

301809

34
24



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

CAMPUS SAN RAFAEL

" ALMA MATER "

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

" LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO
DE EJECUCION EN LOS FIDEICOMISOS
DE GARANTIA "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ROSELINA ISELA PALACIOS GONZALEZ

PRIMER REVISOR
LIC. SILVIA LLITERAS ALANIS

SEGUNDO REVISOR
LIC. LETICIA ARAIZA MENDEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1996

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

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

A TI SEÑOR,

**Por darme la vida,
por tu amor infinito
que me dió la oportunidad
de culminar este sueño
por darme de entendimiento
para poder convertirme el día de hoy
en uno mas de tus instrumentos
que sirva para cumplir tu misión
en beneficio de mis semejantes.
Por ser la luz que ilumina mi senda,
por que contigo, cualquier empresa
por difícil que parezca, es sencilla
de alcanzar.**

A MI MADRE:

Como un humilde tributo
a todo tu valor y esfuerzo,
por ser la eterna luchadora incansable,
en esta vida,
por tu inmenso amor,
mi eterna gratitud,
porque veas de alguna forma
materializado lo que alguna
vez forjaste en un sueño,
porque a ti te debo
lo que ahora soy.

A MI PADRE:

Por tu amor,
por tus sabios consejos,
porque gracias a ti
aprendí a ser más fuerte
y no dejarme vencer fácilmente
y así permanecer en la contienda.

A TI MARÍA ISABEL, +

Por el amor,
que trasciende todas las fronteras,
a tu recuerdo,
mi hermana adorada,
donde te encuentres,
siempre estarás en mi mente.

**A MIS HERMANOS Y
MI HERMANITA,**

Por todo su apoyo,
grandísimo amor,
por todo lo que nos une,
faltan palabras para definir
tan indescriptible sentimiento.

A MIS ABUELITAS,

Margarita Romero Téllez +
Roselina Palacios Vda. de Solís +
Guadalupe Utrilla Vda. De Guardado +

Por su amor, bendiciones y sabios consejos
que siempre me han acompañado y que
viven en mi corazón.

A MI ABUELITO:

Gabriel González Fragoso.

Por tu calidez y sencillez como persona,
que me han enseñado lo que realmente
vale en la vida.

A MIS TÍOS Y TÍAS.

Por sus consejos apoyo, amor
confianza y buenos deseos
para que lograra
llegar a culminar éste sueño.

A MIS PRIMOS Y PRIMAS.

He aquí concluída la promesa
que les hice en alguna ocasión,
sirva a los más jóvenes como
un ejemplo de que se consigue
lo que se desea con fe.

A RAMON Y MARIVI:

Por toda la ayuda que me proporcionaron,
que va más allá de lo evidente,
por no dudar, y enseñarme a no hacerlo,
por creer en mí, y enseñarme a creer,
por tener fe, e infundirme tenería.

A JESÚS ERNESTO.

**Por tu gran ejemplo,
por tu valor ante la adversidad,
por estar siempre ahí,
leal, atento y dispuesto a
ayudarme.**

El camino de la vida
puede ser duro de recorrer,
áspero y estepario,
lo único que nos anima
a seguir en la ardua lucha
por la conquista diaria
de nuestros propios sueños
es el contar con los hermanos
que negó Dios, pero que dio
la vida.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS

mil gracias, por estar siempre ahí
en todo momento compartiendo
tristezas y alegrías.

A LA "UNIVERSIDAD DEL VALLE DEL VALLE DE MEXICO",

**Mi segundo hogar, donde iniciaron mis sueños
por lograr obtener una carrera profesional , y
donde encuentre invaluableles amigos.**

AL COORDINADOR DE LA LICENCIATURA EN DERECHO.

Lic. Eduardo Boyoli Martín del Campo

A MIS ASESORES:

Lic. Silvia Llitas Alanis.

Lic. Leticia Araiza Méndez.

**Por honrarme con su amistad,
su paciencia, dedicación y apoyo
en la realización del presente trabajo,
les agradezco por siempre.**

A MIS PROFESORES:

A todos ellos, en las diferentes etapas en mi vida escolar, mi agradecimiento, admiración y respeto por todo su amor y dedicación, para formar nuevos profesionistas, gente de bien, sea esta una semilla más que fructifica de la abundante cosecha en su vida de docentes.

En especial

A la profesora,
Victoria Guadalupe Gayosso Ch.

A la Licenciada en Historia:
Alicia Quintana Alcocer.

Í N D I C E .

INTRODUCCIÓN.	I
----------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO.

1. En el Derecho Romano.	1
2. En el Derecho Germánico.	3
3. El Trust.	5
4. En el Derecho Mexicano	7
a) Proyecto Limantour.	8
b) Proyecto Creel.	10
c) Proyecto Vera Estañol.	10
d) Ley de Bancos de Fideicomiso y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.	11
e) Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.	15
f) Ley de Títulos y operaciones de Crédito de 1941.	17
g) Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.	19
h) Ley de Instituciones de Crédito de 1990.	20

CAPÍTULO SEGUNDO.

ASPECTOS GENERALES DEL FIDEICOMISO.

1. Concepto de Fideicomiso.	21
2. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.	22
a) Teoría del Mandato.	22
b) Teoría del Patrimonio de Afectación.	24
c) Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad.	27
1) Teoría de Remo Franceschelli.	27
2) Teoría de Manuel Lizardi Albarrán.	29
d) Teoría de Rodolfo Batiza.	31

3. Elementos personales del Fideicomiso.	33
a) El fideicomitente.	33
b) El fiduciario.	35
c) El fideicomisario.	38
4. Materia, formas y función social del fideicomiso.	39
a) Materia.	39
b) Forma del fideicomiso.	41
c) Fines del fideicomiso.	42
d) Función social del fideicomiso.	43
5. Extinción del fideicomiso.	44
6. Fideicomisos prohibidos.	45
7. Secreto fiduciario.	46
8. Tipos de fideicomiso.	48
a) Fideicomisos de administración	49
b) Fideicomisos de inversión.	50
c) Fideicomisos de garantía.	52
d) Fideicomisos traslativos de dominio.	54
e) Fideicomisos onerosos y gratuitos.	55
f) Fideicomisos públicos y privados.	56

CAPÍTULO TERCERO.

LA EJECUCIÓN.

1. La Ejecución de Sentencias.	60
a) Condenas de dar.	60
b) Condenas de hacer.	61
c) Condenas de no hacer.	63
2. El Embargo.	64
3. El Procedimiento de remate de los bienes.	69
a) La enajenación de bienes muebles.	69
b) La enajenación de los bienes inmuebles.	71
4. Entrega del precio, otorgamiento de escritura y pago al ejecutante.	74
5. Tercerías.	75
6. Procedimiento de ejecución en los fideicomisos de garantía.	77

CAPÍTULO CUARTO.

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Modelo de un contrato de Fideicomiso de Garantía.	88
CONCLUSIONES.	103
BIBLIOGRAFÍA.	106

INTRODUCCIÓN.

El Fideicomiso en nuestro país es una figura jurídica que pocos conocen en realidad, pero que día a día ha ganado más popularidad, es un contrato sui géneris, que en apariencia es complejo, pero al introducirse con mayor abundamiento a su estudio resulta de sobremanera interesante y que en la actualidad constituye una de las piedras angulares del sistema bancario mexicano, ampliando actualmente y a recientes fechas su ámbito a las aseguradoras, afianzadoras y casas de bolsa.

El Fideicomiso proporciona múltiples beneficios a las partes que en él intervienen, dado que la amplitud de sus servicios otorgan seguridad y confianza en cuanto a los manejos que de los bienes afectos al fideicomiso se realice, toda vez que existen preceptos legales que fundamentan su organización y sancionan la falta de diligencia en que pudiera incurrir el fiduciario, cuestiones que no se aseguran si dichos encargos se hicieran con personas físicas que aún cuando sean dignas de toda nuestra confianza en ocasiones atentan contra nuestro patrimonio y peor aún desaparecen sin dejar rastro impidiendo así el ejercicio de cualquier tipo de acción legal en su contra, dejando atrás cualquier posibilidad de recuperar cuando menos algo de lo perdido; el fiduciario contempla un precepto legal, debe responder por los bienes fideicomitados como un buen padre de familia, inclusive para el caso de que la misma fiduciaria sufriera algún quebranto grave en su economía, existe la certeza de que los bienes fideicomitados se recuperaran sin ningún problema porque quedan fuera de los bienes propios de la institución.

En cuanto al tipo de fideicomiso que tratamos en el presente trabajo, como ventajas el poder exigir de manera inmediata la garantía o pago del crédito ejecutando la garantía en caso de incumplimiento del deudor abreviando los lentos y costosos procedimientos judiciales que perjudican aún más al acreedor.

Por tanto, consideramos de vital importancia que en esta época en que se vive una gran incertidumbre respecto a las cuestiones económicas por la situación prevalenciente en el país que se otorgue mayor publicidad a figuras jurídicas como estas que facilitan la recuperación del cobro de créditos, obviamente no es la solución ideal para los deudores, pero a nuestra forma de ver proporciona mayor seguridad a los acreedores, sin que estos últimos tengan que hacer fuertes inversiones para la recuperación de sus créditos.

El presente trabajo no tiene otro propósito que informar respecto al contenido de un fideicomiso de garantía, sus ventajas y explicar porque nosotros a diferencia de distintos maestros en la materia sustentamos y explicamos el porque el procedimiento de ejecución del mismo es legal y no es violatorio de los artículos 14 y 16 constitucionales que contienen la garantía de audiencia.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO.

1.- EN EL DERECHO ROMANO.

Podemos hablar de los orígenes del Fideicomiso desde el Derecho Romano, la palabra Fideicomiso derivaba de dos raíces latinas: "fidei" que significa confianza y "committre", que significa encomendar.

El fideicomiso consistía en la solicitud del fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario, para que así se realizaran por el determinados propósitos.

Existieron dos instituciones que son antecedente del Fideicomiso actual, la Fiducia y los Fideicomisos Testamentarios. Se aceptó como concepto de fiducia, a aquella "mancipatio", forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación del "accipiens" quien la recibía con la obligación de remancipar.¹

En otros términos la fiducia romana consistió en una "mancipatio", forma solemne de transmitir la propiedad, o una "in jure cessio", que se acompañaba de un "pactum fiducia", mediante el cual el "accipiens", quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al "tradens", de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio "tradens" o a una tercera persona.

Existieron dos formas de fiducia , "la cum creditore y la cum amico". La primera tuvo gran importancia, porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este tipo de fiducia operaba en la forma siguiente: el deu-

¹ VILLAGORDA LOZANO, JOSÉ MANUEL. "Doctrina General del Fideicomiso". Editorial Porrúa, S. A., Segunda Edición, México. Pág. 331.

dor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del "pactum fiduciae", a retransmitirlos al deudor, cuando hubiese pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito con el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla.²

La fiducia "cum amico" se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados estos fines quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del "pactum fiduciae", los retransmitía al tradens. La fiducia cum amico, se identifica con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso.³

En éste tipo de fiducia se constituía un depósito, se entregaba la cosa a una persona de confianza en una propiedad fiduciaria, y siendo ésta propietaria tenía para defenderla de las usurpaciones de terceros todas las armas de la propiedad.⁴

En la última etapa del Derecho Romano el fideicomiso cayó en desuso, pero aún así encontramos el antecedente más remoto de nuestro fideicomiso; el fideicomiso Testamentario, medio de que se valía un Testador para eludir las numerosas incapacidades que para heredar por testamento imponían las leyes romanas.

Cuando este Testador quería beneficiar a una persona, con la cual no tenía "testamenti factio", es decir derecho de heredar a su favor, rogaba a su heredero que diera al incapaz de heredar una parte o toda la herencia.

En un principio el cumplimiento del Fideicomiso quedó a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario. Pero en vista de que la inexecución de ciertos

² IDEM. Pág. 2

³ IDEM. Pág. 3

⁴ BOJALIL, JULIAN. "Fideicomiso". Editorial Porrúa, S. A., Primera Edición. México, 1962. Pág. 26.

fideicomisos ocasionó notables ofensas a la opinión pública, el Emperador Augusto los hizo ejecutar con la intervención de los cónsules. Poco a poco se fue asimilando esta medida en el Derecho Romano, hasta que por su importancia hubo necesidad de establecer un Pretor Especial, el "praetor fideicommissarius".⁵

En la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, teniendo a su favor la "rei vindicatio" sobre los bienes materia del Fideicomiso, aún contra los terceros de buena fe, que ejercitaba dicho heredero Fideicomisario, el día en que la restitución debía tener lugar en su beneficio.⁶

2.- EN EL DERECHO GERMÁNICO.

Para el maestro Villagordoa, existen en el Derecho Germánico existen tres instituciones que son antecedentes del Fideicomiso, la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand en sus distintos aspectos reglamentarios por el antiguo y por el nuevo derecho.

La prenda inmobiliaria constituía un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor para fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta venditionis, y al mismo tiempo se obliga el propio acreedor, con una contracarta a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación.⁷

⁵ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. Pág. 13

⁶ IBIDEM. Pág. 14.

⁷ Locus Citatus.

Esta institución tiene gran semejanza con la fiducia cum creditore, pero al mismo tiempo se distingue de la institución romana, en que la prenda inmobiliaria del Derecho Germánico, solo se extiende a garantías que se establecen sobre bienes inmuebles, como su nombre lo indica. Otra diferencia consiste en el requisito formal de la entrega de la carta venditionis y de la contracarta, que se acompañan en la entrega del inmueble que constituye la garantía correspondiente. La figura jurídica del Manusfidelis tiene particular importancia en el desarrollo del Derecho Germánico de las Sucesiones, porque se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos.⁸

Para realizar una donación inter vivos post abitum transmitía la cosa materia de la donación a un Fiduciario, llamado Manusfidelis, inmediatamente después de dicha transmisión, de ordinario el mismo día retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada, para que durante su vida lo disfrutara.

La persona que desempeñaba el cargo de manusfidelis, era siempre escogida entre aquellas personas que formaban parte del Clero, pues se requería una garantía de esta naturaleza, porque la carta venditionis se redactaba en términos tan amplios e ilimitados que al manusfidelis podía disponer de bienes transmitidos aún en su propio provecho.⁹

Encontramos otra Institución en el Derecho Germánico que también constituye un indiscutible antecedente de nuestro Fideicomiso como lo es el Salman o Treuhand, o sea las personas que desempeñaban el cargo de fiduciario.¹⁰

⁸ IBIDEM. Pág. 14 y 15

⁹ IBIDEM. Pág. 14

¹⁰ Loc. Cit.

El Derecho Germánico ha definido genéricamente al salman como la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo. Estas funciones en parte coinciden y en parte se diferencian de aquellas que son propias del Manusfidelis.

El Salman del antiguo derecho se distingue esencialmente del Salman del nuevo Derecho Germánico. En el Derecho antiguo, el Salman es el fiduciario que recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él, en forma solemne, para transmitir los bienes al tercer destinatario de los mismos. En el Derecho moderno, es típico que el Salman sea Fiduciario del adquirente y no del enajenante, por lo que de aquel recibe sus poderes jurídicos. Los demás elementos de la realización no sufrieron alteración alguna y su principal función está orientada para reforzar el derecho del adquirente definitivo.¹¹

3.- EL TRUST.

El Trust se origina en Inglaterra como una relación fiduciaria a consecuencia del desarrollo de la separación del derecho estricto y los tribunales de equidad.

En Inglaterra, durante la Edad Media, las leyes de manos muertas prohibían las donaciones de bienes inmuebles a las Instituciones religiosas. Con el propósito de burlar estas leyes, el clero inglés ideó el procedimiento de que estas donaciones en vez de ser directas, en cuyo caso hubieran incurrido en la prohibición legal, se hiciesen

¹¹ IBIDEM. Pág. 130.

mediando una tercera persona, pero en provecho del establecimiento religioso que se quería beneficiar; to the use.¹²

Durante las guerras con Francia y la de las Dos Rosas, entre las casa de York y la de Lancaster, se generalizó mucho éste procedimiento para testar en favor de los hijos, al abrigo de posibles confiscaciones, testando en favor de un hombre de confianza, pero en provecho de los hijos.

En este caso nuevamente nos encontramos en una situación que obedece únicamente a la buena voluntad del fiduciario para cumplir con el pacto ya que aún cuando el Common Law podía reconocer únicamente el contrato de donación existente entre las partes, no contemplaba sanción, ni acción alguna contra dicho fiduciario para el caso de incumplimiento de tal pacto.

El Lord Canciller era quien guardaba la conciencia del rey y los magistrados del Tribunal de la Cancillería, del cual él era Presidente. Para ésta Corte o Tribunal, la obligación de conciencia o de confianza crea un derecho verdadero, pero de naturaleza equitativa (equitable right), y para hacerlo cumplir contaba con un poderoso medio de acción su jurisdicción in personam, comprendiendo en caso de repulsa la obediencia un constreñimiento sobre el cuerpo y utilizando una ordenanza, llamada breve de subpoena, para forzar constreñimiento sobre el cuerpo y utilizando una ordenanza, llamada breve de sub poena, para forzar al fiduciario a cumplir la misión que fiduciariamente le había sido confiada, bajo pena de prisión y de secuestro de sus bienes.

El Derecho formado por el Tribunal de Cancillería es un verdadero derecho pretoriano, basado en la equidad y muy parecido al derecho del Pretor en Roma.

¹² BOJALIL, JULIAN. Op. Cit. Pág. 31.

Un Trust tiene ciertos rasgos comunes con el contrato, pero existe la diferencia que en un contrato sólo puede hacerse cumplir por una parte, o por el que esta en posición de parte respecto a él, mientras que en un Trust puede ser, y generalmente es, ejecutado por uno que no ha sido parte en su creación. El Trust no nace del contrato entre tres partes es el efecto de la voluntad unilateral de su creador, manifestada mortis causa o inter vivos.

4.- EN EL DERECHO MEXICANO.

En nuestro país, " El fideicomiso nace a la vida jurídica en el año de 1925, cuando se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios ".¹³

El Maestro Oscar Rabasa menciona al respecto: "En México, el Fideicomiso Romano en su forma antieconómica de sustitución fideicomisaria que producía la vinculación a perpetuidad de la propiedad en manos de diversos herederos sucesivos, realmente nunca ha tenido existencia jurídica ni antes ni después de la Independencia. Las Cortes Españolas, por decreto de 27 de Septiembre de 1820, suprimieron los mayorazgos, fideicomisos y cualquiera otra forma o especie de vinculación de bienes muebles e inmuebles, los cuales se declararon libres de tales limitaciones y prohibieron que en lo sucesivo se constituyeran ninguna de dichas instituciones ni vinculaciones sobre cualquier clase de bienes o derechos sin que se vedara directamente o

¹³ VILLAGORDOA LOZANO JOSE MANUEL. Op. Cit. Pág. 45.

indirectamente su enajenación. Ésta Ley Española, por haberse dictado en época en que el país estaba sujeto a una legislación de la Madre Patria, abolió pues, desde el año de 1820, de nuestro medio legal, el fideicomiso gradual o familiar, y los códigos civiles desde el primero de 1879 hasta los actuales, que siendo ya la relación independiente, sustituyeron a la República a los caducos ordenamientos españoles, han proscrito también las instituciones fideicomisarias, ultimo vestigio del primitivo Derecho Romano puro. Así pues, la institución de fideicomiso, sea en su aspecto Romano o en su forma Anglosajona, no figuró en el sistema de leyes de México sino hasta el año de 1926, cuando aparece por primera vez la Ley General de Instituciones de Crédito, el fideicomiso de tipo angloamericano ".¹⁴

Por lo que se refiere a México, la variedad quizá mas significativa del Trust angloamericano, el Family Trust, apenas si se conoce en la práctica; y es, en cambio, el " bussines trust", a la inversa de lo que ocurre en los países anglosajones, el que ha tenido mayor preponderancia.¹⁵

a) PROYECTO LIMANTOUR

Con fecha 21 de Noviembre de 1905, el C. Secretario de Hacienda, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa que faculta al Ejecutivo, para que expida la Ley

¹⁴ IDEM. Pág. 46

¹⁵ BATIZA RODOLFO. " Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria". Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición. México 12 de Agosto de 1985. Pág. 84

por cuya virtud pueden constituirse en la República, Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios.

El proyecto de Ley venia precediendo de una explicación, es decir, una especie de Exposición de Motivos, en el que se expresaba, que para quienes seguian de cerca el giro y desenvolvimiento que nuestro país han tomado los negocios comerciales, no ha pasado inadvertido la falta de ciertas organizaciones especiales que los países anglosajones se denomina Trust Companies o Compañías Fideicomisarias, cuya función fundamental consiste en ejecutar actos u operaciones en los cuales no tienen interés directo sino que obran como simples intermediarios, ejecutando parcial y fielmente operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas.¹⁶

Asimismo, el Maestro Batiza, menciona que la estrechez de nuestra vida comercial y de los Estados Unidos de América, en su afluencia de capitales, así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones en nuestra actividad general, han hecho sentir al poder público, la necesidad de incorporar en nuestra legislación la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta en los Estados Unidos y en otros países, necesidad de la cual responde la iniciativa, que por conducto del C. Presidente de la República, se somete a la consideración de la Cámara.¹⁷

¹⁶ BATIZA, RODOLFO. Op. Cit. Pág. 99

¹⁷ IDEM. Pág. 100

b) PROYECTO CREEL

En 1924 revive el movimiento iniciado por el Proyecto Limantour un poco mas de dieciocho años antes, transcurrida la época revolucionaria, el país entraba a una etapa constructiva.

Don Enrique C. Creel, en la mencionada convención proponía 17 puntos, conforme a los cuales, el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir una Ley General. Además consideraba necesario, como autor del proyecto, el deber de dar algunos informes acerca de como funcionaban estas compañías, las cuales funcionarían de la siguiente manera: "Celebrar operaciones, principalmente con bonos y que es la característica de las compañías del fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañía, hipotecas, ferrocarriles, etcétera, y que otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso, los bienes de la viudas, de los huérfanos y niños y es así como los bienes muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio.¹⁸

El proyecto de Ley antes citado no fue sancionado, pero tuvo influencia en la forma en que fuera legislado el fideicomiso.

c) PROYECTO VERA ESTAÑOL

A mediados de 1926 fué presentado por el Licenciado Jorge Vera Estañol

¹⁸ IDEM. Pág 102.

un proyecto sobre la Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro.

Las principales características del estudio del Maestro Vera Estañol, en su capítulo segundo, hacía referencia a las operaciones fiduciarias y al otorgamiento de facultades especiales, tales como ser albaceas, depositarios y otros mas. El citado proyecto también influyó la legislación posterior.

d) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO Y LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

Esta Ley tuvo una vigencia de cuatro meses, dado que el 31 de Agosto de 1926, quedo aprobada la nueva Ley Bancaria, denominada Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que retoma el animo de la ley del mismo nombre pero de junio de ese mismo año, y sobre fideicomisos ofrecía una gran semejanza con ésta, puesto que prácticamente reproducía textualmente algunos de los preceptos que en ella se contenían.

"Desde el aspecto doctrinal, estas leyes siguieron fundamentalmente la doctrina planteada por el jurista Alfaro, cuando en sus artículos 6 y 102 respectivamente establecen que el Fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos, de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

El maestro José Manuel Villagordoa Lozano, señala "Este precepto sigue los lineamientos del concepto elaborado por Alfaro, con la única diferencia, que estas leyes dicen que los bienes se entregan y, en cambio, el Jurista panameño nos dice que se transmiten";¹⁹

El Doctor Luis Muñoz en relación a estos artículos nos expone: "La influencia de Alfaro es evidente cuando afirmaba que el concepto de mandato para caracterizar el fideicomiso con el fin de que llene las necesidades de la vida moderna, no bastaba, porque el mandato es revocable por el mandante y sería completamente ineficaz para los fines que se persiguen. El fideicomiso tiene que ser irrevocable para que el derecho del fideicomisario no sea ilusorio y para que no lo sean tampoco las facultades del fiduciario, además, el encargo que se confiere al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecutado: el de transmitir al fiduciario los bienes que son objeto del fideicomiso".²⁰

Entre las disposiciones más destacadas de dicha ley, podemos mencionar:

"El artículo 3o., que reiteró la prohibición a todas las Instituciones de crédito extranjeras a realizar operaciones de Fideicomiso en México.

En los artículos 7 y 103 correlativos, estas leyes prescriben que el Fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres. Esta limitación podemos encontrarla también en la legislación vigente

El carácter especial que se le da al mandato contenido en fideicomiso y la transmisión o entrega de bienes o derechos, se corrobora en los artículos 12 y 108 de las leyes en estudio, cuando establecen que los bienes entregados para la ejecución del

¹⁹ MUÑOZ, LUIS. Op. Cit. Pág. 6.

Fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos agravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto en este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por otros motivos.

La única limitación que esta ley impone al respecto a los bienes y derechos que pueden ser materia del fideicomiso, es aquella que se refiere a los derechos cuyo ejercicio sea de carácter personalísimo e intransmisible por su naturaleza o por disposición expresa de la ley (artículo 13 y 109 respectivamente). Dichos artículos agregan en su parte final que el "Fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles deberá ser inscrito en la Sección de Propiedad"²¹

En dicha Ley se exigía que se constituyeran como Sociedades Anónimas, con no menos de quince fundadores, y un capital de \$250,000.00, en los Estados y Territorios; el capital exigido se aumenta en \$250,000.00 para los Estados y Territorios, por cada uno de los departamentos de ahorro o bancarios, si los tuviera.

El artículo 5o., fracción V, señalaba los Bancos de Fideicomiso como Instituciones de Crédito; con la necesaria concesión otorgada por parte del Ejecutivo de la Unión para su establecimiento conforme lo señala el artículo 14o., de la multicitada ley, la duración de las concesiones no excederían de treinta años, contados desde el día 24 de diciembre de 1924. El objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso se encontraba regulado de los artículos 97 al 101 de dicha ley y se definía al fideicomiso de los artículos 102 al 150, cuestión que la Ley que existió anteriormente ya

²¹ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. P.p. 40-41.

contemplaba en su artículo 6o., respecto del funcionamiento, organización y tipo de operaciones que podía realizar y las causas de la extinción de las mismas.

En esta Ley de 30 de junio de 1926, el objeto propio de éstas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de tercero, autorizadas en el artículo 1o, se requería el otorgamiento para su establecimiento, de una concesión, con la exigencia de ser constituida como Sociedad Anónima, de acuerdo con el artículo 2o, los órganos de Vigilancia y Administración y la forma de estructurarse se regulaba en los artículos 3o. y 4o, el artículo 5o., prohibía a todos los Bancos y Compañías extranjeras establecidas en nuestro país a que tuvieran agencias o sucursales que tuvieran por objeto practicar operaciones de fideicomiso; el artículo 6o, definía al Fideicomiso como un mandato irrevocable.

El artículo 14 disponía:

“El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar, ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa o de ser indispensables estos actos para la ejecución del fideicomiso”.²²

²² LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 30 DE JUNIO DE 1926. Op. Cit. Pág.7

e) LEY DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO DE 1932.

Esta ley es del 26 de agosto de 1932, publicada en el Diario Oficial del 27 del mismo mes y año, y entró en vigor el 15 de septiembre de 1932.

Esta ley procura corregir los errores de su antecesora la ley de 1926, en sus artículos 346 y 347 se contempla la naturaleza jurídica del fideicomiso, siguiendo el legislador la Teoría de Pierre Lepaulle, los preceptos jurídicos antes invocados mencionan: "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 artículo 347 añade al respecto:

"El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Aunque el fideicomiso únicamente se perfecciona con la destinación de ciertos bienes a la realización de un fin encargado a una institución fiduciaria, más adelante, en el artículo 356 agrega que: 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 obligado a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como un buen padre de familia siendo responsable por las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes por su causa.

De esta forma podemos darnos cuenta que la titularidad de los bienes afectos al fideicomiso no queda vacante como argumenta el maestro Lepaulle, al pretender crear un patrimonio de afectación carente de titular, sino que los bienes y derechos forzosamente son transmitidos al fiduciario, quien está obligado a cumplir con lo pactado por las partes.

El maestro Roberto Molina Pasquel, opina que durante la vigencia de la Ley de 1926, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgó ninguna concesión para Bancos Fiduciarios y tampoco se practicó fideicomiso alguno, conforme informó la Dirección General de Crédito de la Secretaría".²³

De acuerdo a la exposición de motivos de esta ley se señalaba lo siguiente:

"La Ley de 1926 introdujo en México, la constitución jurídica del fideicomiso, y ésta institución pudo ser de una gran utilidad para la actividad económica del país y probablemente está destinada a un gran desarrollo; pero por desgracia la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la Institución y dejó gran vaguedad de conceptos alrededor de ella.

"Aunque ello da cabida a los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la ley de Títulos y operaciones de Crédito reglamenta al fideicomiso, ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado y además porque su sólida implantación en México, dentro de las limitantes que nuestro sistema jurídico general permite, significa un enriquecimiento de formas y medios de trabajo para nuestra economía. Realizando la concesión de los errores y lagunas de mayor evidencia de la Ley de 1926, la actual conserva en un principio, el sistema ya establecido, mismo que admitía solamente el fideicomiso expresado, otorga

²³ MOLINA PASQUEL, ROBERTO. "Los Derechos del Fideicomisario". Editorial Jus, México 1946, pág. 103.

a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarios y establece las reglas indispensables para poder evitar al máximo los riesgos que con la prohibición absoluta instituciones semejantes al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana".²⁴

g) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Ley de 3 de mayo de 1941, publicada en el Diario Oficial del día 31 de la misma fecha y entra en vigor el 2 de junio del mismo año, en la cual las operaciones fiduciaria se reglamentaban en los artículos 44 a 46, 126, 127, y 135 a 138. Es de especial importancia la fracción II inciso C) del artículo 45 de ésta Ley, porque confirma la naturaleza del fideicomiso que quedó fincada en los artículos 352, 356, 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sometiéndose a la actividad de las Instituciones Fiduciarias y la proporción de las responsabilidades de dichas instituciones, con relación a su capital, sosteniéndose que el Fiduciario es el titular de los derechos fideicomitados, además señala que cuando se trate de operaciones de Fideicomiso por las que la Institución ejercite como titular derechos que le han sido transmitidos con encargo a realizar determinado fin.

Existía en la Ley General de Instituciones de Crédito fracción III del artículo

²⁴ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.
Exposición de Motivos.

46, la prohibición a los departamentos fiduciarios, de "efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución", aunque preveía que la Secretaría de Hacienda podría "autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones".

La redacción de la norma que contiene la prohibición, no es muy afortunada por lo imprecisa y eso ha dado lugar a que algunos de los funcionarios encargados de la vigilancia de la actuación de las Instituciones Bancarias interpretaran la prohibición en el sentido de que los departamentos fiduciarios les estaba vedado invertir los patrimonios que recibían en fideicomiso o mandato en valores emitidos por la propia institución y que calificaran con frecuencia esa práctica como violatoria de la ley.

La limitación que esa interpretación implicaba, fue considerada siempre con evidente razón, como impráctica, inconveniente e injustificada, lo que trajo como consecuencia que a pesar del riesgo de incurrir en sanciones, se generalizara su incumplimiento actitud que es explicable, pues el hecho de que un fiduciario invierta los fondos que recibe, en valores emitidos por su propia institución, no afecta en forma alguna los intereses de los particulares que intervienen en la operación que si han decidido contratar con ella, es por que le ha merecido confianza, amen de que de otra forma, se restaría agilidad a las operaciones, se incrementarían los costos y los honorarios a cubrir por los clientes, a parte de que la contribución que los Fiduciarios pueden aportar a los departamentos bancarios de su institución, se imposibilitaría sin que se produjera ningún beneficio para nadie.

g) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CRÉDITO.

Esta ley, cambia muy poco respecto a las anteriores, aún en sus imprecisiones, mantiene la prohibición de referencia en su artículo 84 fracción XVII, a la letra dice: "Celebrar operaciones con la propia institución en cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones".

Esta Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca Crédito, en el artículo 24 establece que el Director General tendrá a su cargo la administración de la institución, la representación legal de ésta y el ejercicio de sus funciones incluyendo las de Delegado Fiduciario General, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Consejo Directivo. Es designado por el Ejecutivo Federal a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público reuniendo requisitos como ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos, tener conocimientos en materia bancaria y crediticia, tener por lo menos cinco años de experiencia en puestos de alto nivel; y también no tener impedimento para ser consejero.

En las operaciones de fideicomiso, mandato o comisión, administración o custodia, las instrucciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás valores, bienes o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.

h) LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1990.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 18 de julio de 1990.

En su artículo 80 establece:

"En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

"La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

"En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad."²⁵

El artículo 46 en su fracción XV, menciona:

"Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

"...XV.- 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;..."²⁶

²⁵ LEGISLACION BANCARIA. Ley de Instituciones de Crédito. Editorial Porrúa, S. A. Cuadragésimo Cuarta Edición. México, 1995. P.p. 32-33

²⁶ IDEM. Pág. 21.

CAPITULO SEGUNDO.

ASPECTOS GENERALES DEL FIDEICOMISO.

1.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

Podemos iniciar el presente capítulo precisamente definiendo al Fideicomiso, parte medular del presente trabajo.

El maestro Ricardo J. A. Alfaro, autor panameño, destacado precisamente por introducir esta figura jurídica al pensamiento latinoamericano, define: "el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".²⁷

Para el Licenciado Lizardi Alabarrán, el fideicomiso es: "negocio directo que descompone el derecho de propiedad en dos derechos; el de la fiduciaria, que es disposición temporal en función de un fin que representa para ella valor económico, vale frente a terceros y produce efectos reales".²⁸

Por su parte el Licenciado Octavio Hernández, menciona respecto del fideicomiso, que "...fideicomiso es negocio jurídico por cuya virtud quien es titular de un derecho sobre una cosa o de un derecho sobre otro derecho, constituye con tal

²⁷ RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria". Editorial ECASA, Cuarta Edición, México, 1977. Pág. 49.

²⁸ CERVANTES AHUMADA, RAUL. "Títulos y Operaciones de Crédito". Editorial Herrero, Edición 14a. México, 1988. P.p. 293-294

derecho un patrimonio autónomo cuya titularidad confiere a otra persona para que lo dedique a la obtención del fin lícito querido por el titular original o, en su caso, determinado por la ley".²⁹

2.-NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

En el presente capítulo analizaremos algunas de las teorías que se han desarrollado con el afán de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, algunas con las cuales no estamos de acuerdo, pero obviamente no podemos dejar de lado el mérito de los autores que las desarrollaron y debemos de citarlas y estudiarlas por la importancia de que se encuentran revestidas.

a)TEORÍA DEL MANDATO.

Existen múltiples y muy variada teorías respecto de la naturaleza jurídica del Fideicomiso, a continuación enumeraremos algunas de las más destacadas.

La doctrina latinoamericana iniciada por el Doctor Ricardo J. Alfaro, sostenía que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable.

²⁹ RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. Op. Cit. Pág. 50

El Doctor Alfaro, adaptó el trust Anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana. Dichos estudios tuvieron acogida en México, ya que en 1926 se intentó admitir dentro de la Ley de Bancos de Fideicomiso y más tarde dentro de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

En esta teoría Alfaro se consideran dos etapas: en 1920 el multicitado jurista nos dice que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos u de sus productos según la voluntad del quien los entrega llamado fideicomitente, en beneficio del fideicomisario.

El ilustre maestro Alfaro considera que "se han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del trust inglés, pero si los comparan cuidadosamente se podrá observar que todas coinciden en un elemento esencial: que tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona para beneficio de un tercero".

En la segunda etapa de su pensamiento, el maestro Alfaro define "fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un fideicomisario".³⁰

³⁰ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. P.p. 96-99

b) TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.

Esta es otra de las teorías que han surgido pretendiendo explicar la naturaleza jurídica del Fideicomiso.

Brinz divide al patrimonio en dos categorías: patrimonio de personas e impersonales, también denominados como patrimonios afectos a un fin, que son aquellos que pertenecen a un sujeto y patrimonios de destino que son aquellos que carecen de dueño, pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales. Los derechos de estos patrimonios no son de alguien, sino de algo de un patrimonio, cuestión que de acuerdo al criterio del autor explica la esencia de las personas colectivas.

Bekker autor alemán, introduce a esta teoría los términos patrimonio dependiente que se refiere a los patrimonios destinados a un fin concreto, pertenecientes a una persona y forman parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía, y el patrimonio independiente de los patrimonios de destino, que carecen de sujeto.

Nos referiremos a la teoría de Pierre Lepaulle quien explica la naturaleza jurídica del trust, partiendo del concepto de patrimonio de afectación.

El citado autor sostiene que para que existe un trust basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista. El único ser esencial para el funcionamiento del trust es el trustee cuyos derechos y obligaciones varían en función de una sola cosa que es fundamental y siempre idéntica: la función que debe realizar, dependiendo esta de la afectación que se tenga prevista de los bienes, pudiendo ser determinada por voluntad del settlor. Para que haya trust se necesita una res, es decir,

bienes y afectación prevista para los mismos, para la existencia jurídica de un trust, el trustee, solamente es el medio para realizar prácticamente dicha afectación.

Continúa Lepaulle que "una afectación no se realiza por sí sola, es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario, pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber settlor, ni cestui que trust que constituyan una persona física o moral, pero debe haber un trustee. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho.

Concluye el autor proponiendo una definición de trust como "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha afectación.

Este autor encuentra en el trust elementos que son: "totalmente extraños a la noción de propiedad: siempre hay en el trust la idea de un fin que realizar, lo que no ocurre en el caso de propiedad individual", pues encuentra que "el trust y el derecho de propiedad están fundados en filosofías opuestas".³¹

Juan Landerreche Obregón, estudia la naturaleza jurídica del fideicomiso basándola también en ésta teoría del patrimonio de afectación.

Para el autor antes citado "el fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes.

"Partiendo de la idea de propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la

³¹ IDEM. P.p. 100-102

formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición la de que un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medio de alcanzar los fines que se trata".³²

"La transferencia del domicilio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante al usufructo en que se separa el derecho de usufructo y la nuda propiedad. En el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento que se destina al fin del fideicomiso sin que haya una persona titular de dicho derecho, y, por la otra, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a los mismos bienes, facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso".

Los efectos de la afectación fiduciaria son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso, que se integrará con los bienes afectados. Respecto a estos bienes no se puede ejercitar sino los derechos y acciones que al fin del fideicomiso se refieran, salvo los adquiridos con anterioridad a la constitución de éste por el fideicomisario o terceros.

El autor al hacer referencia del patrimonio del fideicomiso implica ... que respecto a los bienes de éste no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran.

³²IDEM. P.p. 103-104

"Por razón igualmente de la autonomía del patrimonio del fideicomiso debe concluirse que las obligaciones contraídas por el fiduciario en el desempeño de su cargo solo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso sin que por ellas sea responsable del propio fiduciario ni menos aún, el fideicomitente, ni el fideicomisario.

"Una última y muy importante consecuencia de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, es que éste queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de quiebra, salvo las responsabilidades en que pueda haber incurrido por negligencia o mala fe".³³

c) TEORÍA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

1) TEORÍA DE REMO FRANCESCHELLI

Otra doctrina importante es la que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad originario; como consecuencia de esta teoría se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien: uno de los titulares, el fiduciario tiene la titularidad de carácter económico. El principal exponente de esta teoría es Remo Franceschelli.

³³ IBIDEM. P.p. 102-108.

El maestro Remo Franceschelli menciona al respecto que "para realizar en forma completa el fin relativo a la protección del beneficiario y para dar vida a un sistema que entre los juristas continentales puede parecer muy curioso y extraño en el derecho inglés se llega al desdoblamiento del derecho de propiedad contemporáneos, cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto".

El desdoblamiento se atribuye a dos sujetos diversos, al fiduciario, (o trustee) por un lado y al beneficiario (cestui que trust) por el otro, y además se les otorga una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitida (in trust) un señorío legal (legal estate) y al segundo un señorío equitativo (equitable estate).

"El contenido del derecho de propiedad, que, contiene, dos categorías de facultades, que son la disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con la tendencia predominante, al trustee y al cestui que trust, respectivamente".

A continuación se transcriben las cinco reglas que sintetizan el pensamiento de Franscheschelli:

1) Siempre que por un hecho o por un evento cualquiera o por cualquier manifestación de voluntad, se constituya un trust, el contenido normal del derecho de propiedad sobre la cosa que es objeto de él se divide en dos partes: trust ownership (configurado como un legal estate) por un lado y beneficial ownership (configurado como un equitable estate) por el otro lado, cada uno atribuido a un sujeto diferente.

"A la inversa se puede decir:

2) Cuando se reúnen ambos derechos en un mismo sujeto, el trust queda extinguido.

Es decir:

3) Cada vez que "el legal estate" se atribuye a un sujeto y la "equitable ownership", a otro, estaremos en presencia de un trust.

4) Cada vez que el trust ownership y la beneficial ownership en principio separadas, se reúnen en las mismas manos, el fideicomiso concluye.

La trust ownership y la beneficial ownership así desdobladas, son independientes la una de la otra respecto de los actos de disposición o de destino que puedan ejecutar los sujetos titulares de cada uno de esos derechos.

La transmisión posterior de cualquiera de estos derechos de un tercero, no cambia la naturaleza de los mismos en relación con sus titulares originarios.

5) Cada vez que la legal estate y la equitable estate estén investidas en sujetos diversos, el legal owner, esto es, el titular legal ownership, es siempre trustee en beneficio del equitable estate, es decir, el titular de la equitable ownership".³⁴

2) TEORÍA DE MANUEL LIZARDI ALBARRÁN.

El maestro Manuel Lizardi Albarrán menciona al respecto que estudiando el proceso de construcción del fideicomiso percibe que este se refiere a la titularidad de la propiedad, y lo descompone en dos derechos. "uno de estos derechos es el fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario, que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad. Así se observa contemplando la situación en su aspecto muy general, pero entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad".

³⁴ IDEM. P.p. 108-110.

"El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia de el del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido erga omnes. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, en beneficio económico para el fideicomisario.

"La última característica distintiva del derecho del fideicomisario está en los efectos reales a que da lugar. Normalmente el fiduciario es el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación y, sin embargo puede el fideicomisario, en los casos señalados por la Ley, perseguirlos y aún reivindicarlos dentro de los límites de un régimen especial según sean inmuebles, muebles o títulos valores para restituirlos al fondo del fideicomiso":

"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; el del fideicomisario, por el contrario, con valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentre las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación".

"Los dos derechos a que nos hemos venido refiriendo tienen por su relación entre sí y su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario; reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición".³⁵

³⁵ IBIDEM. P.p. 110-112

d) TEORÍA DE RODOLFO BATIZA.

Para el maestro Rodolfo Batiza, dos son las interpretaciones que respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso se dan: el negocio fiduciario y el acto unilateral.

Dentro de un sentido genérico se ha sostenido que el fideicomiso es un negocio fiduciario. En sentido más limitado, se ha hecho la aseveración de que el fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, caso en que su declaración es de inmediato obligatoria para él, ya que no puede revocarla si no se reserva expresamente tal facultad, ni puede modificarla sin el consentimiento del fideicomisario. Estas consecuencias son independientes de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario que, por tanto, no son, manifestaciones de voluntad esenciales para la integración del negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.

El negocio fiduciario tiene una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo ético con validez y eficacia idénticos entre las partes y frente a terceros.

Por lo que hace a la posición de que el fideicomiso es un acto unilateral, se menciona que "el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. Sin embargo, cuando la fuente de un precepto legal puede identificarse en forma indubitable y cuando, además, la norma que le sirvió de modelo ha sido objeto de interpretación auténtica del legislador, la especulación doctrinaria ensayada en el vacío es no sólo ociosa, sino perjudicial por desorientadora.

Consideramos, después de analizar las diversas teorías que respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso existen, que: el fideicomiso es un contrato mercantil, aún cuando se encuentra regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no es una operación de éste tipo, es contractual toda vez que de ella derivan derechos y obligaciones en favor y a cargo de las partes, y su mercantilidad emana de lo dispuesto por el artículo 75 fracción XV del Código de Comercio y en el artículo 1o, in fine de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que reporta actos de comercio todos aquellos que realicen los bancos y las operaciones que ésta última regula.

Respecto de quien ostenta la titularidad de los bienes o derechos entregados en fideicomiso, podemos decir que corresponden a la fiduciaria. El fideicomiso y el mandato se distinguen en que los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente y entran al del fiduciario y se encuentran destinados a cumplir un fin lícito y determinado del cual no pueden ser desviados, so pena de incurrir en una responsabilidad grave y sancionada por las leyes. En el mandato, el mandante debe entregar los recursos necesarios al fiduciario, en su carácter de mandatario, para que este actúe por su cuenta y orden en el desempeño del mandato.

En consecuencia, los bienes fideicomitados no pueden ser embargados para responder de las obligaciones del fideicomitente, y el fiduciario sólo tendrá que responder el fideicomitente en el caso de que no éste dando el debido cumplimiento al fideicomiso que se hubiese conformado.

3.- ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.

Los elementos personales del fideicomiso son tres:

- a) Fideicomitente.
- b) Fiduciario.
- c) Fideicomisario.

a) EL FIDEICOMITENTE.

El maestro José Manuel Villagordoa Lozano, define el fideicomitente como:

"La persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines transmitiendo su titularidad al fiduciario.³⁶

El Licenciado Mario Bauche Garcíadiego lo define como: "El ente físico, que puede ser cualquier persona, o el ente moral una sociedad mercantil, una asociación civil, etc. con capacidad legal para contratar y obligarse.³⁷

El maestro Miguel Acosta Romero define al fideicomitente como: "la persona titular de los bienes o derechos, que transmite al fiduciario, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y

³⁶ IBIDEM. P.p. 172.

³⁷ BAUCHE GARCÍADIEGO, MARIO. "Operaciones Bancarias". Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edición. México, 1981.

disponer de sus bienes".³⁸

Para el maestro Julián Bojalil el fideicomitente "es la persona que crea el fideicomiso, para cuyo efecto destina bienes o derechos a un fin lícito cuya realización encomienda a la fiduciaria."³⁹

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en realidad no nos define lo que es un fideicomitente menciona quienes pueden ostentar dicho nombramiento.

Artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona:

"Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación administración, liquidación reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que esas designen".⁴⁰

Respecto de lo que menciona el artículo anteriormente transcrito cabe señalar que el artículo 25 del Código Civil vigente nos señale que:

"Son personas morales:

I.- La Nación, los Estados y Municipios.

II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.

III.- Las sociedades civiles o mercantiles;

³⁸ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. "Derecho Bancario". Editorial Porrúa, S. A. Primera Edición. México, 1978. Pág. 560.

³⁹ BOJALIL, JULIAN. Op. Cit. Pág. 67.

⁴⁰ CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Anaya Editores. S. A. Impreso en México. Pág. 384.

IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736. (Código Civil)

Y el artículo 2o. del Ordenamiento legal antes invocado menciona:

"La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, y por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

El fideicomitente es aquella persona, ya sea física o moral, que acude a un fiduciario para aportar una parte de sus bienes a fin de crear un fideicomiso, en los términos que debidamente señalen en el contrato respectivo.

b) EL FIDUCIARIO.

Para Julián Bojalil, "el fiduciario es la institución de crédito legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, titular de los derechos sobre el fideicomiso durante la vigencia de éste".⁴¹

⁴¹ BOJALIL, JULIAN Op. Cit. Pág. 69

Para el ilustre jurista José Manuel Villagordoa Lozano, el fiduciario "es la persona que tiene titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente."⁴²

El contador Raúl Rodríguez Ruiz lo define como "el administrador del patrimonio que constituye el objeto o materia del fideicomiso. Es una institución de crédito a la que temporalmente se le transmite la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos que constituyen el patrimonio o principal que se afecta en fideicomiso".⁴³

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos menciona respecto del fiduciario:

"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 causa 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".⁴⁴

Nosotros podemos concluir que el fiduciario es la institución debidamente

⁴² VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. Pág. 369.

⁴³ RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. "El Fideicomiso. Elementos de Administración Fiduciaria". Editorial ECASA, Primera Edición. México, 1990. Pág. 61.

⁴⁴ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Op. Cit. Pág. 387.

autorizada por la ley para realizar operaciones fiduciarias, institución sobre la que recae la responsabilidad de manejar con la debida diligencia los bienes afectos al fideicomiso, y que ostenta temporalmente la titularidad de la propiedad de dichos bienes, y que está encargado de cumplir con los fines para los que fue constituido dicho fideicomiso.

De acuerdo a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fechas 14 y 23 de julio de 1993, también pueden ser fiduciarias las instituciones que a continuación se señalan, ampliando así el marco de las fiduciarias sin limitarlo únicamente a instituciones bancarias:

Las Casas de Bolsa (Ley del Mercado de Valores), que pueden ser fiduciarias en fideicomisos de administración inversión y garantía, en negocios directamente relacionados con actividades que le sean propias. Su patrimonio será en efectivo y valores a que se refiere la citada ley. Tales fideicomisos deberán sujetarse a las disposiciones generales que dicte el Banco de México.

Las Instituciones de Fianzas (Ley Federal de Instituciones de Fianzas). Celebrarán únicamente fideicomisos de garantía, en los que se afecten recursos relacionados con pólizas de finanzas que éstas expidan. El patrimonio de los fideicomisos se constituirá por efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles, y derechos. Estos deberán atender a las reglas de carácter general que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, si lo considera necesario, en donde se señalen las características o limitaciones que tendrán tales operaciones, así como fijar las reglas de capitalización en base a responsabilidades fiduciarias.

Instituciones de Seguros (Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros). Podrán celebrar fideicomisos de administración en que se afecten derechos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que

celebren. Así como fideicomisos de previsión social (fondos de pensiones o de jubilaciones del personal, primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones). El patrimonio de éste tipo de fideicomisos se conformara con efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público emitirá las reglas generales que señalen las características y limitaciones de estos fideicomisos y las responsabilidades fiduciarias.

A fin de llevar a cabo el debido cumplimiento de los fines del fideicomiso los fiduciarios llevan a cabo sus funciones a través de Delegados Fiduciarios que son "los funcionarios que el fiduciario designa especialmente para atender los fideicomisos".⁴⁵

Los Delegados Fiduciarios son designados por la Institución fiduciaria a su completo albedrío, con el requisito de que cuenten con la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, a quien deberán informar de aquellos funcionarios que dejen de ser delegados y las causas que dieron motivo a tal situación. Los delegados fiduciarios tienen representación y facultades para obligarse a nombre de la institución, en todo aquello que se refiera a la celebración y cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, por lo que su personalidad se acredita a través del testimonio notarial del acta del Consejo de Administración en donde conste su nombramiento o mediante el testimonio notarial del poder general que otorgue la institución fiduciaria.

c) EL FIDEICOMISARIO.

Para el jurista Manuel Villagordoa Lozano, el fideicomisario es "la persona

⁴⁵BOJALIL, JULIAN. Op. Cit. Pág. 69.

que recibe los beneficios del fideicomiso".⁴⁶

Para el maestro Julián Bojalil, el fideicomisario es "una persona designada en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus modificaciones para recibir los beneficios de éste".⁴⁷

El maestro Miguel Acosta Romero, define al fideicomisario como "la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad".⁴⁸

Podemos concluir que el fideicomisario, es aquella persona a quien van dirigidos beneficios del fideicomiso, ya sea por estar así estipulado desde el principio en el propio contrato o por ser fideicomisario en segundo término y recibir los remanentes, después de ejecutado el fideicomiso.

4.- MATERIA, FORMA Y FUNCIÓN SOCIAL DEL FIDEICOMISO.

a) MATERIA.

Para el maestro Jesús Roalandini, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes, muebles o inmuebles, o derechos excepto los estrictamente personales del fideicomitente.⁴⁹

⁴⁶ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL, Op. Cit. Pág. 179.

⁴⁷ BOJALIL, JULIAN, Op. Cit. Pág. 69.

⁴⁸ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. "Derecho Bancario". Op. Cit. Pág. 337

⁴⁹ ROALANDINI, JESUS. Op. Cit.

El contador Raúl Rodríguez Rutz, menciona que "el patrimonio (objeto o materia) del fideicomiso lo constituyen los bienes o derechos, o ambos a la vez, que el fideicomitente separa de su propio patrimonio para afectarlos en el fideicomiso.⁵⁰

Para el maestro José Manuel Villagordoa citando al jurista Manuel Cortina Portilla, refiere que pueden ser materia del fideicomiso cualquier clase de bienes, o derechos, con tal que dichos bienes se encuentren dentro del comercio y los derechos no sean de ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles, es necesario que la titularidad de esos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero.

Pueden ser materia del fideicomiso cualquier especie de derechos siempre y cuando no sean estrictamente personales de su titular como lo son: las garantías individuales, los derechos de familia, el derecho político del voto, entre otros.

Hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos anteriores y que no pueden ser transmitidos al fiduciario por encontrarse afectos a algún gravámen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario conservan dicho gravámen y además se requiere el consentimiento expreso del tercero en favor de quien se encuentran afectados tales bienes o derechos.⁵¹

Ahora pasemos a analizar lo que la ley nos menciona al respecto, en su artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"Pueden ser objeto del fideicomiso 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 consideraran afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a

⁵⁰ RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. Op. Cit. Pág. 53

⁵¹ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. Pág. 188.

ellos los derechos, y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que para el deriven del fideicomiso mismo los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todos tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".⁵²

b) FORMA DEL FIDEICOMISO.

El artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que:

"La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".⁵³

De aquí se deduce que el fideicomiso debe constar por escrito y puede ser pactado por las partes como acto entre vivos o como una manera para asegurar el cumplimiento de la voluntad del autor de la herencia para después de su muerte, o asegurar que una institución especializada procederá a realizar la administración de los bienes que constituyan la masa hereditaria.

⁵² LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Anaya Editores, S. A. Impreso en México. Pág. 385.

⁵³ Op. Cit. P.p. 385-386.

El artículo 353 de la Legislación antes citada refiere:

"El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberán inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El Fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en el caso de éste artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro".⁵⁴

c) FINES DEL FIDEICOMISO.

El contador Rodríguez Ruiz, se refiere a este particular en los siguientes términos: "Constituye la meta o metas, el objetivo u objetivos que el fideicomitente desea alcanzar con la intervención del fiduciario y conforme a las instrucciones que aquél da a éste en el contrato de fideicomiso o acto constitutivo del fideicomiso. El fin o los fines del fideicomiso son tan variados como las necesidades del fideicomitente".⁵⁵

El Licenciado Roalandini argumenta que los fines "pueden ser tan diversos como las necesidades del fideicomitente y solo tiene como limitante que los mismos sean lícitos y posibles física y jurídicamente".⁵⁶

El Licenciado David Peñaloza, resalta que "solo serán válidos los contratos de fideicomiso cuyo objeto sea lícito y posible".⁵⁷

⁵⁴ LOC. CIT.

⁵⁵ RODRIGUEZ RUIZ RAUL. Op. Cit. Pág. 69.

⁵⁶ ROALANDINI, JESUS. "Programa de Formación del Supervisor Bancario". Edita la Comisión Nacional Bancaria. Ponencia.

El fin del fideicomiso lo resume el eminente jurista José Manuel Villagordoa Lozano como: "La actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente".⁵⁸

Los fines del fideicomiso pueden ser muy diversos, tanto como los tipos de fideicomisos que puedan crearse de acuerdo a las necesidades mismas de los clientes de la fiduciaria, claro que siempre obedeciendo a que deben ser lícitos y posibles.

d) FUNCIÓN SOCIAL DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso cumple una función social muy importante y poco valorada, toda vez que por medio del mismo se trata de resolver múltiples problemáticas sociales, ya que de acuerdo al tipo del fideicomiso que sea creado puede ser dirigido a realizar desarrollos turísticos, crear unidades habitacionales de interés social, crear fondos para pensiones y jubilaciones, fondos de ahorro, fondos para aseguramiento de pensiones alimenticias, etc.

También un fideicomiso puede tener como fin el crear fondos que garanticen los medios necesarios para el otorgamiento de becas ya sea para estudios en el país o en el extranjero, o bien destinarse al desarrollo científico y tecnológico entre otras actividades.

⁵⁷ PEÑALOZA SANTILLAN, DAVID. "El Fideicomiso Público Mexicano". Editorial Cajica. Primera Edición. Puebla, Pue., México, 1983. P.p. 16-18.

⁵⁸ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. Pág. 189.

5.- EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla las causas por las cuales se extingue un Fideicomiso, en su artículo 357, que a la letra dice:

"El fideicomiso se extingue:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido.

II.- Por hacerse éste imposible;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350".

Este último precepto señalado, indica que:

"...cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso".⁵⁹

⁵⁹ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Pág. 385.

6.- FIDEICOMISOS PROHIBIDOS.

Respecto de los fideicomisos prohibidos por la Ley, nos encontramos que la multicitada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona en su artículo 359 que a la letra dice, lo siguiente:

"Quedan prohibidos:

I.- Los fideicomisos secretos;

II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y

III.- Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse como duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro".⁶⁰

Queda aclarado con el artículo anteriormente citado, cuales son los Fideicomisos que se encuentran prohibidos por la ley, y que solo aquellos que se hubieren constituido con el afán de beneficiar a una institución científica o artística pueden exceder el límite de treinta años de duración.

⁶⁰ LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Pág. 388.

7.- SECRETO FIDUCIARIO.

Podemos hablar del secreto fiduciario, que está basado en el secreto bancario y que tienen su fundamento en los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de crédito, y cuyos textos a continuación se transcriben:

Artículo 117.- "Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para los fines fiscales. Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicio que se causen.

"Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de

sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten".⁶¹

Artículo 118.- "Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes".⁶²

Concluimos que los empleados y funcionarios bancarios se encuentran impedidos a otorgar cualquier información a terceros sin que medie orden expresa de un juez para ello, haciéndose acreedores por hacer caso omiso a esta disposición a una sanción inclusive corporal; queda exceptuado de esta disposición la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, dado que por la naturaleza de sus funciones podrá requerir de información que tendrán que proporcionar las Instituciones Bancarias, sin necesidad de tantos requisitos, sin que medie orden expresa de alguna autoridad judicial o bien de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

⁶¹ Ley de Instituciones de Crédito. Editorial Porrúa, S. A. Cuadragésimo Cuarta Edición. México, 1995. P.p. 44-45.

⁶² Loc. Cit.

8.- TIPOS DE FIDEICOMISO.

En relación a los tipos de Fideicomisos existentes en nuestro país, a continuación enunciaremos las clasificaciones más comunes, al respecto:

A) De acuerdo a la práctica bancaria la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en su catálogo de cuentas autorizado, clasifica a los fideicomiso por los fines para los que se encuentran destinados, consistiendo dicha clasificación en la siguiente:

- Fideicomisos de administración.
- Fideicomisos de inversión.
- Fideicomisos de garantía.
- Fideicomisos traslativos de dominio.
- Otros.

B) Por la contraprestación que genera su administración y/o la transmisión de los bienes fideicomitados, se pueden dividir en:

- Onerosos.
- Gratuitos.

C) Por las personas que los constituyen son:

- Privados
- Públicos.

a) FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN.

Para el maestro José Manuel Villagordoa Lozano, los fideicomisos de administración son aquellos "en los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos para que éste proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario".⁶³

El licenciado Octavio Hernández, considera que los fideicomisos de administración son aquellos "cuya finalidad es que la fiduciaria maneje o administre el patrimonio fideicomitado en provecho del fideicomisario".⁶⁴

Las partes de este tipo de fideicomiso son las siguientes:

a. El fideicomitente, en éste tipo de fideicomiso es quien aporta determinados bienes muebles, inmuebles o efectivo.

b. El fideicomisario, es la persona a quien están destinados los beneficios del fideicomiso, pudiendo ser el propio fideicomitente.

⁶³ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. Pág. 204.

⁶⁴ HERNÁNDEZ, OCTAVIO. "Derecho Bancario Mexicano". Instituciones de Crédito. Tomo II. Ediciones de la Asociación Mexicana de investigaciones Administrativas Serie I. Número I. México, 1956. Pág. 289.

c. El fiduciario, es la institución que recibe los bienes afectos al fideicomiso para su administración.

En éste tipo de fideicomisos, se puede facultar al fiduciario a celebrar contratos de arrendamiento, efectuar el cobro de rentas, así como realizar todas las erogaciones necesarias para el cumplimiento de este tipo de fideicomisos, incluyendo hasta el pago de los impuestos que en su caso procedan.

Podemos concluir respecto de éste tipo de fideicomisos que son aquellos en los cuales el fideicomitente destina ciertos bienes para la constitución de un fideicomiso, ya sea inmuebles o muebles que entrega al fiduciario para que éste los administre y, cumpliendo la voluntad del fideicomitente, se entreguen al fideicomisario los productos o beneficios adquiridos de la administración que de los mismos se haya llevado a cabo, o bien los propios bienes.

b) FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN.

El Licenciado Octavio Hernández, define a los fideicomisos de inversión como "aquellos cuya finalidad es que la fiduciaria destine el patrimonio fideicomitado a la realización de operaciones económicamente provechosas al beneficio del fideicomiso".⁶⁵

El Licenciado Jesús Roalandini define a éstos como "aquellos mediante los cuales el fideicomitente entrega determinada cantidad de dinero al fiduciario para que

⁶⁵ IDEM. Pág. 287.

esta sea invertida en valores de renta fija a determinado plazo y con la mayor productividad posible, en beneficio del propio fideicomitente o de fideicomisarios que este designe".⁶⁶

Concluyendo a lo anteriormente expuesto, podemos decir que los fideicomisos de inversión son aquellos en los que el fideicomitente destina cierto capital para la formación del un fideicomiso, cantidad tal que se entrega al fiduciario para que la invierta de la forma que crea pertinente, en beneficio obviamente del fideicomisario, quien también puede fungir como fideicomitente.

Las partes que intervienen en éste tipo de fideicomiso son:

a. El fideicomitente, que es quien aporta el capital para la creación de éste fideicomiso.

b. El fideicomisario, que es la persona que recibe el beneficio del manejo que sobre dicho capital realice el fiduciario.

c. El fiduciario, que es la institución que recibe el capital afecto a la creación del fideicomiso para que realice los movimientos financieros relativos al fin para el que fue creado el mismo.

El Banco de México incorporó en una sola circular, en las que contenía todas las disposiciones relativas a operaciones activas, pasivas y servicios, así como algunos ajustes al régimen vigente. La circular 2008/94 del 17 de febrero de 1994, se refiere principalmente a los fideicomisos, mandatos o comisiones de inversión.

En dicha circular se contempla aún el depósito obligatorio (que para este tipo de fideicomisos es el equivalente al 50% de los recursos) en Banco de México, y, en general, se conservan las mismas excepciones a dicho depósito, a éste se le conoce como encaje legal.

⁶⁶ROALANDINI, JESUS. "El Fideicomiso en México". Ponencia.

Define claramente el concepto de fideicomiso, mandato o comisión de inversión cerrado. Se establece que el fiduciario puede recibir instrucciones verbales del cliente, siempre y cuando se confirme por escrito, telefax, telex o cualquier otro medio, el mismo día en que se celebren dichas operaciones. También se establecen las obligaciones para las fiduciarias en el desempeño de fideicomisos que garantizan el pago de valores objeto de oferta pública e intermediación en el país, a fin de que se cercioren que los tenedores de los valores garantizados conozcan con detalle los términos y condiciones a la garantía.

Se excluye el requisito de autorización a las operaciones fiduciarias en las cuales personas físicas o morales adquieran derechos, salvo en dos casos, como son: emisión de títulos y garantía de emisiones.

c) EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

El maestro Víctor Manuel Giorgana Frutos, define a estos fideicomisos diciendo que: "la función de éste tipo de negocios es asegurar cualquier obligación que el fideicomitente tenga frente a uno o varios acreedores, del tal suerte que transmitiendo al fiduciario determinados bienes, estos últimos tienen la certeza de pago, pues en caso de incumplimiento del primero, la institución cumple por su cuenta pudiendo simplificarse los trámites de ejecución".⁶⁷

⁶⁷ GIORGANA FRUTOS, VICTOR MANUEL. "Derecho Bancario". Editorial Porrúa, S. A. Primera Edición. México, 1982. Pág. 45.

El maestro Octavio Hernández considera que el fideicomiso de garantía "es aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero".⁶⁸

Sus partes son:

a) El fideicomitente.- quien garantiza la deuda u obligación contraída por el mismo o por un tercero con los bienes fideicomitados.

b) El fideicomisario.- En primer lugar, es quien recibe la garantía de la obligación, es decir, el acreedor, sólo mientras se cumple la obligación contraída a su favor.

c) El fideicomisario, en segundo lugar, será el propio fideicomitente una vez cumplida la obligación garantizada, toda vez que, al darse éste supuesto los bienes dados en garantía, a través de estos fideicomisos le serán restituidos, concluyendo así el fideicomiso.

d) El fiduciario.- Es la institución de crédito que recibe los bienes fideicomitados, se encarga de observar el cumplimiento de la obligación y, en caso de no ser así, de llevar a cabo la ejecución de los bienes para el pago de la misma.

Julián Bojalil, menciona respecto de éste tipo de fideicomiso que "se ha usado como sustitutivo de la hipoteca, y su finalidad, por lo tanto, es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero".⁶⁹

Al respecto menciona Villagorda Lozano que los fideicomisos en garantía, por su propia naturaleza, son contratos accesorios porque siempre se ligan al contrato principal que los motiva. En esa virtud, los fideicomisos de garantía siguen la misma suerte que el negocio principal, ya que una vez que se cumple dicho negocio, el

⁶⁸ HERNANDEZ, OCTAVIO. Op. Cit. Pág. 280.

⁶⁹ BOJALIL, JULIAN. Op. Cit. Pág. 79.

fideicomiso concluye y como consecuencia de dicha extinción, el fiduciario retransmite al fideicomitente deudor los bienes o derechos fideicomitados una vez que el acreedor fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente.

La actividad del fiduciario que se desarrolla al través del ejercicio de los derechos fideicomitados pueden tener dos aspectos diferentes en los fideicomisos de garantía: el fiduciario ejercitará tales derechos, en el supuesto que incurran en mora el deudor, o bien, desde un principio y como medio de pago, el fiduciario ejercitará esos derechos para dar cumplimiento a la obligación garantizada.⁷⁰

Podemos concluir que el fideicomiso de garantía es aquel que se constituye por una persona (deudora) en su calidad de fideicomitente que entrega en fideicomiso a una Institución Fiduciaria, determinados bienes (inmuebles, acciones, valores, etc.) con objeto de garantizar a su acreedor (Fideicomisario en primer lugar) el cumplimiento de una obligación o el pago de un crédito, facultando al Fiduciario para que en caso de incumplimiento entregue el bien fideicomitado o lo venda y con su producto se haga pago al fideicomisario en primer lugar del importe de las obligaciones garantizadas y en su caso de que se cumpla con las mismas le será revertida la propiedad del bien dado en fideicomiso.

d) EL FIDEICOMISO TRASLATIVO DE DOMINIO.

El eminente jurista José Manuel Villagordoa Lozano, menciona que el fideicomiso traslativo de dominio es el que tiene "como fin principal que el fiduciario

⁷⁰ VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Op. Cit. P.p. 200-201.

transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que este señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos".

En el Manual de Servicio de Grupo Banco Mexicano SOMEX, los fideicomisos traslativos de dominio se definen como aquellos en los que: "transmiten en forma temporal la propiedad de un determinado inmueble, para que la fiduciaria lo conserve y después lo transmita al fideicomisario una vez cumplidas las condiciones estipuladas".

Por nuestra parte podemos conceptualizar al fideicomiso traslativo de dominio como aquel en que el fideicomitente transmite determinados bienes al fiduciario, con el fin de que dicha institución a su vez los transmita al fideicomitente o a la persona que se designe, habiéndose cumplido con las condiciones que previamente se hayan pactado.

Los elementos que componen éste tipo de fideicomiso se detallan a continuación:

a. El fideicomitente, es la persona que aporta los bienes inmuebles para la formación del fideicomiso, transmitiéndolos al fiduciario y estableciendo las condiciones que deberán de cumplirse para que dichos bienes sean transmitidos al fideicomisario.

b. El fideicomisario, es quien debe de cumplir con las condiciones a su cargo y recibe el bien fideicomitado.

c. El fiduciario, es la institución que recibe los bienes y es la encargada de supervisar que las condiciones establecidas por el fideicomitente se lleven a cabo al pie de la letra, con el fin de que se transmita el bien al fideicomisario.

c) FIDEICOMISOS ONEROSOS Y GRATUITOS.

El maestro Rodolfo Batiza, menciona a este respecto que: "los fideicomisos pueden ser onerosos o gratuitos dependiendo si la afectación de bienes al fiduciario causa o no un gravamen al fideicomisario".

El maestro David Peñaloza Santillán, establece que esta clasificación surge "del hecho de que se pacte o no una contraprestación para el fideicomisario, si se establece el fideicomiso será oneroso y por el contrario, si no se conviene, el fideicomiso será gratuito".

El Licenciado Miguel Acosta Romero refiere que son onerosos o gratuitos "según se trate de que devengue honorarios el fiduciario o no, en su caso, de que en relación con la transmisión de ésta, sea o no, gratuita".

Esta clasificación depende de dos enfoques: a) del hecho de que se pacte honorarios o no para el fiduciario, y b) de la contraprestación que pueda surgir a cargo del fideicomisario como consecuencia de la constitución del fideicomiso.

Por lo tanto podemos decir que los fideicomisos onerosos son aquellos en donde el fiduciario recibe honorarios por su desempeño en el fideicomiso y gratuitos en aquellos en donde el fiduciario no percibe ninguna remuneración por sus servicios, es decir, el fideicomiso gratuito es aquel donde el fideicomitente destina ciertos bienes para que éstos y/o sus productos sean entregados a los fideicomisarios sin que por ello se obliguen a pagar retribución alguna al fiduciario, como ejemplos podemos citar las casas hogar, asilos de ancianos, albergues para enfermos terminales de escasos recursos económicos.

Entonces serán onerosos aquellos fideicomisos en los que el fideicomitente reciba una contraprestación del fideicomisario por la afectación de determinados bienes, es en fideicomiso.

f) FIDEICOMISOS PRIVADOS Y PÚBLICOS.

El jurista Miguel Acosta Romero, define a estos fideicomisos de la siguiente forma "el fideicomiso privado es aquel que se celebra exclusivamente entre particulares, público será aquél en el que intervengan instituciones gubernamentales, o tenga por objeto bienes del Gobierno Federal, o realizar actividades de interés público.

Por otra parte señala que "el fideicomiso público, fideicomiso de Estado o del Gobierno Federal, es un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en calidad de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos en una institución para realizar un fin lícito, de interés público.

"El Licenciado Rafael Martínez Morales dice que se clasifican en "fideicomiso público y privado, atendiendo a la persona jurídica que lo constituye, que puede ser el estado o un particular, respectivamente".⁷¹

El maestro David Peñaloza Santillán se refiere a estos fideicomisos diciendo que : el fideicomiso es privado cuando quien lo constituye es una persona física o

⁷¹ MARTINEZ MORALES, RAFAEL. "Derecho Administrativo". Primer Curso. Editorial Harla. Primera Edición. México, 1991. Pág. 152.

moral de derecho privado y el fideicomiso es público, cuando sea establecido por una persona de derecho público".⁷²

Podemos concluir al respecto que el fideicomiso privado es aquél en que el fideicomitente es una persona física o moral de orden civil, sean particulares o el mismo Gobierno despojado de su poder de Imperium.

Define el fideicomiso público el maestro Miguel Acosta Romero, como: "un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos en una institución fiduciaria (por lo general instituciones nacionales de crédito), para realizar un fin lícito de interés público"⁷³

El Licenciado Rafael Martínez Morales menciona al respecto que "los fideicomisos públicos son aquéllos que establece la Administración pública Federal, los cuales se estructuran de forma análoga a los organismos públicos descentralizados o a las empresas de participación estatal mayoritaria, y cuyo fin es auxiliar al Ejecutivo Federal, mediante la realización de actividades consideradas prioritarias para el país".⁷⁴

Para el jurista Andrés Serra Rojas, los fideicomisos públicos son: "un negocio jurídico creado por la ley o decreto, el fideicomiso público o contrato, por medio del cual la Administración pública Federal, como fideicomitente único, constituye un patrimonio autónomo con bienes del dominio público o privado de la Federación, cuya titularidad se atribuye a una institución fiduciaria, por lo general una institución

⁷² PEÑALOZA SANTILLAN, DAVID. Op. Cit. P.p. 141-143.

⁷³ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Op. Cit. Pág. 159.

⁷⁴ MARTÍNEZ MORALES, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 154

nacional de crédito expresamente autorizada para la realización de un fin de interés público, lícito y determinado".⁷⁵

⁷⁵ SERRA ROJAS, ANDRÉS. "Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, S. A. Décimo Cuarta Edición. México 1988. Pág. 820

CAPÍTULO TERCERO.

LA EJECUCIÓN.

I.- LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

Podemos referir que las Sentencias pueden condenar a la parte oída y vencida en juicio a cualquiera de estas tres modalidades: dar, hacer o no hacer, por lo que pasaremos a analizar rápidamente cada una de ellas.

a) CONDENAS DE DAR.

Para este caso debe hacerse una distinción si la cosa a entregar es mueble o inmueble. Si es mueble, se debe solicitar al juez ponga en posesión del mismo a la persona que tenga que entregarse, haciendo uso inclusive de que las medidas de apremio que señala el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que consisten en multas de diversos montos, arrestos hasta por quince días a discreción del juez, cateo por orden escrita y el uso de la fuerza pública e inclusive el rompimiento de cerraduras para el caso en que sea necesario.

Y como contempla el artículo 525 del ordenamiento legal ya señalado, "en caso de no poderse entregar los bienes señalados en la sentencia, se despachará la

ejecución por la cantidad que señale el actor, que puede ser moderada prudentemente por el juez, sin perjuicio de que se oponga al monto del deudor".⁷⁶

Para el caso que la Sentencia de entrega se refiera precisamente a la entrega de una persona se debe dictar todas las disposiciones conducentes con el objeto que el fallo no quede sin cumplimiento.

Nos encontramos ante el caso que una sentencia condene a una de las partes al pago o entrega de una cosa o el pago de una cantidad de dinero. Para el caso de que no se produzca dicho pago de manera voluntaria, ni dentro del término de ley, señala que deberá procederse al embargo y enajenación de bienes de la parte vencida, suficientes a garantizar el monto de lo condenado.

Si en la sentencia no se encuentra precisada una suma líquida, como lo sería el pago de intereses moratorios, el interesado procederá a realizar un incidente de liquidación, lo mismo ocurrirá cuando existan daños y perjuicios, el interesado deberá cuantificar los mismos y presentarlos mediante incidente ante el juez que este conociendo del asunto.

Lo antes referido se puede observar en el contenido de los artículos 507, 514, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

b) CONDENAS DE HACER.

En los casos de las sentencias que condenen a hacer alguna cosa, el juzgador

⁷⁶ PEREZ PALMA, RAUL. "Guía de Derecho Procesal Civil". Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Reimpresión. México, 1994. Pág. 643.

debe señalar un plazo pertinente para que se cumpla con dicha obligación. Para el caso de que no se cumpla con ello, se debe distinguir si el hecho es de carácter personal del condenado, si puede ser realizado por otra persona y si el hecho sólo consiste en la celebración de un acto jurídico.

Si el hecho es de carácter personal, y solo puede cumplirse por el condenado, el juez deberá invitarlo a que cumpla con sus obligaciones haciendo uso de las medidas de apremio que estime pertinentes, en caso de que no cumpla, la única opción es la de exigir la responsabilidad civil (pago de daños y perjuicios por el incumplimiento, mediante embargo y enajenación de bienes).

Si es el caso que otra persona pueda prestar ese hecho, el juez lo señalará a costa del obligado y en un plazo determinado ante esta situación se puede exigir al condenado el pago de la actividad ejecutada por el tercero, mediante el embargo y enajenación de bienes del condenado.

Y cuando se condena al vencido al otorgamiento de un instrumento o celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará en rebeldía del obligado, manifestándose expresamente esta situación.

También puede darse el caso de que la sentencia condene al vencido a rendir cuentas, por lo que el juzgador deberá concederle un término para tal efecto.

Cuando el obligado presente en término sus cuentas conforme a lo estipulado por el artículo 520 Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se pondrán a la vista de las partes por el término de seis para que estas manifiesten su oposición a las partidas objetadas si fuere el caso. Dichas objeciones se substanciarán en la misma forma que los incidentes de ejecución de sentencia.

Para el caso de que el obligado no rinda sus cuentas, el ejecutante puede solicitar al juez que ordene la ejecución contra el deudor si en el transcurso del juicio se

comprobó que éste haya obtenido ingresos por la cantidad que las cuentas arrojaron. o bien puede el ejecutante solicitar al juzgador que un tercero nombrado por el tribunal preste el hecho.

El artículo 523 del multicitado ordenamiento legal, establece que: "Cuando la sentencia condena a dividir una cosa común y no dé las bases para ello, se convocará a los interesados a una junta para que en la presencia judicial determinen las bases de la participación o designen un partidor, y si no se pusieren de acuerdo en una u otra cosa, el juez designará a persona que haga la partición y que sea perito en la materia si fuere menester conocimientos especiales. Señalará a éste el término prudente para que presente el proyecto partitorio.

Presentado el plan de partición, quedará en la secretaría a la vista de los interesados por seis días comunes, para que formulen las objeciones dentro de ese mismo tiempo y de las que se correrá traslado al partidor, y se substanciarán en la misma forma de los incidentes de liquidación de sentencia. El juez, al resolver, mandará hacer las adjudicaciones y extender las hijuelas con breve relación de los antecedentes respectivos".⁷⁷

e) CONDENA DE NO HACER.

El artículo 524 del Código Adjetivo, refiere que para éste tipo de sentencia, su infracción deberá resolverse en el pago de daños y perjuicios al actor, quien tendrá el

⁷⁷ IDEM. Pág. 624.

derecho de señalarlos para que por ellos se despache ejecución, sin perjuicio de la pena que señale el contrato o testamento.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, menciona en su artículo 2027:

"Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

"Esto mismo se observará si no lo hiciere de manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho".⁷⁸

2.- EL EMBARGO.

La ejecución de sentencias generalmente desemboca en un embargo de bienes de la parte vencida en juicio, a fin de que estos sirvan para cubrir el importe de lo adeudado, ya sea por la condena de lo principal o por pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de dicha obligación, pero esta situación no se da para el caso en que las sentencias condenan a la entrega de un bien inmueble, de una persona, el otorgamiento de un instrumento, la celebración de un acto jurídico y la división de una cosa común.

⁷⁸ OBREGÓN HEREDIA, JORGE. Código Civil Concordado. México, 1995. Tercera Edición. Pág. 365.

El maestro José Ovalle Favela se refiere al embargo como: la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plantea o planteará en juicio (embargo preventivo provisional o cautelar), o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva (embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo)⁷⁹

El presupuesto de todo embargo, es que los bienes a embargar sean propiedad del deudor, o que le pertenezcan derechos sobre esos bienes.

De acuerdo al contenido del artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

"Quedan exceptuados de embargo:

I.- Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil;

II.- El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos no siendo de lujo a juicio del Juez;

III.- Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;

IV.- La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que

⁷⁹ OVALLE FAVELA, JOSE "Derecho Procesal Civil". Editorial Harla. Segunda Edición. México, 1985. Pág. 260.

estén destinados, a juicio del juez, a cuyo efecto oirá el informe de un perito nombrado por él.

V.- Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;

VI.- Las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste, conforme a las leyes relativas;

VII.- Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles o industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio y movimiento, a juicio del juez, a cuyo efecto oirá el dictámen de un perito nombrado por él, pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén destinados;

VIII.- Las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras;

IX.- El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste;

X.- Los derechos de uso y habitación;

XI.- Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo a cuyo favor están constituidas, excepto la de aguas, que es embargable independientemente;

XIII.- La renta vitalicia, en los términos establecidos en los artículos 2785 y 3787 del Código Civil.

XIV.- Las asignaciones de los pensionistas del Erario; y

XV.- Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejidatario".⁸⁰

⁸⁰ PÉREZ PALMA, RAUL. Op. Cit. P.p. 669-670.

La traba del embargo puede hacerse por simple señalamiento, durante la diligencia y anotación de dicho embargo en el Registro Público de la Propiedad en caso de que sea bien inmueble conforme a lo establecido por el artículo 546 del Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 543 del dicho ordenamiento legal, menciona el nombramiento de un depositario que haga el propio acreedor, bajo su responsabilidad, mediante formal inventario, nombramiento éste que puede recaer sobre el mismo acreedor o bien sobre alguna persona de su confianza que el señale.

Para el caso de que el embargo se trabe sobre un crédito, se deberá notificar al deudor para que retenga el pago y lo ponga a disposición del juzgado, apercibido de doble pago si llegase a hacer caso omiso a dicha orden, y se notificará al acreedor embargado que no disponga de dicho crédito.

También cuando el embargo recaer sobre fincas urbanas y sus rentas o sobre estas solamente se nombrará un administrador y cuando se trate de fincas rústicas y empresas comerciales o industriales, se nombrará un interventor con cargo a la caja.

El procedimiento de embargo comprende tanto el auto que lo ordena como la diligencia propiamente dicha.

El auto de embargo puede dictarse iniciando o durante el juicio.

La diligencia de embargo prevee que para el caso de no encontrar al deudor para la realización de la diligencia de embargo se le dejará un citatorio para que espere al actuario dentro de las veinticuatro horas siguientes a la entrega del mismo y en caso de no hacerlo así se procederá a llevar a cabo dicha diligencia con cualquier persona que se encuentre en el domicilio o en su defecto con el vecino inmediato.

Primeramente debe requerirse de pago al deudor, antes de proceder al embargo, en caso de que no se obtenga el pago, se concede al deudor el derecho de

señalar bienes de embargo, en caso de que no quisiere hacerlo, o no se encuentre, el señalamiento de los bienes a embargar lo hará el acreedor o su representante, quienes deberán tener en cuenta lo establecido por el artículo 537 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que a la letra dice:

"El ejecutante puede señalar los bienes que han de ser objeto del secuestro, sin sujetarse al orden establecido por el artículo anterior;

I.- Si para hacerlo estuviere autorizado por el obligado en virtud de convenio expreso;

II.- Si los bienes que señala el demandado no fueron bastantes o si no se sujeta al orden establecido en el artículo anterior;

III.- Si los bienes estuvieron en diversos lugares; en este caso puede señalar los que no se hallen en el lugar del juicio".⁸¹

El actuario deberá hacer la descripción de los bienes en el acta de embargo, así como mencionar que queda trabado formal embargo sobre ellos; para los casos en que fuere necesario se procederá a nombrar depositario, administrador según sea el caso.

Se formaliza el embargo trabado sobre bienes inmuebles cuando éste queda debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Cuando se embarga un título de crédito, se debe nombrar a un depositario que, además de la obligación de conservar en guarda al documento, tiene la de hacer todo lo necesario para que no se altere, ni menoscabe del derecho que el título represente, y de agotar todos los medios legales para hacer efectivo dicho crédito.

Cuando el embargo recae sobre fincas urbanas y sus rentas el administrador de las mismas celebrará los contratos de arrendamiento, recaudará las rentas y hará todos los gastos ordinarios de la finca arrendada.

⁸¹ IDEM. Op, Cit. Pág. 662.

Cuando el embargo se efectúa sobre una finca rústica o una negociación mercantil o industrial, el interventor vigilará la contabilidad, inspeccionará el manejo de la finca o negociación para que produzca el mejor rendimiento posible, vigilará las compras y ventas, recogiendo el numerario de estas y suministrando fondos a las primeras, depositando el sobrante en Nacional Financiera o casa de comercio.

El interventor y el administrador deben rendir cuentas de su función mensualmente al juez.

3.- EL PROCEDIMIENTO DE REMATE DE LOS BIENES.

En el supuesto de que tenga que procederse a la enajenación de bienes embargados, podemos decir que hay dos procedimientos distintos. uno para muebles y otro para inmuebles, en el primero se consignan los muebles a una casa de comercio o a un corredor, para que sean estos los que enajenen dicho bien, esto es en teoría; y en el caso de los bienes raíces se celebrará el remate, que será público y a celebrarse en el juzgado que conoce del asunto.

a) LA ENAJENACIÓN DE BIENES MUEBLES.

El artículo 598 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, regula el procedimiento de enajenación de bienes muebles, y cuyas fracciones a la letra

dicen:

I.- Se efectuará su venta siempre de contado, por medio de corredor o casa de comercio que expendá objetos o mercancías similares, haciéndole saber, para la busca de compradores, el precio fijado por peritos o por convenio de las partes.

II.- Si pasados diez días de puestos a la venta no se hubiere logrado ésta, el tribunal ordenará una rebaja del 10% del valor fijado primitivamente, y, conforme a ella, comunicará al corredor o casa de comercio el nuevo precio de venta, y así sucesivamente, cada diez días, hasta obtener la realización.

III.- Efectuada la venta, el corredor o casa de comercio entregará los bienes al comprador, otorgándosele la factura correspondiente, que firmará el ejecutado o el tribunal, en su rebeldía,

IV.- Después de ordenada la venta, puede el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes por el precio que tuviesen señalado a tiempo de su petición, eligiendo las que basten para cubrir su crédito, según lo sentenciado;

V.- Los gastos de corretaje o comisión serán de cuenta del deudor y se deducirán preferentemente del precio de venta que se obtenga, y

VI.- En todo lo demás, se estará a las disposiciones de éste capítulo"⁸²

⁸² RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. Op. Cit. Pág. 697.

b) LA ENAJENACIÓN BIENES INMUEBLES

El procedimiento de remate de bienes inmuebles, se divide en tres partes:

- 1) Avalúo.
- 2) Subasta o remate
- 3) Entrega del precio, otorgamiento de escritura y pago al ejecutante.

Antes de proceder al avalúo de los bienes embargados, se solicitará al juez gire oficio al Director del Registro Público de la Propiedad a fin de que remita al juzgado un certificado de gravámenes de diez años atrás a la fecha del inmueble embargado con la finalidad de que si existen otros gravámenes registrados sobre el mismo inmueble, se les notifique para que hagan valer su derecho y comparezcan al juzgado para tal fin, de ésta forma pueden nombrar peritos e intervenir en el remate inclusive recurrirlo si fuere el caso, si existen más de dos los peritos valuadores, no se nombrará tercero en discordia.

Se nombrará perito o peritos para la realización del avalúo, una vez que se haya dictaminado a este respecto se sacarán a pública subasta los bienes, anunciándose por dos veces, de siete en siete días a través de la fijación de edictos en los lugares públicos de costumbre, y cuando el precio del bien exceda de cinco mil pesos, los edictos se deben publicar en un periódico, de los de mayor circulación y que el juez señalará en el auto respectivo, o bien en cualquier otro medio de publicidad que se hubiera señalado a petición de parte.

Durante el remate y hasta antes de que se declare fincado éste o se haga adjudicación de los bienes, el ejecutado puede recuperar sus bienes pagando la suerte

principal y los gastos y costas que se hubieren realizado, pero una vez fincado el remate, queda irrevocable su venta.

Para poder tener derecho a tomar parte en la subasta, los postores deben consignar previamente, en Nacional Financiera, S. A., una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del precio de los bienes que sirvan de base para el remate, cantidad que sirve para garantizar sus posturas. El ejecutante puede tomar parte en la subasta sin necesidad de hacer el depósito antes referido, inclusive puede mejorar las posturas que se hicieren.

Las decisiones y resoluciones que tome el juez durante la subasta no aceptan otro recurso más que el de responsabilidad, a menos de que exista alguna disposición en contrario.

El día y hora señalados para la celebración del remate, el juez pasará lista a los postores que se encuentren y dará un lapso de media hora para ver si acuden otros postores de los que en ese momento se encuentren ausentes o nuevos, concluido ese término el juez declarará que se procede al remate y ya no admitirá más postores, entonces revisará las propuestas presentadas, dejando de admitir aquellas que no tengan postura legal y que no estuvieren acompañados del billete de depósito.

Habiendo sido calificadas de legales dichas posturas, el juez procederá a leerlas en voz alta para ver si alguno de los licitadores pueden mejorarla, dentro de los cinco minutos que sigan a la pregunta, interrogará de nuevo si algún postor puja la mejora, y así sucesivamente con respecto a las pujas que se hagan, en el momento de que pasen cinco minutos sin que mejore la última puja que hubiere hecho la última postura.

Habiéndose fincado el remate se mandará que dentro de los tres días siguientes se otorgue en favor del comprador la escritura de adjudicación correspondiente en los términos de su postura y se le entreguen los bienes rematados.

Esto ocurre en el mejor de los casos, porque sucede que no siempre en la primera subasta se presenten postores, en este caso queda a criterio del ejecutante que se le adjudiquen los bienes por las dos terceras partes del precio que sirvió de base para el remate, o bien que se saquen a nueva subasta con rebaja a un 20% de la tasación.

La segunda subasta se anunciará y celebrará en los mismos términos que la primera.

En el caso de que en esta segunda subasta no hubieren licitadores, el ejecutante podrá pedir la adjudicación de los bienes por las dos terceras partes del precio que sirvió de base para la segunda subasta o que se le entreguen en administración los bienes para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital y de las costas.

Si no se realiza adjudicación de los bienes, ni conviniéndole alguna de las dos opciones citadas con anterioridad, se convocará a una tercera almoneda preparada en los términos ya descritos.

Si no existe postor que ofrezca las dos terceras partes del precio que sirvió de base para la segunda subasta y que acepte las condiciones de la misma se fincará el remate, sin más trámites en él.

Si la postura no llega a las dos terceras partes, con suspensión del fincamiento del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor el cual, dentro de los veinte días siguientes, podrá pagar al acreedor librando los bienes, o presentar alguna persona que mejore la postura.

Si al transcurrir esos veinte días el deudor no ha conseguido un mejor postor, se aprobará el remate mandando llevar a efecto la venta.

En el caso en que se mejorare la postura, el juez mandará abrir nueva licitación entre los dos postores mandando citarlos dentro del tercer día para que en su presencia hagan las pujas, y se adjudicará la finca al que hiciere la proposición más ventajosa.

4.- ENTREGA DEL PRECIO, OTORGAMIENTO DE ESCRITURA Y PAGO AL EJECUTANTE.

Habiéndose aprobado el remate, el juez ordenará el otorgamiento de la escritura de adjudicación y entrega de los bienes, se prevendrá al comprador que consigne ante el juzgado o ante el notario que va a autorizar la escritura, el precio del remate.

Si el comprador no consignare el precio en el plazo que en el juez señale, o por su culpa dejare de tener efecto la venta se procederá a la celebración de nueva subasta como si no se hubiera celebrado, perdiendo el postor el depósito que hubiere realizado, que será aplicado como indemnización a partes iguales tanto al ejecutante como al ejecutado.

Consignado el precio se le dará un término de tres días para que otorgue escritura de venta en favor del comprador, apercibido de que en caso de no hacerlo, el juez lo hará en su rebeldía.

Otorgada la escritura, se entregarán al comprador los títulos de propiedad, y se pondrán a su disposición los bienes. Con el precio del remate se pagará al ejecutante hasta donde alcance, y si hubiere costas pendientes por liquidar, se depositará la cantidad que se estime suficiente para cubrirlas. pero si el ejecutante no formula su liquidación dentro de los ocho días de hecho el depósito perderá el derecho a reclamarlas.

El reembolso produce su efecto en lo que resulte líquido del precio del remate después de pagarse al primer embargante, salvo el caso de preferencia de derechos. El reembargante para obtener el remate en caso de que éste no se haya verificado, pueda obligar al primer ejecutante a que continúe su acción.

5.- TERCERÍAS.

Puede darse el caso de que un tercero ajeno al juicio tenga derecho a oponerse a la ejecución para defender sus bienes o derechos promoviendo una tercería. ya sea que dichos bienes o derechos haya sido afectados como una medida precautoria o bien que se haya llevado a cabo por motivo de la ejecución procesal a través de la vía de apremio después de pronunciada la sentencia.

Las tercerías excluyentes pueden ser de dos tipos:

- 1) De dominio.
- 2) De preferencia.

La primera se tramita cuando el tercerista tiene la propiedad del bien embargado y no presto su consentimiento para que este sirviera para garantizar el adeudo del demandado

En las tercerías excluyentes de preferencia, el tercerista reclama que tiene un mejor derecho a ser pagado con el producto del remate o de la enajenación de los bienes embargados, antes de que se haga pago al actor en el juicio.

El artículo 662 del Código Adjetivo, señala que:

"No ocurrirán en tercerías de preferencia:

I.- El acreedor que tenga hipoteca u otro derecho real accesorio en finca distinta de la embargada;

II.- El acreedor que sin tener derecho real no haya embargado el bien objeto de la ejecución;

III.- El acreedor a quien el deudor señale bienes bastantes a solventar el crédito, y

IV.- El acreedor a quien la ley lo prohíba en otros casos".⁸³

Las tercerías inician su tramitación tal y como se hace en los casos del escrito inicial de demanda y ante el juez que conoce del juicio. Pueden formularse en todos negocios, cualquiera que sea su estado, con tal de que si son de dominio no se haya dado posesión de los bienes al ejecutante o al actor, en su caso, por vía de adjudicación, y que si son de preferencia no se haya hecho el pago al demandante por lo que cabe añadir que dichas tercerías no suspenden el procedimiento principal pudiendo llevarse

⁸³ PÉREZ PALMA, RAUL, Op. Cit. Pág. 774.

hasta antes del remate de inmuebles o la enajenación, para el caso de la tercería excluyente de preferencia.

En caso de que se encuentre fundada la demanda de tercería excluyente de dominio se ordenará se levante el embargo, y en su caso, la entrega de los bienes al tercerista, en caso contrario se continuará con el procedimiento inicial.

En el caso de la tercería excluyente de preferencia se ordenara que el pago se haga primero al tercerista y después a la parte actora, si aún queda dinero producido del remate o la enajenación. Si se encuentra infundada la demanda se procederá al pago de la actora directamente.

Sin embargo, puede existir el caso en que las partes en el principal se allanen a la demandada del tercerista, o no la contesten en el término legalmente concedido, el juez ordenará el levantamiento del embargo (si es de dominio) o pronunciará sentencia (si es de preferencia).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene la posibilidad de promover simultáneamente la tercería excluyente de dominio y el amparo indirecto, ya que en el primero se debate respecto de la propiedad del bien embargado, y el juicio de amparo respecto de la posesión.

6.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN LOS FIDEICOMISOS DE GARANTÍA.

El procedimiento de ejecución en un fideicomiso no tiene gran diferencia con el procedimiento de ejecución que se seguiría en un juicio, el procedimiento es en

esencia muy similar, obviamente una de las principales diferencias que existen es que el primero se lleva a cabo ante la presencia judicial y por tanto debe de agotar todos y cada uno de los procedimientos respectivos, a continuación haremos un breve resumen de los procedimientos a seguir en la ejecución de los bienes afectos a los fideicomisos de garantía.

Para el caso en que el deudor no hubiere cumplido con su obligación dentro del término pactado, la fiduciaria notificará al fideicomitente por medio de notario o corredor público y a petición del fideicomisario, el hecho de que debe cumplir con su obligación o bien acredite estar al corriente de sus pagos, en caso contrario la fiduciaria procederá a la venta del bien que sirvió para garantizar el crédito, es decir aquellos que conforman el fideicomiso, misión que se realizará por conducto del notario público respectivo o de corredor público.

La Fiduciaria primeramente designará la institución de crédito que practique los avalúos de los bienes afectos al fideicomiso, para determinar el valor que servirá de base para su venta, que se realizará en pública subasta, ante notario o corredor público, debiendo anunciarse por lo menos con diez días de anticipación a la fecha de celebración, debiendo publicarse dicha licitación en uno de los diarios de mayor circulación del lugar donde se encuentre asentada la fiduciaria y del lugar donde se encuentren los bienes a subastar y en el Diario Oficial de la Federación en el caso del Distrito Federal.

Para el caso en que los bienes no se hubieren vendido en la primera subasta, se llevará a cabo una segunda, pero reduciendo en un 10% el precio que sirvió de base para dicha primera subasta, y así sucesivamente, si en la quinta no se realiza la venta de los bienes, en la sexta se verificará su sujeción a precio mínimo y la fiduciaria lo fineará al postur que ofrezca el mejor precio de contado ante el notario o corredor

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

público. Los interesados en adquirir los bienes a subastar deberán depositar ante la fiduciaria como mínimo el 10% del precio que sirvió de base para dicha licitación por lo menos un día antes de la celebración de la subasta, en la sexta subasta el precio que se tomará como base será el de la última, es decir, de la quinta.

Si no se hubiere realizado el depósito descrito anteriormente no se admitirá la postura del interesado, ni se le considerará postor, el acreedor fideicomisario en primer lugar no está obligado a realizar el multicitado depósito, cuando se haya fincado la venta del bien, el adquirente debe pagar al contado el saldo del precio de los bienes vendidos, en el momento en que se formalice la transmisión de la propiedad de los mismos, para el caso en que la transmisión de la propiedad no se llevare a cabo por causas totalmente imputables al postor, éste perderá la cantidad depositada, en favor del fondo del fideicomiso, y se volverá a convocar a otra subasta, en la que servirá de precio base para la misma el de la última subasta.

El fideicomisario (acreedor) y el fideicomitente (deudor), tiene derecho a presentar postor, pudiendo el propio fideicomisario hacerlo por sí mismo, existiendo, preferencia en ese orden. La fiduciaria fincará el remate y declarará vendido el bien al mejor postor, formalizando la entrega del bien contra entrega del precio.

El Fideicomisario fungirá como depositario del bien afecto al fideicomiso tendrá la posesión del mismo, obligado a entregarlo a la fiduciaria misma o a quien lo adquiera a través de la subasta, dentro de los diez días naturales siguientes al día en que se le haya requerido para ese efecto, apercibido de pago de una pena convencional pactada en el propio contrato de fideicomiso, dicha pena pasará a formar parte del patrimonio del fideicomiso, o será en beneficio del adquirente del bien.

La Fiduciaria aplicará el producto de la venta del bien, primeramente para cubrir los impuestos, derechos y demás prestaciones fiscales que se causen o la que la

fiduciaria hubiere pagado por cuenta del deudor fideicomitente, se harán los pagos de honorarios y gastos que se hubieren efectuado por la venta del bien que garantizaba el crédito, se pagará a la fiduciaria los honorarios por el cumplimiento de sus funciones, se pagarán los intereses que se hubieren generado, se cubrirá el monto de lo adeudado al acreedor fideicomisario (en primer lugar) y por último si quedará algún remanente se le entregará al fideicomitente.

Por lo que podemos observar el procedimiento de ejecución en un fideicomiso es mucho más sencillo que aquél que se observa en los juicios comúnmente ya sea ordinarios o especiales, toda vez que los trámites no se encuentran sujetos a términos judiciales que en la práctica no se llevan a cabo con la precisión que marca la ley precisamente por la extrema carga de trabajo que en ocasiones se encuentra el Tribunal, nos parece más conveniente el procedimiento de ejecución en éste tipo de fideicomiso, contiene todos los requisitos que en un procedimiento judicial pero es más breve en cuanto al cumplimiento de sus requisitos, claro está que dependiendo de la parte en que se vea, puesto que para el deudor es más fácil retrasar dicha fase procesal en un juicio, que en un fideicomiso, el deudor puede ver la conveniencia de éste tipo de contrato en el aspecto de que aún cuando está garantizando su crédito con un bien de su propiedad, este no se verá tan afectado o tan arriesgado como lo sería en un juicio hipotecario, claro que la enorme desventaja es que el costo de un fideicomiso de esta naturaleza es muy elevado y garantizar un crédito de esta forma se traduce en que debe ser de un monto bastante considerable.

Cabe aclarar que para el caso en que el deudor cumpla con su obligación se revierten los efectos del fideicomiso a favor del fideicomitente y se cancela el fideicomiso.

Es aquí donde se centra la atención del propósito de nuestro trabajo, toda vez que han existido muchas críticas a éste procedimiento de ejecución de los fideicomisos de garantía, puesto que para algunos éste es anticonstitucional, pues se alega que es violatorio de las garantías 14 y 16 Constitucionales, nosotros no concordamos con dicho criterio, toda vez que no es la institución bancaria que en su carácter de fiduciario quien ésta dando cumplimiento por su propia voluntad de la ejecución del fideicomiso, sino obedeciendo a lo que previamente pactaron las partes en un contrato, en el cual queda estipulado que el fideicomitente no es el propietario del bien que ya se encuentra afecto al fideicomiso, y en esa virtud el fiduciario lo único que hace al ejecutar la garantía es cumplir con la obligación pactada en el contrato celebrado, en el que se encuentra manifiesta la voluntad de las partes, como ya citamos con anterioridad el fideicomitente no es ya el propietario de los bienes, transmitió dicha propiedad al fiduciario, por lo tanto no es necesaria orden expresa de un juez para desincorporar el bien de su patrimonio, por lo que llegado el caso de venta, no existe perjuicio alguno al patrimonio del fideicomitente, puesto que ya con antelación ha salido del mismo dicho bien.

Apoyando nuestro criterio, podemos citar la opinión del maestro Jorge Antonio Zepeda, quien menciona: "La fiduciaria no es una autoridad pero, ahora bien, si pensamos que el fideicomitente ya no es propietario y que la fiduciaria no es una 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 encontramos ante el cumplimiento de una obligación válidamente asumida por la fiduciaria..."⁸⁴

⁸⁴ BETETA, MARIO RAMON. Et. al. "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México". Editado por el Banco Mexicano SOMEX, S. A. México, 1982. Pág. 273.

Nos sirven de apoyo los criterios sustentados en las tesis jurisprudenciales que a continuación se detallan:

FIDEICOMISO DE GARANTÍA. EL FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES EN ESTA CLASE DE FIDEICOMISO REÚNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL ARTICULO 346 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO PUES DICHO FIN ES LÍCITO Y DETERMINADO.

Entre las diversas clases de fideicomisos se encuentran el denominado fideicomiso de garantía, como es el de la especie. Este peculiar fideicomiso 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 de 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 una parte, es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización concreta su voluntad en "garantizar la devolución del préstamos 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 el realizar o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor, circunstancias éstas 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, el garantizar la devolución del préstamo con un inmueble y, en consecuencia, tal

consideración es suficiente para estimar que dicho fin es lícito puesto que, se insiste, no contravienen ningún precepto legal.

Amparo directo 2771/1966. Juan Cervantes y coagraviados. Noviembre de 1971. 5 votos. Ponente: Mtro. Alfonso López Aparicio. Sala Auxiliar informe 1971. Tercera parte, pág. 83. Tesis publicada en Actualización Civil III 1971-1973. Pág. 262.⁸⁵

Respecto de esta tesis podemos mencionar que, es explicativa respecto a la manera en que el contrato de fideicomiso puede y ha ido sustituyendo al contrato de hipoteca, ya que ambos tiene el mismo fin, asegurar el cumplimiento de un crédito mediante una garantía, que se traduce en un bien inmueble, en el primero el acreedor puede hacer efectiva dicha garantía en el momento en que lo solicite a la Fiduciaria, en cambio en el contrato de hipoteca el acreedor se ve en la necesidad de acudir ante la autoridad judicial para que pueda hacer efectiva dicha garantía.

FIDEICOMISO. REMATE DE INMUEBLES POR LA FIDUCIARIA.

El artículo 14 Constitucional establece que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos. Ahora bien, esto no impide que las partes, al celebrar un contrato de fideicomiso, puedan pactar, o sea convenir entre ellas, que en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones la fiduciaria saque a venta un bien inmueble, en remate, señalando el procedimiento convencional a seguir siempre que en él se respete el derecho del afectado a ser oído. Es cierto que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, y a esto se refiere la garantía constitucional. Pero el que la fiduciaria acate un

⁸⁵ CABALLERO ROSAS, ALEJANDRO. "Análisis sistemático de las Sentencias de los Tribunales Federales dictadas sobre los elementos del Fideicomiso más conflictivos en la Práctica". Tesis de Licenciatura. Universidad Iberoamericana. México 1990. P.p. 99-100.

pacto convenido por las partes involucradas, de ninguna manera implica que se haga justicia por propia mano. Simplemente, se está actuando en la forma prevista y acordada por las partes. por otra parte, al sacar la fiduciaria el bien a remate, no se puede decir que no se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, si se hace correctamente, o en la forma pactada, el avalúo de los terrenos, y si se notifica correcta y previamente a los afectados con la antelación necesaria para que, en su caso, puedan oponerse judicialmente a la venta, o ante un árbitro designado y mediante un procedimiento convencional (Artículo 1051 y 1052 del Código de Comercio). Con esto, se respeta el debido procedimiento legal y el derecho a acudir a los Tribunales en caso de controversia. O sea, que el pacto, en sí mismo, es válido y legal. Lo que deja a salvo el derecho de quien se sienta lesionado en sus derechos, para acudir a los Tribunales. Y así, una cosa es la validez de la cláusula, y otra la validez del procedimiento seguido por la fiduciaria para sacar los bienes a remate. La conclusión anterior se corrobora, si se lee el Artículo 141, fracción III de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, conforme al cual, en los casos de créditos hipotecarios se autoriza a las Instituciones acreedoras a vender, mediante corredor y al precio que se hubiese señalado en el contrato, los inmuebles dados en garantía. Y sólo obliga a dicho acreedor a notificar al deudor ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, su intención de efectuar el remate. Y se deja a salvo el derecho del deudor que, en el término de tres días después de la notificación, se oponga a la venta, acudiendo al efecto ante el juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados, o al juez competente en el domicilio de la institución acreedora, a fin de que éste resuelva en la forma sumaria que se prevé. A mayor abundamiento, también se ve la licitud de éste tipo de pactos, cuando el Artículo 2884 del Código Civil autoriza que por convenio expreso se venda la prenda extrajudicialmente. Como se ve, no se hace la fiduciaria justicia por propia mano, sino que acata una obligación contractual del fideicomiso. Y el afectado no queda privado del derecho de acudir a los Tribunales, en caso de controversia. Luego, el pacto no es nulo, ni violatorio de la garantía de audiencia.

Amparo directo 1564/76.- Sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983. 5 votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. SALA AUXILIAR. séptima Época. Volumen 169-174. Séptima Parte. Pág. 173.

SALA AUXILIAR. Informe 1983. SEGUNDA PARTE. tesis 33. Pág. 35.

Tesis publicada en Actualización Civil VIII 1982-1983. Pág. 133.⁸⁶

En esta tesis se resalta la garantía de audiencia, consagrada en el artículo 14 Constitucional y el origen del contrato de Fideicomiso creado por las partes, en éste último y como ya hemos mencionado con anterioridad, las partes han manifestado su voluntad de garantizar un crédito mediante un bien inmueble afecto a un fideicomiso, por lo tanto la Fiduciaria, que fue contratada por las partes para dicho fin, no se hace justicia por propia mano, puesto que es únicamente el instrumento por medio del cual se va a ejecutar lo manifestado por las partes voluntariamente al celebrar el fideicomiso, e inclusive a mayor abundamiento ellos han pactado el procedimiento de ejecución a seguir para el caso en que deba hacerse efectiva la garantía, y aún cuando alguna de las partes acudiera ante autoridad judicial, el juzgador resolverá de acuerdo al contenido del contrato y a lo que se obligaron las partes, obviamente dentro de la legalidad del mismo, pero por la propia naturaleza de éste contrato es muy difícil que pudiera resolverse en favor del deudor si se siguieron debidamente todos los pasos acordados por las partes.

FIDEICOMISO. INSTITUCIONES DE CRÉDITO. REMATE.

Si en la escritura constitutiva del fideicomiso no se estipuló que en la venta del inmueble fideicomitado la subasta se hiciera en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, ante la

⁸⁶ IDEM. P.p. 64-66.

autoridad judicial, sino que se convino expresamente que dicha venta se haría conforme a las bases establecidas en las cláusulas respectivas del contrato de fideicomiso, y en las mismas se pactó que la parte fideicomitente aceptaba como precio de la venta la cantidad al efecto fijada; que la venta se haría en pública subasta, debiendo ser anunciada con diez días de anticipación, mediante aviso publicado en un periódico de mayor circulación a elección del fiduciario, resulta que los actos tendientes a la subasta pública del inmueble, realizados por el propio fiduciario, son acordes a lo convenido en el contrato, cuya validez y cumplimiento no puede dejarse a voluntad de una de las partes, máxime si no se impugnó el contrato generador de los derechos y obligaciones, sino únicamente los actos de ejecución derivados de aquél. Las operaciones de fideicomiso están regidas por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; pero no por esto se deben aplicar al fideicomiso las reglas que establece el artículo 141 de la última ley antes mencionada, para el cobro de créditos hipotecarios, créditos de habilitación o avío o refaccionarios que tengan como garantía bienes inmuebles, pues el fideicomiso tiene diversa naturaleza. Debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del bien fideicomitado, lo convenido por los contratantes, pues su voluntad es la suprema Ley, y el procedimiento convencional es el preferente según lo dispone el Código de Comercio.

Amparo directo 3756/75. Compañía Administradora y Realizadora de Inmuebles, S. A. 13 de noviembre de 1978. Mayoría de 3 votos.
Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Disidentes: Ramón Palacios Vargas y Salvador Mondragón Guerra.
Tercera Sala. Séptima Época. Volumen semestral 115-120. Cuarta Parte. Pág. 47.
Tercera Sala. Informe 1978. SEGUNDA PARTE. Tesis. 87. Pág. 59.
Tesis publicada en Actualización Civil VI 1978-1979. Pág. 257.⁸⁷

Respecto de esta tesis podemos comentar que ratifica nuevamente lo analizado en la tesis anterior, el hecho de que debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del bien fideicomitado lo convenido por los contratantes, pues su voluntad es la ley

⁸⁷ IDEM. P.p. 67-68.

suprema, puesto que en todo contrato la voluntad de las partes es la ley suprema, y en éste contrato en específico las partes pactaron expresamente la forma en que se haría efectiva la garantía que se consagra.

CAPÍTULO CUARTO.

MODELO DE CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Contrato de Fideicomiso irrevocable de Garantía, que celebra por una parte como fideicomitente **ARRENDADORA INMOBILIARIA YANNES, S. C.**, representada por el **Sr. Javier Tavera Paredes**, quien designa como fiduciaria a **BANCA SERFIN, S. A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Serfin, División Fiduciaria** en lo sucesivo **BANCA SERFIN, S. A.** representada por el **Licenciado Carlos Muñoz Ortíz**, en su carácter de Delegado Fiduciario de dicha Institución, y como el fideicomisario en primer lugar al **Señor Armando Valencia Delgado** al tenor de los siguientes antecedentes, declaraciones y cláusulas:

A N T E C E D E N T E S:

I.- (ANTECEDENTES DE PROPIEDAD).

II.- (CERTIFICADO DE LIBERTAD DE GRAVÁMENES).

III.- (CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE LA TESORERÍA).

IV.- (AVALUÓ).

V.- (EXISTENCIA DEL CRÉDITO Y SU CERTIFICACIÓN).

D E C L A R A C I O N E S .

I.- Declara la fideicomitente por conducto de su representante:

A) Que es su deseo otorgar un reconocimiento de adeudo en favor del Señor Armando Valencia Delgado de conformidad a lo que se establece en el clausulado del presente instrumento.

B) Que es su deseo constituir un contrato de fideicomiso irrevocable de garantía con el objeto de asegurar al fideicomisario en primer lugar, el pago del adeudo que con anterioridad ha reconocido tener con dicho fideicomisario.

II.- Declara el fideicomisario en primer lugar que :

Esta de acuerdo en aceptar en su favor el reconocimiento de adeudo que se consigna en este instrumento, así como fungir como fideicomisario en primer lugar en el contrato de fideicomiso también consignado en el presente.

III.- Por su parte, declara BANCA SERFIN, S. A., por conducto de su delegado fiduciario, que esta de acuerdo en participar como fiduciario en la operación que se le plantea.

Expuesto lo anterior las partes que intervienen en el presente instrumento otorgan lo que se contiene en las siguientes cláusulas:

CLÁUSULAS RELATIVAS AL RECONOCIMIENTO DE ADEUDO.

PRIMERA.- ARRENDADORA INMOBILIARIA YANNES S.C., representada por el Sr. Javier Tavera Paredes, reconoce expresamente deber al Señor Armando Valencia Delgado, la cantidad de N\$ =====, dicho importe se ha determinado según los libros contables de dicha sociedad, (el demás clausulado relativo al reconocimiento de adeudo deberá contemplar las condiciones de pago, estipulando un plazo máximo de 28 años, e indexación mensual en la misma proporción que el Índice Nacional de Precios al Consumidor).

CLÁUSULAS RELATIVAS AL FIDEICOMISO.

DE LA CONSTITUCIÓN.

PRIMERA.- ARRENDADORA INMOBILIARIA YANNES. S. C., por conducto de su representante y fideicomisario en segundo lugar, constituye en este acto un contrato de fideicomiso irrevocable de garantía reservándose el Derecho de reversión sobre los inmuebles fideicomitados, designando como Institución Fiduciaria a BANCA SERFIN, S. A., División Fiduciaria.

DE LAS PARTES.

SEGUNDA.- Son partes del presente Fideicomiso las siguientes:

Fideicomitente: ARRENDADORA INMOBILIARIA YANNES, S. C.

Fideicomisario en primer lugar: SEÑOR ARMANDO VALENCIA DELGADO

Fideicomisario en segundo lugar: LA PROPIA FIDEICOMITENTE.

Fiduciaria: BANCA SERFIN, S. A. INSTITUCIÓN DE BANCA MÚLTIPLE,
GRUPO FINANCIERO SERFIN, DIVISIÓN FIDUCIARIA.

TERCERA.- La materia del presente contrato se encuentra constituida por los inmuebles cuyas superficies, medidas y colindancias han quedado descritas en el capítulo de antecedentes de este contrato, que aquí se tienen por reproducidos como si se insertasen a la letra, los cuales se adquieren por el fiduciario "AD- Corpus", como si fueran una sola unidad, materia que entrega el fideicomitente libre de todo gravamen y al corriente del pago del impuesto predial y demás contribuciones, reservándose la fideicomitente el derecho de readquirir los bienes fideicomitidos.

DE LOS FINES.

CUARTA.- Son fines del presente Fideicomiso los siguientes:

A) Que la fiduciaria reciba y conserve en propiedad Fiduciaria la materia del presente Fideicomiso.

B) Que la Fiduciaria permita la posesión del inmueble fideicomitado al fideicomisario en primer lugar, teniendo este el goce de los inmuebles fideicomitados por el plazo que dure la obligación derivada del reconocimiento de adeudo realizado por el fideicomitente, el Fideicomisario tendrá la obligación de entregar los inmuebles a la fiduciaria o a la persona que los adquiera en caso de ejecución del fideicomiso, de conformidad a lo que se estipula en la cláusula===== de este instrumento.

C) Que la Fiduciaria garantice con la materia fideicomitada al fideicomisario en primer lugar, SR. ARMANDO VALENCIA DELGADO, el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el fideicomitente y el fideicomisario en segundo lugar, derivadas del reconocimiento de adeudo que se ha constituido con anterioridad.

D) Que la Fiduciaria en caso de incumplimiento del Fideicomitente y Fideicomisario en segundo lugar, ARRENDADORA INMOBILIARIA YANNES, S. C., y a solicitud que por escrito le dirija el fideicomisario en primer lugar, SR. ARMANDO VALENCIA DELGADO, proceda a enajenar los inmuebles fideicomitados, mediante el procedimiento de ejecución que más adelante se establece, y con su producto realice el pago correspondiente y demás consecuencias legales en favor del fideicomisario en primer lugar.

E) Que la fiduciaria otorgue los poderes necesarios a la persona o personas que por escrito le indique la fideicomitente a efecto de que se lleven a cabo los trámites necesarios ante las autoridades que correspondan a fin de obtener la fusión de los inmuebles fideicomitados para quedar integrados en un solo predio.

F) Que una vez cumplidas todas y cada una de las obligaciones a cargo del fideicomitente, la fiduciaria previa comprobación de lo mismo, revierta al fideicomitente los inmuebles fideicomitados.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

QUINTA.- Si el deudor Fideicomitente no pagare a su vencimiento la obligación garantizada en los términos del fideicomiso se procederá como sigue:

1.- La Fiduciaria, previa solicitud por escrito del acreedor fideicomisario, procederá a notificar por medio de Notario o Corredor Público al deudor Fideicomitente en el domicilio señalado al efecto, dicha circunstancia, a fin de que el deudor fideicomitente pague al acreedor fideicomisario la obligación garantizada mediante el contrato, o demuestre a la fiduciaria haber cumplido dicha obligación, en caso de no hacerlo, la fiduciaria procederá a la venta de los bienes materia del fideicomiso, por conducto de un notario o corredor público de su elección, en los términos que se estipulan en el siguiente punto.

2.- La venta de los bienes fideicomitados se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes bases:

A) La Fiduciaria designará una institución de crédito que practique el avalúo de los bienes materia del Fideicomiso para determinar el valor que servirá de base para la venta.

B) La venta se hará en pública subasta, ante Notario o corredor Público debiendo ser anunciada con anticipación no menor de diez días naturales a la fecha en que deba tener lugar, mediante la publicación de un aviso en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la Fiduciaria y del lugar de ubicación de los bienes.

C) Si la venta no hubiere podido llevarse a cabo en la primera subasta, se procederá a verificar la segunda, reduciendo en un 10% más en cada una, sobre el precio fijado, si en la quinta subasta no se hubiere logrado la venta, la sexta se verificará su sujeción a

precio mínimo y la fiduciaria lo fincará al postor que ofrezca el mejor precio de contado ante Notario o Corredor Público.

D) Los interesados en adquirir los bienes materia de la venta, deberá depositar ante la Fiduciaria, por lo menos el día anterior a la celebración de la misma, un mínimo del 10% del precio que sirva de base para la celebración de la subasta respectiva, en la sexta subasta el depósito para garantizar la postura será el que corresponda a la subasta inmediata anterior.

Sin el requisito del depósito a que se refiere la presente base, ningún interesado puede ser considerado como postor ni podrá ser admitido al evento si el acreedor fideicomisario se presentare como postor no estará obligado a constituir el depósito a que se refiere la presente base. El postor a favor de quien se finque la venta deberá pagar de contado el saldo del precio de los bienes vendidos, en el momento en que se formalice la transmisión de la propiedad de los mismos. En caso de que la transmisión de la propiedad no se llegare a realizar por causas imputables al postor, este perderá la cantidad depositada en favor del fondo del fideicomiso, debiendo convocarse a una nueva subasta en la que se tendrá como precio base el que correspondió a la última subasta celebrada.

Tanto el deudor Fideicomitente como el acreedor Fideicomisario tendrán derecho a presentar postor pudiendo serlo también el propio acreedor fideicomisario en lo personal, estableciéndose la preferencia que les corresponde en ese orden y en igualdad de condiciones a cualquier otro.

La Fiduciaria fincará el remate y declarará vendido el bien a favor del postor que hubiere hecho la mejor postura y formalizará la correspondiente transmisión de propiedad contra entrega del saldo del precio.

precio mínimo y la fiduciaria lo fincará al postor que ofrezca el mejor precio de contado ante Notario o Corredor Público.

D) Los interesados en adquirir los bienes materia de la venta, deberá depositar ante la Fiduciaria, por lo menos el día anterior a la celebración de la misma, un mínimo del 10% del precio que sirva de base para la celebración de la subasta respectiva, en la sexta subasta el depósito para a garantizar la postura será el que corresponda a la subasta inmediata anterior.

Sin el requisito del depósito a que se refiere la presente base, ningún interesado puede ser considerado como postor ni podrá ser admitido al evento si el acreedor fideicomisario se presentare como postor no estará obligado a constituir el depósito a que se refiere la presente base. El postor a favor de quien se finque la venta deberá pagar de contado el saldo del precio de los bienes vendidos, en el momento en que se formalice la transmisión de la propiedad de los mismos. En caso de que la transmisión de la propiedad no se llegará a realizar por causas imputables al postor, este perderá la cantidad depositada en favor del fondo del fideicomiso, debiendo convocarse a una nueva subasta en la que se tendrá como precio base el que correspondió a la última subasta celebrada.

Tanto el deudor Fideicomitente como el acreedor Fideicomisario tendrán derecho a presentar postor pudiendo serlo también el propio acreedor fideicomisario en lo personal, estableciéndose la preferencia que les corresponde en ese orden y en igualdad de condiciones a cualquier otro.

La Fiduciaria fincará el remate y declarará vendido el bien a favor del postor que hubiere hecho la mejor postura y formalizará la correspondiente transmisión de propiedad contra entrega del saldo del precio.

3.- El Fideicomisario tendrá la posesión derivada del bien afectado en Fideicomiso y se considerará como depositario del mismo para todos los efectos legales con derecho al cobro de honorarios y con la obligación de entregarlo a la Institución Fiduciaria o a la persona que lo adquiera en caso de ejecución del Fideicomiso, dentro de los diez días naturales siguientes al día en que se le requiera por escrito para ello, en la inteligencia de que sino lo hace pagará como pena convencional, la cantidad de \$=====, por cada día natural que transcurra sin hacer la entrega respectiva del bien fideicomitado, el importe de la pena convencional pasará a formar parte del patrimonio del Fideicomiso, o en su caso, se aplicará en beneficio del adquirente.

4.-Sin necesidad de resolución judicial la Fiduciaria aplicará el producto de la venta que realice en los términos del Fideicomiso en la siguiente forma:

A) En primer término se cubrirán los impuestos, derechos y demás prestaciones fiscales que cause la operación o la que la Fiduciaria hubiere pagado por cuenta del deudor Fideicomitente.

B) En segundo término se cubrirán los gastos y honorarios que se hayan causado con motivo de la venta.

C) En tercer término se reembolsará a la Fiduciaria de todo cuanto se le estuviere adeudando por la aceptación, administración y cumplimiento en ejecución del Fideicomiso.

D) En cuarto término se cubrirán los intereses que se encuentren pendientes de pago, si los hubiere.

E) En quinto término se pagará al acreedor Fideicomisario todo lo que el Fideicomitente como deudor le estuviere adeudando con motivo de la obligación garantizada mediante el Fideicomiso.

F) Cubiertos los concepto anteriores, si quedará algún remanente, se entregará al deudor Fideicomitente.

13

DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.

CUARTA.- La vigencia de este Fideicomiso, será de 28 años contados a partir de la fecha de firma del presente contrato.

FACULTADES DE LA FIDUCIARIA.

QUINTA.- La Fiduciaria tendrá con respecto al inmueble Fideicomitado, toda clase de facultades de dueño, incluyendo en forma enunciativa y no limitativa, todas las de administración y de dominio que requieren cláusula expresa, como las de adquirir, enajenar y gravar en cualquier forma, arrendar, pleitos y cobranzas y otorgar recibos, suscribir títulos de crédito, otorgar poderes y desistirse en juicios de amparo.

DEFENSA DEL PATRIMONIO.

SEXTA.- La Fiduciaria defenderá dicho patrimonio ante las autoridades que

corresponda, pero no estará obligada a ejercitar dichas facultades por si misma, sino que, en caso de conflicto, solo tendrá como obligación la de otorgar a solicitud escrita de el Fideicomisario y a favor de la o de las personas que este designe un poder especial en los términos que proceda a fin de que el o los apoderados puedan hacer la defensa y siempre que el fideicomisario acompañe la aceptación de los apoderados y la conformidad de estos de recibir los gastos y honorarios que se causen exclusivamente con cargo al propio fideicomisario, sin responsabilidad para la Fiduciaria.

POSESIÓN DE LA MATERIA FIDEICOMITIDA.

SÉPTIMA.- La posesión, conservación y guarda del bien fideicomitado, será a favor de (los) fideicomisario(s), el pago de toda clase de impuestos, derechos, etc., que causen el bien fideicomitado serán liquidados directa y exclusivamente por el (los) fideicomisario(s) en primer lugar, sin que la Fiduciaria contraiga responsabilidad alguna por la falta de pago oportuno.

OCTAVA.- La Fiduciaria no es responsable de hechos, actos u omisiones de las partes o de terceras personas o de autoridades que impidan o dificulten el cumplimiento de los fines del presente fideicomiso, la fiduciaria no tiene a su cargo más obligaciones que las expresamente pactadas en el clausulado de que las expresamente pactadas en el clausulado de este fideicomiso. La Fiduciaria hará constar en todos los actos y contratos que realice por cuenta del Fideicomisario tal y estipulación sin que asuma en lo personal responsabilidad alguna.

Para los efectos de la responsabilidad de la Fiduciaria, a continuación se transcribe el enunciado y el inciso B) de la Fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice:

"Artículo 106.- A las Instituciones de Crédito se les estará prohibido:

XIX.- En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley.

...B) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del Fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, estos no hubieren sido liquidados por los deudores, la Institución deberá transferirlos al Fideicomitente o Fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

En los contratos del Fideicomiso, mandato o comisión se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la Fiduciaria, en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión. La Fiduciaria declara que hizo saber al Fideicomitente el valor y la fuerza legal de este contrato y del artículo transcrito.

SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN.

NOVENA.- El Fideicomitente se obliga al saneamiento para el caso de evicción en los términos de Ley, obligaciones que asume tanto frente a la Fiduciaria Banca Serfin, S. A. División Fiduciaria como para las personas a quienes transmite la propiedad en ejecución del Fideicomiso sin que por su parte la Fiduciaria asuma responsabilidad alguna al respecto al efectuar la transmisión.

HONORARIOS DE LA FIDUCIARIA.

DÉCIMA.- La Fiduciaria acepta su nombramiento en este contrato protestando desempeñarlo fielmente y cobrará los honorarios siguientes:

A) por el estudio del contrato y aceptación del cargo que se le confiere, la cantidad de \$=====, más la cantidad de =====, por concepto de I .V. A, pagaderos por una sola vez al momento de la firma de la escritura.

B) Por la vigencia del contrato el 0.50% anual calculado sobre el valor del patrimonio Fideicomitado y pagadero por anualidades adelantadas.

C) La cantidad de \$500.00 (QUINIENTOS NUEVOS PESOS 00/100 M.N.), por cada escritura que firme la Fiduciaria de la presente; para el caso de que el (los) fideicomitente o Fideicomisario en su caso no cubra oportunamente los honorarios antes pactados la cantidad que dejaren de cubrir causarán intereses moratorios a razón de que este en vigencia en el Banco. Los honorarios de la fiduciaria a que se refieren

los párrafos anteriores, así como los gastos, impuestos, inscripciones, etc., que cause este contrato serán a cargo del Fideicomisario.

La Fiduciaria revalorará el inmueble para efectos del cobro de Honorarios, cada dos años. Asimismo la fideicomitente faculta expresamente a la Fiduciaria para que esta revise las comisiones pactadas cada año, ajustándolas a la tarifa que tenga vigente a esa fecha para este tipo de operaciones.

COMPETENCIA.

DÉCIMA PRIMERA.- Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los Tribunales de la Ciudad de México, Distrito Federal, renunciando desde ahora al fuero de los que les pudiera corresponder por razón de su domicilio o vecindad.

DEL NO PAGO DE HONORARIOS.

DÉCIMA SEGUNDA.- Cuando la Fiduciaria no pueda obtener el pago de sus honorarios en las fechas que corresponda, cobrará una comisión adicional por concepto de mora, agregando mensualmente, a los honorarios no pagados, el equivalente al 1.5%

veces del C.P.P (Costo Porcentual promedio de captación) anual, que publica el Banco de México, calculando sobre el importe de la Comisión no cubierta en su oportunidad y por el plazo que la misma permanezca insoluta, más 10 puntos, más el 50% del resultado a esa suma adicionalmente tendrá derecho a percibir los gastos que origine la cobranza.

Para calcular el importe de la mora, el fiduciario tomará mes a mes el C.C.P. que corresponda.

Cuando el Banco de México, no proporcione el C.P.P. mensual el Fiduciario fijará la tasa moratoria que deba aplicarse, entendiéndose que si no hay aceptación del fideicomitente en este punto, el Fiduciario podrá renunciar a su cargo, sin menoscabo del derecho que tiene el fiduciario, a recibir los honorarios que le corresponda más la tasa moratoria aplicable que se fijará conforme al último C.C.P. dado a conocer por el Banco de México. Cuando por cualquier razón los honorarios a que tiene derecho el fiduciario no le fueren cubiertos, el mismo podrá renunciar a su cargo sin detrimento del derecho a ejercitar las acciones legales para el cobro de los mismos.

D O M I C I L I O S .

DÉCIMA TERCERA.- Las partes que intervienen en el presente contrato señalan como domicilios convencionales los siguientes:

FIDEICOMITENTE (S)

FIDUCIARIA:

FIDEICOMISARIO (S)

P E R S O N A L I D A D

Leído que fué por las partes y enterados de su valor y alcances legales, se firma el presente contrato por triplicado, quedando una copia en poder de cada una de las partes, en la Ciudad de México, Distrito Federal a los 00 días del mes de 00000 de 1996.

Fiduciaria.

Fideicomitente

Fideicomisario
En primer lugar.

Las firmas que anteceden pertenecen al contrato de fideicomiso de garantía irrevocable que celebran como fideicomitente el Sr. Javier Tavera Paredes y como fiduciaria Banca Serfin, S. A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Serfin, División Fiduciaria representada por el Licenciado Carlos Muñoz Ortiz, y como fiduciario en primer lugar al Señor Armando Valencia Delgado.

CONCLUSIONES

PRIMERA- El procedimiento de ejecución de un fideicomiso de garantía no es violatorio de las garantías contempladas por los artículos 14 y 16 Constitucionales, toda vez que en el contrato de Fideicomiso respectivo, los propios contratantes están manifestando su voluntad de afectar en fideicomiso los bienes que en él se describen, aceptando a su vez que los mismos salgan del patrimonio del fideicomitente y pasen al del fiduciario en forma sui generis mientras sirvan para garantizar los créditos que se detallan en el cuerpo del propio contrato.

SEGUNDA.- Dichos fideicomisos otorgan mayores ventajas para los acreedores, y más seguridad de recuperar sus créditos, con mayor celeridad y sin tener que perder demasiado tiempo en la tramitación de un juicio que aunque especial no deja de traducirse en años inclusive de desesperantes trámites y gastos judiciales.

TERCERA.- Debemos tener en mente que éste fideicomiso se registrará desde el principio ante el Registro Público de la Propiedad, surtiendo desde entonces efectos contra terceros, conociendo desde el principio los antecedentes registrales del bien que sirve a garantizar el crédito, no así cuando se instaura un juicio en el cual si no tenemos la debida precaución, no conoceremos los antecedentes registrales de dicho inmueble sino hasta la etapa procesal respectiva, y que nos limita a un simple evento aleatorio para que tengamos la fortuna de que dicho bien se encuentre a nombre del deudor o bien no existan otros acreedores con mejor derecho que el de nosotros.

CUARTA.- Si bien pudimos observar que respecto de este fideicomiso han surgido intentos de invalidarlo por parte de los acreedores en su mayoría en el momento de querer hacer efectiva la garantía, podemos argumentar que precisamente y atendiendo a la importancia de lo en el contratado, difícilmente se podría dejar sin efecto lo pactado, toda vez que debe tenerse en cuenta que la asesoría recibida por el fideicomitente en estos casos es exhaustiva y no únicamente por el fiduciario, sino que las formalidades mismas de éste tipo de contrato hacen que el mismo tenga que elevarse ante Notario Público, quien a su vez debe cerciorarse del debido entendimiento de lo que en dicho contrato se están comprometiendo las partes.

QUINTA.- Por ello en el fideicomiso de garantía, el fiduciario ejecuta los bienes que en ese momento son de su propiedad, que han sido desincorporados del patrimonio del fideicomitente para el caso en que sea necesario cumplir con la obligación del deudor por este medio, es así como el fiduciario dispone de sus propios bienes y no de los ajenos, en una concepción sui géneris.

SEXTA.- Debe de plantearse el crear formalmente un articulado que contenga las reglas generales en las que debe regularse el procedimiento de ejecución de un fideicomiso de garantía, puesto que éste solo se puede consultar en el contenido mismo del contrato respectivo, y que por lo tanto solo es del conocimiento de los contratantes, no así del público en general, lo cual sería importante ampliar la información a éste respecto para que no quede lugar a dudas, y no se pretenda impugnar erróneamente puntos evidentes del propio contrato de fideicomiso por no conocerse la materia.

SÉPTIMA.- Debería procurarse popularizar éste tipo de figura jurídica, porque de ello depende el que bajaran los costos de tramitación de la misma y se traduciría en mayores fuentes económicas para las fiduciarias y produciría la especialización de algunos profesionales respecto de esta materia, además sería prudente que se preocuparan un poco más por el volumen de los fideicomisos aunque sean menores las percepciones, obedecer a una simple regla de oferta demanda, toda vez que encontramos más beneficioso garantizar un crédito con un fideicomiso que con una hipoteca.

BIBLIOGRAFÍA.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL.

"Derecho Bancario".

Editorial Porrúa, S. A.

Primera Edición.

México, 1978.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL.

"Teoría General del Derecho Administrativo".

Editorial Porrúa, S. A.

Séptima Edición.

México, 1986.

BATIZA, RODOLFO.

"Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria".

Editorial Porrúa, S. A.

Segunda Edición.

México, 1985.

BAUCHE GARCADIAGO, MARIO.

"Operaciones Bancarias".

Editorial Porrúa, S. A.

Primera Edición.

México, 1978.

BOJALIL, JULIAN.

"El Fideicomiso".

Editorial Porrúa, S. A.

Primera Edición.

México, 1962.

BETETA, MARIO RAMÓN. et. al
"Las Instituciones de Fiduciarias y el Fideicomiso en México"
Editado por el Banco Mexicano SOMEX, S. A.
México, 1982.

CERVANTES AHUMADA, RAÚL.
"Títulos y Operaciones de Crédito"
Editorial Herrero.
Edición Décimo Cuarta.
México, 1988.

CABALLERO ROSAS, ALEJANDRO.
"Análisis Sistemático de las Sentencias de los Tribunales Federales dictadas sobre los
elementos del Fideicomiso más conflictivos en la Práctica".
Tesis de Licenciatura.
Universidad Iberoamericana.
México, 1990.

GIORGANA FRUTOS, VICTOR MANUEL.
"Derecho Bancario".
Editorial Porrúa, S. A.
Primera Edición.
México, 1982.

HERNÁNDEZ, OCTAVIO.
"Derecho Bancario Mexicano".
Instituciones de Crédito.
Tomo Segundo.
México, 1956.

MARTÍNEZ MORALES, RAFAEL.
"Derecho Administrativo".
Primer Curso.
Editorial Harla.
Primera Edición.
México, 1991.

MOLINA PASQUEL, ROBERTO.
"Los Derechos del Fideicomisario".
Editorial Jus.
México, 1946.

OBREGÓN HEREDIA, JORGE.
"Código Civil Concordado".
Tercera Edición.
Jorge Obregón y Heredia Editores.
México, 1995.

OVALLE FAVELA, JORGE.
"Derecho Procesal Civil".
Editorial Harla.
Segunda Edición.
México, 1985.

PEÑALOZA SANTILLÁN, DAVID.
"El Fideicomiso Público Mexicano".
Editorial Cajica.
Primera Edición.
México, 1983.

PÉREZ PALMA, RAUL.
"Guía de Derecho Procesal Civil".
Cárdenas Editor y Distribuidor.
Primera reimpresión.
México, 1994.

ROALANDINI, JESÚS.
"Programa de Formación del Supervisor Bancario".
Edita la Comisión Nacional Bancaria.

P o n e n c i a.
ROALANDINI, JESÚS.
"El Fideicomiso en México".
Concepto y Principales aplicaciones prácticas.
P o n e n c i a.

RODRIGUEZ RUÍZ, RAÚL.
"El Fideicomiso y la Organización Fiduciaria".
Editorial E. C. A. S. A.
Cuarta Edición.
México, 1977.

RODRIGUEZ RUÍZ, RAÚL.
"El Fideicomiso".
Elementos de Administración Fiduciaria.
Editorial E. C. A. S. A.
México, 1990.
Primera Edición.

VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL.
"Doctrina General del Fideicomiso".
Editorial Porrúa, S. A.
Segunda Edición
México.

"Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

"Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".
Editorial Porrúa, S. A.
México, 1995.

**"Código de Comercio y Leyes Complementarias",
Anaya Editores, S. A.
Impreso en México, 1995.**

**"Legislación Bancaria".
Editorial Porrúa, S. A.
Colección Porrúa.
Cuadragésimo Cuarta Edición.
México, 1995.**