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes (art. 2165). La acción concedida al acreedor contra el primer adquirente, no procede contra tercer poseedor, sino cuando éste ha adquirido de mala fé (art. 2167). La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido y hasta el importe de sus créditos (art. 2175). Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que las adquirió de mala fé, con todos sus frutos (art. 2168). El que hubiere adquirido de mala fé las cosas enajenadas en fraude de los acreedores deberá indemnizar los daños y perjuicios cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fé o cuando se hubiere perdido (art. 2169). La acción de nulidad cesará luego que el deudor satisfaga su deuda o adquiera bienes con qué poder cumplirla (art. 2174). El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor puede hacer cesar la acción de los acreedores satisfaciendo el crédito o dando garantía suficiente sobre el pago íntegro de los créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren (art. 2176).

5.- REGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO

A partir de la expedición de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el año de 1932, hasta el año de 1974, fue la época de mayor auge en la utilización del fideicomiso, ya que partir de 1975 a venido cayendo lentamente en desuso; la razón de ello estriba en varias disposiciones fiscales que han estado en vigencia, en distintas épocas, y que a continuación se comentan:

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, la constitución del fideicomiso genera únicamente derechos de crédito a favor del fideicomisario, en los que la fiduciaria es sujeto pasivo y en segundo lugar, la fiduciaria no es plena propietaria de los bienes fideicomitados, es decir, los actos que realice la fiduciaria respecto de los bienes o derechos del fideicomiso, no generan una plena transmisión de propiedad de fideicomitente a fiduciaria, sino sólo, ésta adquiere los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, es decir, el derecho a disponer de los bienes fideicomitados, en la medida y observancia de los fines indicados por el fideicomitente.

Por lo tanto, aceptar que se efectúa una transmisión de propiedad, aún en los fideicomisos traslativos de dominio, nos haría suponer que la fiduciaria puede disponer libremente de dichos bienes o derechos.

5.1.- LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL

Desde la entrada en vigor de esta ley (1942), el fideicomiso no

era considerado como operación que diera lugar a la causación del Impuesto Sobre Traslación de Bienes Inmuebles. No fue sino hasta el Decreto del 30 de diciembre de 1953, publicado el 31 del mismo mes, en el Diario Oficial, que se reformaron los artículos 443 y 445 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, para quedar redactados de la siguiente forma:

"Art. 443: Es objeto del impuesto que establece este título, la transmisión o adquisición del dominio de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal. Tratándose de fideicomisos se gravará, con cargo al fideicomitente, el traslado de dominio que haga la fiduciaria en cumplimiento del fideicomiso.

Art. 445: Están obligados al pago del impuesto que establece este título: V).- El fideicomitente, cuando en cumplimiento del fideicomiso la fiduciaria transmita al fideicomisario o a terceros el dominio de los bienes inmuebles objeto del mismo fideicomiso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 443 de esta ley. En estos casos las declaraciones con pagos del impuesto los hará el fiduciaria por cuenta del fideicomitente." (35)

Hasta este momento la mencionada ley estaba acorde con la naturaleza del fideicomiso, ya que no existe una transmisión plena a la fiduciaria, sólo cuando se trata de fideicomisos traslativos de dominio, en los cuales el impuesto será a cargo del fideicomitente cuando la fiduciaria en ejecución del fideicomiso transmita el dominio al fideicomisario o a un tercero.

(35).- Ibidem, pp. 228 y 229.

5.2- REFORMA A LA LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL EN 1974

Hasta 1974, el uso de los fideicomisos traslativos de dominio proliferó en gran medida, ya que era mucho más accesible constituir un fideicomiso que celebrar un contrato de compraventa. Pero por Decreto de 22 de diciembre de 1974, el cual entró en vigor desde el 1o. de enero de 1975, el régimen fiscal del fideicomiso cambió radicalmente, quedando el precepto aplicable redactado de la siguiente forma:

"Art. 444: El impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles se causa: VIII. Por los fideicomisos, conforme a las disposiciones siguientes: a) Cuando se afecten en fideicomiso bienes inmuebles para su enajenación al fideicomisario, y, según el acto constitutivo, no se transmita la propiedad al fiduciario, al constituirse el fideicomiso se depositará, en efectivo, en la Tesorería del Distrito Federal, la cantidad equivalente al impuesto según el valor de los inmuebles en esa fecha. Al operarse la transmisión de la propiedad al fideicomisario, se hará la liquidación definitiva del impuesto sobre el valor vigente en esta fecha y se pagará o devolverá, en su caso, la diferencia que resulte; b).- Cuando se afecten en fideicomiso bienes inmuebles para su enajenación al fideicomisario o para cualquier otra finalidad y, según el acto constitutivo, se transmita la propiedad al fiduciario, el Impuesto se causará al constituirse el fideicomiso, sobre el valor que tengan los inmuebles en esa fecha. La enajenación posterior que el fiduciario haga al fideicomisario o a un tercero en su caso, también causará el gravamen, que se calculará sobre el valor de los inmuebles en la fecha de esta enajenación; c).- En los casos de transmisión de derechos que un fideicomitente haga a otro fideicomitente o, que un fideicomisario haga a otro fideicomisario, se causará el impuesto por cada transmisión. Se considera que existe ésta, cuando hay sustitución de un

fideicomitente o de un fideicomisario, por cualquier motivo, y la base del impuesto será el valor del inmueble en la fecha de cada cambio:

d).- En los casos de sucesiones en que afecten en fideicomiso derechos hereditarios sobre bienes inmuebles para su transmisión a fideicomisarios que no sean herederos, se estará a lo dispuesto en la fracción VI." (36)

5.3.- LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1982

Esta ley ha sufrido varias modificaciones, quedando reformados los artículos que versan sobre nuestro tema, de la forma siguiente:

"Art. 25.- Están obligados al pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles, establecido en este Capítulo, las personas físicas y las morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo, en las construcciones o en el suelo y las construcciones adheridas a él ubicados en el Distrito Federal, así como los derechos relacionados con los mismos, a que este Capítulo se refiere.-....."

"Art. 26.- Para los efectos de este capítulo, se entiende por adquisición la que derive de: X.- Actos que se realicen a través del fideicomiso, así como la cesión de derechos en el mismo, en los siguientes supuestos:

a) En el momento en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él, y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.

(36).- Batiza, Rodolfo. Ob. Cit., pp. 205 y 206.

b) En el momento en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

c) En el momento en que el fideicomitente ceda los derechos que tenga sobre los bienes afectos al fideicomiso, si entre éstos se incluye el de que dichos bienes se transmitan a su favor.

d) En el momento en el que el fideicomitente transmita total o parcialmente los derechos que tenga sobre los bienes afectos al fideicomiso a otro fideicomitente, aún cuando se reserve el derecho de readquirir dichos bienes.

c) En el momento en que el fideicomisario designado ceda los derechos que tenga sobre los bienes afectos al fideicomiso, o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones."

CAPITULO IV

CONTRATOS QUE GARANTIZAN UNA OBLIGACION

El artículo 2964 del Código Civil vigente para el D.F., establece que: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

El derecho que tiene el Acreedor sobre los bienes del Deudor, no tiene la suficiente fuerza para que, dado el caso del incumplimiento, el primero disponga de los bienes del segundo para el pago de la deuda.

Lo anterior, debido a que el Acreedor no recibe la posesión del bien, no tiene derecho de persecución, tampoco de preferencia, podemos ver con esto, que el acreedor está expuesto a no cobrar su crédito en caso de insolvencia del deudor.

En el Derecho Romano, el deudor respondía del cumplimiento de su obligación con su persona; si no cumplía, el acreedor podía venderlo o hacerlo su esclavo, etc., esto significa que las obligaciones tenían como garantía la persona misma del deudor. En el derecho actual la obligación se ha despersonalizado, más que enfrentar sujetos, enfrenta patrimonios, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con sus bienes.

Los Acreedores no siempre pueden intervenir en la gestión del patrimonio de su deudor y puede ocurrir que en un momento dado, el

patrimonio del deudor sea insuficiente para cubrir las obligaciones a su cargo.

Puede suceder que el deudor llegue a un estado de insolvencia tal, que no le permita su activo pagar el pasivo, en esta caso, procederá el concurso de acreedores, siempre que el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. La declaración de concurso (en el caso de las personas físicas) será hecha por un juez competente mediante los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles, según señala el art. 2965 del Código Civil.

Es hasta este momento como regla general, cuando el acreedor puede intervenir en la gestión del patrimonio del deudor, éste puede hacer lo que quiera con sus bienes mientras no cometa actos ilícitos.

Esta declaración de concurso, incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes y hace que se venza el plazo de todas sus deudas.

Hay varios peligros de que el acreedor no cubra su crédito, los cuales mencionaré enseguida:

Negligencia del deudor, pues ni siquiera se toma la precaución de interrumpir la prescripción de un crédito que tiene a su favor, en esta caso el acreedor no tiene ninguna acción.

Fraude, el deudor procede de mala fé, oculta sus bienes mediante enajenaciones fraudulentas, en este caso si puede intervenir el acreedor, tiene la acción revocatoria o en fraude de acreedores, según los arts. del 2163 al 2166 del Código Civil.

Enajenación no fraudulenta, por medio de la cual el deudor queda en la insolvencia sin que el acreedor pueda intervenir, pues es una gestión lícita.

Por último, cuando el deudor aumenta sus deudas, disminuyendo de esa manera su patrimonio quedando en la insolvencia.

Ante todos estos peligros que pueden producir la insolvencia del deudor y por lo tanto la imposibilidad del acreedor de cobrar su crédito completo, nuestro derecho permite utilizar los contratos de garantía para disminuir el riesgo de hacer efectivo el crédito, los hay personales como la fianza y reales como la prenda y la hipoteca.

La Anticresis, consistía en un contrato que creaba un derecho real de retención y que se constituía sobre bienes inmuebles, el acreedor anticresista tenía derecho de ocupar la cosa inmueble y a pagar su deuda con los productos de la cosa y no la abandonaba hasta que su crédito hubiese sido cubierto, se suprimió este contrato de nuestro Código vigente y actualmente contamos con la fianza, la prenda, hipoteca y gracias a la flexibilidad del fideicomiso, podemos utilizar una de sus variantes que puede garantizar el cumplimiento de una deuda, del mismo modo y hasta con mayor seguridad que los contratos antes mencionados, esta variedad de fideicomiso es el conocido como fideicomiso de garantía.

A continuación expondré las características generales de la fianza, prenda e hipoteca, y se analizará el fideicomiso de garantía.

1.- FIANZA

CONCEPTO

El contrato de fianza es aquél por virtud del cual una de las partes llamadas fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación.

La legislación vigente lo regula en el Código Civil en su art. 2794 que dice: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace."

CARACTERISTICAS

Es un contrato accesorio, puesto que no tiene existencia y validez por sí mismo, sino que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de una obligación preexistente.

"El que sea un contrato accesorio también hace referencia a que es un contrato de garantía, ya que se celebra para garantizar el cumplimiento de la obligación de la cual depende su existencia." (37)

La fianza constituye una garantía personal para el cumplimiento de una obligación, es decir, que el fiador garantiza en lo personal con

(37).- Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, 4a. edición, México, Porrúa, 1992, p. 296

todos sus bienes, el cumplimiento de sus obligaciones, con excepción de los que, conforme a la ley, no sean enajenables.

Cuando se otorga simplemente una garantía personal, se corre el riesgo de que, al momento en que se pretende hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, el deudor (o el fiador) sea insolvente, y por lo tanto, la garantía no sea suficiente.

La razón práctica de celebrar el contrato de fianza, obedece a que los acreedores quieren evitar, en lo posible, el riesgo de sufrir las consecuencias que acarrea la insolvencia de su deudor, esto es, la falta de cumplimiento de la obligación y al comprometerse el fiador a pagar si no lo hace el deudor, se está ampliando la seguridad del acreedor, pues es más difícil que lleguen a ser insolventes dos personas que una.

El contrato de fianza es generalmente unilateral, porque sólo genera obligaciones para el fiador, también generalmente gratuito, porque sólo produce provechos para el acreedor o gravámenes para el fiador; por excepción bilateral y oneroso, cuando el acreedor se obliga a pagar una contraprestación por la obligación que asume el fiador; consensual, porque la ley no exige para su validez de una forma determinada a excepción de las legales, judiciales y mercantiles en forma de póliza, que deben de otorgarse por escrito, por su propia naturaleza; y nominado, por la regulación que de él hace la ley.

ELEMENTOS ESENCIALES

a) Consentimiento.- El acuerdo de voluntades debe concertarse entre fiador y acreedor, ya que puede celebrarse aún sin el consentimiento del deudor.

El acuerdo de voluntades debe de coincidir, en la prestación que se obliga a satisfacer el fiador en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones.

Además, la obligación del fiador no podrá exceder de la del deudor, pero si puede ser inferior. Si se obligó a más, se entenderá reducida su obligación hasta el monto de la del deudor, y en caso de duda se presume que se obligó por otro tanto. (art. 2799 del Código Civil)

b) Objeto.- Los únicos casos en que el fiador pueda comprometerse a satisfacer la obligación del deudor en caso de incumplimiento de éste, son aquellos en los cuales la obligación consiste en pagar una suma de dinero, bienes fungibles o en realizar, una conducta (hecho) que no sean privativos del deudor y normalmente pueda desarrollar el fiador.

Así, el objeto del contrato de fianza, puede ser: I.- La cosa que está obligado a dar el fiador en caso de incumplimiento del deudor; II.- La suma de dinero que está obligado a dar el fiador en el mismo supuesto; y III.- El hecho que está obligado a realizar el fiador en la misma hipótesis.

c).- Forma.- Cuando la fianza es civil, la forma es consensual y cuando es mercantil generalmente es por escrito, por otorgarse en forma de póliza.

Por la necesidad de la demostración y para que puedan probarse de manera fehaciente las fianzas legales y judiciales, deben otorgarse por escrito.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

a) Capacidad.- En este contrato se requiere solamente de la capacidad general tanto del acreedor como para el fiador, excepto en las fianzas legales o judiciales, en las que el fiador requerirá además de la capacidad de goce y de ejercicio, tener bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza (art. 2802 del C. Civil)

Los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, no pueden ser fiadores en representación de los descendientes (art. 436 C. Civil).

Los tutores y los representantes del ausente, no pueden ser fiadores en representación de sus pupilos o de los ausentes (arts. 563 y 660)

Los casados sólo pueden ser fiadores de su cónyuge, previa autorización judicial, salvo cuando se trate de otorgar caución para que obtenga su libertad (art. 175)

Como generalmente la fianza implica la posibilidad de disponer de los bienes al cumplirse la obligación del fiador, los apoderados requerirán de un poder especial para ser fiadores en representación de sus poderdantes o un poder general para actos de dominio.

b) Ausencia de vicios en el consentimiento.- Son aplicables a la fianza, las reglas utilizadas para los contratos en general, en cuanto a vicios del consentimiento se refiere, y que ya fueron explicados en el capítulo anterior.

CLASES DE FIANZAS

a) Legales.- La fianza es legal cuando la ley en forma directa e inmediata impone la obligación de otorgar esta garantía fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial. Por ejemplo, cuando el tutor antes de que se le discierna del cargo, debe de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con fianza, prenda o hipoteca (art. 519).

b) Judiciales.- Es judicial la fianza, cuando deba otorgarse en virtud de una providencia emanada de un órgano jurisdiccional competente, como es el caso del aseguramiento de alimentos (art. 317).

Técnicamente todas las fianzas judiciales son legales, ya que el juez no puede imponer el otorgamiento de una garantía consistente en la fianza, si no es con fundamento en una disposición legal.

Para otorgar una fianza legal o judicial, se requiere que el fiador pruebe su solvencia con un certificado del Registro Público de la Propiedad, que compruebe que es propietario de bienes inmuebles con valor suficiente para garantizar la obligación que contraiga, y no le aprovecha el beneficio de excusión que da la ley a los demás fiadores (arts. 2850, 2851 y 2855). La persona ante quien se otorgue una de esas fianzas, deberá dar aviso al Registro Público de la Propiedad para que se haga una anotación preventiva de la misma en el folio real correspondiente al inmueble señalado para acreditar la solvencia, que producirá el efecto de presumir fraudulenta la enajenación que haga del bien el fiador, si de ésta resulta su insolvencia (arts. 2852, 2854 y 3044).

c) Convencionales.- Es convencional cuando celebran el contrato libremente y de común acuerdo fiador y acreedor.

d) Gratuitas.- Es gratuita cuando el fiador no recibe del acreedor una contraprestación por la obligación que asume.

e) Onerosa.- Es onerosa cuando el acreedor da una contraprestación al fiador por la obligación que éste asume.

f) Mercantiles.- Es mercantil cuando la otorga una Institución de Fianzas.

g) Civiles.- Es civil cuando es otorgada por personas físicas o compañías, en forma incidental en favor de determinadas personas y se sujetará a las disposiciones del Código Civil, siempre que no se extienda en forma de póliza, que no se anuncie públicamente y que no se emplee agentes que las ofrezcan (art. 2811).

RELACION ENTRE LAS PARTES

a) RELACION ENTRE FIADOR Y ACREEDOR.- Por virtud de este contrato, el acreedor tiene derecho de exigir del fiador el cumplimiento de la obligación si el deudor no lo hace, claro está que el acreedor primero tiene que requerir al deudor para el pago y para la excusión de sus bienes, y después o al mismo tiempo compeler al fiador, según este haya o no renunciado al beneficio de orden que le otorga la ley.

El fiador podrá oponer al acreedor las excepciones inherentes a la fianza y a la obligación principal, más no las personales del deudor (art. 2812).

BENEFICIOS DE ORDEN, EXCUSION Y DIVISION.

ORDEN.- Este beneficio consiste en que el fiador no puede ser demandado por el acreedor sin que previamente sea demandado el deudor.

EXCUSION.- Consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto.

DIVISION.- Cuando existen varios fiadores, cada uno le corresponderá pagar parte del adeudo.

b) **RELACION ENTRE FIADOR Y DEUDOR.**- El fiador que pague, debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para constituir la fianza. Si la fianza se constituye en contra de la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno de cobrar lo que pagó, sino únicamente el beneficio que el pago le haya proporcionado al deudor (art. 2828)

El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste, de: La deuda principal, los intereses respectivos desde que haya notificado del pago al deudor, de los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago, y por último, de los daños y perjuicios que haya sufrido por culpa del deudor (art. 2829).

El fiador que paga se subroga en todos los derechos que el acreedor haya tenido contra el deudor.

CAUSAS DE EXTINCION Y CADUCIDAD DE LA FIANZA

El principio general en la fianza, es que la obligación del fiador, se extingue al mismo tiempo que la obligación garantizada. Además la obligación del fiador, se extingue por vía directa, por las mismas causas que las demás obligaciones.

Como causa específica de extinción de la fianza, se señala cuando por culpa o negligencia del acreedor no puede el fiador subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas que tenía aquél respecto del deudor (art. 2845).

La caducidad es la extinción de un derecho por el abandono que de su ejercicio hace su titular en cierto tiempo o por el abandono de la acción procesal correspondiente. El derecho del acreedor se extingue por caducidad en los siguientes casos:

a).- Si el fiador se ha obligado por tiempo determinado, cuando el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de su obligación dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando deje de promover sin causa justificada por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor; y

b).- Si el fiador se ha obligado por tiempo indeterminado, cuando el acreedor no ejercita sus derechos contra el deudor dentro del plazo de un mes a partir de que el fiador le pida que promueva judicialmente, cuando la deuda principal sea exigible, o cuando deje de promover sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio establecido en contra del deudor.

2.- PRENDA

CONCEPTO

"La prenda es el contrato por el que un deudor o un tercero entrega al acreedor o a un tercero la posesión de un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago (2856), con el producto de su venta en caso de incumplimiento de la misma obligación." (38)

La prenda está regulada en el Art. 2856 del Código Civil, que dice: "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

CARACTERISTICAS

Es un contrato accesorio de garantía. No tiene existencia ni validez por sí mismo, sino depende de la existencia y validez de una obligación.

La prenda constituye una garantía real para el cumplimiento de una obligación, es un derecho oponible a todo tercero. El bien respecto del cual se constituye el derecho real, siempre es un bien mueble enajenable.

El contrato de prenda es accesorio; bilateral porque produce

(38).- Sánchez Medel, Ramón. De los Contratos Civiles, 10a. edición, México, Porrúa, 1989, p. 469.

obligaciones para ambas partes, generalmente gratuito, porque sólo genera provechos para el acreedor y gravámenes para el deudor prendario, pero en ocasiones puede ser oneroso, si el acreedor paga o se obliga a pagar una contraprestación al deudor prendario por la constitución de la garantía que éste otorga; real en oposición a consensual, ya que se perfecciona por la entrega de la cosa que puede ser real o jurídica y no simplemente por el acuerdo de voluntades; formal porque siempre debe constar por escrito, y nominado porque está regulado en la ley.

ELEMENTOS ESENCIALES

a) Consentimiento.- El consentimiento se integra por el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor prendario. El deudor de la obligación o crédito garantizado puede coincidir o no con el deudor prendario, si no coincide, la prenda puede otorgarse a ruego del deudor de la obligación principal, sin su consentimiento y aún en contra de su voluntad, ya que el contrato se celebra entre el acreedor y el deudor prendario. El contrato para que produzca el derecho real, no se perfecciona con el simple consentimiento, sino que se requiere la entrega de la cosa sobre la que se constituye el derecho; siendo dicha entrega real o jurídica.

b) Objeto.- El objeto indirecto de este contrato es el bien sobre el que se constituye el derecho real de garantía, el cual debe ser determinado, enajenable, siempre será un bien mueble.

c) Forma.- Debe de constar por escrito y si se celebra en documento privado, deben formularse dos ejemplares, uno para cada contratante, debe de tener fecha auténtica para que sea un derecho real oponi-

ble a terceros. Cuando la prenda recae sobre frutos pendientes que deban ser colectados en tiempo determinado, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad. Si los objetos dados en prenda son acciones o créditos que no sean al portador o negociables por endoso, debe notificarse la constitución de la prenda al deudor del crédito, para que ésta se considere legalmente constituida.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

a) Capacidad.- El acreedor prendario sólo requiere de la capacidad de ejercicio, en cambio, el deudor prendario necesita además de la capacidad de ejercicio, de la capacidad especial consistente en ser propietario del bien objeto del contrato, ya que la prenda por constituir un derecho real, supone un acto de disposición. Las personas que ejercen la patria potestad y los tutores no pueden dar en prenda los bienes muebles preciosos de sus representados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa autorización judicial. Asimismo, los albaceas no podrán dar en prenda los bienes de la herencia, si no es con el consentimiento de los herederos o de los legatarios interesados.

b) Ausencia de vicios.- Estos presupuestos no tienen una norma especial de aplicación en este contrato, y por lo tanto, rigen al respecto las reglas generales en materia contractual.

BIENES QUE SE PUEDEN AFECTAR

Bienes muebles, enajenables y determinados. Entran además en la prenda, los accesorios pero no los frutos que pertenecerán al deudor, así como los derechos personales enajenables del deudor.

Los derechos reales muebles podrán constituirse y éstos pueden ser: Prenda del derecho de propiedad sobre muebles; prenda del derecho de usufructo sobre muebles; sobre el derecho de nuda propiedad sobre muebles, del derecho de prenda del derecho de crédito hipotecario; del derecho de autor.

RELACION ENTRE LAS PARTES

Derechos y Obligaciones del Acreedor.- Los Derechos son: Derecho de preferencia en el pago; derecho de persecución; de indemnización de los gastos; de exigir otra prenda; de venta o adjudicación; de retención; de que el deudor defienda a la prenda; de que se extienda la prenda a los accesorios y aumentos; de usar la cosa; de percibir los frutos si así se convino; de demandar al deudor. Las Obligaciones son: Conservar la cosa empeñada, responder por deterioros; y restituir la cosa.

Derechos y Obligaciones del Deudor.- Como derechos tenemos: Exigir depósito de la cosa dada en prenda; recuperar la cosa total o parcialmente en caso de pago; percibir los frutos salvo pacto en contrario; suspender la enajenación de la cosa empeñada; percibir el exceso; usar la cosa dada en prenda cuando se quede en su poder. Las obligaciones son: Pagar los gastos necesarios y útiles; sustituir la prenda o pagar la deuda cuando se pierda o deteriore; defender la cosa o pagar daños y perjuicios si no lo hace.

DIFERENTES TIPOS DE PRENDA

a) Voluntaria.- Es voluntaria cuando se constituye espontáneamente.

b) Legal.- La prenda es legal cuando se constituye para cumplir con una obligación legal de otorgar esa garantía.

c) Civil y Mercantil.- La prenda puede también ser civil o mercantil, la cual difiere de aquélla en la forma de constituirse y en alguno de los efectos que produce. Así, en la prenda civil sobre créditos, no puede cobrar éstos el acreedor pignoraticio, pues sólo puede pedir que se deposite su importe, en tanto que en la mercantil puede el acreedor prendario cobrar el crédito pignorado. Por esta razón, cuando en la prenda civil se ha decretado la amortización de los títulos empeñados, puede el deudor, salvo pacto en contrario, sustituirlos por otros de igual valor.

CAUSAS DE EXTINCIÓN

Existen dos modos generales de extinguir el derecho real de la prenda, a saber: por vía indirecta o por vía directa.

Se extingue el derecho real de prenda por vía indirecta, cuando se extingue la obligación principal que ella garantiza, bien sea por virtud del pago o de cualquier otro modo de extinción de las obligaciones.

La extinción de la prenda es por vía directa, cuando deja de existir el derecho real de prenda, pero subsiste la obligación garantizada por él. La renuncia expresa que el acreedor haga de la prenda, extingue ésta, pero deja en pie la obligación que estaba garantizando aquélla. La destrucción o la pérdida de la cosa pignorada, aunque extingue la prenda por vía directa, da derecho, sin embargo, a favor

del acreedor prendario para exigir al deudor otra prenda o el pago de la obligación aún antes del plazo convenido, siempre que tal destrucción o pérdida no sea por culpa del mismo acreedor.

3.- HIPOTECA

CONCEPTO

"La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre el bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de preferencia que señala la Ley." (39)

El Código Civil la define en su art. 2893 que dice: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley."

(39).- Zamora y Valencia. Op. Cit., p. 320

CARACTERISTICAS

Es un contrato accesorio de garantía y por lo tanto su existencia y validez dependen de la existencia y validez de la obligación garantizada, por lo que, en términos generales, la nulidad, transmisión, duración o extinción de la obligación, influyen sobre la hipoteca. La celebración del contrato origina la creación del derecho real de hipoteca; sólo puede recaer sobre bienes determinados e indubitablemente identificables, que son los únicos que pueden inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, además deben ser bienes enajenables.

El contrato de hipoteca no desposee del bien al deudor hipotecario y no tendrá obligación de entregarlo mientras no se haga efectiva la garantía que implica.

La hipoteca es un contrato accesorio, unilateral, porque sólo genera obligaciones para el deudor hipotecario; gratuito, porque sólo genera provechos para el acreedor, consistentes en la seguridad desde el punto de vista económico, de que será cumplida la obligación del deudor en su favor o indemnizado cabalmente en caso de incumplimiento, y sólo por excepción oneroso, cuando el acreedor pague una contraprestación al deudor hipotecario por la celebración del contrato y la constitución del derecho real, en cuyo caso también será bilateral; consensual en oposición a real, porque no requiere la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato, es más, el deudor nunca tendrá la obligación de entregar la cosa, mientras no se haga efectiva la garantía; formal, porque siempre se requiere de una manera determinada impuesta por la ley para la validez del contrato, y nominado, por la reglamentación que hace el Código Civil de este contrato.

DIFERENTES TIPOS DE HIPOTECA

a) Voluntaria.- Es aquella convenida entre las partes o impuesta por disposición del propietario de los bienes sobre los que se constituye.

b) Necesaria.- Es aquella que por disposición de la ley, está obligada a constituir determinada persona para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran adquirir por la administración de bienes o para garantizar el pago de los créditos a determinados acreedores.

c) De Propietario.- Es aquella que grava un bien en favor del mismo dueño para tener preferencia en el cobro de un crédito con su valor, frente a otros acreedores hipotecarios. En derecho mexicano se admite un caso de hipoteca de propietario cuando, en virtud de la subrogación que se opera por ministerio de ley, el adquirente de un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él, un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

ELEMENTOS ESENCIALES

a) Consentimiento.- Se integra por el acuerdo de voluntades entre el deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario. El contrato de hipoteca se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, pero el derecho real sólo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad.

b) Objeto.- Los bienes sobre los que se puede constituir el derecho real hipotecario, deben ser determinados, enajenables e inscribibles.

El derecho hipotecario se extiende aunque no se exprese: a las accesiones naturales del bien gravado; a las mejoras hechas por el propietario; a los muebles incorporados por el propietario cuando por ese motivo se convierten en inmuebles y a los nuevos edificios o pisos que el propietario construya sobre el bien hipotecado.

La hipoteca no comprenderá, salvo pacto en contrario: los frutos industriales producidos antes de que el acreedor exija el pago del crédito; las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

c) Forma.- El contrato de hipoteca siempre debe constar por escrito y por lo tanto, es un contrato formal.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

a) Capacidad.- Según el art. 2906 del Código Civil para el D.F., sólo puede hipotecar el que puede enajenar, por lo tanto, la hipoteca de cosa ajena, es nula.

Por lo anterior, deberán aplicarse a esta materia, las limitaciones ya señaladas para enajenar bienes a los que ejercen la patria potestad (art. 436), a los tutores (561), a los representantes de los ausentes (660), a los cónyuges (174) y a los albaceas (1719).

El predio común no puede ser hipotecado sino con el consentimiento de todos los copropietarios (art. 2902).

En relación con el acreedor hipotecario, en términos generales, sólo requiere la capacidad de ejercicio para la celebración válida del contrato.

b) Ausencia de vicios.- La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud no tienen aplicación especial en este contrato, y por lo tanto, se aplican las reglas generales en materia de obligaciones.

BIENES QUE PUEDEN SER AFECTADOS

Recae la hipoteca sobre los bienes corpóreos, muebles o inmuebles, y se extiende a las accesiones, mejoras y muebles incorporados.

DURACION Y PRORROGA

La hipoteca dura, salvo convenio en contrario, por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice y si ésta no tiene término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Se puede pactar que la hipoteca tenga una duración menor que el plazo de la obligación garantizada pero no mayor (2927)".

La hipoteca necesaria durará mientras dure la obligación que garantiza (2934).

Además, la hipoteca produce todos sus efectos contra terceros, mientras no sea cancelada su inscripción en el Registro Público de la Propiedad (2940).

Si el acreedor prórroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, la hipoteca se entenderá ampliada por el mismo término a no ser que expresamente se consigne un plazo menor a la prórroga de la hipoteca.

La prórroga otorgada por primera vez hace conservar a la hipoteca el grado de prelación que ésta tenía desde su origen (2929).

La segunda o subsiguientes prórrogas sólo conceden a la hipoteca el grado de prelación que les corresponda a la fecha de sus últimos registros (2930)" (40)

EXTINCIION

Existen dos formas de extinción del derecho real de hipoteca, uno por vía indirecta, es decir, cuando se extingue el derecho principal que la hipoteca garantizaba; y otro por vía directa, por cuanto extinguen el derecho real de hipoteca, independientemente de la subsistencia de la obligación que ella garantizaba, y que sucede en los siguientes casos:

- a) Por pérdida total o parcial del bien hipotecado.- Si la cosa se destruyó sólo parcialmente, la hipoteca subsiste sobre los restos del bien hipotecado, pero si la destrucción fue total, puede el acreedor exigir la inmediata mejora o sustitución de la hipoteca.
- b) Por expropiación.- En este supuesto el importe de la indemnización se destinará al pago del crédito hipotecario o, en su caso, para garantizar ese pago si aún no se ha vencido tal crédito.

(40).- Ibidem, p. 329.

c) Por remate judicial.- En este caso el importe del remate se aplicará al pago del crédito garantizado con la hipoteca, y el juez del conocimiento mandará a cancelar la hipoteca, para que el adjudicatario lo adquiera libre de todo gravamen, salvo estipulación expresa en contrario.

d) Por remisión.- Es cuando el acreedor hace la renuncia expresa de la hipoteca (art. 2941 C. Civil).

4.- EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

ANTECEDENTES

En nuestra legislación no se menciona ningún tipo de fideicomiso en especial, ha sido la práctica bancaria mexicana, que interpretando la amplia definición estipulada en el art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y con base en los fines, bienes, objeto, forma, aspecto económico, duración y órganos que la integran, la que les ha dado nombres convencionales para distinguirlos entre sí, esta misma práctica ha denominado como fideicomiso de garantía a una de tantas opciones o variedades del fideicomiso.

El fideicomiso de garantía se empezó a utilizar en México por las instituciones fiduciarias para garantizar ante sí mismas, los préstamos que otorgaban sus departamentos de crédito, de ahí su denominación "Fideicomiso de Garantía".

La anterior practica fue prohibida por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando se adicionó su art. 348. mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, del 31 de agosto de 1932, que dispuso que era nulo el fideicomiso que se constituyera en favor del fiduciario.

El fideicomiso de garantía se siguió utilizando, aunque para ello se recurrió a otras instituciones fiduciarias del mismo grupo, después con el nacimiento de la banca múltiple, no decreció su uso, pues las instituciones acuden a otras con autorización para actuar como fiduciarios, para la celebración de estos fideicomisos.

Esto se debe a que el fideicomiso de garantía, al parecer, tiene ventaja sobre los otros tipos de garantías al hacer más seguro y flexible el manejo del crédito, por eso este fideicomiso es utilizado por particulares para asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas entre ellos.

Este tipo de fideicomiso ha recibido el reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante dos ejecutorias en las que expresamente se hace referencia al fideicomiso de garantía (amparos promovidos por Hernández Hurtado Guillermo y Domínguez Martínez Roberto, el 9 de marzo de 1973 y el 20 de octubre de 1975, respectivamente)., y de los cuales se hará mención en el siguiente capítulo.

ASPECTOS GENERALES

CONCEPTO.- En términos amplios se puede definir como "aquél cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye y por terceras personas".

El elemento que sirve de base para la denominación y estructura de este fideicomiso, es la finalidad que persigue, pero dentro de esta misma finalidad, admite diversidad de formas o variedades, con ésto se explica que este tipo de fideicomiso y en general en cualesquiera de sus variantes, sea una figura jurídica de extraordinaria versatilidad.

CARACTERISTICAS.- Es accesorio, unilateral para su constitución y bilateral para su ejercicio, gratuito, oneroso, consensual en oposición al real, formal en oposición al consensual, nominado o típico, y de garantía.

BIENES QUE PUEDEN SER AFECTADOS.- En general todos aquellos bienes que pueden ser objeto de apropiación por los particulares, como lo son los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos sobre éstos.

DURACION.- Su duración como ya se mencionó, no puede exceder de 30 años cuando se trata de personas jurídicas o cuando se designe a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia.

El fideicomiso de garantía se extingue en términos generales cuando se cumple el motivo o la finalidad buscada por el mismo, en este caso se extingue al terminar la obligación.

EXTINCION.- El fideicomiso se extingue por las siguientes causas: 1.- Por la realización del fin para el cual fue constituido; 2.- Por hacerse éste imposible; 3.- Por la expiración del término; 4.- Por

convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario; 5.- Por revocación; 6.- Por ejecución de los bienes debido al incumplimiento; y 7.- Por falta de fiduciario.

EFFECTOS DE LA EXTINCION.- Son reversión de los bienes fideicomitados; cancelación de la inscripción en el Registro Público; y la obligación de rendir cuentas por parte del fiduciario.

El fideicomiso de garantía es aquél que en forma irrevocable, constituye un deudor sobre determinados bienes o derechos de su propiedad, para garantizar a su acreedor el pago oportuno de un crédito o el cumplimiento de una obligación.

En este tipo de fideicomiso, el fideicomitente deudor, transmite al fiduciario en forma irrevocable, los bienes o derechos que servirán para garantizar el cumplimiento de su deuda, estableciendo como fin, que en el momento en que el acreedor fideicomisario demuestre al fiduciario que la obligación no ha sido cumplida, este mismo deberá proceder a efectuar la venta de los bienes o derechos fideicomitados mediante el procedimiento que se haya convenido y con el producto que se obtenga, se hará pago o se pagará al acreedor, del crédito garantizado, una vez hecha la deducción de los gastos, y si hubiera algún sobrante, se entregará o se revertirá al fideicomitente.

El fiduciario al recibir del fideicomisario acreedor la demostración del incumplimiento, que podrá ser hecha ya sea mediante la exhibición del título de crédito vencido o por cualquier otro medio que haya sido previsto en el contrato, también recibirá la petición para que proceda a la venta de los bienes, el fiduciario notificará al fideicomitente deudor, para que éste en un plazo que habrá previsto,

acredite haber dado cumplimiento a la obligación garantizada o la cumpla si es que no lo ha hecho, situación en la que se procederá al remate o ejecución.

La venta se efectuará en subasta pública, por corredor o por cualquier otro procedimiento que al efecto se haya previsto en el propio contrato, lo anterior, con base en el procedimiento especial establecido en el art. 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, respecto a lo señalado en el art. 83 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Por lo contrario, si el fideicomitente acredita haber hecho el pago del crédito garantizado, el fiduciario deberá revertirle o devolverle la propiedad de los bienes o derechos fideicomitados.

Este tipo de fideicomisos ha sustituido con ventaja a otras figuras jurídicas que garantizan una obligación, pues ante la demostración del incumplimiento, no está obligado como en esas figuras, a promover juicio alguno, que muchas veces puede ser muy prolongado y costoso, ni a solicitar la autorización o la intervención judicial para la venta de los bienes fideicomitados, sino que basta con la demostración del incumplimiento ante el fiduciario, para que éste proceda sin más trámite, conforme a las facultades que para el efecto se le otorgan en el contrato, a la venta de los bienes mediante el procedimiento que para el efecto hayan establecido las partes.

Otra ventaja de este tipo de fideicomiso está en que aún cuando quiebre el deudor, el bien fideicomitado no formará parte de la masa de la quiebra puesto que ha salido de su patrimonio y el fideicomisario acreedor podrá cobrarse con el producto de la venta del bien fideicomitado y en caso de que hubiere remanentes, será éste el que se le regrese al fideicomitente deudor.

C A P I T U L O

TERMINACION DE LA RELACION FIDUCIARIA

1.- CAUSAS DE EXTINCION DEL FIDEICOMISO

Conforme al artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, existen causas de terminación del fideicomiso en donde interviene definitivamente el aspecto volitivo, es decir, que la voluntad de las partes o de una de ellas determina la extinción del fideicomiso.

Asimismo se puede contemplar que existen causas de terminación del fideicomiso que provienen de hechos ajenos a la voluntad de las partes.

Por virtud de estos aspectos generales se verán que ciertas causales de extinción provienen de ambas partes o de una sola de ellas y otras de hechos que les son ajenos; con este criterio se enfocará la clasificación de las causas de terminación del fideicomiso.

1.1.- DIVERSOS TIPOS DE EXTINCION

Entre las diversas clases de extinción del fideicomiso cabe destacar aquellas en que interviene la voluntad de las partes, sin tomar en

cuenta si están o no previstas en la ley; tenemos aquellas en que no interviene la voluntad de las partes, como sería el caso que se prevé en las fracciones II y III del citado artículo 357.

De esta forma podemos concluir que existen dos formas básicas para la extinción del fideicomiso y que son:

- a) Causas de extinción conforme a la ley.
- b) Causas de extinción conforme a la voluntad de las partes.

CAUSAS DE EXTINCION CONFORME A LA LEY

El artículo 357 de la ley de la materia, señala en siete fracciones las causas de extinción del fideicomiso, las cuales se analizarán a continuación:

a) "Por la realización del fin para el cual fue constituido"; esto es, que para la constitución del fideicomiso se establece un fin u objeto, mismo que va a determinar la extinción del mismo. Al alcanzarse el fin determinado se extingue, por sí mismo, el fideicomiso.

Visto de esta manera, se puede considerar que todo fideicomiso constituido para la realización de hechos que deban ejecutarse una sola vez, quedará extinguido al lograrse la realización de esos hechos.

b) "Por hacerse imposible el fin"; sobre este punto, considero que es un tanto ambigua esta causal, en virtud de que no se determina si es una imposibilidad física, en la que queda comprendida tal imposibilidad en forma relativa.

c) "Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva en el plazo señalado al momento de la constitución o en su defecto a los veinte años siguientes a la constitución"; esta fracción encuentra gran similitud con la mencionada en el inciso anterior; con la única salvedad de que en este supuesto se habla de una condición suspensiva, que establece la extinción de un fideicomiso ya nacido, cuya eficacia ha quedado sujeta a la realización de una condición que se ha convertido en imposible, o en su defecto a los veinte años siguientes a la constitución, lo cual implica que si no se cumple la condición en el plazo señalado, se hará dentro del plazo de veinte años, con lo que se elimina la posibilidad de que el fideicomiso se convierta en un mecanismo de amortización y estacionamiento de la riqueza.

d) "Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto"; en esta fracción encontramos cierta relación con la fracción primera, con la sola diferencia de que en esta fracción se habla de una condición y no de un fin, aunque bien se podría hablar de un plazo final o extintivo.

e) "Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario"; evidentemente esta causa de terminación excluye a los fideicomisos creados por testamento, así como aquellos en que no aparece la figura del fideicomisario o su aceptación, y aquellos en que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revocar discrecionalmente el fideicomiso.

f) "Por revocación hecha por el fideicomitente"; ésta procede únicamente cuando el fideicomitente se ha reservado ese derecho al constituir el fideicomiso; de esta disposición legal se deduce que la escritura normal del fideicomiso tiene una duración preestablecida,

pero en forma excepcional y sólo cuando ha habido reserva expresa, el fideicomitente tiene la facultad de dar por concluido el fideicomiso a su voluntad, razón por la cual esa revocabilidad debe considerarse unilateral.

g) "El caso del párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito"; dicho artículo dice: El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.

CAUSAS DE EXTINCIÓN CONFORME A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y A LOS USOS BANCARIOS

La voluntad de las partes es factor determinante para la terminación del fideicomiso, como se consigna en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus fracciones V y VI.

Es decir, que el fideicomiso puede extinguirse por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario y en caso de revocación, cuando el fideicomitente se haya reservado ese derecho en el acto constitutivo del fideicomiso.

Asimismo se pueden deducir otras causas que no están previstas en la ley:

1.- Renuncia del fideicomisario. Cuando el beneficiario o el fideicomisario no aceptan los beneficios instituidos a su favor, en otras palabras rechazan dichos beneficios y, habiendo fallecido ya el fideicomitente, estaremos en otro caso de extinción del fideicomiso.

Algunos tratadistas han considerado como causa de extinción del fideicomiso la muerte del fideicomisario, con lo cual no estoy de acuerdo, ya que el art. 359 fracción II de la LGTDC, prohíbe la substitución por muerte del fideicomisario, salvo que los que lo hayan de substituir sean personas vivas o ya concebidas a la muerte del fideicomitente.

2.- Cumplimiento del término o plazo. Por acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario se puede establecer el término de vigencia de un contrato de fideicomiso. Una vez llegado este término, el fideicomiso se extinguirá y se entregarán los bienes al fideicomitente en caso de que se haya establecido a su favor la reversión del patrimonio o a favor del fideicomisario, en cumplimiento de lo establecido en el clausulado del fideicomiso.

3.- Destrucción de la cosa. Partiendo de la base de que el objeto o la cosa materia del fideicomiso es un elemento indispensable para la existencia del mencionado contrato, se puede afirmar que si la cosa se destruye, como consecuencia lógica sobrevendrá la terminación del fideicomiso, en el entendido de que esta destrucción deberá ser total, pues en caso contrario el fideicomiso subsistirá sobre la parte que quede de los bienes, claro que hasta donde sea física o legalmente posible. Al respecto nuestro derecho no contempla esta situación, no obstante que nos podemos dar cuenta que esta causal es obvia, en virtud de que el objeto es un elemento esencial de existencia del fideicomiso.

4.- Desaparición o transmisión de la materia del fideicomiso por causa de utilidad pública. Al no existir bienes afectos al fideicomiso, éste dejará de tener materia u objeto. Lógico es pensar que al hacerse el pago de la expropiación, se realice éste a favor de la fiduciaria, quien a su vez lo hará llegar generalmente a los fideicomisarios, conforme a lo establecido en el contrato correspondiente.

1.2.- EFFECTOS DE LA EXTINCION

La extinción del fideicomiso trae una serie de consecuencias y una de las principales es la que se encuentra contenida en el artículo 358 de la LGTOC, y que consiste en la desaparición del patrimonio y bienes afectos al fideicomiso, salvo disposición expresa en contrario del fideicomitente, volverán a éste o a sus herederos.

Como consecuencia de la terminación, el fideicomitente o sus herederos podrán practicar una detallada inspección de los bienes que reciben en devolución, y si encuentran un deterioro excepcional podrán ejercitar acción en contra del fiduciario, si estiman que dicho deterioro obedece a negligencia de este último.

Naturalmente que al extinguirse el fideicomiso y transmitirse el patrimonio (de afectación), cesará el derecho del fideicomisario o fideicomisarios a continuar percibiendo los beneficios de la situación resultante del fideicomiso que termina.

La terminación del fideicomiso trae como consecuencia la cancelación de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad en que haya sido inscrito. Para hacer esta cancelación ordena el mencionado artículo 358 que bastará, tratándose de bienes inmuebles o de derechos

reales impuestos sobre ellos, que la institución fiduciaria así lo anote en el documento constitutivo del fideicomiso, y que esta declaración se asiente en el Registro Público de la Propiedad en que haya sido inscrito.

2.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Como se ha mencionado, el fideicomiso termina por varias causas, pero la que se va a tratar en el presente apartado, es cuando el deudor o fideicomitente no cumple con las obligaciones contraídas en el momento de constituirse el fideicomiso.

Previendo esta situación el acreedor le ha pedido al deudor que transmita como garantía un bien determinado que asegurará su obligación hasta el momento de cubrirla, pero de no hacerlo, en las cláusulas del contrato se ha previsto un procedimiento acorde al art. 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.1.- CIRCULAR DE LA COMISION NACIONAL BANCARIA.

Con fecha 6 de diciembre de 1971, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, envió a las Instituciones de Crédito, la Circular 59716 para establecer las bases del procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento de las obligaciones en los fideicomisos de garantía, y que es el siguiente:

"A LAS INSTITUCIONES Y DEPARTAMENTOS FIDUCIARIOS

En relación con las facultades que asumen las instituciones fiduciarias en los fideicomisos de garantía que celebran, para determinar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía haciendo pago con su producto a los acreedores, nos permitimos comunicarles que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito, en oficio número 351C-1327, expediente 011/34576, de fecha 27 de mayo del año en curso, resolvió que al ejercitar tales facultades, bajo la responsabilidad de las propias fiduciarias, deberán observarse el procedimiento y las formalidades establecidas en las fracciones III y V del Art. 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (41).

Por tanto, en los fideicomisos de garantía que celebren a partir del día 1o. de octubre del presente año, en los que asuman las facultades antes señaladas, deberán pactar expresamente que, en caso de ejecución del fideicomiso por incumplimiento de los deudores, observarán el procedimiento y las formalidades establecidas en el precepto citado en el párrafo anterior."

2.2.- ARTICULO 83 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

La Ley de Instituciones de Crédito, señala en su artículo 83 lo siguiente: "A falta de procedimiento convenido en forma expresa de las

(41).- Actualmente art. 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 83 de la Ley de Instituciones de Crédito.

partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones."

Por su parte el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus dos primeros párrafos, establece lo siguiente: "El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando venza la obligación garantizada.

De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.-....."

3.- EJECUCION EN CASO DE INCUMPLIMIENTO EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

En caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor, la fideicomisaria girará instrucciones a la fiduciaria, para que de inmediato proceda a la enajenación o adjudicación del bien fideicomitado, atendiendo a lo establecido en los dos artículos antes mencionados o a la escritura constitutiva del fideicomiso.

Es de uso común que al constituirse el fideicomiso de garantía, se establezca un procedimiento de ejecución, similar al siguiente:

"CLAUSULA X.- (Procedimiento de ejecución).- Las partes acuerdan expresamente que en caso de falta de pago o de el incumplimiento de las obligaciones contraídas por "SISA", que se garantizan con el bien fideicomitado en este contrato, "LA FIDUCIARIA" procederá a la adjudicación del mismo en favor de "LAS FIDEICOMISARIAS" o bien a la venta del bien fideicomitado, de acuerdo a lo siguiente:

A).- Las "FIDEICOMISARIAS" deberán notificar por escrito a "LA FIDUCIARIA" del incumplimiento de las obligaciones garantizadas derivadas de el Contrato o Contratos de Arrendamiento Financiero y Factoraje Financiero, dándole instrucciones precisas para que adjudique a su favor o bien para que proceda a la venta a terceros, del bien fideicomitado.

B).- "LA FIDUCIARIA", una vez recibida la notificación, procederá a notificar la solicitud de adjudicación o venta del bien fideicomitado en este contrato a el "FIDEICOMITENTE".

C).- "EL FIDEICOMITENTE" tendrá tres días hábiles, contados a partir de la fecha en que "LA FIDUCIARIA" les haga dicha notificación, para realizar el pago total de las obligaciones que no hubieren cumplido. Dicha notificación hará las veces de requerimiento de pago.

D).- La adjudicación del bien fideicomitado en favor de LAS FIDEICOMISARIAS o la venta del mismo a terceros se llevará a cabo por la vía extrajudicial, por lo que las partes aceptan expresamente el procedimiento pactado en esta cláusula.

E) Transcurrido el plazo indicado en el inciso C) anterior sin que "SISA" cumpla con las obligaciones garantizadas, las FIDEICOMISARIAS en su caso, harán la provisión de los fondos necesarios para el inicio de las gestiones de ejecución respecto del bien fideicomitado, observando lo siguiente:

UNO.- "LA FIDUCIARIA", podrá proceder a la venta de que se trata por sí misma o por medio de terceros.

DOS.- "LA FIDUCIARIA", previa instrucción que reciba de "LAS FIDEICOMISARIAS", deberá solicitar la práctica de un avalúo del bien fideicomitado a una institución de banca múltiple por ella designada.

TRES.- Independientemente de lo establecido en el párrafo anterior, "LA FIDUCIARIA", si así se lo requieren "LAS FIDEICOMISARIAS", procederá a la venta inmediata del bien fideicomitado mediante pública oferta de venta, dando la publicidad necesaria para lograr dicha venta a través de la publicación del aviso correspondiente, en el Diario Oficial de la Federación, si en la primera fecha no se logra la venta, se procederá a convocar a otras cuatro ofertas de venta, una cada tres días hábiles, reduciendo en un diez por ciento en cada ocasión el precio base de la oferta de venta.

"LAS FIDEICOMISARIAS" se reservan el derecho de pedir la adjudicación del bien a su favor en cualquier momento, siempre y cuando no exista ningún comprador que haya cumplido con lo establecido en el punto CUATRO siguiente.

Si no se logra la venta del bien fideicomitado a la quinta fecha, LA FIDUCIARIA procederá a adjudicar el mismo a "LAS FIDEICOMISARIAS" en el valor que resulte de restar el cincuenta por ciento del avalúo a que

se refiere el punto B) anterior dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días, contados a partir de la fecha de la última subasta.

CUATRO.- En su caso, los interesados en la compra del bien deberán depositar en las oficinas de "LA FIDUCIARIA" o donde ésta lo indique, una cantidad no menor al veinticinco por ciento del valor de la oferta de venta.

Si existen varios interesados en la compra, "LA FIDUCIARIA" sin responsabilidad, elegirá por sorteo al comprador y llevará a cabo la venta ante notario público, respecto del inmueble, sin su responsabilidad.

Una vez elegido el adquirente, "LA FIDUCIARIA" devolverá los depósitos a que se refiere el primer párrafo de ese inciso a los demás interesados, conservando el del siguiente elegido, como garantía de la celebración de la operación definitiva y su importe pasará a formar parte del precio al realizarse la venta.

En caso de no llevarse a cabo la compra, el interesado designado perderá el depósito, aplicándose el mismo en favor de "LAS FIDEICOMISARIAS" llamándose al siguiente interesado, en los mismos términos y condiciones ya mencionados en esta cláusula.

Una vez realizada la venta, "LA FIDUCIARIA" dará las instrucciones necesarias para elevar a escritura pública la compraventa del bien fideicomitido, misma que otorgará ante el notario público de su elección, con la comparecencia y previa instrucción de "LAS FIDEICOMISARIAS".

Todas las costas y gastos en que incurra "LA FIDUCIARIA" serán cubiertos por "LAS FIDEICOMISARIAS" y restados del remanente que, en su caso, hubiere en favor del "FIDEICOMITENTE", una vez que se hubiere cumplido con el pago de las obligaciones aquí garantizadas en favor de las "FIDEICOMISARIAS".

Las partes de común acuerdo, han pactado el procedimiento que ha quedado asentado en el presente contrato y dan su pleno consentimiento para que en caso de incumplimiento, "LA FIDUCIARIA" proceda conforme a lo establecido."

4.- CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION

Muchos autores critican el procedimiento de ejecución que lleva a cabo la fiduciaria, una vez que se cumple la condición suspensiva del incumplimiento del deudor para con el acreedor, en el plazo establecido.

Al respecto, el licenciado Octavio Hernández, dice: "... es posible que no pueda, dada nuestra estructura constitucional, concederse llanamente facultad a la fiduciaria para que venda el patrimonio fideicomitido dado en garantía, pues es esta atribución de carácter jurisdiccional...."

Por otro lado, el doctor Raúl Cervantes Ahumada, también considera violatoria de las garantías constitucionales la llamada ejecución fiduciaria y establece que: "... la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía, en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional...."

En virtud de haberse tratado en otro capítulo la situación jurídica del patrimonio fideicomitado, me limitaré a sostener que el bien afectado sale del patrimonio del fideicomitente y se destina a la realización de un fin lícito y determinado, es decir, el fideicomitente ya no es dueño y, por tanto, no podría disponer en lo absoluto del bien afecto, puesto que se transfirió a la fiduciaria, habiéndose establecido en el clausulado que si llegado el plazo para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, éste no hubiere liquidado su adeudo, ese bien que garantiza su cumplimiento, debe ser vendido para que con el producto de la venta se pague al acreedor.

De lo anterior se deduce que la obligación de la fiduciaria se limita a:

- 1.- En caso de que el deudor pague, revertirá el patrimonio fideicomitado al fideicomitente.
- 2.- En caso de que el deudor no cumpla con la obligación contraída con el acreedor, el fiduciario realizará el bien fideicomitado y liquidará al acreedor el importe de su crédito.

Esa es la obligación de la fiduciaria y si ésta actúa conforme a la voluntad que las partes expresaron al momento de la constitución del fideicomiso, estaremos ante un caso de cumplimiento de una obligación contraída.

El fideicomitente, como ya se mencionó, ha dejado de ser propietario del bien, por lo tanto, no se requiere ninguna orden para desincorporar el bien de su patrimonio, por lo que llegado el caso de venta, no existe afectación a su patrimonio, es decir, no hay un cambio externo.

Al respecto, el Licenciado Jorge Antonio Zepeda opina:

"La fiduciaria no es una autoridad pero, ahora bien, si pensamos que el fideicomitente ya no es propietario y que la fiduciaria no es autoridad, concluiremos que por lo tanto no actúa como autoridad: que el fideicomiso no es un título de ejecución; que el procedimiento de venta fiduciaria no es equiparable a la ejecución judicial, simplemente nos encontraremos ante el cumplimiento de una obligación válidamente asumida por la fiduciaria.

Y en cuanto a que si hay violación de las garantías constitucionales, porque la fiduciaria vende en pública subasta un bien dado en fideicomiso de garantía, puesto que se suprime la posibilidad del sujeto de ser oído y vencido en juicio, y que se desposee al fideicomitente sin mandamiento de autoridad, opina el Licenciado Zepeda: "es decir es una polémica que carece totalmente de significado y sentido, porque simplemente no hay ejecución en el fideicomiso, lo que hay es cumplimiento." (42)

Ante todo debe de prevalecer la suprema voluntad de las partes, como lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha sostenido lo siguiente:

"No es exacta la aseveración de la quejosa, en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitidos realiza un acto de autoridad mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones, toda vez que, en el fideicomiso de garantía,

(42).- Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Publicación de Banco Mexicano Somex, S.A., I.B.N., 1a. edición, México, 1982, p. 360.

es el propio deudor quien como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, es decir, a ser vendidos o rematados para que con el producto de la venta, se haga el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, sujetándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma, términos convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque en ello no hay controversia que ventilar y decidir.----- Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la - constitucionalidad, tanto del remate de los bienes en el fideicomiso de garantía, sin la intervención del órgano jurisdiccional, como de la sentencia reclamada que en definitiva declaró infundada la oposición de la fideicomitente deudora a dicho remate, por parte de la institución a la que expresamente le encomendó su realización, para que con el producto de los bienes pagara la suma debida al fideicomisario acreedor. (Amparo Directo 2618/74.- Roberto Domínguez Martínez).

5.- JURISPRUDENCIA EN RELACION AL FIDEICOMISO

Los artículos 192, 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, indican que las ejecutorias del Pleno o de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los tribunales colegiados de circuito, en materia de su competencia exclusiva, constituyen jurisprudencia si lo

resuelto en ellas se sustenta en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por un mínimo de catorce y cuatro ministros, y por la totalidad de los magistrados, respectivamente.

Ahora bien, las opiniones de dichas autoridades no son copiosas con respecto al objeto en estudio, el fideicomiso; sin embargo, las existentes son útiles por cuanto que por lo menos, aclaran la posición de los tribunales federales sobre dicho particular.

Las ejecutorias encontradas se han agrupado, en lo posible, por similitud de contenido, enfoque u orientación; en la inteligencia de que la expresión jurisprudencia que inicia cada uno de los encabezados no significa que se haya constituido efectivamente en la manera indicada.

El primer encabezado se refiere a la naturaleza del fideicomiso, el segundo a los vínculos que crea, el tercero a situaciones irregulares que importan ilicitud o nulidad y el cuarto a aspectos procesales.

5.1.- JURISPRUDENCIA SOBRE LA NATURALEZA DEL FIDEICOMISO

a) En el amparo directo 171/1965, promovido por José Refugio Dévora Mojarro, se estableció:

"Entre el fideicomitente y el fideicomisario hay una relación de causahabencia, dado que aquél transmite a éste el dominio de los bienes fideicomitados de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que no es suficiente la figura del mandato para

explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otros sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso."

b) En el amparo directo 1355/1967, promovido por Jesús Galindo Galarza, se estableció:

"Conforme a los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciaria, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado."

c) En el amparo directo 4391/1969, promovido por Banco Hipotecario, Fiduciaria y de Ahorros, S.A., se estableció:

"Según puede advertirse de los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en nuestra legislación se concibe el fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado."

d) En el amparo directo 3176/65/2, promovido por Elvira Rascón de Macín y Coag, se estableció:

"Como negocio típico distinto de otros negocios, el fideicomiso aparece regulado en la legislación mexicana en mil novecientos treinta y dos, al entrar en vigor de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Anteriormente, fue introducido en la Ley de Instituciones de Crédito de mil novecientos veinticuatro, la cual hizo referencia a él, sin reglamentarlo, y la Ley sobre la misma materia, de mil novecientos veintiséis, lo consideró como un mandato irrevocable. Su antecedente inmediato es el trust norteamericano, cuya institución en su aspecto jurídico ha sido definida como una obligación de equidad, por la que una persona llamada trustee (fiduciario), debe usar una propiedad sometida a su control (que es nombrada trust property), para el beneficio de personas llamadas cestuigue trustee. Dicho antecedente fue adoptado parcialmente por el legislador mexicano, de acuerdo con nuestro medio, aun cuando en rigor estructuró una institución completamente diversa al trust, y la instituyó como una operación exclusivamente bancaria, en atención a la solvencia de los bancos y a la vigilancia que sobre ellos ejerce el Estado. Atendiendo a su naturaleza jurídica, mediante el fideicomiso, según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria. Y conforme al artículo 351 de la misma Ley, los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin a que se determinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refiere, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente; los que para él deriven del fideicomiso mismo o de los adquiridos legalmente, respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por los terceros. Por lo tanto, puede establecerse que el fideicomiso es un negocio

jurídico en virtud del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Dicho patrimonio es autónomo porque es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de ellos tres puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitados, ya que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado. El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de inmuebles deben transmitírsele en la misma forma que se transmite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356 de la Ley en referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo, y deberán obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

e) En el amparo directo 398/1974, promovido por Evangelina Escárcega de Cañedo, ante el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se estableció:

"En términos de las diversas disposiciones contenidas en el Capítulo Quinto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe decirse que el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad la transmite al fiduciaria para la realización de un fin determinado. Ahora bien, por patrimonio autónomo debe entenderse un patrimonio distinto de otros y distinto sobre todo de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso, o sea, dicho de otra forma, ni al fideicomitente, ni al fideicomisario, ni al fiduciario

puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitidos, sino que debe conceptuarse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, por lo que si se concedió al fiduciario la facultad de emitir títulos de crédito con cargo al patrimonio fiduciario, dicho patrimonio debe responder en su totalidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."

g) En el amparo directo 5567/74, promovido por Banco Internacional Inmobiliario, S.A., se estableció:

"El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se haya provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera.

5.2.- JURISPRUDENCIA SOBRE LOS VINCULOS QUE PRODUCE.

a) En el amparo directo 1573/1971, promovido por Fomento de Crédito Mexicano, S.A., ante la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, se estableció:

"El artículo 2269 del Código Civil previene que: ninguno puede vender lo que no es de su propiedad; es procedente deducir que esta regla que nadie puede gravar un bien si no es de su exclusiva propiedad, salvo en el caso que se obtenga el consentimiento de tercero que tenga dominio sobre el mismo. Tan es así, que el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que: en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. Lo que presupone que el fideicomitente tiene pleno dominio de los bienes que señala para que la institución fiduciaria pueda realizar los actos que le corresponden sin ningún entorpecimiento posterior. Si pues la propia quejosa expresó que respecto de los bienes cuestionados, sus respectivos propietarios o sea los terceros perjudicados, celebraron contratos preliminares de compraventa; y que el valor de la operación se garantizó, por los promitentes compradores, con títulos de crédito, que se entregaron y obran en poder de ella, es incuestionable que los promitentes compradores tengan un interés directo en el futuro de los inmuebles afectos a sus respectivos contratos, en atención a lo cual debieron ser oídos en el juicio para los efectos que indica el artículo noventa y dos del Código de Procedimientos Civiles, que preceptúa: La sentencia firme conduce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente a juicio, dispositivo que encuentra a su vez fundamento en la norma del artículo 14 constitucional."

b) En el amparo directo 1355/67, promovido por Jesús Galindo Galarza, se estableció:

"Conforme a los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los cuales para ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado."

c) En el amparo directo 3285/1970, promovido por Guillermo Hernández Hurtado, se estableció:

"Una vez constituido y registrado un fideicomiso de garantía, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados."

d) En el amparo directo 171/1966, promovido por José Refugio Dévora Mojarro, se estableció:

"En virtud de la relación de causahabencia establecida entre el fideicomitente y la fiduciaria, aquél está obligado a cumplir o perfeccionar los actos que hubiese realizado la segunda en el desempeño del fideicomiso."

e) En el amparo directo 2771/1966, promovido por Juan Cervantes y Coags, se estableció:

"Entre las diversas clases de fideicomisos se encuentran el denominado fideicomiso de garantía como es el de la especie. Este peculiar fidei-

comiso ha tenido gran arraigo en la práctica, pues se ha venido utilizando como sustituto del contrato de hipoteca, y por ello, el fin que se persigue con dicho fideicomiso es el de garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, entregándose éste precisamente, en calidad del bien fideicomitado a una institución fiduciaria legalmente autorizada para fungir como tal. De consiguiente el fin que se persigue con la celebración de un contrato de fideicomiso de garantía, como es el que verificaron los ahora quejosos, por otra parte, es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en "garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble". En estas condiciones, la declaración unilateral del prestatario nada tiene de abstracta o indeterminada, como quieren hacer ver los peticionarios de garantías en el concepto de violación que se analiza, sino que, por el contrario, el consentimiento otorgado se ha encaminado a un fin específico, determinado. Además, el hecho consistente en que se haga o no efectiva la garantía otorgada, es irrelevante para que se pueda concluir que el fin cuestionado sea indeterminado, toda vez que tal hecho es una cuestión absolutamente ajena al fin que se persigue en un fideicomiso de garantía. En otras palabras, una cosa es "garantizar la devolución de un préstamo con un bien inmueble, y otra cosa muy distinta es realizar o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor, circunstancias estas que confunden los quejosos". Por otra parte, cabe advertir que ni la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni ningún otro ordenamiento jurídico, prohíbe que en un contrato de fideicomiso no se pueda perseguir el fin a que se ha venido haciendo alusión, esto es, garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, y, en consecuencia, tal consideración es suficiente para estimar que dicho fin es lícito puesto que, se insiste, no contraviene ningún precepto legal."

f) En el amparo directo 93/1968, promovido por Banco Mercantil de Monterrey, S.A., se estableció:

"El fideicomiso constituido para garantizar el pago de un contrato de mutuo, resulta un acto accesorio y si la acreedora fideicomisaria consiente en recibir el pago y envía una carta en este sentido a la fiduciaria, ésta última no tiene derecho a oponerse a que la acreedora reciba el importe del adeudo, sino por el contrario debe buscar también la solución voluntaria, como lo hicieron las partes en el negocio principal y acatar así la obligación de obrar como buen padre de familia que le impone el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debiendo suspender la venta del inmueble fideicomitado, al conocer el convenio sobre el pago."

g) En el amparo directo 45/71, promovido por Crédito Algodonero de México, S.A., se estableció:

"Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, sí, como ya se dejó asentado al analizar su esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico, se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria, que en nuestra legislación sólo puede ser una institución bancaria expresamente autorizada para ello, afectación que priva al fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitados, cuyo único titular es la fiduciaria para llevar al cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó."

h) En el amparo directo 45/71, promovido por Crédito Algodonero de México, S.A., se estableció:

"En el fideicomiso de garantía se transfiere como es necesario por ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario."

5.3.- JURISPRUDENCIA SOBRE FIDEICOMISOS ILICITOS O NULOS

a) En el amparo directo 4391/69/la., promovido por Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., se estableció:

"La intervención principal concedida por la Ley al fiduciario en la relación contractual formada con motivo del fideicomiso, a grado tal que desplaza al fideicomitente en toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, impide que pueda llegar a asumir la calidad de fideicomisario, o sea la persona física o jurídica facultada para recibir el provecho implícito en el contrato, pues de permitirse esta situación, la actuación del repetido fiduciario ya no estaría determinada por los intereses de quien le encomendó la realización del fin sino en función de sus intereses propios, con el consiguiente daño en perjuicio de aquél. En ese orden de ideas y conforme a la interpretación jurídica del último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la nulidad ahí constituida obedece a la prohibición de que se constituyan fideicomisos en favor del fiduciario y comprenden por ende a todos los casos en los cuales el fiduciario asume la calidad de fideicomisario con entera independencia de que la reunión de esas calidades en el mismo sujeto tengan lugar en el acto constitutivo, o bien en cualquier momento ----

posterior. Además, estableciéndose la referida nulidad como una sanción a los contratos celebrados contra la prohibición aludida, es correcto estimar que se trata de una nulidad absoluta y por lo mismo no susceptible de convalidación por las partes, a la luz de lo dispuesto en los artículos 8o y 2226 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, aplicables supletoriamente con apego al artículo 2o., fracción IV, de la Ley General de Títulos citada."

b) En el amparo directo 6405/1957, promovido por J. Jesús Camarena, se estableció:

"La venta en garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la Ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes; y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes de las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho.

5.4.- JURISPRUDENCIA SOBRE ASPECTOS PROCESALES.

a) En la ejecutoria que obra a foja 53 del tomo CXXXIII del Semanario Judicial de la Federación, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció:

"Como el fideicomitente puede ser al mismo tiempo fideicomisario, o sea, la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso, resulta evidente que aun siendo cierto, como lo es, que la fracción X del artículo 45 de la Ley de Instituciones de Crédito, impone a éstas el deber de no violar el secreto fiduciario, no es menos cierto que nada autoriza a desprender de esta disposición que los acreedores del fideicomisario no pueda embargar a éste los beneficios del fideicomiso salvo, naturalmente, que tales beneficios sean inembargables, como por ejemplo, en el caso de que aquel que hubiera constituido para cubrir alimentos del fideicomisario. Es más, ni siquiera puede desprenderse de tal disposición que los acreedores no pueda ejercitar el derecho de embargo contra los propios fideicomitente, no propiamente en lo que se refiere a los bienes fideicomitados que ya se dijo salen de su patrimonio personal para constituir el autónomo de afectación, pero sí en lo que toca a los derechos que los fideicomitentes se hayan reservado expresamente al constituir el fideicomiso, y también en lo que hace al derecho de reversión de los bienes al extinguirse dicho fideicomiso (artículo 358 de la citada Ley de Títulos).

CONCLUSIONES

1.- Si bien es cierto que el "trust" anglosajón es la fuente directa del fideicomiso mexicano, resulta evidente que esta figura desde su primera utilización en México, bajo la vigencia de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, ha adquirido matices y características propias, que lo diferencian de aquél, haciéndose notar que el fideicomiso surgió en México, cuando las circunstancias eran óptimas para ello, respondiendo a las necesidades del país que pugnaba por un crecimiento, donde los capitales extranjeros eran indispensables para el desarrollo, y para garantizar los préstamos contraídos, se hizo uso del fideicomiso de garantía, el cual fue el primero en utilizarse.

Por lo tanto no hay duda de que el fideicomiso se torna en México como una figura diferente y por lo tanto propia.

2.- El fideicomiso cumple una función social, ya que mediante el mismo se procura la solución de necesidades de grandes masas de población, buscando eficacia, rapidez y profesionalismo; es así como ha servido para trazar y ejecutar grandes unidades habitacionales que benefician a personas de bajos ingresos; mediante él se conjugan esfuerzos para crear desarrollos turísticos, se emiten certificados de vivienda, que bajan el costo de la transmisión de la propiedad; se administran planes de pensiones para empleados y otros beneficios a favor de grandes masas de trabajadores cuyo plan de pensiones significa un gasto programado a través de muchos ejercicio fiscales para las empre-

sas por una parte, y para los trabajadores una percepción uniforme, estable y periódica, que les permite contribuir a su sobrevivencia a partir de la jubilación.

3.- En base a los distintos criterios emitidos por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que han sido mencionados en su oportunidad, la institución a estudio debe ser considerada como un negocio jurídico ya que se elige por las partes una forma jurídica cuyos efectos exceden, con conocimiento de ellas, de los exigidos para el fin práctico que se persigue, dicho carácter es el indicado en las distintas ejecutorias ya mencionadas.

4.- No podemos negar que la naturaleza del fideicomiso tiene gran parte de contractual, pero solamente en lo que se refiere a su ejecución, ya que para su constitución es suficiente la declaración voluntaria del fideicomitente, haciendo notar, que la misma ley establece que se puede constituir por acto inter vivos o por testamento, y aún más sin designar fideicomisario, siempre constando por escrito, y ajustándose a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

5.- El patrimonio del fideicomiso se considera como un bien afectado a un fin determinado, cuya titularidad se le atribuye a la fiduciaria,

entendiéndose como titular, la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica, es decir, la fiduciaria adquiere los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, el derecho de disponer de los bienes fideicomitidos en la medida de los fines indicados por el fideicomitente.

6.- El fideicomiso es considerado también como una figura mercantil, ya que se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su Capítulo V, así mismo, considerando el Art. 75 fracción XIV del Código de Comercio, el último párrafo del Art. 10. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el Art. 46 fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito, se considera también como acto de comercio, como operación bancaria y como operación de crédito, debiéndose entender por operación bancaria, cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene, ya como parte principal o accesoria; y debe de entenderse como operación de crédito, aquella operación en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la confianza que inspira o en la solvencia de que goza.

7.- Mucho se ha comentado que el fideicomiso en ciertos momentos se utilizó para no pagar impuestos, lo que dio origen a modificaciones legales, de tal manera que en nuestros días, es dudoso que pueda afirmarse que mediante el fideicomiso se busquen finalidades no concordes con las leyes fiscales.

8.- Una de las principales características de los actos de comercio, es la especulación que se persigue con su celebración, es decir, que al realizar un acto de comercio, se corre el riesgo de sufrir pérdida en el patrimonio, o en el caso contrario, puede existir alguna ganancia. Las partes están conscientes de este riesgo, por lo cual debe de respetarse la suprema voluntad de las partes.

9.- La fianza, prenda e hipoteca, son los tres tipos de contratos de garantía que más se utilizan. Pueden ser usados para garantizar obligaciones, tanto en materia civil (compraventa en abonos, mutuo, etc), como en materia mercantil (contratos de habilitación o avío, cuenta corriente, etc.). Pero el fideicomiso de garantía tiene dos características principales que lo distinguen de los contratos de fianza, prenda e hipoteca, y que son: 1o.- La existencia necesaria de una institución de crédito para su ejecución, en su carácter de fiduciaria, lo que le da un matiz meramente mercantil y que por ello se encuentra regulado en una ley mercantil, como lo es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es decir, dentro de un marco legalmente formado, necesariamente, por las normas de esta índole, y sólo excepcional y supletoriamente, por el derecho común; y 2o.- Para hacer efectiva las garantías de fianza, prenda e hipoteca, en caso de incumplimiento del deudor, necesariamente deberá seguirse un juicio previo ante Juez, lo cual no ocurre en el fideicomiso de garantía, ya que en esta figura, es el propio deudor quien se desposee del bien que da en garantía, por lo cual, la fiduciaria queda en absoluta libertad para vender el bien, para que con el precio de la venta, pague al fideicomisario acreedor.

10.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.

11.- La institución fiduciaria al rematar o adjudicar los bienes fideicomitados, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque en ello no hay controversia que ventilar y decidir, toda vez que en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor quien como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes, transmitiendo la titularidad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, es decir, a ser vendidos o rematados para que con el producto de la venta, se haga el pago debido al fideicomisario acreedor.

PROPUESTA

Después de haber enunciado las anteriores conclusiones, considero conveniente que el Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, relativo al fideicomiso, sea reformado en algunos de sus artículos, por lo cual hago las siguientes propuestas:

I.- Considerando que en el fideicomiso se transmite la titularidad de bienes y derechos, es apropiado cambiar la redacción del Artículo 346 que a la letra dice:

ARTICULO 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Debiendo quedar dicha redacción de la siguiente forma:

"ARTICULO 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria para la realización de un fin lícito y determinado".

II.- Respecto al Art. 356 que nos habla de los derechos y obligaciones que adquiere la fiduciaria, se deben de ampliar y dejar más claro cuales son estos derechos y obligaciones. Dicho artículo dice lo siguiente:

ARTICULO 356.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto

constitutivo: no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

El mencionado artículo debe de quedar redactado de la siguiente forma:

"ARTICULO 356.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo.

La institución fiduciaria está obligada a:

- I.- Cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo y a la ley.
- II.- Identificar los bienes fideicomitidos, registrarlos y mantenerlos separados de sus bienes propios y de los otros fideicomisos e identificar en sus gestiones el negocio por cuya cuenta actúa.
- III.- Tomar posesión de los bienes fideicomitidos en los términos del acto constitutivo, cuidar su conservación y seguridad, ejercitando los derechos y acciones necesarias para su defensa, pudiendo otorgar poderes especiales para pleitos y cobranzas para el cabal cumplimiento de su función.
- IV.- Llevar cuentas detalladas de su gestión, rendirlas periódicamente a quien corresponda, e incluir, cuando sea conveniente o se le solicite, un informe de dichas gestiones y del estado de los bienes fideicomitidos.
- V.- Obrar en todo caso con la actividad y prudencia de un buen padre de familia.

Sólo podrá renunciar a su cargo la institución fiduciaria por causas graves que calificará el Juez de Primera Instancia de su domicilio, pudiendo el fideicomitente o el fideicomisario, nombrar la institución que habrá de sustituirla.

III.- En base a las grandes discusiones que han surgido respecto al fideicomiso de garantía, es necesaria la creación de un nuevo artículo en el cual se sienten las bases para la ejecución en caso de incumplimiento del deudor, por lo cual propongo la adición del siguiente artículo:

"ARTICULO 360.- En los fideicomisos que tengan como fin garantizar obligaciones y a falta de pago o del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor, la fiduciaria procederá a la venta o a la adjudicación de los bienes en favor del fideicomisario, de acuerdo a lo siguiente:

I.- El fideicomisario deberá notificar por escrito a la fiduciaria del incumplimiento de las obligaciones garantizadas con el fideicomiso, dándole instrucciones precisas para que adjudique a su favor o bien para que proceda a la venta a terceros, del bien fideicomitado.

II.- La fiduciaria una vez recibida la notificación, procederá a su vez, a notificar por medio de notario público, la solicitud de adjudicación o venta del bien fideicomitado a el fideicomitente.

III.- El fideicomitente tendrá nueve días hábiles, contados a partir de la fecha en que surta efectos la notificación, para oponerse a la venta o adjudicación de los bienes, exhibiendo el importe del adeudo o en su caso, exhibirá los documentos que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones.

IV.- Una vez hecha la notificación al fideicomitente, y transcurrido el plazo señalado, la adjudicación del bien fideicomitido en favor del fideicomisario o la venta del mismo a terceros, se llevará a cabo por la vía extrajudicial.

V.- La fiduciaria podrá proceder a la venta de que se trata por sí misma o por medio de terceros; previa instrucción que reciba del fideicomisario, deberá solicitar la práctica de un avalúo del bien fideicomitido.

VI.- La fiduciaria procederá a la venta inmediata del bien fideicomitido mediante pública oferta de venta, dando la publicidad necesaria para lograr dicha venta a través de la publicación del aviso correspondiente, en el periódico de mayor circulación de su domicilio; si en la primera fecha no se logra la venta, se procederá a convocar a otras cuatro ofertas de venta, una cada tres días hábiles, reduciendo en un diez por ciento en cada ocasión el precio base de la oferta de venta. El fideicomisario tendrá siempre el derecho de pedir la adjudicación del bien a su favor en cualquier momento, siempre y cuando no exista ningún comprador que haya cumplido con lo antes establecido.

VII.- En su caso, los interesados en la compra del bien deberán depositar en las oficinas de la fiduciaria o donde ésta lo indique, una cantidad no menor al veinticinco por ciento del valor de la oferta de venta.

Si existen varios interesados en la compra, la fiduciaria elegirá la mejor opción y llevará a cabo la venta ante notario público, respecto del inmueble.

Una vez elegido el adquirente, la fiduciaria devolverá los depósitos a que se refiere el primer párrafo de esta fracción a los demás interesados, conservando el del siguiente elegido, como garantía de la celebración de la operación definitiva y su importe pasará a formar parte del precio al realizarse la venta.

En caso de no llevarse a cabo la compra, el interesado designado perderá el depósito, aplicándose el mismo en favor del fideicomisario, llamándose al siguiente interesado, en los mismos términos y condiciones ya mencionados.

VIII.- Una vez realizada la venta, la fiduciaria dará las instrucciones necesarias para elevar a escritura pública la compraventa del bien fideicomitado, misma que otorgará ante el notario público de su elección, con la comparecencia y previa instrucción del fideicomisario.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. 3a. edición, México, Porrúa, 1976.
- 2.- Bravo González, Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Primer Curso de Derecho Romano, 12a. edición, Ed. Pax-México, México, 1987.
- 3.- Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, 14a. edición, México, Herrero, 1988.
- 4.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, 2a. edición, México, Porrúa, 1975.
- 5.- Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trust. 1a. edición, México, Porrúa, 1975.
- 6.- Margadant S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. 4a. edición, Ed. Esfinge, México, 1970.
- 7.- Muñoz, Luis. El Fideicomiso Mexicano, 1a. edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1973.
- 8.- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 4a edición, Porrúa, México, 1988.
- 9.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II, 19a. edición, México, Porrúa, 1988.
- 10.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. 14a. edición, México, Porrúa, 1977.

11.- Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, 10a. edición, México, Porrúa, 1989.

12.- Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, 4a. edición, México, Porrúa, 1992.

PUBLICACIONES

- Las Instituciones Fiduciaria y el Fideicomiso en México, Publicación de Banco Mexicano Somex, S.A., I.B.M., 1a. edición, México, 1982.

- Landerreche Obregón, Juan. Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Publicación Quincenal, México, Septiembre 1942.

- Serrano Trasviña, Jorge. Sección Bibliográfica, Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Publicación Trimestral, No. 147, México, Abril a Junio de 1951.

- Vega Corona, Dolores. Breve Esbozo del trust anglosajón. La Justicia. Revista Mensual, No. 378, México, octubre de 1961.

LEGISLACION

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Código de Comercio

- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.