

881309
12
24



**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL LOMAS VERDES**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09**

**CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE
EJECUCION DENTRO DEL FIDEICOMISO EN GARANTIA**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO**

PRESENTA

GILBERTO SODI COCA

**DIRECTOR DE TESIS: LIC. JUAN FERNANDO MARTINEZ
DE LA VEGA**

**REVISOR DE TESIS: LIC. MARÍA SOFIA VILLA
CABALLERO**

NAUCALPAN, EDO DE MEXICO

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

260408



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres. Por el respaldo incondicional que siempre me han otorgado.

A mi esposa e hijo: Que son el motor que me impulsa a seguir adelante.

A la Universidad: Que me brinda la oportunidad de realizar mis estudios profesionales.

INDICE

	Pág.
Introducción	
I. Antecedentes del Fideicomiso en México	1
1.1. El Fideicomiso en Roma	1
1.2. El Fideicomiso en el Derecho Inglés	7
1.2.1. El Use	7
1.2.2. El Trust	13
1.3. Antecedentes legislativos	24
1.4. Derecho vigente.	37
II. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso	49
2.1. Principales teorías actuales	53
2.2. Situación del Patrimonio Fideicometido.	69
III. Definición y Elementos Integradores del Fideicomiso	75
3.1. Definición	75
3.2. Elementos integradores del Fideicomiso	79
3.2.1. Elementos Personales	79
3.2.2. Elementos Materiales	123
3.2.3. Elementos Formales	126

IV Constitucionalidad del Procedimiento de	
Ejecución del Fideicomiso de garantía	130
4.1. Generalidades	130
4.2. Cumplimiento e Incumplimiento por parte de el Fideicomitente	137
4.2.1. Cumplimiento por parte de el Fideicomitente	137
4.2.2. Incumplimiento por parte de el Fideicomitente	139
4.2.3. Procedimiento convencional de Ejecución	155
4.3. Criterio de la Suprema Corte de Justicia	161
Conclusiones	168
Bibliografía	176

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DENTRO
DEL FIDEICOMISO EN GARANTIA

INTRODUCCIÓN:

La idea de realizar un estudio sobre el fideicomiso, surge debido a que es una figura jurídica que no se encuentra debidamente reglamentada, lo cual da lugar a una serie de opiniones encontradas, a diversas interpretaciones jurídicas, así como a una serie de usos convencionales que en ocasiones llevan a la confusión, tal y como lo es el caso de la ruptura del esquema tradicional de propiedad y la controversia existente, respecto de si es o no constitucional la ejecución del fideicomiso en garantía.

Con la finalidad de darle una secuencia lógica al presente trabajo, debido a lo amplio que es el tema seguiremos un método deductivo de estudio, tomando como base su devenir histórico y los lineamientos aplicables al fideicomiso en México.

En virtud de los tiempos que actualmente se viven, la figura del fideicomiso en garantía esta cobrando un auge inusitado, situación que nos lleva a cuestionar si es constitucional o no, el procedimiento convencional que se sigue al momento de ejecutar el contrato en cuestión, es decir si es perfectamente apegado a derecho el hecho de que las partes pacten de antemano el procedimiento de ejecución dentro del fideicomiso en garantía.

Ahora bien, para poder entrar debidamente en el estudio pormenorizado y llegar a conclusiones adecuadas respecto del cuestionamiento antes citado, cabe señalar que nos remontaremos desde los orígenes del fideicomiso, finalizando con la problemática que en la actualidad se presenta.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

1.1. EL FIDEICOMISO EN ROMA

Comenzamos el presente estudio, analizando, de manera breve, los antecedentes históricos de el Fideicomiso en la Antigua Roma, así las cosas, podemos mencionar que en Roma, existieron principalmente dos instituciones que son consideradas por varios autores como el antecedente del Fideicomiso actual, estas son: La fiducia y los Fideicomisos Testamentarios.

Relatando brevemente lo expuesto por Eugene Petit¹ se deduce que el Fideicomiso Romano (Fideicomissum), era una forma mediante la cual podían heredar las personas incapacitadas por la ley Romana, o que no tenían la "testamenti factio pasiva" es decir la capacidad exigida para ser considerado heredero, de esta forma, el testador no tenía otro recurso .que rogar a su heredero que fuese

¹ PETIT EUGENE, Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1988, págs 579 a 583

el ejecutor de su voluntad, para otorgar al incapaz, el o los bienes que le quería transmitir.

Tal disposición anteriormente mencionada, no tenía efectos obligatorios civilmente, constituyéndose en una obligación moral y de buena fe para el heredero fiduciario, lo que trajo consigo que innumerables fideicomisos no fueran cumplimentados, tanto por la falta de regulación jurídica, como la mala fe de algunos fiduciarios quienes solían apropiarse y enajenar los bienes que les habían sido transmitidos.

Ante tal situación de hecho, el Emperador Augusto en el año 274 A.C., los hizo ejecutar por la intervención de cónsules, instituyéndose una medida de derecho y creándose la figura de un pretor especial: "Praetor fideicommissarius".

El fideicomiso en su origen, podía recogerse hasta por una persona privada de la "testamenti factio" o del "jus capiendi" pero con el desarrollo de la figura, algunos senadoconsultos habidos, bajo Adriano prohibieron

dejar los fideicomisos a los peregrinos o a personas inciertas.

Un testador, después de haber constituido a un heredero, perdía el derecho a disponer de su patrimonio nuevamente, ya fuere en parte o en su totalidad, en beneficio de otra persona, para en momento el que el heredero designado muriese. Así el fideicomiso se dejaba casi siempre, primero a cargo del heredero, después a cargo del primer Fideicomisario y así sucesivamente, a manera de obtener una serie de restituciones.

Estos Fideicomisos fueron muy numerosos en la época Imperial y en el Derecho Francés se hicieron célebres con el nombre de "Substituciones Fideicomisarias" y más tarde, durante la Edad media sirvieron para acumular los bienes de una familia a nombre del hijo mayor.

Expuesto lo anterior es oportuno mencionar que en nuestra legislación actual en el artículo 359 Frac., II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

Quedan prohibidos:

II. Aquellos Fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del Fideicomitenete..²

Como ya lo hemos mencionado, otro antecedente del Fideicomiso lo constituye la Figura de la "Fiducia", que según concepto de Alvaro D' Ors, era "aquel negocio por el que se confía la propiedad de un res mancipi (cosa dentro del comercio), a otra persona con obligación de restituirla en el momento predeterminado" ³

La Fiducia tenía múltiples funciones y podía servir a distintos intereses, según fuera el deseo de los contratantes, así nos encontramos con una fiducia con función de garantía real llamada FIDUCIA CUM CREDITORE, y

² CÓDIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS, Colección Porrúa, S A México, 1992

³ D'ORS ALVARO, Elementos de Derecho Privado Romano, Publicaciones del Estudio General de Navarra XXIII, Pamplona, 1960, pág. 338

otra con función de otorgar un préstamo gratuito la cual era la FIDUCIA CUN AMICO.

La primera operaba de la siguiente forma: el deudor para garantizar el monto de 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 éste hubiere cumplido con su obligación, pero en caso de incumplimiento, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para si o bien enajenarla, no obstante que ésta tuviera un valor sumamente superior al importe de su adeudo, es curioso que actualmente se da esta figura, en los Fideicomisos de garantía con pacto comisorio, los cuales como se mencionará, no se encuentran permitidos, son usualmente utilizados en la práctica.

La Fiducia cun 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 esos fines quien había recibido los bienes transmitidos y como consecuencia del

pactum fiduciae, los retransmitía al tradens, identificando tal figura con el actual comodato.⁴

Es de importancia mencionar que el Jurista Guillermo Floris Margadant menciona: Que "Lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del Derecho Romano, sino mas bien una transformación del TRUST anglosajón, introducido en México a través de Panamá en 1924...⁵

Dada tan respetada opinión, a continuación, se haceo remembranza del fideicomiso en el Derecho Inglés.

⁴CLARET Y MARTI POMPEYO, citado por VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ M, Doctrina General del Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, México, D F, 1976, págs 12 y 13

⁵FLORIS MARGADANT GUILLERMO, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S A , México 1977, pág 504

1.2. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLES

Los antecedentes más representativos del Fideicomiso, los encontramos en dos instituciones de derecho inglés, las cuales, examinaremos brevemente, en este apartado, estas son : "El Use" y el "Trust".

1.2.1. EL "USE"

El use estaba formado de una relación jurídica mediante la cual una persona (feoffe to use) era revestida, según el *common law*, de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba en beneficio económico a favor de otra persona (cestui que use). Por ejemplo, en caso de que se quisiera atribuir el goce de un inmueble a COMPAÑERO, se podía obtener este resultado mediante un acto de feoffement que invistiera a B del derecho de propiedad legal del inmueble, pero to use, es decir, en beneficio de a A. La verificación de la investidura era hecha a B, quien se consideraba investido de la legal

state, o sea de la facultad de acudir a un tribunal de Derecho Común.⁶

En Inglaterra, ha existido por siglos, un doble sistema de jurisprudencia, formado por la equidad y el derecho común, con independencia del Derecho civil, desarrollado bajo la influencia Romana, éste es el COMMON LAW (Derecho Común)

La finalidad del Derecho Común, fué dar justicia a todos, y fué administrado en Inglaterra, por todas las Cortes del Real Tribunal de Justicia y los Juzgados de primera Instancia, de ahí su denominación de las Cortes de Derecho común, era demasiado rígido, formal y sólo contaba con algunas disposiciones elementales, toda vez, que fué un producto del sistema feudal, y por lo tanto no fué suficiente para resolver las complejidades derivadas de la actividad desarrollada en el período comercial, dado lo anterior surgió la necesidad de un sistema suplementario de jurisprudencia.

⁶VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ M, Doctrina General del Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México; México, D.F. 1976.

El origen primitivo del "USE" , es muy oscuro, pero se deduce, que fué un instrumento ideado por el pueblo, primeramente para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponía el sistema feudal , y en segundo lugar para burlar el régimen imperante en esa época.

Junto con esta institución, surge un doble concepto de dominio: el Legal, reconocido por el Common law, que pasa del settlor al feoffee to use o fiduciario, y el Beneficioso, impuesto como deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho equidad, que se constituye a favor de un tercero a quien en español se le llama beneficiario.

Los acontecimientos más importantes que dieron auge al empleo de la multicitada figura fueron dos: La Ley de Manos muertas de 1217, y las Guerras de las Dos Rosas.

La primera surgió, durante el siglo XII, en Inglaterra, tiempo en el cual la Iglesia llegó a adquirir grandes extensiones de tierra recibidas para fines

benéficos, esto provocó la ira de los perseguidores de tal Institución dentro del parlamento, y para evitar lo anterior dictaron la Ley de Manos muertas, por tanto, gran número de personas afligidas por el grave daño provocado a la Iglesia, utilizaron el "use", por medio del cual el feoffe to use, recibía los bienes destinados a las obras piadosas de la Iglesia, a quien se designaba cestuí que use, a fin de que gozara de los beneficios de dichos bienes conforme los fines señalados por el settlor.

Durante la Guerra de las dos Rosas, los bienes de los vencidos eran susceptibles de ser confiscados por la persona de los vencedores, como resultado del delito de alta traición que se les imputaba, dado lo anterior las personas intervinientes en una contienda, transmitían sus bienes a una persona, quedando el cesionario en posesión de los mismos, para uso exclusivo del otorgante o de sus herederos. de tal suerte, que ante la caída del cedente en manos enemigas, ya no había bienes que le pudieses ser confiscados.

Es importante recalcar que el cesionario, actuaba de buena fe, pues no obstante lo anterior debería permitir el uso y disfrute de los bienes al cedente y a sus herederos en todo momento.

La utilidad del "Use" se fué difundiendo cada vez más y a medida que esto fué sucediendo, surgieron múltiples inconvenientes y desventajas, por dos razones, la falta de regulación legal y protección del Derecho a quienes constituían los "Uses", por lo cual, los "Feofees to use", sintiéndose protegidos por el "Common Law" y sabiendo que no estaban obligados a cumplir con el use, puesto que esta institución no se encontraba en el sistema jurídico, se aprovecharon en innumerables ocasiones de la confianza que se les había depositado.

Los perjudicados, al ver que nada conseguían ante los tribunales, acudieron al rey, en busca de justicia, toda vez que éste, no estaba obligado a sujetarse a reglas técnicas, sino que emitía sus decisiones según su conciencia y de acuerdo a la equidad.

Tales cuestiones fueron hechas del Conocimiento del Rey, por medio de su canciller eclesiástico, y de los demás magistrados que integraban la corte de la Cancillería, la cual creo, un nuevo orden jurídico denominado "Equity", (equidad), que aparecía frente al "Common Law", modificándolo y adaptándolo frente a las necesidades de la vida.

Fué de esta manera, que al brindársele protección legal, la figura del "use" fué impulsada, sin embargo, Enrique VIII, consideró que mediante el "use" se estaban eludiendo diversas disposiciones jurídicas en favor de los "cestui que use", y en 1536 promulgó la "ley de usos, documento que aparentemente tenía el objeto de suprimir los "uses", al disponer que quien gozaba de un "use" sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho

Pese a lo anterior, esta ley no logró su cometido, por el contrario vigorizó la práctica del "use", pero bajo un nuevo nombre: "El Trust", en el cual sólo se cambiaban los nombres de los intervinientes en el

mismo, así el "feoffee to use" por la de "trustee" y la de "cestui que use" por "cestui que trust".

1.2.2 "EL TRUST" \

Cabe reiterar que nuestro objetivo en el presente trabajo, no es analizar detenidamente la figura del Trust, sino simplemente señalar lo que consideramos más importante para entenderla en sus aspectos más generales, como lo que es, el antecedente más próximo y fuente directa de nuestro fideicomiso, toda vez, que reiterando lo anterior, el Lic. Pablo Macedo, persona a quien se encomendó la ardua tarea de elaborar el articulado del capítulo V, de "El Fideicomiso", de nuestra "Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, ha manifestado que la fuente de inspiración para llevar a cabo tal tarea ha sido la Institución del "Trust", habiéndose de igual forma recurrido a los tratadistas ingleses, norteamericanos y fundamentalmente a las ideas de Pierre Lepaulle sobre la figura del "Trust expreso" con algunas variantes que fueron acordes a nuestro sistema jurídico. ⁷

⁷MACEDO PABLO, El fideicomiso Mexicano, Editorial Porrúa S A, México 1975, págs 23 a 25 y 39

El Trust angloamericano, es la concepción jurídica modernizada y perfeccionada del ya mencionado "Use", según expresa el doctrinista Octavio Hernández ⁸ y lo define como un "Título fiduciario en cuya virtud, quien lo crea, transmite su propiedad a otra persona, quien contrae la obligación de manejarla equitativamente en beneficio del creador del vínculo o de quien éste designe."

Jorge Serrano, citado por el Lic. Villagordoa, define la institución diciendo: "El trust es una relación Fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).

En idéntico sentido al anterior se manifiesta Jorge Alfredo Domínguez Martínez el cual dice: "Un Trust, es un estado de relación Fiduciaria respecto a bienes,

⁸HERNÁNDEZ OCTAVIO A., Derecho Bancario Mexicano, Segundo Tomo, Ediciones de la Asociación mexicana de investigaciones administrativas, México 1956, pág. 240

que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo.⁹

Es de resaltar que en las dos inmediatas anteriores definiciones, ha figurado, la nota característica de la "Relación Fiduciaria", ya que en virtud de la misma el beneficiario tiene por obligación depositar su confianza en el trustee (fiduciario), en virtud de la relación tan estrecha e íntima que une a ambas partes y porque éste, goza del control sobre los bienes de aquel., así pues, es una relación con respecto a bienes, característica que lo asemeja de otras que pueden o no refiriere a bienes, como el mandato; en el trust, de modo invariable, hay siempre un bien, una cosa, que constituye su objeto y cuya propiedad corresponde al trustee para emplearla en provecho del beneficiario, según opinión del Lic. Rodolfo Batiza, quien reitera que el "Trustee", tiene siempre algo mas que un derecho de

⁹DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO, El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, la edición, Editorial Porrúa, S.A; México 1972, Pág 138

posesión, aun cuando no siempre es esencial que le corresponda el título legal sobre la cosa, desde el momento en que un derecho de equidad es susceptible de constituir el objeto de un trust. ¹⁰

Dado lo anterior, y toda vez que el "Trust" implica relaciones de equidad, puede significar que se trata de obligaciones exigibles jurídicamente ante un tribunal de cancillería o ante el tribunal que ejerza la jurisdicción de un tribunal de esa clase.

La relación Fiduciaria, es de carácter personalísimo, por lo tanto el fiduciario no podrá delegar sus facultades en otra persona, es por ello que se les ha llegado a asimilar a las obligaciones "intuitu personae", estudiadas en derecho Romano.

¹⁰OP CIT págs. 54 y 55

Elementos personales del Trust:

a) *SETTLOR* :

El cual es el creador del "Trust", es decir, aquella persona que realiza el acto de disposición y da los bienes en "Trust" a un segundo sujeto que es el "Trustee".

En virtud de este acto de disposición, se requiere que el Settlor, goce de la capacidad necesaria para disponer de un derecho legal o de equidad.

b) *TRUSTEE*

Es aquella persona a la cual se le encomienda o confía el destino de dichos bienes y en tal virtud deberá realizar todos y cada uno de los actos tendientes a la constitución del fin, señalado por el Settlor, el cual es en provecho de una tercera persona.

El Trustee debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de

capacidad natural y jurídica para desempeñar el trust y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente, si no goza de tales requisitos, se deberá proceder a su remoción por un Tribunal de Equidad.

Generalmente el Settlor podrá nombrar válidamente a cualquiera como trustee, sin embargo , en los primeros tiempos , el Trustee era una persona física o un grupo de personas, y se negaba o ponía en duda la capacidad de una sociedad para este cargo. ¹¹

Con el pasar de los tiempos, se llegó a aceptar esta posibilidad y a utilizarla frecuentemente, tal es el Caso de los Estados Unidos, en donde se desarrolló con un gran impulso.

Si el Settlor no designase Trustee, al momento de la celebración del trust, esto no afectara en nada su validez, pues éste será designado por el tribunal competente de acuerdo a la equidad, La declinación del cargo de trustee no trae ninguna responsabilidad, y se

¹¹IBÍDEM

establece que "Nadie tiene obligación de aceptar un trust".

c) *CESTUI QUE TRUST*

Es la persona a favor de quien se constituyó y funciona el trust, éste es, el beneficiario.

Se ha establecido que para la formación de un "Trust" de carácter privado, es necesario designar a una persona en específico, la cual estará facultada para exigir en equidad la realización del trust, establecido en su provecho., Sin embargo y tratándose de fideicomisos de carácter público o de beneficencia, podrá existir la figura de "cestuis indeterminados", en virtud que múltiples personas gozarán de los beneficios plasmados en el "trust".

Respecto a su capacidad se aplica la regla de que quienes son capaces de adquirir la propiedad legal de bienes tienen aptitud, por vía del trust, para recibir la propiedad de equidad.

Batiza establece: "Debe tenerse presente, como lo hace notar Scott, que los legalmente incapacitados, como menores de edad o enajenados mentales, tienen capacidad para ser beneficiarios de trust y que, de hecho, un gran número de trust reconocen su razón de ser precisamente en la protección de quienes no pueden valerse por sí mismos."

Es conveniente aclarar, que todo lo que a grandes rasgos se ha estudiado de esta figura, se aplica al más común y flexible de los "trust", dentro de una variada gama de clasificaciones que se han estructurado en torno al mismo, y es el de "Trust Expreso", que de manera definitiva fué adoptado por la Legislación mexicana, bajo el nombre de fideicomiso.

Batiza lo define como : " aquel que se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya sea en un instrumento que puede ser un convenio o un testamento, ya mediante simple declaración oral si el objeto consiste en bienes muebles."

Por su parte Lepaulle, señala que : "Es aquel, en el cual la persona designada como "Trustee" está en libertad de aceptar o rehusar la misión que se le encomienda." ¹²

Consideramos que esta segunda definición, es de suyo, bastante deficiente, pues no explica la figura del "Trust expreso", sino sólo se limita a señalar una característica de éste.

Característica, que aun en nuestros tiempos perdura, en nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos la cual en su artículo 350, último párrafo nos señala:

"... Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución Fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esa substitución, cesará el fideicomiso.

¹²LEPAULLE PIERRE, Tratado Teórico y Practico de los Trust; Editorial Porrúa, S.A. México, 1975, pág. 86

Con esta transcripción , nos podemos dar cuenta, que se le otorga a la Fiduciaria la facultad para aceptar o no el fideicomiso.

Para finalizar con el estudio de esta figura en cuestión, consideramos es necesario contemplar las teorías que en relación con el patrimonio y la propiedad dentro del trust, ha sostenido el Tratadista Lepaulle.

Con respecto al patrimonio sostiene:

1.- ue el Trust necesariamente supone derechos patrimoniales sobre los que recae, que son la base del "Trust"

2.- Que esos derechos no deben ya estar en el patrimonio de nadie, pues entonces dejarían de ser derechos propios de un trust, y lo serían de figuras jurídicas distintas, son pues derechos sin sujetos.

3.- Los mencionados derechos patrimoniales, quedan integrados en un todo distinto, aislado, que adquiere una individualidad propia.

4.- La "res" (cosa) constituye una universalidad.

Dicho autor, con estas ideas, pone de relieve que dentro del "trust", existe un patrimonio totalmente distinto, ahora bien con relación a la afectación del mismo señala que existen dos elementos distintos en ella, especialmente en los trust expresos.

1.- Se requieren instrucciones relativas a la distribución de fondos, puesto que sin ellos, no se concibe la posibilidad de una afectación.

2.- Se requiere, una idea rectora o propósito esencial que explique el porque se crea un "Trust" y cual es el fin que persigue.

Con esto damos por terminados los puntos relativos a los antecedentes históricos de el "Fideicomiso, para dar paso, a los antecedentes legislativos del mismo.

1.3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

I. INICIO EN LA UTILIZACIÓN DEL TRUST EN NUESTRA PATRIA.

El connotado autor mexicano, Rodolfo Batiza, nos comenta, que con antelación de casi veinticinco años a la adopción legislativa de la "Figura del Fideicomiso", en México, se había ya utilizado en nuestro país una variedad de "Trust" en varias operaciones tales como servir de garantía de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles.

Oscar Rabasa, en el mismo sentido, manifiesta que el antecedente más notable del "Fideicomiso angloamericano", con efectos jurídicos en México, es indudablemente el caso de la Construcción de los Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio subsecuente para financiarla mediante la deuda contraída por los mismos ferrocarriles con garantía de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso, celebrado el 29 de febrero de 1908, por el Gobierno y las mismas empresas ferrocarrileras de México, con instituciones fiduciarias

norteamericanas, que surte efectos dentro de nuestro país, gravando bienes raíces y muebles ubicados en él, a favor de los fiduciarios como acreedores hipotecarios , y en beneficio de los tenedores de las obligaciones emitidas. ¹³

II. PROYECTO LIMANTOUR

El 21 de Noviembre de 1905, El entonces Secretario de Hacienda, José Ives Limantour, envió ante la Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, una iniciativa que faculta al ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la República Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios, de la cual, afirma Rodolfo Batiza, parece ser su autor Jorge Vera Estañol.

En la exposición de motivos de dicho proyecto, se expresaba con claridad que para quienes seguían de cerca el giro y desenvolvimiento que en nuestro país han tomado los negocios comerciales, no había pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales, las cuales en

¹³RABASA OSCAR, citado por BATIZA RODOLFO, El Fideicomiso teoría y practica, Editorial Jus; pág 102

los países anglosajones se denominaban: "Trust Companies" o "Compañías Fideicomisarias, cuya función primordial consistía en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tenían interés directo sino que obraban como meros intermediarios ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas.

De igual forma se agregaba la explicación de que las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, y la afluencia de capitales de ese país hacia el nuestro para desarrollar toda clase de empresas, exigían al Poder Público la imperiosa necesidad de incorporar en nuestra legislación a la mencionada institución que tan favorables resultados había producido en los Estados Unidos.

Se concluía dicha exposición, aclarando que era imperiosa la necesidad de expedir una Ley que regulara la figura del Fideicomiso, consignando en ella los principios generales de la figura, pero de igual forma las limitaciones propias a ésta para evitar el estancamiento de la riqueza general, peligro que se

consignaba podría tenerse en algunas aplicaciones del fideicomiso.

No obstante que se dio cuenta de ser estudiado dicho proyecto, nunca fué discutido, y sólo nos representa el primer intento legislativo para introducir una innovadora figura angloamericana a un sistema como el nuestro de arraigada tradición Romanista.

III. EL PROYECTO CREEL

Otro precedente, jamás concretizado, lo Constituyó el Proyecto Creel, no obstante, es de reconocer y se reconoce que todos estos intentos influenciaron posteriormente la legislación que habría de regir la figura en cuestión.

Así las cosas en el año de 1924, durante la Primera Convención Bancaria, el Sr. Enrique C. Creel, revive el movimiento iniciado por el Proyecto Limantour, ya en un México, más estable, más receptivo, después de concluida la época revolucionaria, al presentar un proyecto de" Decreto sobre Compañías Bancarias de

Fideicomisos y Ahorro", sustentado en las experiencias obtenidas en la puesta en marcha de las mismas en los Estados Unidos, hacia casi nueve años antes.

El mismo advertía que para generalizar las operaciones de fideicomiso en México se necesitaría algunos años, pero ese era el tiempo ideal de comenzar.

Aun cuando la Convención opinó que se recomendara a la consideración de la Secretaría de Hacienda, como ya se ha mencionado nunca fué sancionado como Ley.

IV. LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924

El 24 de diciembre de 1924 (DOF 16 de Enero de 1925), Siendo en ese entonces el Presidente de la República Mexicana, el Ing. Alberto J. Pani, se abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1837, ordenamiento, el cual se ocupaba de manera exclusiva de los bancos de emisión, hipotecarios y refaccionarios y carecía en lo absoluto de disposiciones sobre bancos de depósito y casas de bolsa, dando lugar a la Ley General

de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en la cual aparece por vez primera en nuestras leyes, "El fideicomiso".

Esta ley creaba la figura de los "Bancos de fideicomiso" a los cuales, sometía a un régimen de concesión estatal, cuya duración era de 30 años, a partir de la fecha de la ley y su carácter era el de meras autorizaciones para establecer y explotar instituciones de crédito, estos debían contar con un capital mínimo de \$1000,000 en el Distrito Federal y \$500,000 en los Estados y Territorios

Las funciones más relevantes de dichos bancos consistían en administrar los capitales que se le conferían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o al tiempo de su vigencia.

Krieger Vázquez, citado por el Doctrinista Villagordoza Lozano, nos dice "que en la vida jurídica mexicana primero fueron los bancos de fideicomiso, o sea en contra de lo ordinario, el órgano existió primero que

la función", ¹⁴sin embargo, personalmente y siguiendo la ideas de Batiza, es de considerarse que en realidad la función se creo de manera simultánea con el órgano, aunque no con toda especialidad y matices como ahora se conoce.

La ley anunciaba que los bancos de fideicomiso se regirían por la ley especial que habia de expedirse con posterioridad.

Es notable, que según se visualiza, el Fideicomiso Mexicano se reservaba de manera exclusiva a los bancos, es decir no era una institución del Derecho Civil.

V. EL PROYECTO VERA ESTAÑOL

El Licenciado Jorge Vera Estañol, de igual forma preparó un Proyecto de "Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, que fué presentado a la Secretaría de Hacienda, a mediados del mes de marzo de 1926.

¹⁴KRIEGER VÁZQUEZ, citado por VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ M, OP CIT. pág 148

Entre los puntos más relevantes del mismo, figuran los siguientes, El capítulo II se refería a las "operaciones fideicomisarias, que consistían:

a) En el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a las compañías, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de algunos o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato o que sean su consecuencia legal.

b) En el encargo que, por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, u operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos.

Los actos que la sociedad autorizada como "Fideicomisaria", consistirían en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los

bienes objeto del fideicomiso, estos pueden consistir en bienes inmuebles, derechos reales, cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por el interesado.

Los fines planteados objeto del fideicomiso son múltiples y figuran entre ellos, venta, adjudicación, gravamen, pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos, de igual forma, la administración, explotación o aprovechamiento de bienes y la entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de sus frutos o productos.

Con respecto al régimen fiscal del fideicomiso, se prescribía que cuando por vía de fideicomiso la compañía adquiriera bienes raíces o derechos reales inmuebles, la adquisición no estaría sujeta al pago de otro impuesto que al del timbre, quedando por lo mismo exenta esta clase de operaciones de todo impuesto de registro, traslación o dominio o cualquiera otro.

Es de mencionar que en términos más amplios y detallados se observa que este documento mantiene substancialmente las ideas del ya mencionado "Proyecto Limantour", que se cree como ya mencionamos fué escrito también por el propio Jorge Vera Estañol.

VI. LA LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO Y LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926, publicada el 17 de julio de ese mismo año, constituyó el primer ordenamiento en México, configurado como ley especial sobre el fideicomiso, dio una primera estructura a la institución, cuyos lineamientos principales Transcribiremos a continuación:

Art. 1.- Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros, que autoriza esta ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena fe.

Art. 2.- El Fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado Fideicomisario.

Art. 14.- El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aun 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 esos actos para la ejecución del fideicomiso.

Villagordoa Lozano, comenta que esta ley se refundió en la subsecuente Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año, y que ambas siguiendo medular y fundamentalmente la doctrina planteada por el jurista Afloro.

Por su parte, Rodolfo Batiza, señala que "Los primeros fideicomisos en México, (AL MENOS LOS DE GARANTÍA), fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley¹⁵, y según investigación realizada por el mismo autor, y expuesta en su artículo intitulado: "Realidades del Fideicomiso en México" (Revista Bancaria, Vol. III, No.4, agosto, 1955, pág.. 255), en la cual nos indica que el primer fideicomiso inscrito en el Registro Público de la Propiedad, fué celebrado con fecha 8 de octubre de 1930 y su fin consistía en la venta de inmuebles para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores.

VII. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1932

Con fecha 28 de junio de 1932 (Diario Oficial de 29 de junio) aparece esta ley, la cual en su Exposición de Motivos declaraba, que la anterior ley de 1926 había introducido en México, la institución jurídica del "Fideicomiso", y que evidentemente tal institución podía ser de gran utilidad para la actividad económica del país, y estaba destinada probablemente a un gran

¹⁵OP. CIT Pág 116

desarrollo, pero que desgraciadamente, dicha ley no precisaba el carácter substantivo de la institución, para lo cual anunciaba la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito (ordenamiento que vendría a publicarse casi dos meses después).

1.4. DERECHO VIGENTE

I. LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO DE 1932.

Promulgada el 26 de agosto de 1932 (publicada en el Diario oficial del día 27 del mismo mes), esta ley viene a regular substancialmente el "Fideicomiso", en el Título II, capítulo V (art. 346 a 359). Los Motivos de la presente ley hacían la advertencia de que regulaba el fideicomiso, no obstante el problema implícito en esto, por ser una institución jurídica extraña, en virtud de haber sido implantada desde 1926 con la Ley General de Instituciones de Crédito y porque su implantación sólida en México, significaría un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía.

En esta ley, se encuentra explicada la naturaleza del fideicomiso, que el legislador de 1932 le atribuye siguiendo la teoría dominante de esa época, sostenida por el autor francés Pierre Lepaulle. Dichos preceptos nos dicen que "En virtud del fideicomiso, el Fideicomitenete destina ciertos bienes a un fin lícito determinado,

encomendando la realización de ese fin a una institución Fiduciaria., posteriormente se agrega que "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar "Fideicomisario", siempre que su fin sea lícito y determinado, y por su parte 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 y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso".

Lepaulle, considera que se crea un patrimonio de afectación, carente de titular, el cual en nuestro régimen jurídico no puede existir, por su parte Villagordoa, menciona que lo anterior no es lógico y que es imprescindible que los bienes afectos al fideicomiso se trasmitan al fiduciario, pues sus obligaciones antes consignadas no se pudiesen cumplir, si éste no contara con la titularidad de los bienes, particularmente, se tratara de profundizar esta cuestión, en el capítulo correspondiente a este estudio.

Omitiremos resumir las diversas disposiciones contenidas en la presente ley, en virtud, de que serán

estudiadas posteriormente, en este pequeño análisis tocante el fideicomiso, sin embargo es de mencionarse, que quien llevó a cabo directamente la redacción de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el capítulo correspondiente al Fideicomiso, por encomienda de la Comisión redactora fué Pablo Macedo, quien expresa: "Mi estudio consintió, en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II, Capítulo V, "del fideicomiso", que la comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos, pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertírsele.

II. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941

Esta ley de fecha 3 de mayo de 1941, entra en vigor a partir del 2 de junio de ese mismo año y abroga la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, y la reglamentación que contenía de las operaciones fiduciarias estuvo en vigor hasta fines de 1984.

Batiza señala que en su exposición de motivos indicaba que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufría modificaciones como no fuera añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que podían resultar propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales debían regirse las operaciones de inversión que realizara la institución en ejercicio del fideicomiso, Villagordoa afirma, que en esta ley, se sostiene la tesis de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, en virtud, de que en diverso artículo de su cuerpo se mencionaba que : "cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin..." en tal virtud, reitera que se infiere así la intención del legislador. Dicha Ley contenía 176 disposiciones distribuidas en cinco títulos.

En el curso de más de 40 años de vigencia, la ley sufrió diversas modificaciones de importancia entre las cuales pueden señalarse la del decreto de 1973, que afectaron entre las cuestiones, la proporción de responsabilidades de las instituciones fiduciarias y las

atribuciones conferidas al banco de México para determinar la inversión cuando las instrucciones del fideicomiso no fueran suficientemente precisas o se hubieren dejado a la discreción de las propias instituciones; de mayor trascendencia fué sin duda el decreto de 22 de diciembre de 1978, sobre la banca múltiple, que incorporo las reglas administrativas elaboradas por la Secretaría de Hacienda algo más de dos años antes, y que introdujo importantes excepciones en el concepto tradicional de la banca especializada.

Las disposiciones que en materia de fideicomiso se encontraban en la ley bancaria de 1941, fueron adoptadas por la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito de 1982, de donde pasaron a la Ley Reglamentaria de 1984, y posteriormente a la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 en vigor.

III. DECRETOS PUBLICADOS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN LOS DÍAS 1. SEPTIEMBRE, 06 DE SEPTIEMBRE, 17 DE NOVIEMBRE, INICIATIVA DEL EJECUTIVO FEDERAL DE FECHA 24 DE DICIEMBRE Y LEY PUBLICADA EN 31 DE DICIEMBRE, TODAS ELLAS DE 1982.

El día 1. de septiembre de 1982, fué expedido y publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto denominado "Decreto que establece la Nacionalización de la Banca privada, mismo que mencionamos por afectar a las instituciones de crédito, encargadas de prestar el servicio de fiduciarias de los fideicomisos constituidos por particulares.¹⁶" Este decreto tuvo por objeto expropiar todos los bienes propiedad de las hasta entonces instituciones de crédito privadas, a las que les fué otorgada concesión para el ejercicio de la banca y del crédito, así como las acciones y cupones de todos los socios de esas instituciones.

No obstante lo anterior, el Artículo quinto del mencionado decreto establece: "Que no son objeto de expropiación... Los fondos o fideicomisos administrados por los bancos..., lo cual parece no afectar en lo más mínimo el desempeño de las fiduciarias en las funciones que en cada contrato de fideicomiso le han sido encomendadas, se apoya lo anterior en los considerandos

¹⁶DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 1o de Septiembre de 1982, Decreto Suscrito por el Presidente de la República, refrendado por los diecisiete secretarios de despacho, el Jefe del Depto del Distrito Federal y el Director del Banco de México.

noveno y décimo, así como en lo dispuesto por el artículo sexto del mismo decreto que a la letra establecen:

NOVENO CONSIDERANDO: "Que la medida no ocasiona perjuicio alguno a los acreedores de las instituciones crediticias expropiadas..."

DÉCIMO CONSIDERANDO: " Que con apoyo en la legislación bancaria, el ejecutivo, por conducto de la secretaria de Hacienda y Crédito público, realizara las acciones necesarias para la debida organización y funcionamiento del nuevo esquema de servicio crediticio, "para que no exista ninguna afectación en la prestación del mismo, y conserven sin menoscabo alguno sus actuales derechos... los usuarios del servicio y los acreedores de las instituciones."

ARTICULO SEXTO: " La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, vigilará conforme a sus atribuciones que se mantenga convenientemente el servicio público de banca y crédito, el que continuará prestándose por las mismas estructuras administrativas que se transformarán en entidades de la Administración Pública Federal y que

tendrán la titularidad de las concesiones, sin ninguna variación.

El día 6 de septiembre de 1982 se publicó y entró en vigor un decreto mediante el cual se dispone que las instituciones de crédito que se enumeran operen con el carácter de "Instituciones Nacionales de Crédito" ¹⁷, decreto el cual hace referencia a las instituciones de crédito expropiadas el día 1. del mismo mes, y que establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con auxilio del "Comité Técnico Consultivo" proveerá las acciones conducentes a efecto de que las instituciones de crédito que se enumeran en seguida, que fueron expropiadas a favor de la nación por decreto del día antes mencionado, operen con el carácter de Instituciones Nacionales de Crédito.

Es conveniente aclarar que hasta el día 28 de octubre de 1982, no se había hecho mención alguna respecto a la regulación de las ahora "Instituciones Nacionales de Crédito, ni se había expedido ninguna ley o

¹⁷ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN; 06 de Septiembre de 1982

decreto por los cuales, pudiera reformarse, adicionarse o derogarse ningún precepto de la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares, ordenamiento mejor conocido como Ley Bancaria.

El día 17 de noviembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un Decreto que modifica y adiciona parcialmente los artículos 28,73 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual agrega en su artículo primero, un quinto párrafo al artículo 28 constitucional y anuncia la promulgación de la Ley Reglamentaria para regular el funcionamiento de las instituciones de crédito ahora nacionalizadas.

IV. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1982 Y LA POSTERIOR DE 1984.

Con fecha 31 de diciembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la federación la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la cual nos establece el marco jurídico que permitirá adecuar la estructura, organización y funcionamiento del sistema

bancario a la satisfacción de las necesidades y demandas de la mayoría de los nacionales.

Dicha ley declaraba ser de orden público y tener por objeto la reglamentación de el servicio de banca y crédito que en los términos de el ya reformado 28 Constitucional debía prestar el Estado por conducto de instituciones de crédito constituidas por el propio estado como "Instituciones nacionales de Crédito".

El día 28 de Diciembre de 1984 entro en vigor la subsecuente Ley Reglamentaria del servicio público de Banca y Crédito, la cual derogo a la anterior y a la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Si bien es cierto que en el cuerpo de la ley fueron reproducidas infinidades de disposiciones contempladas en la anterior ley, la presente ofreció una regulación más extensa y detallada.

Dispuso, al igual que la ley anterior, que el servicio de banca y crédito sería exclusivamente prestado

por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, pero en discrepancia con la anterior dispuso que dichas sociedades serían: a) Instituciones de banca múltiple; b) Instituciones de banca de desarrollo.

* REPRIVATIZACION DE LA BANCA

Con fecha 02 de mayo de 1990, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto a fin de restablecer el régimen mixto de la prestación del servicio de banca y crédito, la iniciativa se apoyaba substancialmente en la imposibilidad de dar cabal atención a todas y cada una de las necesidades populares, ante lo cual era necesario abandonar aquellas actividades que pudiesen ser eficientemente atendidas por los particulares y cumplir con los profundos compromisos políticos derivados de las áreas estratégicas a su cargo.

Con esto, el Estado se propone no ser el accionista mayoritario de las instituciones bancarias, sin embargo, conservará una participación en la banca

comercial y fortalecerá aquellas instituciones orientadas al fomento de actividades prioritarias específicas.

La iniciativa fué aprobada el 26 de junio de el mismo año, cerrando de este modo aquel lapso nacionalizador cuya duración sería de 8 años.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

El Fideicomiso se nos presenta en la actualidad, como un concepto jus-mercantil relativamente fácil de explicar y entender, que al mismo tiempo es difícil ubicar de manera técnica en los cuadros legales tradicionales.

Dado lo anterior aunado a la novedad del fideicomiso en México, determinó que los primeros esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios fueran orientados a fijar su naturaleza jurídica, a través de innumerables teorías, las cuales muestran la evolución misma de nuestro pensamiento jurídico y confirman la trascendencia que tienen las doctrinas frente al legislador, quien no puede ignorar su desenvolvimiento.

Así las cosas, derivado de la necesidad de adoptar la institución anglosajona del trust, la doctrina latinoamericana iniciada por el doctor RICARDO J ALFARO, y aceptada en nuestras leyes de 1924 y 1926 se fundó en

que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable, sin embargo ese concepto no era suficiente para caracterizar a nuestra institución, en virtud de que si así fuera, los fines del fideicomiso podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así, pues no obstante de darse en nuestra figura, obligaciones análogas a las de un mandatario, en virtud de que la Fiduciaria tiene el deber de obrar como un buen padre de familia y realizar determinados actos jurídicos en interés de otra persona, y igualmente el deber de rendir cuentas de su actuación, estas figuras no pueden confundirse por las siguientes razones:

1- El mandante no pierde en ningún caso la legitimación o la posibilidad jurídica de realizar él mismo los actos que se ha encomendado al mandatario, aunque se trate de un mandato irrevocable o se esté en presencia de un mandato general amplísimo.

2.- En el mandato, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estos tampoco contra el mandante, en cambio la actuación del fiduciario nunca es en

representación o en nombre del Fideicomitente, ni siquiera por cuenta de éste, puesto que la actuación del fiduciario es siempre en nombre y por cuenta propia y sin embargo, a pesar de ello, los efectos jurídicos del acto realizado por el fiduciario no se producen en su propio patrimonio, sino en los bienes objeto del fideicomiso, con la única salvedad de las responsabilidades en que pueda incurrir el fiduciario, por su culpa o dolo, cuando en su actuación se aparta del encargo que se le ha confiado.

3.- El radio de acción es más limitado en el fideicomiso que el campo de aplicación del contrato de mandato, en virtud de que el fideicomiso debe tener siempre por objeto actos jurídicos relacionados precisamente con bienes, o sea con los bienes materia del fideicomiso." ¹⁸

Con posterioridad surge la Doctrina de REMO FRANCESHELLI, desarrollada posteriormente por MANUEL LIZARDI ALBARRAN, fundada en el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos derechos de

¹⁸SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN; De los Contratos civiles, Editorial Porrúa, S.A , México 1991, pág 577

propiedad contemporáneos, cuyos Titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto¹⁹

Por último y como resultado del desarrollo del fideicomiso en nuestra práctica bancaria, se estudia como operación propia desvinculada de sus antecedentes, y es así como a continuación mencionaremos sólo algunos de los principales puntos de vista que sostienen reconocidos autores, los cuales no obstante múltiples estudios realizados en la actualidad, no han logrado ponerse de acuerdo en cual es la verdadera naturaleza jurídica del fideicomiso, razón por la cual, resulta un tanto difícil el estudio en cuestión.

¹⁹VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ M OP CIT. pág. 96

2.1. DIVERSAS TEORÍAS ACTUALES

* FIDEICOMISO COMO ACTO UNILATERAL:

Algunos autores han hecho la aseveración de que el Fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral, cuando el Fideicomitenete establece su voluntad en un acto inter vivos, caso en que su declaración es de inmediato obligatorio para él, ya que no puede revocarla si no se reserva expresamente tal facultad, ni puede modificarla sin el consentimiento del Fideicomisario.

Estas teorías, establecen que las correspondientes aceptaciones que en este acto realicen el fiduciario y el Fideicomisario no son manifestaciones de voluntad esenciales para la integración del negocio jurídico, sino que la adhesión del fiduciario a las normas por el acto constitutivo y la aceptación son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso y no para su perfección jurídica.

CRITICA :

1.- El ilustre autor, Rodolfo Batiza, critica la postura mencionada diciendo:

" La pretendida naturaleza de acto unilateral carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o politización, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del derecho común en la materia. (1804-1811 del Código Civil)." ²⁰

En relación a lo anterior, consideramos respetable ese punto de vista, al considerar particularmente que para la existencia de cualquier figura jurídica, deben reflejarse en ella, todos y cada uno de los elementos que la constituyen, así pues en el caso concreto del fideicomiso y de conformidad con su definición establecida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito : " En virtud del Fideicomiso, el Fideicomitenete destina ciertos bienes a un fin lícito

²⁰ BATIZA RODOLFO, Doctrina general del fideicomiso; Nueva colección de Estudios Jurídicos; Editorial Jus, pág 162

determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución Fiduciaria" , para la existencia plena de éste, es necesario que concurra la voluntad del Fideicomitente (animus fiduciae), la afectación de ciertos bienes, y la acción por parte de la Fiduciaria para lograr los fines a ella encomendada, conceptuar al fideicomiso, sólo en virtud de ese primer elemento, sería reducir su figura, a un simple animus dejando fuera la finalidad y razón de ser de dicho contrato.

Es de mencionar que aunque posteriormente se verificase una extinción del fideicomiso por renuncia del Fideicomisario, sería anómalo considerar que la aceptación de éste determinará el nacimiento del contrato, si contemplamos que los bienes son transmitidos directamente al fiduciario, luego entonces, un contrato consistente en una transmisión de bienes, existió antes de que ella se verificase, así sería de considerarse que la aceptación del Fideicomisario determinaría la consumación, no creación del fideicomiso y su renuncia la extinción del mismo.

* FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO:

Existen varios y reconocidos autores tal es el caso de los maestros Rodríguez y Rodríguez, Manuel Lizardi Albarrán, Jorge Barrera Graf, José Pintado Rivera, entre otros grandes exponente que hoy por hoy consideran que la naturaleza jurídica del fideicomiso la constituye la figura del "Negocio Fiduciario", el cual se define en nuestra doctrina como: "Negocio indirecto no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden" ²¹

Tomando como base esta definición y sin necesidad de entrar al estudio específico de la teoría de cada doctrinista se procederá a realizar su crítica.

²¹HERNANDEZ OCTAVIO, OP CIT. Pág. 245

CRITICA:

A manera de convencer al lector de lo erróneo que resulta esta aseveración, nos dispondremos a sintetizar los elementos constituyentes del mencionado negocio:

1.- a) es un negocio indirecto en virtud de que se caracteriza por el empleo de un medio jurídico para la obtención de fines que es posible conseguir normalmente por el empleo de otros medios jurídicos.

b) Negocio no tipificado por el derecho, toda vez que su finalidad es extralegal o ilícita porque trata de salvar o violar los márgenes legales

c) Negocio integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y por un negocio oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, que no puede ser dado a la publicidad pues pondría de manifiesto el verdadero fin extralegal perseguido al celebrar el negocio fiduciario.

En razón a lo anterior, se pueden encontrar múltiples diferencias del negocio fiduciario con el fideicomiso entre las cuales encontramos:

2.- a) El negocio fiduciario es secreto y el fideicomiso no lo es.

b) El negocio fiduciario persigue, como regla, el fin ilícito oculto en el negocio verdadero, en tanto que la consecución de un fin ilícito mediante el fideicomiso es excepcional.

c) El negocio fiduciario no se halla reglamentado por el Derecho Positivo y el fideicomiso sí.

d) En el negocio fiduciario puede participar cualquier persona, en tanto que en el fideicomiso sólo puede ser Fiduciaria una institución de crédito.

e) El negocio fiduciario es indirecto y doble y el fideicomiso es directo y simple.

Debido a lo anteriormente mencionado, consideramos que, esta tesis no puede ser sustentada en nuestro estudio y en razón a ello proseguimos con el siguiente criterio.

* FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO

A su vez el maestro Domínguez Martínez, Joaquín Rodríguez Rodríguez y Cervantes Ahumada, manifiestan que la verdadera naturaleza jurídica del fideicomiso es el ser "Un negocio Jurídico".

El primero de los autores mencionados establece que: "El fideicomiso es un negocio jurídico de tipología compleja y circunscribe su mecánica en dos tipos legales fundamentales:

1.- Opina que implica un negocio unilateral en su constitución, pero que respecto de su ejecución implica un acto de naturaleza contractual, de tal suerte que concibe al fideicomiso como un todo que se encuentra compuesto de una fase constitutiva (*animus fiduciae*) y otra ejecutiva que podríamos designar (*causa fiduciae*),

la primera como un acto jurídico unilateral, la segunda como un contrato, esto es, el elemento psicológico del primero lo es la manifestación unilateral de voluntad y el consentimiento del segundo.

Respecto a los otros autores citados, se limitan a establecer su particular definición, anteponiendo a ésta el genero próximo de : "negocio fiduciario," sin que hubiésemos encontrado razón por la cual, fundamentan su opinión.

CRITICA:

El doctrinista Dávalos Mejía, critica de manera directa la postura del maestro Domínguez en el sentido de manifestar que los dos momentos por él mencionados como diferentes del perfeccionamiento no son distinguibles en el tiempo, pues se presentan como coincidentes.

De igual forma expresa que las voluntades indispensables para constituir el fideicomiso, están a mitad y si cualquiera de las dos se manifiesta y la otra no, no habría fideicomiso.

Es de expresar que el deseo del maestro Domínguez consintió en jugar con una ventaja de un 50 % al atribuir dentro de su teoría una doble naturaleza jurídica a un solo contrato, situación que consideramos innecesaria por la unidad que nos representa en cuanto tal el contrato de fideicomiso, pues bien es sabido que no obstante de constar de varias etapas, el término naturaleza, nos hace referencia al elemento ESENCIAL, que distingue a determinada figura, y no es a nuestro criterio necesario realizar tal desmembramiento que a todas luces parece innecesario.

También se fundamenta lo anterior en la opinión del maestro Batiza, quien considera innecesario recurrir a conceptos ajenos a nuestra tradición jurídica como lo es el negocio jurídico del pandectismo alemán del siglo XIX, para explicar el fideicomiso dentro de nuestro sistema legal.

OPERA LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento a su cumplimiento. ²³

En tal virtud se establece que la legislación bancaria anterior consagraba esos derechos recíprocos. En efecto, según el art. 138 de la Ley Bancaria de 1941, si la institución Fiduciaria no rindiera las cuentas de su gestión al ser requerida, o si fuera judicialmente declarada culpable de las pérdidas o del menoscabo que sufrieran los bienes fideicomitidos, el Fideicomisario, sus representantes legales o el Fideicomitenete (si se hubiere reservado el derecho), podrían pedir su remoción, sin perjuicio de la opción concedida por el art. 355 de la ley substantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. A su vez, conforme al art. 137 incisos b) y c) de la ley bancaria citada, el fiduciario podía renunciar al desempeño de su cargo si el Fideicomitenete, sus causahabientes, o el Fideicomisario, se negaran a pagar las compensaciones estipuladas a su

²³ROBERTO RUGGIERO, citado por RODOLFO BATIZA, *IBIDEM*

partes derechos y obligaciones recíprocos, esa característica no faltaba en el fideicomiso²²

2.- Agrega el mismo autor , que la naturaleza del fideicomiso mexicano constituido por acto entre vivos, incluso su categoría específica dentro del género como *CONTRATO BILATERAL*, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual, conforme al art. 1949 del Código Civil: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que alguno de los obligados no cumpliera la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible"

Idéntico principio sustenta Ruggiero cuando expresa que la consecuencia fundamental que deriva de este criterio es que *SOLO EN LOS CONTRATOS BILATERALES*

²²OP. ULT. CIT. Pág. 163

analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas ~formas contractuales~, y que no se limitan por supuesto, las formas particulares de ~contratación~, aparte de que, aludiendo al fideicomiso expreso, se afirmaba que puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una compilación extraordinaria en la contratación.

El autor concluye manifestando que "Con independencia de las consideraciones anteriores, es indudable que a la luz de una sana doctrina que se remonta a las Instituciones de Justiniano del siglo VI, el fideicomiso es, jurídicamente una obligación, la cual ha sido un concepto fundamental en el acervo jurídico de las naciones de tradición Romanista, que explica con claridad la situación resultante de un fideicomiso a través de sus tres elementos integrantes:

- a) sujetos
- b) relación jurídica
- c) objeto.

Por lo tanto, en virtud de que en el Fideicomiso, dos personas (cuando menos), quedan VINCULADAS, en función de UN ESCRITO, que estipula DERECHOS Y OBLIGACIONES RECÍPROCOS. La fijación conceptual de aquello a lo que concluya que se quisieron obligar sólo es accesible con la consideración que se haga de el *COMO UN CONTRATO*.

En efecto el consentimiento mínimo expresado por el Fideicomitenete y la Fiduciaria consideramos que es el elemento de existencia del contrato de fideicomiso, en virtud de que si faltara la voluntad del Fideicomitenete no habría quien afecte ciertos bienes a un fin lícito determinado, y si faltara la aceptación de la institución Fiduciaria no habría quien se encargara de la realización del fin al que los bienes fueren destinados.

Por otra parte, es de mencionar que no hay normas legales para los negocios, los asuntos, ni aun para los actos, para lo cual es necesario acudir a un parámetro estructural, general y estático, que permita calificar la buena o mala celebración del acto y el único susceptible de serlo en el fideicomiso es el contrato.

Y del itinerario normal de su celebración, se desprende que la estructura del multireferido contrato, concuerda con múltiples normas de aplicación contractual, en relación a sus consecuencias jurídicas, expresión de la voluntad y trato que debe dársele al objeto del Fideicomiso.

2.2. PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

Una vez constituido el *CONTRATO DE FIDEICOMISO*, la parte del patrimonio de la que se desprendió el Fideicomitenete, que es el "Objeto del Fideicomiso", *Ipsa jure*, se erige como un patrimonio sujeto a reglas especiales cuyo destino no puede ser otro que el fin señalado por el mismo Fideicomitenete en el contrato.

Así pues, el objeto del fideicomiso constituye una *UNIVERSALIDAD PATRIMONIAL*, la cual según el art. 351 LGTOC, puede estar constituida por cualquier clase de bienes y derechos, propiedad del Fideicomitenete, reservando la explicación más amplia de esto, en capítulos posteriores del presente estudio.

Este tema en particular, ha sido objeto de múltiples estudios entre diversos doctrinistas, en relación a que si se da en el fideicomiso una traslación de propiedad entre el Fideicomitente y la Fiduciaria, aunque no hay consenso general, derivado de las múltiples características que nos ofrece el Contrato de Fideicomiso, si nos apegamos al espíritu de la ley y a la

voluntad del legislador, será fácil que para efectos de este trabajo lleguemos a una conclusión que en nuestro parecer resulta la más correcta.

¿Existe Transmisión de Propiedad?

Ante esta incógnita, nuestra respuesta es *AFIRMATIVA*, fundamentando nuestro dicho principalmente y como base de nuestra exposición en la propia ley que regula nuestra figura en estudio, la cual refleja la intención del legislador y que señala lo siguiente:

Art. 349 LGTOC.- "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica..."

Lo cual a todas luces revela que con objeto de fideicomiso, los bienes dados en éste, constituyen un verdadero acto de dominio por lo cual, no todo persona puede realizarlo, en virtud de la máxima: "nadie puede ceder, lo que no tiene".

Art. 351 LGTOC.- "... los bienes que se DEN en fideicomiso..."

Salta a la vista la intención del legislador, al visualizar una transmisión de bienes, lo cual si no sucediere, sería desafortunado el empleo de la palabra "DEN".

Art. 352 LGTOC.- " ... la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

Consideramos este artículo, como contundente para fortalecer nuestro dicho, en virtud, de que sería erróneo considerar que no existiese una transmisión de propiedad, ni aun cuando el medio de dar en fideicomiso, es el mismo medio utilizado para transmitir normalmente la propiedad.

De igual forma, fundamentan lo anterior, las múltiples jurisprudencias establecidas por la Suprema Corte de la Nación.

Así las cosas, consideramos que no hay duda que estamos en presencia de un *CONTRATO TRASLATIVO DE DOMINIO*, sin embargo, dicha traslación presenta una innegable particularidad, puesto que a partir del día en que se verifica la afectación de bienes al fin fiduciario, cierto es que el Fideicomitente no puede vender gravar, usar, aprovechar ni desmembrar la cosa, por el hecho de que dejó de ser propietario. Pero que pasa con el fiduciario, tampoco la puede vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar a no ser que el *FIDEICOMITENTE LE HAYA DADO, DE MANERA ESPECIFICA, ESE FIN*, caso en el cual la Fiduciaria podrá hacer, única y exclusivamente eso, y nada más.

Ante este problema, nos remitimos al estudio de propiedad, de conformidad con el derecho civil y de acuerdo con el cual : "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes" (art. 830 XIV).

De igual forma, como es sabido, la PROPIEDAD, se compone de tres derechos: Jus fruendi, Jus utendi, Jus abutendi, así las cosas, y si aplicamos con rigor los

principios de Derecho Civil, la respuesta sería igual de rigurosa en que "los bienes no tienen propietario", en virtud de que nadie puede hacer con ellos lo que los propietarios civiles pueden hacer con sus cosas.

Ante lo anterior, sólo baste decir que efectivamente, sí existe una transmisión de propiedad, pero no en *TÉRMINOS CIVILES* propiamente dicho, sino en términos *FIDUCIARIOS*, lo que significa que el interés de dicha transmisión no es la transmisión en sí misma, sino la consecución de un fin ulterior, para el cual debe aceptarse que el legislador considero indispensable desembarazar al Fideicomitenete de su propiedad civil directa, y al mismo tiempo trasmitirla a un fiduciario para que la sostenga, defienda y desahogue, pero sólo de manera exclusiva en los términos de las ordenes dictadas por el Fideicomitenete en el acto de su creación.

De conformidad con lo anterior, Dávalos, menciona una jurisprudencia que a continuación transcribiremos.

1.- FIDEICOMISO. TITULARIDAD FIDUCIARIA. SU DIFERENCIA CON LA PROPIEDAD CIVIL.- Existe una gran

diferencia entre la propiedad civil y la titularidad Fiduciaria, pues en la primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, sólo con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio, en la segunda, el titular no tiene el derecho de gozar del bien, porque no puede disponer en su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que por lo normal tales derechos se destinan al Fideicomisario, que no lo puede ser la institución Fiduciaria; y, por otra parte, la titularidad Fiduciaria sólo puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso, más esta circunstancia lleva a establecer que mientras la Fiduciaria desarrolle la titularidad que le fué conferida por el Fideicomitente, sobre el bien afectado en fideicomiso, su actuación no podrá considerarse nula por ser contraria al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público.

(A D 2158/76, Tercera Sala, séptima época, vols. 139-144, cuarta parte, pág. 53).

CAPITULO TERCERO

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS INTEGRADORES DEL FIDEICOMISO.

3.1. DEFINICIÓN

Una vez estudiados en los anteriores capítulos de esta tesis la materia relativa a la "Historia" y "Naturaleza Jurídica" del Fideicomiso, en éste nos disponemos a analizar de fondo la figura, comenzando por emplear una definición genérica y pasando al análisis de sus elementos.

Para efectos de este estudio conceptuaremos nuestra figura de conformidad con una acertada definición proporcionada por el asesor técnico en Fideicomiso del Banco Comermex, Lic. Juan Suayfeta Ozaeta:

Fideicomiso es un *CONTRATO* en virtud del cual una persona física, llamada "Fideicomitente", *TRANSMITE* ciertos *BIENES* o *DERECHOS*, de los cuales tiene la facultad de disponer, a una institución autorizada por la

ley para actuar como "Fiduciaria", para que ésta realice con ellos, determinados *FINES* posibles y lícitos, en beneficio del propio Fideicomitenete o de un tercero llamado "Fideicomisario".²⁴

Es de considerarse que esta definición es de suyo bastante clara y nos proporciona una visión muy acertada del desarrollo y desenvolvimiento del fideicomiso, ahora bien y a manera de esquematizarla nos propondremos detallar a grandes rasgos la mecánica de su funcionamiento.

a) El Fideicomitente, en aras de realizar un fin lícito, decide desprenderse de parte de su patrimonio, para llevarlo a cabo, encomendando tal acción a una institución Fiduciaria.

b) Los bienes son transmitidos al Fiduciario, de conformidad con el art. 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a la cual en lo sucesivo abreviaremos con las siglas (LGTOC), y éste adquiere la

²⁴ LIC. JUAN SUAYFETA OZAETA, "Simposium la Constitucionalidad del Procedimiento de Ejecución del Fideicomiso de Garantía", Guadalajara, Jalisco, México, Octubre de 1994

propiedad Fiduciaria para llevar a cabo con esos bienes o derechos lo que le sea dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso.

c) Constituido el Fideicomiso, el Fideicomitenete pierde relación con el patrimonio ya transmitido conservando sólo y únicamente los derechos reservados en su acto constitutivo y ahora es el Fiduciario quien a través de un delegado se encarga de realizar el cometido pactado.

d) Generalmente del cumplimiento de los fines del fideicomiso, se desprenden beneficios que, como tales, deben tener un destinatario, representado en la figura del "Fideicomisario", quien en su carácter tiene capacidad necesaria para exigir al fiduciario el exacto cumplimiento de los fines del fideicomiso

e) Una vez cumplidos todos y cada uno de los fines del fideicomiso, y si estos no consistían en la transmisión de propiedad al Fideicomisario, las cosas vuelven a su estado original, tal cual se encontraban antes de constituirse el fideicomiso.

Evidentemente que como se ha mencionado la figura en estudio cuenta con una enorme versatilidad en su creación, manejo y operación, es por ello que lo antes expuesto sólo constituye algunos de los aspectos esenciales dentro de todo el marco de opciones en los cuales se desarrolla nuestra figura.

3.2. ELEMENTOS INTEGRADORES DEL FIDEICOMISO

Los elementos del fideicomiso esencialmente son de tres ordenes:

- Personales
- Materiales
- Formales.

3.2.1. "ELEMENTOS PERSONALES".

Tradicionalmente se ha hablado de la existencia de tres elementos personales en el contrato de Fideicomiso: Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario, pero siguiendo a Batiza, es de considerarse que sería más correcta la afirmación si se hablase de tres posiciones que ocupan tres personas; pero que como pueden coincidir o confundirse dos posiciones de las mencionadas en una sola persona, bastan sólo dos personas para la existencia del Fideicomiso.²⁵

²⁵ OP CIT p 196

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

a) *FIDEICOMITENTE*:*Concepto genérico.-*

"Es quien establece un fideicomiso, al destinar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendándolos para la realización de ese fin a una institución Fiduciaria"(art. 346 LGTOC) .

Decía Alfaro que el Fideicomitenete es la fuente del fideicomiso.²⁶

Octavio Hernández, por su parte, critica la terminología utilizada para denominar esta figura y establece: " Que tal nombre es fonéticamente confundible con el de fiduciario y el de Fideicomisario, y que su extensión pugna con la economía del lenguaje, en tal virtud establece que debiera ser abreviado por el de "Fimitente", "Fitente", "Mitente", "Tente".²⁷, cuestión que dentro de nuestro punto de vista carece de relevancia.

²⁶ ALFARO citado por BATIZA, IBIDEM.

²⁷ HERNÁNDEZ OCTAVIO, OP CIT., p 291

La parte del Fideicomitenete en un fideicomiso puede estar integrada por varias personas, con algunas excepciones, entre las cuales es de citarse: El fideicomiso testamentario, en donde sólo puede intervenir como Fideicomitenete testador, una sola persona, pues se aplica supletoriamente el artículo 1296 del Código Civil para el Distrito Federal, precepto que de forma expresa prohíbe testar en el mismo acto a dos o más personas, . y en segundo término en los Fideicomisos públicos que constituye la Administración Pública Federal a través de su Fideicomitenete único, en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y del Decreto por el que se establecen las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal de fecha 27 de Febrero de 1979.

Capacidad.-

Por su parte el Art. 349 LGTOC., establece que son capaces para ser fideicomitentes:

* Las personas físicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.

Dávalos comenta que: " en este dispositivo se observa un error técnico legislativo, incurrido con frecuencia a mediados de este siglo que obedece a que la teoría de la capacidad de ejercicio no había evolucionado como en nuestros días",²⁸ así las cosas establece que este artículo en cuestión no debió haber utilizado la palabra capacidad, sino habilidad, y en este sentido reafirma su idea exponiendo dos ejemplos: "El licenciado en derecho que tiene plena capacidad de ejercicio, no puede transmitir en fideicomiso los derechos inherentes a su cédula profesional, toda vez que se trata de un derecho "... estrictamente personal de su titular, así pues no es porque carezca de capacidad jurídica, sino de habilidad de transmisión"..²⁹

* Las autoridades judiciales o las administrativas competentes, cuando se trate de bienes

²⁸ DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CRÉDITO, Dávalos Mejía Carlos Felipe, Tomo II, 2a. edición, Editorial Harla, p 431, Mexico 1992

²⁹ IBÍDEM

cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

Es de resaltar el error técnico comprendido en el párrafo que antecede al enunciar los propósitos por los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que como Fideicomitenete, se les autoriza afectar, claro está, exceptuando la enajenación, pues es claro que los otros renglones son de suyo jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, pues como ya estudiamos, en éste se realiza una transmisión de bienes hacia la Fiduciaria y atendiendo a una máxima jurídica "Nadie puede dar lo que no tiene", sería ilógico que dicha autoridad transmitiera la propiedad en el fideicomiso de un bien del cual tiene la administración, guarda, conservación ...etc.,

De los puntos anteriores se desprende que la capacidad para ser Fideicomitenete está concatenada a la habilidad jurídica que se tenga para disponer, por el conducto legal o convencional, de los bienes que vayan a constituir el patrimonio fiduciario, derivado de lo

anterior es que a criterio de Dávalos Mejía, es que se deriva la obligación del Fideicomitenete de sanear para el caso de evicción (art. 2122 Cod. Civil).

Derechos.-

En el acto de la constitución del Fideicomiso, el Fideicomitenete pierde todos los derechos que originalmente tiene sobre el objeto del fideicomiso, excepto aquellos que expresamente se haya reservado en el acto de su constitución, toda vez que el fideicomiso es un contrato, de tal suerte que el Fideicomitenete puede pactar a su favor todo genero de facultades y derechos, y los que señala expresamente la LGTOC los cuales debe entenderse, son concedidos de manera institucional.

A continuación se mencionarán algunos de los derechos que puede reservarse en los términos antes descritos:

- 1) Reservar para sí, para el Fideicomisario o para tercero, según su voluntad, derechos sobre el objeto del fideicomiso (Art. 351 LGTOC).

2) Los derechos que se le deriven del propio fideicomiso (Art. 351, párrafo segundo LGTOC)

3) Revocar el Fideicomiso (Art. 357, fracción VI, LGTOC)

4) Reservarse la facultad de pedir la remoción de la Fiduciaria (Art. 84 de la Ley de Instituciones de Crédito en lo futuro abreviada como (LIC), y en ese supuesto o por renuncia de ésta, nombrar nueva (Art. 84 LIC) y (Art. 350 párrafo último LGTOC).

5) Obtener la devolución de los bienes objeto del fideicomiso al extinguirse éste (358 LGTOC).

6) Obtener los beneficios del fideicomiso, para el caso de que él se hubiera nombrado a él mismo como Fideicomisario.

7) Exigir rendición de cuentas a la Fiduciaria (Art. 84 LIC) y de serlo necesario ejercitar acción de responsabilidad contra ella.

8) Designar un comité técnico (Art. 80, 3er párrafo LIC), lo mismo que brindar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades

Derivado de lo anterior, Rodríguez y Rodríguez ha considerado entre los derechos que el Fideicomitenete se

puede reservar, a "Todos los que expresamente se quiera reservar y no sean incompatibles con los derechos legales mínimos del fiduciario y del Fideicomisario o con la estructura de la institución"³⁰

Obligaciones.-

Es lógico considerar que sobre el Fideicomitenete gravitan todas y cada una de las obligaciones correlativas a los derechos que hacia él tiene la Fiduciaria, así las cosas de manera específica consideramos que la obligación primaria y fundamental de éste, consiste en efectuar la transmisión de la propiedad de sus bienes a la Fiduciaria, para que ésta pueda cumplir con los fines establecidos en el contrato de fideicomiso, derivado de esta obligación principal surgen varias obligaciones secundarias entre las cuales encontramos las siguientes: el Fideicomitenete queda obligado al saneamiento para el caso de evicción en los términos del derecho privado, y a cubrir los honorarios a la Institución Fiduciaria entre otros.

³⁰ DERECHO MERCANTIL, Rodríguez y Rodríguez Joaquín, Tomo II, Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., p.129, México 1979.

De igual manera que en virtud del carácter contractual del fideicomiso el Fideicomitenete puede para sí reservarse derechos, es de mencionarse que en el mismo contrato pueden especificarse obligaciones adicionales a su cargo las que recibirán el nombre de "convencionales".

En el apartado referente a los derechos del Fideicomisario, el último en mención, consistía en el nombramiento de un COMITÉ TÉCNICO, del cual trataremos de dar un breve semblante a fin de contar con una idea del mismo dentro de este trabajo.

Dávalos lo define como sigue: "El comité técnico consiste en la posibilidad, por lo general en favor del Fideicomitenete, aunque también puede serlo en favor del Fideicomisario, de participar directamente en la conducción del fideicomiso, no como titular del patrimonio pues éste sólo puede serlo la Fiduciaria, sino como un órgano de administración investido de facultades de dictamen y acuerdo sobre la forma en que se desahogue el fin"³¹

³¹ DAVALOS, Op Cit pp 443,444.

El Comité técnico surgió como una necesidad, derivada de la constante utilización del fideicomiso por el gobierno para la satisfacción de las necesidades publicas en la segunda mitad de este siglo, y al carecer éste de personalidad propia y de un órgano de gobierno o administración, que le garantizara mayor seguridad en sus transacciones, se fué utilizando la figura en cuestión, de tal suerte que sin haber sido diseñada en primera instancia para ese efecto, sino para la distribución de fondos, el comité técnico se convirtió en un verdadero órgano de administración, importante, a tal grado que el legislador bancario consideramos que si la Fiduciaria hace lo que le ordena, el comité técnico no incurrirá en responsabilidad alguna de conformidad con el artículo 80 párrafo último LIC.

En la actualidad la totalidad de los fideicomisos en los que el Fideicomitenete se reserva derechos de cualquier tipo o bien aquellos en los cuales el desahogo de sus fines demanda un largo plazo, se verifica la existencia de un comité técnico, sin mencionar el grado de importancia que dicha figura retoma en los fideicomisos públicos.

b) *FIDUCIARIO*:*Concepto genérico.-*

Es aquella institución de Crédito legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias , que recibe del Fideicomitenete ciertos bienes o derechos, en virtud del contrato de fideicomiso, para que lleve a cabo la realización de los fines lícitos, encomendados a ella en el mismo.

Art. 346 (LGTOC) y 46 fr. XV(LIC).

El doctrinista Serrano y Trasvina Jorge, la define como: "La persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y 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 Fideicomitenete".³²

Por su parte el jurista José Pintado Rivero ha considerado a la institución Fiduciaria "personaje

³² SERRANO Y TRASVINA, JORGE, citado por Villagorda Lozano Op. Cit p 175

principal en el drama del fideicomiso" este autor, afirma que no es posible la existencia de un fideicomiso sin fiduciario, fundamentando su decir en los siguiente..."es el fiduciario el elemento personal del fideicomiso estrictamente indispensable, al grado de que la ley establece procedimientos que permiten la designación automática de éste, cuando el Fideicomitenete no lo ha designado, así como su substitución en caso de remoción o renuncia".³³

En el acto constitutivo del Fideicomiso, pueden ser designadas una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o separadamente desempeñen el fideicomiso., la designación nominal de ésta o éstas deberá ser hecha por el Fideicomitenete, en su defecto por el Fideicomisario o bien por el juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes, siendo el juez competente tratándose de bienes inmateriales el del lugar de ejecución del fideicomiso

³³ DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO, Pintado Rivero José, Tesis Profesional, U.N.A M., México, 1952, p.62

Al acto constitutivo del fideicomiso no es necesaria la concurrencia de la Fiduciaria, sólo debe ser designada nominalmente, más su aceptación es indispensable para el perfeccionamiento y ejecución del contrato, si dicha aceptación no llega a realizarse tras las sucesivas substituciones de Fiduciaria, el fideicomiso se extingue (Art. 350 LGTOC).

La aceptación del cargo de Fiduciaria no es obligatoria y la institución designada puede declinarlo, con o sin expresión de causa, pero una vez aceptado, sólo será excusable o renunciable por causas graves a juicio del juez de primera instancia del domicilio de la Fiduciaria (Art. 356 LGTOC).

Son consideradas entre otras causas graves para la admisión de la renuncia, que el Fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o los bienes objeto del fideicomiso, de igual forma que el Fideicomitenete, sus causahabientes o, en su caso el Fideicomisario se nieguen a pagar la retribución que le corresponda o bien, que los bienes o derechos dados en

fideicomiso no rindan productos suficientes para cubrir dicha retribución.

Admitida la renuncia deberá designarse institución que substituya a la denunciante.

En relación a la remoción del cargo de Fiduciaria procede en los siguientes casos:

a) cuando al ser requerida la institución Fiduciaria no rinda cuentas de su gestión dentro del plazo de quince días, o bien,

b) cuando ésta sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o de los menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso.

Capacidad.-

En nuestro país, las leyes de la materia limitan la actividad Fiduciaria, en tal virtud que sólo pueden desempeñar este papel, "las instituciones de Crédito debidamente autorizadas por la LIC para tal efecto, dicha

característica es realmente distintiva del fideicomiso mexicano, y se aparta de lo estipulado en la institución que le dio origen: "Trust".

Así las cosas el Proyecto Alfaro permitía que el desempeño del cargo de fiduciario se encomendara indistintamente a personas naturales o jurídicas, las primeras debieren reunir los requisitos y calidades exigidos por la ley a los tutores, en virtud de tratarse de un cargo en extremo delicado, ya que con frecuencia se instituyen como fideicomisarios a menores o incapaces.

En nuestro derecho, desde la primera tentativa de adopción del trust representada por el Proyecto Limantour, se ha exigido que el fiduciario sea una persona moral, y tanto el Proyecto Creel como el Vera Estanol y diversas leyes, han impuesto el requisito de que sea una institución bancaria debidamente autorizada.

En razón de lo anterior, consideramos que se ha logrado un firme y acelerado desarrollo del fideicomiso, al crear confianza para quienes pretenden aprovechar la amplia gama de beneficios que otorga esta figura

jurídica, aunada con la honradez y prestigio que han logrado las instituciones de crédito en nuestro País, las cuales responden con su propio patrimonio, en caso de que se presentare el supuesto de pérdidas o menoscabos de los bienes fideicometidos por su culpa o negligencia.

Así las cosas, de conformidad con nuestra Ley de Instituciones de Crédito, sólo cuentan con capacidad para ser fiduciarias:

- Las bancas de desarrollo, que mercantilmente funcionan como sociedades nacionales de Crédito y,
- Las bancas múltiples, que mercantilmente funcionan como sociedades anónimas con autorización federal.

Por lo que hace al número de fiduciarios que puede designarse, la regla general en el derecho angloamericano es en el sentido de que el de trustees es ilimitado, uno siendo suficiente y cualquier número mayor permisible, nuestra ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su art. 350 establece que: "El Fideicomitenete podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen

el fideicomiso", a criterio de Batiza, considera apropiado este precepto para el caso de existencia de fiduciarios personas físicas, considerándola inútil para fiduciarios institucionales, "vista la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida", reitera dicho autor, que nunca ha visto un caso utilizado en la práctica.³⁴

Derechos.-

La institución Fiduciaria, tiene la habilidad para ejercitar los derechos y acciones indispensables, dentro de las limitaciones legales, para dar fiel cumplimiento a los fines del fideicomiso, derivado de lo anterior, se genera el derecho de cobrar la remuneración estipulada en el contrato, no obstante, de no existir impedimento alguno para celebrar fideicomisos gratuitos, sin embargo, lo lógico, dado el carácter contractual del fideicomiso, es que se estipulen en el acto constitutivo de aquel.

³⁴ BATIZA, Op. Cit, p223

De igual forma la institución Fiduciaria, como se ha mencionado, podrá rehusar, sin necesidad de expresión del motivo, la aceptación de su designación. Aclarando que este derecho corresponde a la institución de crédito autorizada para efectuar operaciones fiduciarias, pero no a la Fiduciaria del fideicomiso, propiamente dicha, puesto que tal carácter lo adquiere, precisamente con la aceptación de tal designación, renunciable únicamente en los términos previstos por la ley y mencionados con antelación.

Una vez, expuesto lo anterior, sólo nos basta reiterar que la institución tendrá éstos y los demás derechos que se deriven de su propia naturaleza de Fiduciaria o de la del fideicomiso que se trate.

Facultades.-

En forma general, los artículos 351 y 356 de la LGTOC, otorgan al fiduciario, Todas aquellas facultades que le sean necesarias y que no estén previstas en el contrato de fideicomiso, para el desempeño de su gestión hacia el logro de los fines previstos en el contrato.

Estas facultades serán denominadas para efectos de este estudio como facultades tácitas o implícitas de la Fiduciaria, el ya mencionado autor José Pintado Rivero, al realizar un estudio sobre esta cuestión, analizo cuales son éstas y a continuación se mencionaran algunas: Facultad de vender, de obtener crédito y gravar en garantía el patrimonio del fideicomiso, facultad de arrendar, de conservar y manejar los valores encomendados en fideicomiso, de aplicar intereses o suma principal a la manutención o sostén del Fideicomisario, entre otras.

En nuestro concepto, parece un poco aventurado llevar a cabo una enumeración tan tajante de las facultades implícitas, en virtud de que los derechos y obligaciones del fiduciario se deben precisar en cada caso concreto teniendo en cuenta, por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación, en virtud de que no son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario, en todos los casos, por ejemplo la mencionada facultad de vender los bienes, es contraria a la naturaleza del fideicomiso de administración o de

inversión en donde las instrucciones del Fideicomitenete y los intereses del Fideicomisario, son contrarios a ello y conservan en estos casos las acciones para que los bienes salidos del patrimonio fideicometido reviertan al mismo.

Obligaciones.-

Roberto Molina Pasquel, en su obra "Los derechos del Fideicomisario", establece que básicamente: ".las obligaciones del fiduciario pueden ser : de hacer, de dar y de no hacer. Dentro de las de hacer se encuentran primordialmente la de ejecutar los fines del fideicomiso, por lo que se refiere a las obligaciones de dar, pueden consistir en pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso; y por último, las obligaciones de no hacer comprenden las de abstenerse, de no hacer mal uso de los derechos transmitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren³⁵

³⁵ LOS DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO, Molina Pasquel Roberto, Editorial Jus, México, 1946

Dichas consideraciones son bastante ejemplificativas para darnos una idea de las obligaciones básicas de la figura en estudio, sin embargo, consideramos que por la importancia y cantidad de las mismas, es menester brindarles mayor importancia procediendo a realizar una enumeración de éstas, extraídas de conformidad con las leyes aplicables vigentes.

1) La más importante obligación de el fiduciario consiste en el exacto y fiel cumplimiento del fin pactado por el Fideicomitenete en el acto constitutivo(Art. 356 LGTOC).

Algunos autores opinan que sólo en dos casos puede el fiduciario apartarse de tales instrucciones:

a) Cuando siendo lícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a Derecho, ya porque violen, desde un principio, normas jurídicas existentes o porque se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.

b) Cuando las instrucciones del Fideicomitenete sean o se vuelvan "manifiestamente" inadecuadas o aun opuestas al fin del fideicomiso.

2) Acatar las instrucciones del Comité Técnico que se hubiese creado.

Si en la constitución del fideicomiso, o bien posteriormente en sus reformas, se hubiere creado un Comité técnico, la institución Fiduciaria estará obligada si así se convino en el contrato de fideicomiso, a cumplir los dictámenes o acuerdos de éste, lo cual la liberará de responsabilidad de conformidad con el art. 80 de la ley Bancaria.

3) Deber de Lealtad:

Según el doctrinista Pintado Rivero, " el fiduciario está obligado a actuar con lealtad y buena fe en lo que al patrimonio fideicometido concierne", la legislación reconoce lo anterior y lo consagra en el art. 356 in fine, el cual estipula respecto a la institución Fiduciaria, lo siguiente "... deberá obrar

siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

La gran mayoría de estudiosos del Derecho se preguntan: ¿Qué es un buen padre de familia?, Dávalos crítica fuertemente esta expresión alegando que "lo que es un buen padre, nada tiene que ver en un contrato comercial; los padres de familia, sean buenos o no, no actúan en función de un contrato, sino en función de relaciones sanguíneas y espirituales que no tienen relación alguna con el contrato en sí"³⁶

Sin duda, nos encontramos ante un término vago e impreciso que merecería ser cambiado por reglas bastantes para concretar la actitud de la Fiduciaria y no dotarla de tan amplia libertad, en ese sentido, sin embargo, básicamente esta disposición constriñe a la institución Fiduciaria a actuar con diligencia y cuidado en la conservación del patrimonio fideicometido.

³⁶ TÍTULOS Y CONTRATOS DE CRÉDITO, QUIEBRAS, Dávalos Mejía, Carlos L., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1984, p 442

La mencionada conservación debe hacerse de dos tipos: *LA CONSERVACIÓN MATERIAL*, en la cual el fiduciario deberá evitar todo robo o fraude que pueda disminuir o afectar el patrimonio fideicometido, por lo que tomara las medidas de seguridad pertinentes, como lugares para su deposito, guarda y custodia, en el caso de bienes muebles, respecto a los inmuebles el fiduciario deberá vigilar que se efectúen las obras de conservación y reparación necesarias para mantenerlos en estado útil.

Y por otra parte *LA CONSERVACIÓN JURÍDICA* consistente en la ejecución por parte del fiduciario de todas las acciones necesarias para impedir cualquier tipo de afectación que pudiere sufrir el patrimonio fideicometido., Asimismo, estará obligado a inscribir el fideicomiso en el Registro Público del lugar donde los bienes estuvieren ubicados, cuando se trate de inmuebles, con el objeto de que surtan efectos ante terceros a partir de dicha inscripción, de conformidad a las disposiciones previstas en el art. 353 LGTOC

De igual forma tendrá obligación de inscribir en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, todos

los fideicomisos en los cuales participen extranjeros, o en los que se deriven derechos para los mismos, esto con fundamento en el capítulo IV del Reglamento del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

4) Obligación de rendir cuentas

El artículo 355 LGTOC, dota al Fideicomisario o en su defecto, al no haberlo, o siendo incapaz, al que ejerza la patria potestad, tutela, Ministerio Público o Fideicomitente si se hubiere reservado tal derecho, la facultad de exigir a la Fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso, facultad que trae consigo una correlativa obligación de la Institución, consistente en la rendición de cuentas al beneficiario del fideicomiso o a alguna persona estipulada, prescripciones que de igual forma reitera la LIC en su artículo 84.

En el mismo término, la institución Fiduciaria, deberá dar aviso al beneficiario, de toda percepción de rentas o productos de liquidación que ésta realice en cumplimiento de su cometido, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

5) Obligación de efectuar los registros contables de conformidad a la ley:

El precepto que consagra esta obligación es el art. 79 de la LIC que a la letra dispone: "En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de Crédito, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la ley."

El doctrinista C.P. Raúl Rodríguez Ruiz, hace la aclaración de que las mencionadas "Cuentas controladoras a que se refiere la ley Bancaria, son las comúnmente conocidas "cuentas de orden" de la contabilidad de la institución, y que las contabilidades que la ley llama "especiales", son las que tienen por objeto mantener separadamente la identidad de los patrimonios afectados, así como mostrar el destino o inversión que se ha dado a dichos patrimonios.³⁷

6) Obligación de hacer productivos los bienes fideicometidos

Así lo dispone la ley, directamente el artículo 81 impone a la Fiduciaria la obligación de invertir necesariamente en los valores que determine el Banco de México; esto cuando las instrucciones que el Fideicomitenete hubiere dado al fiduciario en el acto constitutivo del fideicomiso no fueren suficientemente precisas o cuando se hubiere dejado la determinación de

³⁷ EL FIDEICOMISO Y LA ORGANIZACIÓN CONTABLE FIDUCIARIA, Rodríguez Ruiz, Raúl, Ediciones Contables y Administrativas, S.A., México, 1981, p 177

la inversión a la discreción de la Institución Fiduciaria.

En uno y en otro caso, la inversión deberá ser hecha en el menor plazo posible dentro de las 48 horas y la Fiduciaria deberá registrar la operación en la contabilidad especial, dar aviso al beneficiario e inscribir, en su caso, la operación con el título necesario para la identificación de los bienes adquiridos, en un registro especial, foliado y sellado, que llevara la institución con carácter rigurosamente secreto.

7) Obligación de guardar el Secreto Fiduciario

Obligación consagrada en los art. 117 y 118 de la LIC., los cuales disponen que las instituciones fiduciarias no podrán transmitir información de ningún tipo de operaciones celebradas con ellas, salvo al titular o beneficiario correspondiente o a sus representantes legales todo ello con el propósito de proteger los intereses del público en general, lo anterior sólo cuenta con una salvedad, relativa a la

información que le sea solicitada a la mencionada institución por la Comisión Nacional Bancaria y de seguros.

Es de recalcar que la violación del secreto, incluso ante las autoridades o tribunales en juicio o reclamaciones que no sean entabladas por el Fideicomitente o Fideicomisario contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

8) Nombramiento de sus Delegados Fiduciarios:

En virtud de ser la institución Fiduciaria una sociedad mercantil, resulta lógico que ésta no puede desempeñar el cargo de modo personal sino a través de un representante, de conformidad a lo dispuesto por el art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien la naturaleza del Crédito de fideicomiso requiere que tal representante sea una

institución especial, la cual en nuestro derecho a recibido el nombre de "Delegado Fiduciario".

El Delegado Fiduciario es la persona física en la cual descansa la responsabilidad de llevar a cabo, material y físicamente los fines del fideicomiso, es el ejecutor, por lo que su designación y actuación están sujetos a fuertes requisitos, de tal suerte que para poder serlo se requiere que la Institución debe solicitar a la Comisión Nacional Bancaria que autorice a sus prospectos, y una vez autorizados adquirirán la capacidad legal para obrar como tales.

El Delegado fiduciario acredita su responsabilidad de conformidad con el art. 90 LIC con la simple exhibición de una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo directivo o de administración, según se trate de una banca de desarrollo o de una banca múltiple, siempre que su nombramiento se haya inscrito en el Registro Público de Comercio, previa ratificación de firmas, ante fedatario público, del documento auténtico en el que conste.

El carácter representativo del delegado, en términos del compromiso social y civil que entraña para el banco, se constata en la propia LIC, de tal suerte que el banco por una parte, responde civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, y por la otra responde directa e ilimitadamente por los actos cometidos por su delegado de conformidad con el art. 91 de LIC.

Prohibiciones.-

Genéricamente la Institución Fiduciaria tiene prohibido realizar cualquier acto u omisión que exceda de los derechos que la ley o el fideicomiso le confieran o que implique incumplimiento de sus obligaciones, esto como regla general, aparte de algunas disposiciones consagradas expresamente en la ley reguladora de la materia la cual dispone lo siguiente:

a) La Fiduciaria tiene expresamente prohibido tener el carácter de fideicomisaria en un mismo

fideicomiso, cuestión que se analizará en el correspondiente apartado. (348 LGTOC in fine)

b) Tiene prohibido excusarse o renunciar a su cargo una vez aceptado, si no es por causas graves apreciadas de conformidad con la ley, (art. 356 LGTOC).

c) La mencionada institución tiene imposibilidad para celebrar fideicomisos que la ley General de Títulos y Operaciones de Créditos reputa como "prohibidos", en el artículo 359 de la ley en comento y por último,

d) La Fiduciaria, cuenta con la imposibilidad de asumir obligación directa sobre los resultados del fideicomiso o garantizar interés fijo sobre las inversiones que efectúe en cumplimiento del fideicomiso, esta prohibición fué impuesta por la Comisión Nacional Bancaria en el año de 1947 y acogida por el proyecto de nuevo Código de Comercio, en base a las siguientes consideraciones: La garantía de un interés determinado en los fideicomisos de inversión, es contraria a la esencia del fideicomiso, ya que dicha garantía pone en peligro la liquidez de las instituciones, y en el mismo sentido,

garantizar el interés fijo constituye competencia desleal al mercado de valores de renta fija y convierte al fideicomiso de inversión con interés garantizado en un contrato de mutuo con interés disfrazado.

c) *FIDEICOMISARIO*

Concepto genérico.-

Fideicomisario es la o las personas designadas en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus modificaciones, para recibir los beneficios de éste.

El Fideicomisario es designado por el Fideicomitente, el cual podrá designar a un solo Fideicomisario a varios o simplemente no designar, cuando el Fideicomitente designa a varios fideicomisarios lo puede hacer con dos propósitos, primero que éstos simultáneamente reciban los beneficios del fideicomiso, o bien los perciban sucesivamente, evitando caer en la hipótesis prohibitiva consagrada en el artículo 359 párrafo segundo, el cual imposibilita la constitución legal de fideicomisos cuyo beneficio se conceda

sucesivamente a diversas personas que deban substituirse por la muerte de la anterior, salvo el caso, de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o ya concebidas a la muerte del Fideicomitenete.

En relación al tercer supuesto mencionado al inicio del párrafo que antecede, se entiende que el fideicomiso en el cual no se designa Fideicomisario, responde a fines específicos perseguidos por el Fideicomitenete, algunos los cuales podría ser erigir un monumento conmemorativo a una persona, o recoger animales callejeros etc., de igual forma Rodolfo Batiza haciendo referencia al "Trust" angloamericano, establece que es completamente válido la designación de los beneficiarios mediante expresiones tales como: "los socios del testador a la fecha de su fallecimiento", "las personas que estuvieren al cuidado del testador en su última enfermedad" etc.,

De conformidad con lo anterior y con fundamento en el art. 347 de la LGTOC, que a la letra dice: " El fideicomiso será valido aunque se constituya sin señalar Fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y

determinado", podemos afirmar que el "Fideicomisario" no constituye un elemento esencial a la constitución del fideicomiso.

Capacidad.-

La regla general establecida en la LGTOC, prescribe que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, de tal suerte que no podrán serlo aquellas personas que de conformidad con la ley se encuentren impedidas para adquirir determinada cosa o bien.

El ejemplo más utilizado para ilustrar lo anterior, es el del extranjero que se designa Fideicomisario respecto del derecho real de propiedad de un inmueble ubicado en las zonas restringidas, de conformidad con el artículo 27 fracción primera, de la Constitución Mexicana, este individuo carecería de habilidad jurídica para poder recibir el bien.

Es de mencionar que actualmente de conformidad con la ley de Inversión Extranjera entrada en vigor el día 28 de diciembre de 1993, la cual abroga la anterior Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, se permite que dichos extranjeros puedan fungir como fideicomisarios respecto de bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, siempre y cuando el objeto del fideicomiso, sea la sola utilización de tales bienes sin constituir en ellos derechos reales, previo permiso de la Secretaría de Relaciones Extranjeras.

Al exigir en esta disposición capacidad a los fideicomisarios, Batiza sugiere, que debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser Fideicomitenete, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede ser constituido a favor de incapacitados y aun de no nacidos.

De manera tácita la ley permite que la posición de Fideicomitente y Fideicomisario se confundan en una sola persona, sin embargo prohíbe de forma expresa que la

Institución Fiduciaria tenga el carácter de Fideicomisaria (art. 348 LGTOC).

Rodolfo Batiza, en su multicitada obra, comenta que: "tal vez esta disposición se originó en la práctica descrita al tratar del "Fideicomiso en garantía", según la cual las instituciones garantizaban con fideicomiso ante si mismas los préstamos concedidos por su departamento de crédito", sin embargo reitera que tal prohibición parece no haber logrado sus resultados positivos, ya que posteriormente en el año de 1948 se giró una circular por la Comisión Nacional Bancaria en la cual se prohibían las operaciones contractuales entre departamentos de una misma institución, por estimar que conforme a derecho es preciso, para la validez de un contrato, que existan dos partes contratantes y entre departamentos de una misma institución no se llena tal requisito, por tratarse de una e indivisible personalidad.

Derechos. -

Los derechos del Fideicomisario son del todo correlativos a las obligaciones que hacia el tenga la Fiduciaria, ya sea por ley o por virtud de lo estipulado convencionalmente en el fideicomiso, así las cosas, tales derechos no pueden ser del todo predeterminables por estar condicionados a lo dispuesto en cada caso en particular.

No obstante, se trataran de enumerar los clásicos derechos con que cuenta esta figura de conformidad a las leyes aplicables en materia Fiduciaria.

1) El Fideicomisario tendrá los derechos que expresamente se le concedan en virtud del acto constitutivo del fideicomiso, y tendrá el derecho de que se le consulte en todo aquello no previsto en el fideicomiso, en el caso de que sean dos o más fideicomisarios, se debe consultar la decisión de éstos y las decisiones deberán ser tomadas por mayoría de votos computados por representación y no por persona (Art. 348, tercer párrafo LGTOC)

2) Podrá exigir a la Fiduciaria el fiel cumplimiento del fideicomiso y a la vez atacar la validez de aquellos actos que la Institución cometa de mala fe en su perjuicio, o en exceso de sus facultades.

3) También podrá reivindicar aquellos bienes que a consecuencia de actos expresos o de mala fe de la Fiduciaria, hayan salido del patrimonio del fideicomiso, esto de conformidad al artículo 355 LGTOC.

Así las cosas, podemos verificar que le es concedida al Fideicomisario expresamente el ejercicio de *LA ACCIÓN REIVINDICATORIA*, ante lo cual, se torna necesario analizar suscintamente esta figura, remitiéndonos a los principios básicos de Derecho Civil.

Encontramos que en términos generales la acción se define como: "Un derecho subjetivo civil, cuyo ejercicio depende de la voluntad del titular del mismo; El sujeto pasivo de ese derecho es el deudor de la obligación, cuyo cumplimiento se exige en el juicio." ³⁸

³⁸ DERECHO PROCESAL CIVIL, Pallares Eduardo, Editorial Porrúa, S.A. México, 1989; p 215

Por su parte la Acción Reivindicatoria es la que tiene el propietario de un bien material mueble o inmueble contra el poseedor del mismo para recuperarlo y obtener se le entreguen los frutos o acciones que las cosas hubiesen generado.

De esta segunda definición sugerida, se infiere claramente, que es una acción ejercitada por el *PROPIETARIO NO POSEEDOR*, contra un sobre la cosa *POSEEDOR NO PROPIETARIO*, que tiene por objeto declarar que el actor tiene dominio y que se la debe entregar al demandado, de acuerdo con lo enunciado a todas luces es obvio que erróneamente se le concede al Fideicomisario una acción que conforme a derecho no le corresponde, en virtud de no encuadrar dentro de las hipótesis normativas por lo siguiente:

a) El Fideicomisario NO es propietario del bien dado en fideicomiso, puesto que de conformidad con la ley, la transmisión de propiedad se realiza al Fiduciario, quien en toda caso tiene la titularidad sobre esos bienes y por lo tanto no es factible que él intente acciones que le competen al fiduciario.

Con objeto de dar solidez a las anteriores referencias, a continuación se transcribirá una tesis jurisprudencial, dictada por el Pleno en la Séptima Época, Pág. 674; bajo el rubro:

ACCIONES DEL FIDEICOMISARIO EN PROTECCIÓN DEL BIEN FIDUCIARIOS. A pesar de que el Fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, el único que tiene las acciones necesarias para defender al patrimonio es la titular, es decir la Fiduciaria. Las acciones que tiene el Fideicomisario son, la de exigirle a la Fiduciaria que cumpla adecuadamente con el fin. Así, en caso de que la autoridad cause perjuicio personal y directo al patrimonio, la acción de amparo corresponde a la Fiduciaria.

b) Con el ejercicio de la Acción, realmente el Fideicomisario no persigue que se le entregue el objeto del fideicomiso, ni sus frutos o acciones, sino en todo caso, que los bienes los recupere al Fiduciaria en favor del patrimonio fideicometido.

c) Es pertinente aclarar que el ejercicio de la Acción reivindicatoria entraña de suyo, la existencia de bienes, ya sean muebles o inmuebles, sin embargo es de recordar que el objeto del fideicomiso puede recaer en derechos, en cuyo caso la acción en comento carecería de objeto.

Visto lo anterior, existen varios autores tales como los ilustres doctrinistas Cervantes Ahumada y Molina Pasquel, quienes afirman que la acción que se le concede al Fideicomisario no es la reivindicatoria, si no es, o parece asimilarse a la acción revocatoria o Pauliana, razón por la cual trataremos de realizar su estudio.

La acción Pauliana es aquella que tiene por objeto nulificar los actos y los contratos celebrados por el deudor en fraude de acreedores, tiene por finalidad, reconstruir el patrimonio del deudor para que vuelvan a figurar en el , los bienes que hayan salido del mismo por virtud del acto indebido que ha producido la insolvencia total o parcial del propio deudor. Constituyendo así un medio de defensa que se otorga al acreedor contra actos fraudulentos del deudor, si son a título oneroso y

teniendo como presupuesto, que el acto del deudor produzca su insolvencia, de tal modo que no le queden bienes para pagar su adeudo.

Por su parte la acción del Fideicomisario se adecua un tanto a las características mencionadas toda vez que el Fiduciario es deudor de el Fideicomisario en virtud del contrato de fideicomiso, así las cosas dicha acción va a ser ejercida contra quien posee los bienes objeto del fideicomiso, con objeto de reconstruir el patrimonio enajenado por la Fiduciaria, todo lo cual invariablemente constituye un medio de defensa de el Fideicomisario contra los actos fraudulentos de la Fiduciaria deudora.

4) También constituye un Derecho del Fideicomitenete, la facultad de elegir a la institución Fiduciaria, en caso de su renuncia, remoción, o bien omisión de su designación en el acto constitutivo del fideicomiso.

5) De la misma manera el Fideicomisario cuenta con el derecho de exigir a la Fiduciaria le de aviso

oportuno sobre aquellas operaciones de inversión, percepción de rentas o pagos hechos con el patrimonio fideicometido, pedir, le sean rendidas cuentas sobre los actos ejecutados por la Fiduciaria, y en caso de exceso o negligencia, exigir responsabilidad general a ésta, o civil en caso de que hubiese violado el secreto fiduciario.

Obligaciones.-

El Fideicomisario no tiene obligaciones institucionales, pero en el ámbito convencional generalmente tiene obligaciones concretas, y para establecerlas se deben hacer las siguientes distinciones: a) cuando se trate de fideicomisos cuya constitución se establece unilateralmente por el Fideicomitenete, con un animo de liberalidad, y b) cuando se trate de fideicomisos cuya constitución se realiza con el acuerdo expreso del Fideicomitenete y Fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del Fideicomitenete, por la enajenación que realiza al fiduciario en provecho del Fideicomisario, el primero grupo de fideicomisos derivados de su misma naturaleza se

encierran en la "causa donandi", y el Fideicomisario carece de obligaciones a su cargo, y en caso de que tuviese alguna carga, ésta tendrá el carácter de una simple modalidad.

En el segundo grupo, nos encontramos ante la circunstancia de que el Fideicomisario está obligado a realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo.

3.2.2. "ELEMENTOS MATERIALES:

Los elementos materiales del Fideicomiso, son los bienes o derechos que constituyen el patrimonio fideicometido.³⁹

El artículo 351, primer párrafo de la LGTOC dispone: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular".

³⁹ Aunque desde el Proyecto Alfaro, y en la legislación, se ha venido empleando el participio "Fideicomitados", con referencia a los bienes dados en fideicomiso, la forma correcta es fideicometidos, y de esta forma lo establece el Diccionario de la Real Academia Española en relación con el verbo "cometer", de conformidad con su etimología: Fides-ei y committere, (encomendar a la fe).

El objeto entendido en los términos anteriormente descritos, constituye un elemento de existencia del de fideicomiso y por ello cuando el contrato carece de éste, se produce ipso iure su inexistencia.

En relación a las características que debe observar este elemento de el contrato, siendo la ley sustantiva omisa al respecto, nos es indispensable remitirnos al artículo 1825 del Código Civil el cual dispone que: "La cosa objeto del contrato debe: 1. Existir en la naturaleza; 2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3. Estar en el comercio.

Respecto a la última disposición, el mismo Código en su artículo 748, establece que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley, lo estarán por su naturaleza en caso de que no puedan ser poseídas por algún individuo exclusivamente, tal es el caso de el aire, la luz etc., y por disposición de la ley, las que ésta particularmente declare irreductibles a propiedad particular, como lo es el

patrimonio de familia, el ejido, y todos aquellos la ley y la doctrina los denomina como "inalienables".

El mismo Código en diverso artículo establece que: las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento (1826 Código Civil D.F.)

No obstante lo anterior, hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos anteriores y que no pueden ser transmitidos al fiduciario, por encontrarse afectos a algún gravamen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario conservan dicho gravamen y además, se requiere el consentimiento expreso del tercero a favor de quien se encuentren afectos tales bienes o derechos.

El artículo 351 de la LGTOC, ordena que los bienes o derechos (objeto del fideicomiso) transmitidos al fiduciario, se consideran afectos al fin al que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al

mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el Fideicomitente, los que para el deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes por el Fideicomisario o por terceros con anterioridad a la constitución del fideicomiso

3.2.3. "ELEMENTOS FORMALES".

Los artículos 352, 353 y 354 de la LGTOC, establecen los requisitos formales que deberá contemplar todo contrato de fideicomiso.

El artículo 352 establece que: "el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

Por su parte el ilustre doctrinista Dávalos Mejía, hablando al respecto establece que "no sólo deben cumplirse con las formalidades que establece el derecho

común sobre transmisión de derechos y propiedad, sino también respeto de las formalidades taxativas de orden público que se pudieran violar de manera directa" y menciona ya el multicitado caso de posible violación a la Ley de Inversión Extranjera.⁴⁰

Villagordoa, entre otros considera que una transmisión de valores al portador con fines de garantía o de otra índole, es suficiente que conste en contrato privado con la intervención del Fideicomitenete, fiduciario o Fideicomisario.⁴¹

Sin embargo, en el caso de que los bienes objeto del fideicomiso sean bienes inmuebles, que se transmitan a la Institución Fiduciaria para el debido cumplimiento del fin establecido en el contrato de fideicomiso, será necesario si su valor es superior a los quinientos pesos, otorgarse en escritura pública, la cual deberá registrarse en el Registro Público de la Propiedad, del lugar en que los bienes estén ubicados, para efecto de

⁴⁰ Op. Cit p 449

⁴¹ Villagordoa Op. Cit. p. 190

que el fideicomiso surta efectos contra tercero, precisamente desde la fecha de su inscripción.

En el caso de que el objeto del fideicomiso esté constituido por bienes muebles, se deberán seguir los lineamientos establecidos en el artículo 354 de la LGTOC., el cual dispone textualmente: "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos:

* Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal.- desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

* Si se tratare de un título nominativo.- desde que éste se endose a la Institución Fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor.

* Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la Institución Fiduciaria.

En lo tocante al fideicomiso testamentario, éste deberá otorgarse con las formalidades que le sean características, según se trate de testamento ordinario o especial., y por lo tocante a la aceptación del fiduciario en estos tipos de fideicomisos, se estima que debe constar en instrumento público, ya sea ante notario o ante la autoridad judicial que conozca de la sucesión del Fideicomitenete.⁴²

⁴²IBIDEM

CAPITULO CUARTO

Constitucionalidad del Procedimiento de Ejecución del Fideicomiso de Garantía

Las vicisitudes por las que ha pasado la Ejecución del Fideicomiso de Garantía, constituye uno de los capítulos más dignos de análisis en la corta historia del fideicomiso mexicano en general; pero como punto de partida, para especular sobre este tipo de fideicomiso, según la clasificación apuntada en el capítulo anterior, es necesario por razones de método, tratar de ubicarnos en el contexto genérico de la figura en estudio.

4.1. GENERALIDADES.-

Es de mencionar que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la que se contiene la regulación sustantiva sobre el fideicomiso, es omisa en hacer mención específica al Fideicomiso de garantía y consecuentemente no lo define, y si pese a lo anterior se agrega que la jurisprudencia ha omitido hacer una determinación, y que la doctrina misma se ha manifestado

más elusiva que precisa, da por resultado que, en algunas ocasiones, resulte difícil trazar con precisión la línea de separación entre los llamados fideicomisos de garantía propiamente dichos y aquellos que no lo son.

Derivado de lo anterior, nos aventuramos a proporcionar una definición que a criterio personal, contenga todos los elementos de la figura en cuestión y de esta forma se concluye que el Fideicomiso de Garantía, es aquel contrato que con carácter irrevocable constituye un deudor, como Fideicomitenete, para garantizar un adeudo a su cargo, de manera que si no hace pago oportuno del mismo, al Fideicomisario acreedor, el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicometidos y con el producto de ésta, le haga pago a aquel de dicho adeudo o bien, revierta los bienes al Fideicomitenete (constituido como Fideicomisario en segundo lugar), si éste da cumplimiento oportuno a la obligación garantizada.

Es de mencionar que el hecho de que el Fideicomitenete adquiera la categoría de Fideicomisario en segundo lugar, obedece a razones prácticas

consistente en evitar caer en el supuesto normativo de enajenación que para efectos fiscales establece el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, y por tanto no originar por consiguiente el Impuesto sobre la renta, ni el ISAI o Municipal sobre transmisiones patrimoniales.

En síntesis y para decirlo de una manera más clara, este tipo de fideicomiso es aquel que sustituye en sus efectos de garantía, a la prenda o a la hipoteca, pero con múltiples ventajas sobre éstos, lo cual hace más conveniente su utilización.

Los Fideicomisos de garantía, por su propia naturaleza, son contratos accesorios porque siempre se ligan al contrato principal que los motiva, de tal forma que siguen la misma suerte que el negocio principal, ya que una vez que se cumple dicho negocio el fideicomiso concluye y como consecuencia de dicha extinción, el fiduciario retransmite al Fideicomitenete deudor los bienes o derechos fideicometidos, una vez que el acreedor Fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente.

El licenciado Rodolfo Batiza establece que : "No debemos considerar a estos fideicomisos como contratos reales, en vista de que en ningún caso generan un derecho real a favor del Fideicomisario acreedor, quien tiene el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del Fideicomitenete deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicometidos para que de su producto se le haga pago de su crédito."⁴³

En obvio de repeticiones es de mencionar que el Contrato de Fideicomiso en garantía, se constituye con el procedimiento y formalidades ya dadas a conocer en anteriores capítulos, y que sus elementos son los ya bastante mencionados, por consiguiente a continuación sólo se darán a conocer algunos aspectos que presentan alguna particularidad o bien nos ayuden a proporcionarnos una visión más completa del contrato.

Como el fin principal en estos fideicomisos es el de garantizar una obligación principal, el Fideicomitenete puede reservarse el uso y goce de los

⁴³ Villagordoa Lozano, Op Cit p. 200

bienes fideicometidos, pero en este caso, se pacta en el contrato, que el Fideicomitenete acepta y asume la calidad de depositario del inmueble que transmite en fideicomiso, mientras se encuentra vigente el contrato, obligándose a conservar y guardar el inmueble sin derecho a retribución ninguna y a no transmitir su uso o disfrute sin el previo consentimiento del fiduciario, así como a entregar el deposito y la posesión al mismo fiduciario, previo simple requerimiento que éste le haga, sin más formalidades que sea por escrito.

De igual forma, el Fideicomitenete por virtud del contrato queda obligado al saneamiento para el caso de evicción en los términos de ley, (Se entenderá que hay evicción, cuando el fiduciario fuere privado del inmueble transmitido en fideicomiso, por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior) facultando al fiduciario para obligarlo en dichos términos ante la o las personas ha quienes se les transmita el bien.

La escritura pública mediante la cual se constituye el contrato de fideicomiso de garantía deberá

inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, los efectos de esta inscripción son meramente declarativos y a manera de poder tener una clara idea de la inscripción misma a continuación se ilustra a manera ejemplificativa:

DIRECCIÓN DEL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD

Oficina primera. Guadalajara, Jalisco. El presente documento fué presentado para su registro a las ---- horas del día--- de ----- de 199-, y quedo registrado a favor de BANCO FIDUCIARIO S.A., el cual se transmite en fideicomiso en los términos del documento incorporado, con número de orden ----- a las ----- horas del día --- de ----- de 199--, mediante su incorporación bajo el documento número --- folios del -- al -- del libro número ----- de la sección primera de la oficina primera. Los derechos por el registro fueron pagados bajo referencia de ingresos número ----- por la cantidad de N\$-----.

El director del Registro Público de la propiedad
(nombre, firma y sello).

Debidamente constituido el fideicomiso y registrado el contrato, de conformidad con la definición sugerida es susceptible de darse dos supuestos:

A) El debido cumplimiento por parte del Fideicomitenete a sus obligaciones de dar, hacer, o no hacer, contraídas previamente con el Fideicomisario (acreedor), y

B) El incumplimiento del Fideicomitenete a sus obligaciones, lo cual, da origen a la llamada ejecución por parte de la institución Fiduciaria.

4.2. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL FIDEICOMITENTE

4.2.1. CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL FIDEICOMITENTE

En el caso de que el Fideicomitente (deudor) haya cumplido satisfactoriamente con las obligaciones previamente contraídas con el Fideicomisario (acreedor), cualquiera de las partes lo debe notificar a la institución Fiduciaria, para que ésta a su vez de conformidad con la naturaleza misma del contrato revierta la propiedad del inmueble, pudiendo llevarse a cabo tal reversión en el primer testimonio de la escritura pública en la que se formalizó el contrato de fideicomiso de conformidad con los lineamientos establecidos en los artículos 357 y 358 de la LGTOP, relativos a la extinción del fideicomiso, mediante una anotación en los términos siguientes:

Por haber recibido instrucciones del Fideicomisario y en atención a lo previsto por el artículo 358 trescientos cincuenta y ocho de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Banco

Fiduciario S.A., extingue totalmente el contrato de fideicomiso y revierte al Fideicomitenete Sr.-----, el inmueble que transmitió en fideicomiso, mismo que se detalla en los antecedentes de propiedad de esta escritura pública número-----, otorgada el día-----, que se tiene aquí reproducido para los efectos legales, poniendo esta nota para que se haga al margen de la matriz la anotación correspondiente y para la inscripción de la misma en el Registro Público de la Propiedad.

(Fecha y firma de el Delegado Fiduciario correspondiente).

Por su parte el Notario Público correspondiente realiza una anotación similar a la siguiente:

Habiéndome cerciorado debidamente de la autenticidad de la firma que calza la nota que antecede, así como de la personalidad y facultades del suscriptor, siendo las ----- horas, procedo a anotar al pie del presente y al margen de la matriz de la escritura a que el mismo se refiere, la extinción del fideicomiso en ella formalizada, así como la devolución al Fideicomitenete,

Señor-----, la propiedad del inmueble fideicometido con estas características, dando los avisos de ley de los que se agregan un ejemplar al libro de documentos del tomo --- del protocolo con los números----
--- doy fe.

(fecha, firma y sello)

4.2.2. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE EL FIDEICOMITENTE

Para el caso de incumplimiento del deudor Fideicomitenete de la obligación garantizada, en los contratos de Fideicomiso se prevé generalmente, como procedimiento a seguir para la ejecución forzosa, que el Fideicomisario acreedor haga del conocimiento del fiduciario tal circunstancia y por su parte el fiduciario lo haga saber de forma fehaciente al Fideicomitenete, requiriéndolo para que en el plazo previsto proceda a acreditar que cumplió con la obligación garantizada, o bien la cumpla, si es que no lo ha hecho y en caso contrario se proceda a la venta del bien fideicometido mediante el procedimiento convencional previsto al efecto en el propio contrato, que generalmente se hace consistir

en remate en pública subasta o bien en venta por medio de corredor público y con el producto, hecha deducción de los gastos originados, impuestos causados y honorarios devengados por la institución Fiduciaria, se pague al acreedor hasta donde alcance la suma obtenida y en caso de que existiere algún remanente le sea entregado al Fideicomitenete deudor.

El procedimiento utilizado para realizar la venta de los bienes, ha venido modificándose paulatinamente debido a que se ha expresado la opinión aislada de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales, es por ello que a continuación se hace una breve reseña cronológica de la forma en que la ejecución del contrato ha sido regulada en nuestra legislación:

Al promulgarse en 1932, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, actualmente en vigor, que regula en uno de sus capítulos las operaciones de fideicomiso, era legalmente factible que los fideicomisos

podieran constituirse a favor de la misma institución que actuaba como Fiduciaria, es decir, podían coincidir en la Institución las calidades de Fiduciaria y fideicomisaria, circunstancia que origino que los primeros fideicomisos que se constituyeran en México, fueran precisamente para garantizar los créditos otorgados por los departamentos crediticios de las propias instituciones que actuaban como Fiduciarias.

Dicha posibilidad permaneció vigente muy poco tiempo puesto que al siguiente año, considerando que esa práctica ocasionaba abusos, fué adicionado el artículo 348 LGTOC, el cual en su parte final establece : "...Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario"

El fideicomiso en garantía trae consigo una infinidad de ventajas, dada la fluidez de su mecanismo de ejecución establecido en el procedimiento convencional que para tal efecto fijan las partes, sin que se requiera la intervención ni autorización judicial, en virtud de que el fiduciario obra, no por su propia determinación, sino en cumplimiento a las instrucciones dadas por el

Fideicomitenete deudor al celebrar el contrato, las cuales son dictadas por su libre voluntad y en libre y legitimo ejercicio de los derechos de propiedad sobre el bien fideicometido.

Derivado de la amplia difusión que alcanzo su uso, se empezó a considerar que la ejecución era un acto inconstitucional que violentaba la garantía de audiencia, influida por esta idea, la Comisión Nacional Bancaria giro en 1971 la circular número 597, en la que se disponía que para ejecutar los fideicomisos de garantía se observara el procedimiento establecido en las fracciones III y IV del Artículo 141 de la entonces vigente Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares, dicho procedimiento estaba concebido para la venta de los bienes hipotecados en garantía de créditos de habilitación, avío o refaccionarios, sobre los cuales gravita un derecho real, en los que se establecía la venta al martillo de los bienes; Mismo procedimiento que al utilizarse para los fideicomisos, daba por resultado que aunque la venta se llevaba a cabo por la Institución Fiduciaria, la escritura correspondiente para efectuar la adjudicación

debía ser suscrita por el juez, como sí se estuviera en el caso de un propietario que hubiese incurrido en rebeldía, situación de suyo incongruente, en virtud de que en el fideicomiso la titularidad del bien la tiene el Fiduciario y es sólo a él que le compete efectuar la transmisión.

La anterior medida quedó suspendida al poco tiempo de su emisión, ya que estaba fuera de toda lógica y técnica jurídica.

Sin embargo, las críticas a la Ejecución Fiduciaria seguían surgiendo y acabaron por influir en los redactores de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y sin ninguna razón que lo justificara decidieron fincar la obligación a cargo de las instituciones fiduciarias de tener que pedir autorización al juez para poder ejecutar los fideicomisos de garantía y para tal efecto insertaron en dicho ordenamiento el artículo 64 el cual a la letra dice:

"En los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicara

el procedimiento establecido por el artículo 341 LGTOC, a petición del fiduciario para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, o sus modificaciones.”

Por su parte el artículo 341 de la LGTOC establece por su parte:

“El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada.

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

Si el deudor no se opone a la venta en los términos dichos, el juez mandará que se efectúe el precio de cotización en bolsa, o, a falta de ésta, al precio del mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en la plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor

el juez podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.

El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ella al acreedor.

El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.

Tal disposición traía consigo una serie de efectos negativos que vinieron a obstaculizar el uso adecuado de la figura, y a reducir el mercado del servicio fiduciario, en virtud de que no obstante el procedimiento para obtener la autorización fuere sumarisimo, en la práctica se vio que al cumplir con ese requisito, provocaba dilaciones y entorpecimientos en la ejecución, lo cual desvirtuaba la naturaleza misma de la figura.

Como ya se mencionó, las razones esgrimidas para justificar tal disposición, giraron en torno a la afirmación de que la facultad que las instituciones

fiduciarias tenían para ejecutar los fideicomisos de garantía sin un juicio previo, era violatorio de la garantía constitucional de audiencia, puesto que privaba al Fideicomitenete de sus derechos de propiedad. El diccionario de la lengua Española, registra el término "privar" con la acepción de : Despojar a uno de la cosa que poseía", por su parte el Diccionario de Legislación y jurisprudencia de Escriche dice: Que despojo es el acto violento o clandestino, por el cual, uno es privado de una cosa, mueble o raíz que poseía, o del ejercicio de un derecho que gozaba. circunstancia que es totalmente errónea puesto que como ya se ha mencionado en el capítulo relativo a la naturaleza jurídica del contrato, El Fideicomitenete en el mismo momento en que fideicomite el bien , se priva de sus derechos de propiedad, y por lo tanto ya no se requiere de ninguna orden para desincorporar el bien de su patrimonio, por lo que llegado el caso de venta, no existe afectación a su patrimonio, es decir, no hay un cambio externo, en virtud de encontrarse esos bienes en manos de la Institución Fiduciaria, la cual contrae con el y con el Fideicomisario la obligación de cumplir con la encomienda que se le confiere.

En estos casos la obligación de la Fiduciaria se limita a:

1. En caso de que el deudor pague, revertirá el patrimonio fideicometido al Fideicomitenete.

2. En caso de que el deudor incumpla con la obligación contraída con el acreedor, el fiduciario realizara el bien fideicometido y liquidara al acreedor el importe de su crédito. (es importante mencionar que en este supuesto, la Fiduciaria no resuelve controversia alguna, por tanto no desempeña ninguna función jurisdiccional, si no sólo se limita a comprobar una situación de hecho consistente en la falta de pago).

A grandes rasgos, esa es la obligación Fiduciaria y por tanto, si ésta actúa conforme a la voluntad que las partes expresaron al momento de la constitución del fideicomiso, estaremos ante un caso de "cumplimiento de una obligación contraída"

Conforme a tal aseveración, se plantea una observación eminentemente apriorística, consistente en dilucidar si estaremos entonces frente a UNA EJECUCIÓN o lisa y llanamente un CUMPLIMIENTO.

Capitant, Henri establece en el Diccionario de Vocabulario Jurídico, El significado del término EJECUCIÓN.-

- a) El cumplimiento de una sentencia
- b) Acto que tienen por objeto forzar al deudor de una obligación, o a la parte condenada en juicio, a cumplir las disposiciones que contiene ese acto o sentencia.⁴⁴

Por su parte el Lic. Jorge Antonio Cepeda establece que: hay cumplimiento cuando el precepto se satisface por la voluntad misma del obligado, y que hay ejecución cuando la sanción se realiza sin o contra la voluntad del obligado.⁴⁵

Cuando se satisface la obligación, concretada en un acto jurídico aunque derivada de la norma general, estamos frente al típico caso de cumplimiento, pero cuando no se cumple la obligación, es necesario buscar el acercamiento judicial de la responsabilidad.

⁴⁴ CAPITANT, HENRI, Vocabulario Jurídico, Editorial Palma, Buenos Aires, 1986

⁴⁵ JORGE ANTONIO CEPEDA, Memoria Cuarto Seminario sobre servicios fiduciarios, organizado por el Comité de Fiduciarios del Centro Bancario de Monterrey, P 76

Reitera el mencionado autor, que es indispensable que la ejecución provenga de autoridad, de otro modo chocaríamos de frente con un derecho fundamental del hombre consignado en nuestro artículo 16 Constitucional.

Derivado de lo anterior concluye que "El fideicomiso no puede considerarse como título ejecutorio en modo alguno, puesto que no proviene de Juez. No es ejecutante porque no se origina en un órgano de la administración pública. Y no ha de estimarse tampoco ejecutivo, porque, dado el sistema de su funcionamiento, ya que la Fiduciaria puede realizar actualmente la venta sin necesidad de acudir al juez para obtener el auto de exequendo."⁴⁶

Derivado de lo anterior es de concluirse que si el llamado mandamiento de ejecución no provienen de un órgano de autoridad o mejor, si no hay tal mandamiento de ejecución, la decisión de venta no está ni tienen porque estar fundada en título que satisfaga los requisitos del artículo 16 constitucional.

⁴⁶IBIDEM

En este mismo sentido se inclina el Lic. Manuel Ulloa Ortiz , quien expresa que: "El procedimiento convencional que se pacta en un fideicomiso, no debe sujetarse a las formalidades establecidas en las leyes procesales, porque tiene naturaleza, estructura y finalidades diferentes a las cuestiones que necesariamente deben conocer los tribunales"⁴⁷

Por otra parte, quienes han sostenido la tesis de la violación constitucional, nunca han precisado cual es la autoridad que incurre en ella, puesto que cuando menos en México no puede hablar de violación a una garantía constitucional si no hay una autoridad responsable de la misma⁴⁸

No podían serlo las Instituciones de Fiduciarias atendiendo al Concepto mismo de AUTORIDAD RESPONSABLE, establecido por la Suprema corte de Justicia en Jurisprudencia firme, que al rubro expresa lo siguiente:

⁴⁷ MANUEL ULLOA ORTIZ, El Fideicomiso en México, Memoria de convenciones anuales del centro bancario de Monterrey A.C; p82, Editorial Peach-Editor, México 1976

⁴⁸ JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, Introducción al Amparo Mexicano, Textos Tieso, p122

"AUTORIDADES. QUIENES LO SON. El término autoridades para efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen"⁴⁹

En tal virtud como el fiduciario no es autoridad, ya que no dispone de los anteriores requisitos caso ante el cual estaremos en presencia de un acto entre particulares y que como tal no puede ser violatorio de garantías.

Ahora bien, aun suponiendo sin conceder que de conformidad con el art. 11 de la Ley de Amparo que dispone: "Es autoridad Responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta, o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado", quisieré atribuírsele el carácter de autoridad responsable al órgano legislativo, cabría entonces preguntarse, cual es la disposición de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que

⁴⁹OP. ULT CIT. p 135

podría ser considerado como acto Inconstitucional, ya que las disposiciones tocante al Fideicomiso, no hacen sino reconocer en todo momento el derecho que tiene una persona de disponer libremente de sus bienes, lo cual a todas luces, no puede ser violatorio del orden constitucional.

Derivado sin duda de los fundamentos esgrimidos con anterioridad, en el año de Enero de 1990, quedo sin efectos el mencionado artículo 64 de la ley Reglamentario del Servicio de la Banca y Crédito Público, consagrándose un nuevo texto, que al ser sustituida la citada ley Reglamentaria en Junio del mismo año, por la actual Ley de Instituciones de Crédito, paso integramente a formar parte del nuevo ordenamiento en su artículo 83 que a la letra dispone:

" A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicara el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos

del art. 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

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

No obstante de que la nueva disposición mejoró en bastante las anteriores, es considerada en ella una falla de origen, ya que parecen contradictorios entre si los párrafos que la componen, en virtud de que si nos atendemos al primero de ellos parece no haber lugar a duda de que solamente habrá que aplicar el procedimiento previsto en el artículo 341 (Procedimiento concebido para la venta de bienes o títulos dados en prenda) cuando las partes no hubiesen estipulado en el clausulado del contrato, el procedimiento de ejecución a seguir, omisión que a decir de la gente especializada en el tema, sería excepcional que ocurriese en la práctica.

Sin embargo, el segundo párrafo parece indicar que aun cuando se hubiese previsto el procedimiento

convencional, habría que recurrir al juez, en caso contrario nos preguntamos, ¿Qué sería lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, a lo que el juez podría mandar que se diera cumplimiento?, verificándose plenamente el procedimiento convenido.

Ante tal problema, la opinión más atendible consiste en considerar que si en el acto constitutivo del fideicomiso se estipulo un procedimiento convencional y éste no estipula autorización judicial, ni juicio previo, esto no será requerido, en virtud de encontrarnos en presencia de un acto mercantil por disposición expresa del artículo 75-fr. XIV del código de Comercio y en tal virtud le es aplicable el numeral 1051 del mismo ordenamiento el cual dispone: "El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.....El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro".

El fundamento de la aplicabilidad del Código de Comercio, no las otorga la propia ley sustantiva regulatoria de nuestra figura la cual en su segundo artículo, establece que dicho ordenamiento será el supletorio de la Ley.

4.2.3. PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL

A continuación y de manera ejemplificativa, se señalara los pasos que generalmente se consignan en un procedimiento convencional de cumplimiento del Fideicomiso de Garantía.

A) Notificación y Oposición:

1. El Fideicomisario deberá notificar por escrito al fiduciario el incumplimiento del Fideicomitenete a las obligaciones garantizadas o en su defecto, cuando se esté en el caso de darse por vencidas de manera anticipada, junto con la solicitud de que se inicie el procedimiento de ejecución.

2. De la petición del Fideicomisario el fiduciario correrá traslado inmediato a el

Fideicomitenete para que éste, dentro del plazo de cinco días naturales contados a partir del día en que reciba el traslado, pueda oponerse a la ejecución exclusivamente en el caso de que exhiba en el domicilio del Fideicomisario el importe del adeudo a su cargo, o el documento justificativo de pago.

3. Si no existe oposición por parte del Fideicomitenete, el fiduciario sin su responsabilidad y por instrucciones irrevocables dadas por el Fideicomitenete en el acto constitutivo del fideicomiso, procederá a la enajenación de el patrimonio en fideicomiso mediante el procedimiento extrajudicial expresamente pactado, una vez que el Fideicomisario en primer lugar lo provea de los fondos necesarios para cubrir los gastos correspondientes.

B) Venta de los Bienes Fideicometidos:

Usualmente se pacta que la venta se lleve a cabo en los términos siguientes:

1. La Institución Fiduciaria solicitará a una institución de crédito autorizada que practique el avalúo correspondiente, el cual servirá de base para la venta.

2. Ordenará de igual forma, la publicación de la convocatoria para la venta en subasta pública, en dos periódico: uno de circulación en el domicilio del fiduciario y en otro de circulación en el lugar en que se encuentren situados los bienes.

En la convocatoria se hará mención de la fecha y lugar en la que habrá de celebrarse la subasta, el precio base de venta y que la venta resulta de la ejecución de las garantías del Fideicomiso, dicha convocatoria deberá publicarse quince días hábiles antes de la fecha en que deberá celebrarse la subasta.

3. Asimismo, en la convocatoria se incluirá como requisito, que deberán cumplir los interesados, el deposito ante el fiduciario del 10% (diez por ciento) en efectivo, calculado sobre el precio que sirva de base para la celebración de la subasta, cinco días antes de su celebración. Sin este requisito, ninguna postura será considerada valida ni admitida al evento.

El Fideicomisario en primer lugar podrá participar, sin necesidad de cumplir el requisito relativo al depósito.

El Fiduciario fincara el remate en favor del postor que hubiere ofrecido la postura más alta. En igualdad de condiciones, el Fideicomisario en primer lugar será preferido a cualquier otro postor.

4. El postor a favor de quien se finque la venta, deberá pagar de contado el saldo del precio de el o los bienes vendidos, en el momento en que se formalice la transmisión de propiedad. En caso de que dicha transmisión no se llevare a cabo por causas imputables al postor cuando así fuere requerido por el fiduciario, éste perderá la cantidad depositada en favor del patrimonio del fideicomiso, debiendo convocarse a una nueva subasta en la que se tendrá como precio base el que correspondió a la última subasta celebrada.

5. En caso de que el fiduciario no pudiera llevar a cabo la venta en la primera subasta, convocará a una segunda subasta en los mismos términos que la primera, pero en la que se reducirá el precio base de venta en un 10% (diez por ciento). De no celebrarse la venta, se convocará a una tercera subasta en la que se reducirá un 10% (diez por ciento) adicional al precio base de venta y así sucesivamente, hasta que el precio base sea igual al 50% (cincuenta por ciento) del precio original, momento

en el cual el fiduciario transmitirá al Fideicomisario en primer lugar el o los bienes fideicometidos en el valor antes señalado.

6. El producto de la venta se aplicará de la siguiente manera hasta donde baste y alcance, sin necesidad de instrucciones previas ni resolución judicial al respecto:

- Al pago de Impuestos, derechos y demás contribuciones fiscales que se generen en el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso y por el procedimiento de ejecución.

- Al pago de los gastos y honorarios que se hubieren generado con motivo de la ejecución de las garantías y la venta de los bienes.

- Al pago de las comisiones del fiduciario pactadas en este instrumento, incluyendo las comisiones adicionales por mora y por la venta de bienes.

- Al pago de los intereses y del principal adeudado al Fideicomisario en primer lugar.

- Una vez realizados los pagos anteriores, el remanente se entregará al Fideicomitenete, sólo hasta que la posesión de los bienes se hubiere entregado al adquirente.

El Fiduciario procederá a la venta del o los bienes fideicometidos a través de notario o corredor público, con derecho a recibir el 6% calculado sobre el valor de la venta más el Impuesto al valor agregado.

4.3. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

Múltiples son las opiniones que la Suprema Corte de Justicia ha elaborado respecto al tema, la mayoría de ellas se presentan y aun más en la actualidad en un sentido, que es el consiste en afirmar la CONSTITUCIONALIDAD de el procedimiento convenido por las partes para la llamada ejecución del Fideicomiso de garantía. A continuación se transcribirán algunas de las más contundentes:

'FIDEICOMISO, VENTA DE LOS BIENES AFECTOS AL, NO CONTRAVIENE EL ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL. Tratándose de la venta por la institución Fiduciaria de los bienes afectos a un fideicomiso, es inexacto que se contravenga lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, ya que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares faculta y obliga incluso a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que le fueron transmitidos en propiedad Fiduciaria, sin intervención de la autoridad judicial, en virtud de que no se trata de bienes ajenos, dado que ellas son las titulares y están facultadas para disponer de ellos de

acuerdo con las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso, y por ello es improcedente que en la venta intervenga la autoridad judicial, cuando no se pacto ese requisito; ni debe estimarse que la Fiduciaria ejerce una función judicial, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es el titular, lo que de ninguna manera implica sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo la realización del acto emanado de la libre voluntad y determinación del Fideicomitenete al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito determinado, y de tal suerte que siendo ello así, es claro que la Fiduciaria no vulnera ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso, si obra conforme a los términos estipulados en el mismo"

Amparo directo 35551/79- Juan Calvillo Lozano. 18 de Abril de 1980, unanimidad de 4 votos, ponente: Raúl Lozano Ramírez.

FIDEICOMISO, INSTITUCIONES DE CRÉDITO, REMATE.-

Si en la Escritura constitutiva del fideicomiso no se estipulo que en la venta del inmueble fideicometido la subasta se hiciera en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, ante la 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 pacto que la parte Fideicomitenete aceptaba como precio de la venta la cantidad al efecto fijado; 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 impugno el contrato generador de los derechos y obligaciones sino únicamente los actos de ejecución derivados de aquel.

Las operaciones de Fideicomiso están regidas por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; y las instituciones que llevan a la práctica esas operaciones lo están por la Ley de Instituciones de Crédito; pero no por esto deben aplicar al fideicomiso las reglas que establece el artículo 141 de la última ley mencionada para el cobro de créditos hipotecarios, créditos de habilitación o avío que tengan como garantía inmuebles, pues el fideicomiso tiene diversa naturaleza. Debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del bien fideicometido 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 Administrativa y realizadora de inmuebles, S.A. ; 13 de noviembre de 1978, Mayoría de 3 votos.- Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

FIDEICOMISO, NO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA REALIZACIÓN DEL FIN EN EL.- Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si en razón de

su esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución Fiduciaria, que en nuestra legislación sólo puede ser una institución bancaria expresamente autorizada para ello, afectación que priva al Fideicomitenete de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicometidos, cuyo único titular es la Fiduciaria para llevar a cabo el fiel cumplimiento o del objeto lícito que se le encomendó.

Amparo directo 45/71, Crédito algodonero de México, S.A.- 16 de marzo de 1977, 5 votos Ponente: Gloria León Dorantes.

Después de que en párrafos anteriores se argumentó la Constitucionalidad del procedimiento convencional de ejecución, el cual fué reiterado por el criterio jurisprudencial, baste sólo decir, que en ciertas ocasiones si podría llegarse a encontrar inconstitucional el procedimiento convencional de ejecución, y nos referimos expresamente al procedimiento que implica de suyo un pacto comisorio.

Etimológicamente "pacto comisorio", se forma con los vocablos latinos "pacto" que significa estipulación, y "commissorio", que denota lo obligatorio o válido por determinado tiempo u ofrecido para cierto día.⁵⁰ Este pacto tiene en Derecho mexicano, tres diversas connotaciones: una genérica a todos los contratos bilaterales, y las otras específicas de ciertos tipos de contratos; así se tiene pacto comisorio:

- 1) Exclusivo de la compra venta
- 2) Exclusivo de la prenda e hipoteca (incluyendo por analogía al Fideicomiso de garantía)
- 3) Genérico a los contratos bilaterales.

El pacto comisorio es una cláusula que permite al acreedor (Fideicomisario en primer lugar) hacerse propietario de la cosa que lo garantiza en caso de no ser pagado. Este pacto se encuentra prohibido en la prenda y a nuestro juicio por analogía también en los demás derechos de garantía, en virtud de que la cosa que se da en garantía tiene frecuentemente un valor muy superior al importe del préstamo, de manera que el acreedor obtendría

⁵⁰ Diccionario de Derecho Privado, Editorial labor, p 2866

un enriquecimiento indebido si el deudor no pudiese pagarlo con puntualidad.

El Lic. William Cecil Headrick, establece que no obstante la prohibición del fideicomiso de garantía con efectos de pacto comisorio, es frecuente en la práctica, en virtud de que a los bancos les conviene porque no necesitan buscar a un comprador para la cosa fideicometida cuando el deudor cae en mora, sino que se limitan a titularla al Fideicomisario sin otras complicaciones.⁵¹

⁵¹CECIL HEADRICK, WILLIAM; Las garantías Reales muebles.- México 1964

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como se ha visto, desde los antecedentes más remotos, el contrato de fideicomiso surge con la finalidad de dar agilidad a los diferentes actos jurídicos que celebran las partes contratantes, facultando a un tercer para que los lleve a cabo, sujetándolo estrictamente al patrimonio fideicometido.

SEGUNDA.- Con el pasar del tiempo no fué suficiente la agilidad que se le pudiera dar a los actos que fuesen celebrados con el patrimonio fideicometido, sino que se buscó dar una mayor seguridad a los contratantes, por lo que fueron limitándose las facultades del fiduciario a tal grado que en la actualidad en nuestro país esa responsabilidad únicamente puede recaer en una institución de crédito, previa aceptación del cargo conferido, debiendo además facultar expresamente a las personas que fungen como delegados fiduciarios.

TERCERA.- Es evidente que el fideicomiso no es solamente una expresión unilateral de la voluntad, toda vez que invariablemente deben de concurrir a su celebración cuando menos el Fideicomitenete y el fiduciario, expresando ambos su voluntad de celebrar dicho contrato.

CUARTA.- El contrato en comento, es a todas luces un acto jurídico lícito, aun considerando que se trata de un acto que se encuentra muy lejos de estar debidamente regulado, ya que como ha quedado claro la legislación vigente no sólo se limita a contemplarlo sino que expresamente prohíbe la celebración de determinados fideicomisos.

QUINTA.- Toda vez que el contrato de fideicomiso rompe con el concepto tradicional de propiedad, considero que esto ocurre en ocasiones en perjuicio de terceros ya que es conocido que en innumerables casos el Fideicomitenete aporta sus bienes al patrimonio del fideicomiso con la intención de eludir obligaciones futuras, contando en todo momento con la posibilidad de

dar por terminado el contrato, revirtiendo la propiedad de los bienes que forman el patrimonio.

SEXTA.- Si bien es cierto como requisito fundamental de los contratantes se encuentra la capacidad de las partes, este tipo de contratos pueden contemplar que los frutos o rendimientos que produzca el patrimonio fideicometido sean destinados o utilizados en favor de incapaces los cuales figurarían en su caso como fideicomisarios, siendo el responsable de su distribución y aplicación el fiduciario, situación que da seguridad a las partes ya que no recae sobre una personal física dicha responsabilidad.

SEPTIMA.- Este tipo de contratos otorgan la posibilidad de no designar desde su celebración quien o quienes serán los beneficiarios del mismo, pudiéndose designar con posterioridad ya sea por el Fideicomitenete o por el Comité Técnico que sea designando

OCTAVA.- El destino del fideicomiso puede ser dirigido por un Comité Técnico, situación que en su caso da seguridad a las partes ya que por un lado los

integrantes de éste son designados directamente por los fideicomitentes y por otro la Fiduciaria se limita a seguir sus instrucciones, liberándose así de incurrir en responsabilidad en lo que se refiere al manejo del patrimonio fideicometido

NOVENA.- En este tipo de fideicomisos el Fideicomitenete no puede adquirir los bienes que conforman el patrimonio fideicometido por comprándolos nuevamente en ejecución del fideicomiso, ya que ésto resultaría en perjuicio de acreedores, en su caso debe de liquidar la obligación que dio origen al contrato de respectivo y una vez hecho lo anterior la Fiduciaria revertirá la propiedad de los bienes afectados en su favor, volviendo a el estado en que se encontraba antes de la celebración del fideicomiso.

DECIMA.- Este tipo de contratos han dado lugar a que bajo su amparo se lleven a cabo prácticas de "usura", ya que es un instrumento idóneo para garantizar con un mínimo de riesgo el capital e interés devengados, dando además agilidad al procedimiento de adjudicación en favor

del acreedor al pactarse de antemano el procedimiento de remate en ejecución de los fines del fideicomiso.

DECIMA PRIMERA.- La constitucionalidad del contrato de fideicomiso como tal no se encuentra en tela de juicio, pero si es cuestionable el que de antemano se pacten los procedimientos de ejecución, ya que en su caso se viola la garantía de seguridad jurídica ya que aun incumpliendo en sus obligaciones el Fideicomitenete, los bienes afectados en fideicomiso pueden ser sacados a remate sin que la parte perdidos sea oída y vencida en juicio.

DECIMA SEGUNDA.- Es importante considerar que se legisle acerca del procedimiento de ejecución dentro del los fideicomisos, esto no significa que estemos en desacuerdo con dichos procedimientos, pero tomando en cuenta que los procedimientos judiciales son de orden público es importante que sea contemplado por la legislación vigente, al respecto consideramos que el procedimiento de ejecución es adecuado y expedito, por lo que se puede tomar como base un contrato tipo, de tal suerte que el procedimiento ya no quedaría al arbitrio de

las partes, daría mayor seguridad jurídica a los contratantes y en todos los casos se estarían siguiendo las disposiciones de orden público.

DECIMA TERCERA.- Legislar estableciendo un término perentorio para que el fiduciario acepte el cargo conferido, bajo la condición de que en caso de no aceptar en tiempo la Institución de Crédito, el contrato se tendrá por no celebrado, evitando así seguir cayendo en el supuesto de que se celebran contratos de fideicomiso sin designar al fiduciario. Aceptando el encargo a petición del Fideicomisario hasta que eminende la falta de cumplimiento de las obligaciones del deudor.

BIBLIOGRAFIA

1. Acosta Romero, Miguel, Derecho Bancario, Editorial Porrúa, México, 1978.
2. Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, 3a. Edición, Editorial Jus, México, 1991.
3. Cepeda, Jorge Antonio, Cuarto Seminario Sobre Servicios Fiduciarios, Centro Bancario de Monterrey.
4. Dávalos Mejía, Carlos, Títulos y Contratos de Crédito. Quiebras, Editorial Harla, México, 1986.
5. Dávalos Mejía, Carlos, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, 2a. Edición, Editorial Harla, México, 1992, Tomo II.
6. Domínguez Martínez, El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, 1a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1972.
7. D'ors, Alvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, Publicaciones del Estudio General de Navarra XXIII, Pamplona, 1960.
8. Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1977.
9. Gudiño Pelayo, José de Jesús, Introducción al Amparo Mexicano, Textos Iteso, México, 1993.

10. Fernández, Octavio, Derecho Bancario Mexicano, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956, Tomo II.
11. Molina Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario, Editorial Jus, México, 1946.
12. Pallares, Eduardo, Derecho Procesal Civil, 13 edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
13. Petit, Eugene, Derecho Romano, 4a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
14. Pierre Lepaulle, Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Editorial Porrúa, México, 1975.
15. Pina Medina, Jorge, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Banco Mexicano Somex, México, 1982.
16. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, 20 edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
17. Rodríguez Ruiz, Raúl, El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria, Ediciones Contables y Administrativas, México, 1981.
18. Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México, 1991.
19. Téllez Ulloa, Jurisprudencia Mexicana.

20. Villagordoa Lozano, José M., Doctrina General del Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, México, 1976.

21. Legislación Bancaria, Trigésimo séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

22. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Trigésima séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

23. Código de Comercio, cuadragésima edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

24. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1995.