

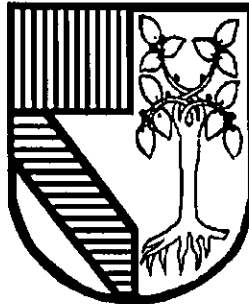
308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA 78

FACULTAD DE DERECHO

Jes.

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA EN EL
FIDEICOMISO MEXICANO

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ESPERANZA VIESCA URQUIAGA

DIRECTOR DE LA TESIS

LIC. GUILLERMO DIAZ DE RIVERA ALVAREZ

CIUDAD DE MEXICO

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

264176



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



MULTI IMPRESOS

"NAJERA"

Tesis y Encuadernaciones

PORTAL DE STO. DOMINGO 12-1A CENTRO HISTORICO
C. P. 06010 MEXICO, D. F.

☎ 512-05-33

510-03-01

Gracias por darnos la oportunidad de servirle
llegue directo no pague comisión

A DIOS
Mi principio y fin.

A MIS PADRES
Gracias por su amor, ejemplo y
por estar siempre conmigo.

A MIS HERMANOS
Andrés y Marisol.
Carmen y Carlos.
Con mucho cariño.

A MIS SOBRINOS
Andrés, Montse, Regina,
Ceci y Mary Carmen.
Ustedes son el futuro y la alegría.

A LA MEMORIA DE MIS ABUELOS.
Especialmente mi abuelo Andrés, por
su gran ejemplo.

A TODA MI FAMILIA
Gracias por su apoyo. Muy en
especial al recuerdo de los que ya no están
y a mi Tía Cris.

A MIS AMIGOS
Gracias por todo lo que hemos compartido
y por lo que aún nos falta por vivir.

A MIS MAESTROS
A LAS RELIGIOSAS DEL ASUNCIÓN
A LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Este trabajo también es parte
de su esfuerzo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I

<u>ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO.....</u>	1
---	---

A) ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.....	1
1.- La fiducia.....	2
2.- Los fideicomisos testamentarios.....	7
B) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMÁNICO.....	11
C) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLÉS.....	13
1.- El "use".....	14
2.- El "trust".....	19
D) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO.....	27
1.- Proyecto Limantour.....	28
2.- Proyecto Creel.....	30
3.- Proyecto Vera Estañol de 1926.....	32
4.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.....	32
5.- Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926.....	34
6.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.....	35
7.- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.....	37
8.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1933.....	39
9.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 de mayo de 1941.....	40
10.- Proyecto de Reformas al Capítulo V, Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.....	41
11.- El Fideicomiso en el Proyecto del Código de Comercio.....	42
12.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 y 1985.....	44
13.- El Fideicomiso en nuestra legislación actual.....	44

CAPÍTULO II

<u>NATURALEZA JURÍDICA, CONCEPTO Y ACEPCIONES DEL FIDEICOMISO</u>	
---	--

A) PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.....	48
1.- Teoría del Mandato.....	49

2.- Diferencia con otras figuras.....	53
3.- Teoría del Patrimonio de Afectación.....	57
4.- Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad originario.....	63
5.- Teoría de la titularidad del fiduciario.....	67
a) Teoría de Joaquín Rodríguez y Rodríguez.....	67
b) Teoría de Carlos Yarza Ochoa.....	70
c) Teoría de Jorge Serrano Trasviña.....	72
d) Teoría de Mariano Navarro Matorell.....	75
6.- Teoría de Ramón Sánchez Medal.....	77
B) CONCEPTO DEL FIDEICOMISO.....	81
1.- Doble aspecto del fideicomiso. Naturaleza del acto que lo constituye y quién el titular del derecho de propiedad.....	81
2.- Tesis Jurisprudenciales y precedentes judiciales sobre la naturaleza del fideicomiso	
Reformas al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.....	98
3.- Régimen Fiscal del Fideicomiso.....	115
a) La enajenación de bienes a través del fideicomiso.....	119
b) Caso del Fideicomiso de Garantía.....	125
4.- Situación patrimonial de las Instituciones de Crédito.....	126
C) EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO MERCANTIL Y BANCARIO.....	129
1.- Marco Legal.....	135
D) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	136
1.- Concepto de Negocio Jurídico.....	136
2.- Negocio Fiduciario y Negocio Abstracto.....	139
3.- Negocio Fiduciario y Negocio Indirecto.....	141
4.- Negocio Fiduciario y Negocio Aparente.....	141
5.- Negocio Fiduciario y Negocio en Fraude a la Ley.....	142
6.- Negocio Fiduciario y Negocio Simulado.....	143
7.- Características del Negocio Fiduciario.....	144
8.- El Fideicomiso como una especie de Negocio Fiduciario.....	144
9.- Aplicación del Negocio.....	147
a) Operación de Garantía.....	147
b) Operación de Administración.....	149
c) Emisión de Certificados de Participación.....	149

CAPÍTULO III

ELEMENTOS Y CLASES DE FIDEICOMISO

A) ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.....	151
1.- Fideicomitente.....	151

a) Derechos y Obligaciones del Fideicomitente	152
b) Personas que pueden serlo.....	154
2.- Fiduciaria.....	155
a) Derechos y Obligaciones del Fiduciario.....	155
b) Personas que pueden serlo.....	160
3.- Fideicomisario.....	163
a) Derechos y Obligaciones del Fideicomisario.....	163
b) Personas que pueden serlo.....	169
4.- El Comité Técnico.....	171
B) ELEMENTOS REALES DEL FIDEICOMISO.....	174
1.- Objeto.....	174
2.- Fines del Fideicomiso.....	176
C) ELEMENTOS FORMALES DEL FIDEICOMISO.....	177
D) TÉRMINO DEL FIDEICOMISO.....	180
E) CLASES DE FIDEICOMISO.....	182
1.- Clasificación en función de las personas que intervienen.....	183
2.- Clasificación en función de la materia.....	184
3.- Clasificación en función de sus fines.....	185
a) Fideicomisos traslativos o de propiedad.....	185
b) Fideicomisos de garantía.....	186
c) Fideicomisos de administración.....	186
4.- Clasificación en función de su forma	189
a) Fideicomisos contractuales.....	190
b) Fideicomisos testamentarios.....	190
5.- Fideicomisos celebrados por disposición de la ley.....	191
6.- Otras clasificaciones.....	193

CAPÍTULO IV

LOS CONTRATOS DE GARANTÍA Y SU EJECUCIÓN.

A) RESEÑA HISTÓRICA DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.....	195
C) LOS CONTRATOS DE GARANTÍA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	197
1.- Fianza.....	201
2.- Prenda.....	202
a) Clasificación.....	205
b) Elementos de existencia.....	205
c) Elementos de validez.....	206
d) Elementos personales.....	206
e) Elementos formales.....	206
f) Elementos reales.....	206

g) Efectos.....	207
h) Extinción del contrato de prenda.....	210
i) Ejecución de la garantía prendaria.....	210
3.- Caución Bursátil.....	234
4.- Hipoteca.....	241

CAPÍTULO V

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU EJECUCIÓN.

A) CONCEPTO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	243
1.- Naturaleza Jurídica.....	245
2.- Clasificación.....	246
3.- Elementos personales.....	248
a) Fideicomitente.....	249
b) Fideicomisario.....	250
c) Fiduciario.....	250
4.- Elementos formales.....	250
5.- Elementos reales.....	252
B) PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.....	253
1.- Controversias al respecto de la ejecución extrajudicial.....	256
a) Opiniones que atacan la constitucionalidad de la Ejecución.....	256
b) Opiniones a favor de la constitucionalidad de la ejecución.....	258
2.-Utilidad y ventajas del fideicomiso de garantía.....	278
3.- Prevención de problemas procesales en la constitución de fideicomisos.....	281
CONCLUSIONES.....	289
BIBLIOGRAFÍA.....	296

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo principal hacer un análisis sobre la conveniencia práctica y sobre la discutida inconstitucionalidad de la ejecución de la garantía que puede presentarse en la figura del fideicomiso mexicano.

El objetivo principal de la presente tesis es estudiar las diversas posturas a favor y en contra de que la ejecución de las garantías viola o no las garantías constitucionales de seguridad jurídica o se trata simplemente de una consecuencia derivada del incumplimiento de una obligación ya pactada entre las partes. Para poder lograr esto, se necesitan tomar en cuenta desde luego los aspectos jurídicos y prácticos que rodean al asunto y que a veces no siempre coinciden con la realidad presentándose la problemática de aplicabilidad de las leyes. Justamente esto es lo que hace interesante el tema de esta investigación, que si bien nos gustaría hacerla exhaustiva, apenas logra dar una visión muy general de la dinámica que presenta esta figura jurídica.

Debemos tomar en cuenta que la finalidad del derecho es servir al hombre y a la comunidad, dando las reglas necesarias para regular la convivencia humana en sus múltiples facetas y actividades, motivo por el cual debe ser práctico y simplificar los conflictos que se susciten con motivo de las relaciones humanas.

El penetrar en este asunto, es una problemática con la que nos enfrentamos a diario los abogados, y es una de las razones por las que elegí desarrollar este tema. Ante el incumplimiento de los contratos (cuya norma suprema es la voluntad de las partes), se debe acudir a los tribunales para

II

resguardar garantías de legalidad y de seguridad jurídica, enfrentando los problemas de lentitud y rezago en el que se encuentra el Poder Judicial, cuando muchas veces por la naturaleza de los mismos contratos (como es el caso de los de garantía) las consecuencias del incumplimiento caen por su propio peso.

Así pues, para llegar a las conclusiones pertinentes, es necesario hacer un breve pero lo suficientemente cuidadoso estudio de lo que es el fideicomiso, su evolución histórica, sus elementos, partes, diferencias con otras figuras, funcionamiento, forma, clases etc. para entender por qué existe en nuestra legislación, su importancia, poder aproximarnos a saber cuál es su naturaleza jurídica, (la cual ha sido un tema de revuelo en la doctrina) especialmente en lo que se refiere a los fideicomisos de garantía y la finalidad que se persigue con estos.

Considero que es un tema actual y de interés, pese a que abunda la doctrina sobre el fideicomiso. Las nuevas reformas, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996, nuestra legislación en general y nuestra jurisprudencia nos ayudan a esclarecer mucho mejor nuestra postura acerca de la naturaleza del fideicomiso, figura tan compleja y dinámica que se puede adecuar para realizar casi cualquier acto jurídico como sea posible.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

Primero que nada, debemos analizar de donde proviene la figura del Fideicomiso y su evolución para poder comprender posteriormente sus alcances en nuestro derecho vigente.

De este modo es importante mencionar el concepto de Negocio Fiduciario que iremos desarrollando de modo más profundo en su oportunidad. Así bien, definimos a este como el género que comprende las distintas especies de *Fideicommissum*, *Pactum Fiduciae cum amico* y *cum creditore*; substitutiones fideicomisarias, vinculaciones patrimoniales, etcétera que derivan de una relación de confianza o de *fides* entre las partes.

A) ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.

Principalmente, en Roma existieron dos figuras que podríamos considerar como antecedentes del fideicomiso actual, sin embargo, algunos autores como Guillermo F Magadanti ¹, Jesús Cruz Bedolla ² señalan que realmente, nuestro fideicomiso es una transformación del *trust* anglosajón que estudiaremos más adelante. Sin embargo nosotros consideramos importante mencionarlas ya que de cualquier modo el derecho romano, no deja de tener cierta influencia en el

¹ Almazán Alanís, Pablo Roberto. "Antecedentes del Fideicomiso" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S.A, Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982. p 1- 2.

² Bedolla Cruz, Jesús. *Fideicomiso*. Tesis para obtener el Título de Contador Público, IPN, México, 1955. p16.

desarrollo de los sistemas jurídicos actuales. Estas figuras son: la fuducia y los fideicomisos testamentarios.

1. La Fiducia:

La Fiducia la cual aparece en actos "*inter-vivos*" también denominada *Pactum Fiduciae* se puede definir como la *mancipatio* hecha con la obligación del *accipiens* de remancipar.³ De este modo, la Fiducia romana consistió en una *Mancipatio*, o forma solemne de transmitir la propiedad, o una *in iure cessio*, acompañada de un *pactum fiduciae*, mediante el cual, el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba frente al *tradens*, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.

Algunos autores consideran que la Fiducia es un contrato real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa objeto del contrato tal y como lo son el mutuo o el comodato. Incluso, se le ha considerado como una especie de prenda, cuando se utilizaba para garantizar alguna operación, o como comodato cuando se deseaba conceder el uso o goce temporal del bien en beneficio de quien lo recibía.⁴

Alvaro D'Ors,⁵ señala, que la *fiducia* es un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante

³ Villagordola Lozano, Manuel. *Breve estudio sobre el fideicomiso*. México, UNAM, Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. México, 1965. p11

⁴ Claret y Martí, Pompeyo. *De la Fiducia y el Trust* (Estudio de derecho Comparado). Bosch Barcelona 1946. p 8.

⁵ D'Ors, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. EUNSA, 7a. Ed. Pamplona, 1991, p 518-520.

o a otra persona designada por éste. Para exigir tal restitución, el enajenante dispone de una acción civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe: la *actio fiduciae* (acción contractual). En un principio la *fiducia* presenta analogía con la *datio* que da lugar a una *condictio* recuperatoria. En virtud de esta acción, el negocio tiene efectos aunque no se haya producido una *datio*.

Aunque en el formulario de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* figurase la mención de la *fiducia* como *causa* del acto, esta mención no era suficiente para tipificar el acto, pues de esta causa tan solo se derivaba una obligación de restituir, sin determinar cómo ni en qué momento. Para esta determinación era necesario convenir un pacto que da contenido al derecho del fiduciario y gracias al cual se puede decir si la *fiducia* se ha contraído con fin de garantía (*cum creditore*) o con fin de depósito, comodato o mandato (*cum amico*).

Existe discusión si se dieron otras formas no solemnes para transmitir la propiedad como la *Traditio* para acompañar al *Pactum Fiduciae*, ya que carecían de fuerza suficiente para enajenar con ánimo abstracto cualquier clase de bienes.

La *Fiducia* es un contrato formado por un elemento intencional (acuerdo de voluntades) y uno material (la cosa objeto de ese contrato). De esta manera, en la *Fiducia* el que recibe la propiedad de una cosa queda civilmente obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas,⁶ así, el deudor, transmitía al acreedor la propiedad de la cosa, superando el *ius un re* de la prenda en hipoteca; se practicaba con las solemnidades del Derecho Civil (*mancipatio e in iure cessio*), sin embargo, este contrato cayó en desuso.

⁶ Idem.

Aunque mencionamos que es un contrato real, la "*Lex Silla*" admite posteriormente la *condictio*, cuyo cumplimiento era necesario en la transmisión para que el transmitente pudiera exigir la posterior restitución, modalidad de carácter abstracto que permitía repetir contra toda cosa que se hallare en patrimonio ajeno sin causa justificativa. La Fiducia suponía este acuerdo de restituir la cosa al transmitente o a la persona designada por este, al concluir el hecho o realizarse la condición, o realizar alguna obligación de hacer, apoyándose en la *fide* o fe del adquirente, y la readquisición mediante la posesión del transmitente (antiguo y nuevo dueño de la cosa), Esto se denominó *Usureceptio ex fiducia*.⁷

Se habla en el Derecho Romano de dos clases de Fiducia: La Fiducia *cum creditore*, y la Fiducia *cum amico*. Esta última o "Fiducia entre amigos" se utilizó para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, y consistía en transmitir a una persona de confianza, la propiedad de algunas cosas a fin de salvarlas de algún peligro, o para que no fueran enajenadas por algún motivo. De esta manera, el deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor cuando hubiere pagado su crédito. En el caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla. Así, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aún cuando su valor rebasara el monto de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor, a diferencia de la prenda.

⁷ Viesca Treviño, Andrés. *El Fideicomiso Bancario en el Derecho Mexicano*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Central de Madrid. 1952.p.11.

La *Fiducia cum amico*, se empleaba para que la persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su provecho; realizados estos fines, quien había recibido los bienes transmitidos como consecuencia del *Pactum Fiduciae*, los retransmitía al *tradens*. De este modo, ésta se identifica con el comodato en cuanto a que ambos son préstamos gratuitos de uso. Al caer en desuso las formas solemnes y tradiciones de transmitir la propiedad (*mancipatio e in iure cessio*) la *Fiducia* se sustituyó por otros contratos reales como la prenda, la hipoteca y el comodato.⁸

La *Fiducia cum creditore*, por el contrario de la anterior, se daba en interés del fiduciario adquirente, pues con la transmisión de la propiedad se garantizaba el pago del crédito concedido a su deudor, y por lo mismo fue llamada "egoísta". Se dice que este tipo de *Fiducia* tuvo sus orígenes similares a los de la hipoteca, pues la retransmisión estaba sujeta a una condición resolutoria (pago del adeudo). De esta manera, el fiduciario puede hipotecar los derechos adquiridos mientras los tenga en posesión, terminando con la retransmisión de su derecho de propiedad y cesando con la hipoteca que lo haya gravado. Así la *Fiducia* no concedía al fiduciante transmitente (fideicomitente) una acción en estricto sentido, ya que no eran derechos reales los que tenía contra el adquirente, sino simplemente una acción personal para exigir del fiduciario el cumplimiento del *Pactum Fiduciae*. Este era el elemento obligacional que restringía los efectos del elemento material (transmisión de la propiedad). Sin embargo, el deudor fiduciante quedaba expuesto a los abusos del fiduciario, ya que no tenía acción para perseguir la cosa contra terceros adquirente, y sólo podía reclamar daños y perjuicios.⁹

⁸ Claret y Martí. Op.cit. supra nota 4. p 10.

⁹ Viesca. Op.cit. supra nota 7.p. 11 y 12.

Esto es lo que ocasionó un mal uso de esta institución en la Edad Media e impidiera su recepción en el derecho continental moderno y por tanto en el mexicano, en tanto el *trust* anglosajón que estudiaremos posteriormente, con una innegable conexidad en el derecho romano, se convirtió en un instrumento jurídico, porque de él se hizo un buen uso.¹⁰

Consideramos importante mencionar aquí que este no es un negocio simulado, ya que las voluntades de las partes intervienen y se producen todos los efectos jurídicos para lograr el propósito económico de transmitir la propiedad y de garantizar las deudas contraídas.¹¹

Para hacer valer sus derechos, el Fideicomisario fue provisto de la acción de petición fideicomisaria de la herencia de la que se ocupa el título VI, del libro V del Digesto, con la cual se obtiene lo mismo que con la acción civil de petición de herencia.¹²

En México tuvo cabida esta clase de Fiducia, en la "Venta con pacto de retroventa" regulada en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871 y 1884 respectivamente, misma que fue eliminada en el Código Civil vigente. La Fiducia *cum amico*, no se tomó por nuestra legislación ya que fue de algún modo sustituida por las figuras del depósito y del mandato.¹³

¹⁰ De la Peza, José Luis. "El Fideicomiso en México". Banco de Bilbao *El Fideicomiso en México y su viabilidad en España*. Jornadas de estudio organizadas por el banco de Bilbao y el Banco Nacional de México. Banco de Bilbao y Banamex, Madrid, 1979, p. 49-50.

¹¹ Viesca. Op.cit. supra nota 7, p.12.

¹² De la Peza. Op. Cit. Supra nota 10, p.50.

¹³ Viesca. Op.cit. supra nota 7, p.13.

2.- Los Fideicomisos Testamentarios:

Alvaro D'Ors,¹⁴ nos señala que el *fideicommissum* es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que entonces lo cumpla dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero llamado fideicomisario. Este tipo de encargos no siguen el estricto régimen legal de los *legata*; de hecho esta institución surgió para gratificar a extranjeros que carecían de la *testamenti factio*, manumitir esclavos, y soslayar las limitaciones de las leyes en cuanto a dejar liberalidades a ciudades y *personae incertae*, lo cual fue limitándose. Estos encargos no requerían forma especial y se podían hacer no sólo en un testamento, sino en cualquier tipo de codicilo, de palabra y hasta con un gesto. Consecuentemente se podía revocar de cualquier forma.

Estos encargos se encomendaban a la buena voluntad del fiduciario y se podían reforzar mediante estipulaciones penales. Augusto encargó la jurisdicción a los cónsules cuando fuera evidente el fraude del fiduciario.

Claudio creó pretores fideicomisarios, practicándose los fideicomisos pero sin desplazar a los legados.

Por la falta de formas fijas, la prueba del fideicomiso solía ser difícil, recurriéndose al juramento del fiduciario a solicitud del fideicomisario.

Los términos fiduciario y fideicomisario aparecen con frecuencia en el Digesto y en las Instituciones de Justiniano y en las de Gayo. Por su origen

¹⁴ D'Ors, Op.cit. supra nota 5, p 378-383.

consuetudinario, los fideicomisos fueron de una gran amplitud, ya que se establecían sobre la totalidad de la herencia o sobre bienes determinados, aún sobre derechos con efectos a partir de determinado tiempo o hasta un tiempo determinado pudiéndose establecer toda clase de condiciones y substitutiones de fideicomisarios teniendo como límite la voluntad del testador. Así el fideicomiso podía establecerse con menos formalidades o con ninguna quedando como único límite de su eficacia la posibilidad de su prueba.

El fideicomiso testamentario o *Fideicommissum mortis causa*, fue muy usual entre los romanos y se utilizó hasta la Edad Media, así en las partidas de Alfonso X (partida 6, título 5, Ley 14) se reconoce la validez del fideicomiso testamentario siempre que no vaya en contra de alguna ley.¹⁵ Se empleaba cuando un testador quería favorecer a una persona con quien no tenía la *testamenti factio*, por lo que se le rogaba al heredero que fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular (legado) o parte del acervo hereditario. Para lograr esto, el testador utilizaba los términos *rogo. fideicomitto*. Al heredero gravado se le llamó fiduciario y a quienes debía transmitir los bienes, fideicomisario.¹⁶

El cumplimiento del Fideicomiso, quedaba a la buena fe del heredero fiduciario, que no siempre este cumplía con lo encomendado por el testador al momento de su muerte, por lo que el Emperador Augusto hizo ejecutar estos contratos por medio de los Cónsules y posteriormente por el *Praetor*

¹⁵ De la Peza. Op.cit. supra nota 10, p.53.

¹⁶ En la época de Adriano, los peregrinos y las personas incertae, incapaces de recibir herencias y legados, fueron incapaces también para recibir fideicomisos. De este modo, el fideicomiso operaba con limitaciones y no era un instrumento flexible para el tráfico jurídico; siendo utilizado en sus orígenes para burlar a la ley y para evitar problemas de transmisión hereditaria. Almazán. Op.cit. supra nota 1, p 3.

Fideicommissarius.¹⁷ Posteriormente durante el Imperio de Nerón se les concedió a los herederos fideicomisarios las situaciones de *loco heredis* y *loco heredatarii*, respectivamente, para que se les transmitieran las acciones hereditarias a título de útiles, y al heredero fiduciario, el derecho de retener la cuarta parte de los bienes fideicomitados. Con Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en vez de un derecho de crédito o subjetivo pudiendo ejercer la *rei vindicatio* sobre los bienes materia del fideicomiso, aún contra terceros de buena fe, que ejercitaba dicho heredero fideicomisario el día en que la restitución debía tener lugar en su beneficio.

Este Fideicomiso podía ser puro y simple, si el heredero fiduciario recibía lisa y llanamente los bienes con encargo de transmitirlos a un tercero; o bien condicional cuando la transmisión quedaba supeditada a la realización de un acontecimiento futuro de realización incierta; o bien gradual constituyendo al primer heredero fiduciario vitalicio, con la obligación de constituir a su muerte heredero a la persona que el fiduciante (fideicomisario) determinaba, y éste a su vez, al morir nombraba nuevo heredero con carácter fiduciario siendo esto el origen de las "Substituciones Fideicomisarias" que pasaron a los ordenamientos jurídicos que tienen su base en el Derecho Romano.

Tales substituciones fueron prohibidas por el Código de Napoleón ya que loconcentraban muchas riquezas en pocas manos puesto que tenían la finalidad económica de conservar la riqueza y el patrimonio familiar ya que la voluntad del de *cuius* se extendía indefinidamente a varias generaciones formándose los

¹⁷ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3, p 13.

llamados "Mayorazgos", figura que no puede ser considerada como antecedente del fideicomiso.¹⁸

El Fideicomiso Testamentario tiene como elementos característicos:¹⁹

1.- La Transmisión real en favor del Fiduciario de la propiedad de los bienes sin que fuera un administrador, depositario o mandatario.

2.- El carácter obligacional, sujeto al fin de la propiedad, pues no era en provecho del fiduciario sino en interés del beneficiario instituido o del mismo fiduciante en el *Fideicomissium Inter-vivos* o Fiducia. Claret lo denomina "afectación" a este carácter obligatorio de la propiedad fiduciaria.²⁰ Se dice que la misión del fiduciario es de índole gratuita, sin embargo, se llegan a establecer retribuciones al mismo.

3.- Carácter de temporalidad de la propiedad fiduciaria, pues vencido el término o cumplida la condición, se operaba la restitución debiendo el fiduciario rendir cuentas de su gestión, aunque en las sustituciones por causa de muerte no se llegaba a cumplir este requisito.

El negocio fiduciario fue según las diferentes épocas consensual o real, considerando si constaba o no documento por escrito, y en muchas ocasiones fue empleado para evadir el rigor de las leyes, (fraude a la ley) como se consideró en el caso de los mayorazgos.

¹⁸ El mayorazgo se inicia en España, y consiste en que un noble lo constituía sobre un conjunto de bienes, de los cuales únicamente podía ser titular el primogénito sin poder disponer de ellos, y con la obligación de conservarlos íntegros y dejarlos a su primogénito y así sucesivamente para perpetuarlos en favor de la familia y con la prohibición de enajenarlos. El mayorazgo fue admitido en las "Leyes del Toro" y en la "Novísima Recopilación". Almazán. Op.cit. supra nota 1, p 6.

¹⁹ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 18.

²⁰ Claret y Martí. Op.cit. supra nota 4, p.14-15.

Para concluir, Viesca cita a Grasseti ²¹ quien define al negocio fiduciario como:

"...Manifestación de voluntad (o un contrato, si es un acto inter-vivos) por la cual se atribuye a otros (fiduciarios) una titularidad de derechos a su propio nombre, pero en interés de un tercero (beneficiario) o del propio transferente (en el *Pactum Fiduciae*)...La atribución del derecho al que lo recibe es plena, pero este asume un vínculo obligatorio (causa del negocio) en orden al destino o al empleo del patrimonio fideicomitado..."

B) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMÁNICO.

Es importante conocer la evolución histórica del Fideicomiso en este sistema jurídico, debido a que de este modo es como pasa a la Edad Media, y evoluciona por toda Europa hasta llegar a nuestra Legislación. Es interesante destacar como se aceptaba y se conocía por ejemplo en el Derecho Germánico el Fideicomiso *Mortis Causa* y que nuestro derecho no lo utiliza por inadecuado y peligroso.

En el Derecho Germánico, la Fiducia cumplía con el mismo fin que en Roma, y se basaba igualmente en la confianza. Sin embargo, el poder jurídico del fiduciario fue reglamentado y limitado no solo por la base obligatoria, sino por la misma Ley. El poder del fiduciario se consideraba resolutoriamente condicionado al uso predeterminado, por lo que todo acto contrario al fin, era ineficaz y se producía la reivindicación de la cosa por el fiduciante.²²

²¹ Viesca. Op.cit. supra nota 7, p 20.

²² Idem, p 22.

En el Derecho Germánico existen propiamente tres instituciones antecedentes del Fideicomiso moderno ya que son antecedentes remotos del *trust*:

- La prenda inmobiliaria.
- El *Manusfidelis*.
- El *Salmann o Treuhand*.

En la primera, el deudor transmitía a un acreedor, para garantizar su deuda, el uso de un bien inmueble mediante la entrega de una carta o *venditionis*, y al mismo tiempo se obligaba al acreedor con una *contracta* la restitución del primer documento y del inmueble, en caso de que el deudor cumpliera con su obligación. Esta figura se asemeja a la Fiducia *cum creditore*, a diferencia de que en la prenda inmobiliaria, sólo se extiende a garantías sobre bienes inmuebles, además de que existe un requisito formal (entrega de la *carta venditionis* y de la *contracta*).

Al *Manusfidelis* se le vincula con la cuestión sucesoria, ya que se utilizaba para contravenir las limitaciones o prohibiciones establecidas en las disposiciones a favor de los herederos legítimos.

Si alguien deseaba realizar una donación *inter-vivos* o *post obtium*, transmitía el objeto de la donación al fiduciario o *Manusfidelis*, mediante una carta *venditionis*. De inmediato el *manusfidelis*, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante, un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada para que la disfrutara en vida.

Generalmente al *manusfidelis* se le escogía entre los miembros del Clero para tener cierta certeza de que el *manusfidelis* no dispusiera de los bienes "fideicomitidos" en su propio provecho.

El *Salmann* o fiduciario (intermediario que realiza la transmisión de un bien inmueble del propietario original al adquirente definitivo). No hay que confundirlo con el *manusfidelis*. El *salmann* en el antiguo Derecho Germánico, se distingue del *salmann* del nuevo, en que el antiguo, esta persona recibe sus facultades del enajenante, y se obliga frente a él solemnemente, para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos. En el derecho moderno el *salmann*, generalmente es fiduciario del adquirente y no del enajenante.²³

El fiduciario, (*Salmann* o *Treuhander* que significa administrador de bienes ajenos), estaba sujeto a un sistema de publicidad que garantizaba a terceros que éste no hiciera actos dolosos, enajenando los bienes fideicomitidos como propios. El Fideicomiso en el Derecho Germano se puede entender como la transmisión de un derecho para lograr un fin económico que no exige tal transmisión. Aunque se considera al negocio fiduciario como un derecho real limitado, el derecho real de adquisición del fiduciario, da al propietario la expectativa de confirmar su derecho en pleno y absoluto, con la realización de la condición o vencimiento del término.²⁴

C) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLÉS.

Si bien el sistema Anglosajón es diferente del sistema Romano-germánico, que es del que deriva más directamente nuestro sistema jurídico, no se puede negar la importancia y la influencia del *Common Law*, en cierto tipo de negocios

²³ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3, p 16.

²⁴ Viesca. Op.cit. supra nota 7, p 23.

como el Fiduciario ya que de hecho, de la figura del *trust* se toman las bases para la regularización de nuestro actual fideicomiso.

Nuestro trabajo, no pretende hacer un estudio exhaustivo de este sistema jurídico, sino simplemente mencionar en que consisten las figuras del *use* y el *trust* y por qué se consideran antecedentes del fideicomiso, para poder comprender en qué consiste este.

1.- El "Use".

Esta figura se formaba de una relación jurídica mediante la cual una persona (*Feoffee to use*) era revestida, según el *common law* de un poder jurídico cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona (*cestui que use*). De esta manera, si se quiere atribuir el goce de un inmueble a A, se realizaba un acto de *feoffment* que invistiera a B del derecho de propiedad del inmueble, pero *to use*, es decir, en beneficio de A. La llamada *livery of seisin* o verificación de la investidura era hecha a B, quien se consideraba *vested* o investido de la *legal estate* o facultad de acudir a un tribunal de derecho común, para defender la titularidad de los bienes transmitidos. A, tenía el goce efectivo del inmueble sin encontrarse constreñido al cumplimiento de las obligaciones inherentes a la propiedad transmitida.²⁵

Para el *Use*, no era sustancial que interviniera un tercero, ya que esta operación se realizaba cuando el *settlor* o *feoffor to use*, declaraba por sí, que empezaba a poseer determinado bien de su exclusiva propiedad en beneficio (*to use*) de otra persona. Era frecuente que el *settlor* transmitiera determinado bien al

²⁵ Messina Giuseppe. *Negozi Fiduciari, Scritti Guirdici*. Milano, 1948. Tomo I, p 106. Citado por Villagordoa. Op.cit. supra nota 3, p 17.

feoffee to use, ad opus suum, esto es, en su propio provecho, en este caso, el *feoffor to use* coincidía con el *cestui que use*.²⁶

De este modo, surge un doble concepto de dominio, propiedad o patrimonio, llamado *legal*, reconocido por el *common law*, que pasa del *settlor* o *feoffor to use* al *feoffee to use* o fiduciario, y el concepto beneficioso o equitativo (*beneficial* o *equitable*), impuesto como un deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho de equidad, que se constituye a favor de un tercero beneficiario o fideicomisario (*cestui que use*).

Se ha considerado por la doctrina al *Use* como una respuesta al injusto sistema feudal, utilizándose no solo para cuestiones sucesorias, estribando aquí la diferencia con el Fideicomiso Romano, con el mayorazgo y con las capellanías²⁷. De esta manera se habla de que el *Use* se utilizaba también para emancipar esclavos.²⁸

En sus orígenes, el *Use* fue una manera de transmitir la propiedad en favor del *feoffee to use* (fiduciario, o el que tiene el uso) que se obliga a usarlo en favor del creador del negocio o del tercero beneficiario por él designado, para quien fue creado el uso (*cestui que uses*). De esta manera el propietario de tierras, transfería estas a sus sirvientes como compensación (*enfeofes*) para el uso de otro, (*feoffor*).

²⁶ Idem.

²⁷ La capellanía era una especie de censo, desarrollado en la Edad Media en el derecho español, y era una carga real (gravamen) sobre un inmueble (fundo capellánico), para que de sus productos, se celebrara anualmente un determinado número de servicios religiosos. También podía establecerse una cantidad de dinero; y los intereses se destinaban a esos servicios. Almazán. Op.cit. supra nota 1, p 7.

²⁸ Almazán. Op.cit. supra nota 1, p 9.

Los *Uses* se creaban por convenio verbal; el *feoffee* aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al *cestui que use* tomar las utilidades, y se obligaba además a transferir la utilidad o el título de ella tal como se le instruyera. Así los propietarios lograban eludir cargas impuestas por el régimen feudal, consistentes en tener que donar parte de sus tierras o participarle de sus frutos al Señor feudal.²⁹

El problema que se presentó, es que muchas personas utilizaban el *use* para no pagar sus deudas en fraude de acreedores por lo que se consideró un negocio *in fraudem legis*. Es por este motivo, que el *use* se restringió durante el reinado de Eduardo III, (1042-1066), que declaró embargable el *use* otorgado en tales términos para poder hacer pago a los acreedores.

Durante el siglo XII, aunque estaba prohibido por el "Estatuto de manos muertas" el que la Iglesia poseyera tierras, debido a que implicaba un acaparamiento de la riqueza, sin embargo, ésta pudo obtener los beneficios de estas tierras, aunque no la propiedad, a través de las personas que utilizaban el *use*.

Durante la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores. Para evitar esto, los soldados transmitían sus bienes a una persona, quedando el cesionario en posesión de los mismos para uso del otorgante o de sus herederos; de esta manera ya no había bienes que confiscar, ya que el "cesionario" tenía la *legal ownership* de los mismos, además de ser ajeno al delito cometido. Pero en todo caso, el "cesionario" estaba obligado "por su honor" a permitir el uso y disfrute de los

²⁹ Idem, p 10.

bienes al "cedente" y a sus herederos, por tenerlos confiados a su buena fe (*in trust*).³⁰

La ley inglesa, prohibía disposiciones testamentarias de tierra, sin embargo, a veces el Señor feudal intervenía entre el "vendedor" y el "comprador" de tierras. El "vendedor" entregaba las tierras al señor para el uso del "comprador". Esto se hacía mediante la entrega de una vara que confería al Señor la posesión simbólica de las tierras, discutiéndose que en caso de que el Señor no entregara esa vara, significara de que se quedaba con las tierras.³¹

Esta institución llamada *Use* o *Confidence* (Uso, Confianza), era una especie de traspaso a favor de tercero, iniciándose un doble tipo de dominio pues se creó al amparo del "Derecho de Equidad", y supera al derecho romano en que esta rama del derecho concedía al beneficiario no solo la acción personal, sino también las reales.³²

Lo que comenzó como práctica usual, sentó las bases para lo que posteriormente se convirtió en un derecho, y el *use* cobró auge en la época de Enrique V. Sin embargo, al ser una práctica desconocida por el derecho escrito, el "cesionario" permitía el uso y disfrute de los bienes al beneficiario basándose en un principio moral (Justicia de Equidad) no contemplado por el *common law*, ni por los tribunales que lo aplicaban. Esta Justicia de Equidad, se administraba bajo ciertos principios que contrastaban con las estrictas reglas del derecho común. El término "equidad" significa espíritu de justicia. Quien aplicaba este tipo de Justicia de Equidad, eran los llamados "Cancilleres", que eran funcionarios dependientes

³⁰ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 18-19.

³¹ Almazán. Op.cit. supra nota 1. p 18.

³² Viesca. Op.cit. supra nota 7. p 32.

del Rey que administraban justicia fuera de la ley formal, y que fueron quienes legalizaron el *use* antiguo, antecesor del moderno *trust*. Durante esta época se desarrollan los Tribunales de Equidad (*Court of Chancery*) y la rama separada del derecho anglosajón llamada *Equity*, que trata de resolver los casos no previstos por el *common law*.³³

Desde entonces, el cumplimiento del *use* ya no quedaba exclusivamente a la buena fe del *feoffee to use*, pues en caso de incumplimiento, tanto el Canciller como los tribunales de derecho común, estaban facultados para ordenar se ejerciera alguna acción para que se cumpliera con la obligación por medio de los llamados *writ of injunction* y *writ of sub poena*.

Así pues, es como el *use* adquirió fuerza legal y se expidió en 1534, bajo el reinado de Enrique VIII (1491-1547) la "Ley sobre Usos", expresando las maldades provocadas por el *use* como los fraudes a los acreedores. Esta ley tenía la intención de prohibir el *use*, más que nada para poder confiscar los bienes de la Iglesia, eliminando la figura del *feoffes of uses* y dar al *cestui que uses* la propiedad legal. De esta manera, lo que en realidad sucedió fue que quien gozaba del *use* sería considerado como propietario de pleno derecho creándose un nuevo método de transmitir la propiedad, vigorizándose paradójicamente la práctica del *use*. Esta ley no se aplicó cuando:

- a) El *use* se refiriera a bienes muebles.
- b) Los usos implicaran una labor positiva y de administración que debía realizar el *feoffee to use*. A estos "usos activos" se les comenzó a llamar *trust*.
- c) Los usos constituidos sobre otro anterior ya que si bien la persona favorecida con el primer *use* era la propietaria legal, la beneficiada con el segundo seguía siendo, la dueña en equidad o titular de un derecho que resultaba a su favor por el segundo *use*.

³³ Almazán. Op.cit. supra nota 1. p 10-18.

Es de este modo como el *use* toma el nombre de *trust*, que se regula en Inglaterra desde 1850 y es así como se le llama a quien los Tribunales le han investido de propiedad legal del antiguo *use*.³⁴

2.- El "Trust"

El *Trust* se define como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual, la persona que los posee (*trustee*) está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*) como resultado de la voluntad expresa del *settlor* o la persona que crea el *trust*.³⁵

Villagordoa³⁶ señala que el beneficiario se obliga a depositar su confianza en el *trustee* o fiduciario en virtud de la relación entre las partes, ya que el fiduciario tiene control sobre los bienes e intereses del primero. El fiduciario está obligado a no delegar a otro su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al constituir el *trust*, tal y como sucede en los contratos *intuitu personae*.

También se define al *trust* diciendo que el *settlor* separa un conjunto de bienes (muebles, inmuebles, créditos, etc.) y los confía a otra persona (*trustee*) para que haga de ellos un uso prescrito en favor de un tercero (*cestui que trust*).³⁷

En el *trust*, el fideicomitente (*settlor, creator* o *trustor*) es el sujeto que crea el *trust* expreso. Una vez constituido el *trust* esta persona generalmente

³⁴ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 19-21.

³⁵ Serrano Trasviña, Jorge. *Aportación al fideicomiso*. México, 1950. p 88 y 89.

³⁶ Idem. p 23-25.

³⁷ Claret y Martí. Op.cit. supra nota 4. p 49.

desaparece a menos de que se reserve el derecho a revocar o modificar el acto. Puede reservarse el de dirigir al *trustee* en sus inversiones, y vigilar los actos que a su juicio lo precisen. Puede ser fideicomitente quien tenga capacidad para testar, contratar, y gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales.

El *trustee* es quien se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite, y se requiere la capacidad de goce y de ejercicio de los bienes y derechos materia del acto, para evitar perjuicios a los beneficiarios del *trust*.³⁸

El *settlor* y el *trustee* pueden ser la misma persona cuando ésta tenga la capacidad de transmitir la materia del *trust* a un tercero. En este caso no hay transmisión de bienes y derechos, sino solo la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del *settlor trustee*, al crearse el patrimonio propio del *trust*. No pueden coincidir el *trustee* y el beneficiario excepto cuando un grupo de personas sea designado *trustee* y beneficiario a la vez, ya que los derechos que corresponden a los mismos individuos en uno y otro carácter, son diferentes.

Si el *settlor* no designa *trustee*, esto no invalida al *trust*, ya que el tribunal suple esta deficiencia, lo mismo se contempla para el caso en que el *trustee* no acepte o no pueda ejercer el cargo, sin ninguna responsabilidad, aunque el rechazo o la aceptación no pueden ser parciales. Dicha aceptación o negativa, puede ser expresa o tácita, y una vez aceptado, tiene efectos retroactivos hasta la fecha de creación del *trust*. El *trustee*, consumada su aceptación, no puede rechazar el cargo, relevándose solo en caso de renuncia; presentada ante el tribunal competente, o en los términos que señale el acta constitutiva o con consentimiento de los beneficiarios siempre que todos tengan capacidad para

³⁸ Viesca. Op.cit. supra nota 7. p 34.

otorgarlo; o destitución hecha por el tribunal competente o por persona autorizada si se causa perjuicio al beneficiario.³⁹

El *trustee* está obligado a desarrollar las actividades (con toda su habilidad y esfuerzo) que cumplan con el fin del *trust* que tiene como límite la voluntad y licitud del *settlor*. Esto supone también facultades expresas (cuando se desprenden del acta constitutiva) o implícitas (cuando el fin encomendado así lo requiera) que permitan al *trustee* realizar el negocio. También estas facultades pueden ser discrecionales o taxativas, según se sometan al criterio del *trustee* (esto no se refiere a poder o no ejercerlas, sino en elegir los medios para llegar al mismo fin encomendado), o se le impongan condiciones. De este modo, debe:⁴⁰

- a) Proteger y defender el negocio contra ataques de un tercero, del beneficiario y aún del *settlor*, y procurar la consecución del mismo. Esto implica que si se ha de llevar a cabo un procedimiento judicial, agotar todas las instancias.
- b) Tomar posesión inmediata constituido el negocio de los bienes fideicomitidos, salvo disposición contraria en el acto constitutivo.
- c) Como regla general, registrar los bienes fideicomitidos desde que toma posesión del cargo, haciendo referencia a la existencia del *trust*.
- d) Cuidar de los bienes fideicomitidos:
 - Pagar impuestos, derechos o intereses.
 - Asegurar los inmuebles.
 - Si faltare dinero para cubrir los gastos de conservación, puede vender algunos bienes fideicomitidos, solicitar créditos ofreciendo éstos como garantía previa notificación a los beneficiarios.
- e) No se autoriza la fusión del patrimonio del *trust* con el del *trustee*, respondiendo este con sus bienes por el daño sufrido.
- f) En los casos de inversión, el *trustee* puede recurrir a un consejero técnico, sin liberarse de la obligación de obrar prudentemente y teniendo en cuenta primero que nada los intereses de los beneficiarios.

³⁹ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 24.

⁴⁰ Idem. p 25-26.

Algunos autores como Batiza ⁴¹ hablan de *trusts* privados y públicos: Para constituir uno de carácter privado, se necesita designar a una persona facultada para exigir en equidad la realización del *trust* en provecho propio. Es exigible mediante juicio promovido por el beneficiario o cualquiera de ellos. Dicho beneficiario, debe ser determinado sin lugar a dudas. En los Públicos, o de beneficencia, los *cestuis que trusts*, serán indeterminados individualmente, y formarán un grupo a quienes se les imparte un servicio social por lo que se les llama *charitable trusts*. Para exigir el cumplimiento, el juicio debe iniciarse por medio de un procurador general de los intereses comunes.

La capacidad para ser *cestui que trust* en un *trust* privado, se finca en las personas que tengan la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se fideicomite en su beneficio. Será nulo el *trust* que no tuviera *cestui* capaz de reclamar al *trustee* el cumplimiento de los fines para lo que fue creado.

El *settlor* puede constituirse así mismo en beneficiario único o en uno de los asignados para el *trust*; aunque en algunas entidades federativas de E.U, no se aceptan. En tal caso, los acreedores del *cestui* o *settlor* pueden asegurar sus créditos en los bienes fideicomitados, aunque el *settlor* no haya tenido intención de defraudar.⁴²

Claret y Martí ⁴³ señala dos categorías principales de *trusts* que a su vez se irán subdividiendo:

⁴¹ Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso, Teoría y Práctica*. 3a ed. Porrúa. México, 1976. p 64.

⁴² Serrano. *Op.cit.* supra nota 35. p 88-89.

⁴³ Claret y Martí. *Op.cit.* supra nota 4. p 55-56.

1. *Express trust*.-

Constituido por la voluntad expresa del *settlor*. Es condición *sine qua non* que el *trust* se declare formalizado y se defina claramente la disposición de los bienes o derechos que se destinen al negocio.

El *express trust* puede dividirse en:

a) *Executed trusts*.- El que después de haber sido declarado por el acto constitutivo, no exige, para producir todos sus efectos, ningún acto ulterior.

b) *Executori trusts*.- También llamado eventual, cuando existen instrucciones dadas con vistas a la transmisión del bien *upon trusts* y que el acta que las contiene no obra por sí misma la transmisión que ordena. Las instrucciones sólo sirven como minuta a perfeccionar en un establecimiento posterior.

El *express trust* también puede ser:

a) *Instrumental*.- El *trustee* debe seguir las instrucciones precisas.

b) *Discretionary*.- El *trustee* tiene poder de apreciación y facultades discrecionales.

Desde otro punto de vista el *express trust* puede ser como ya lo mencionamos:

a) *Private*.- El patrimonio se afecta a un interés privado.

b) *Public* o *charitable*.- Patrimonio afectado a un interés general.

2.- *Implied trust*.-

Deben su existencia a los tribunales de equidad y se dividen en:

a) *Resulting trusts*.- Son presuntivos, de que una persona al realizar ciertos actos, pretendió crear un *trust* expreso que no llegó a formalizarse.

b) *Constructive trusts*.- Los constituye el tribunal forzosamente, sin que medie, ni presuntivamente, la voluntad de persona alguna y tiene por objetivo evitar que un individuo se allegue injustamente riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero.⁴⁴

Batiza ⁴⁵ habla de otras clases de *trusts* como:

a) *Trust* voluntario y por ministerio de ley. Los últimos pueden confundirse con los implícitos en los cuales hay una intención presunta y que no deberían abarcar los *trusts* interpretativos y los resultantes.

⁴⁴ Batiza llama a este tipo de *trust* "por ministerio de ley"

⁴⁵ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 60-65.

b) *Trust* interpretativo y resultante. Es el que se exige a una persona, que ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes, obtiene alguna ventaja personal.

c) *Trust* simple y especial. El primero equivale al "uso pasivo" cuya abolición perseguía la "Ley de usos" abrogada por la "Ley sobre Régimen Jurídico de los bienes" de 1925 que no impide la constitución del *trust* simple de forma directa. En el especial, el *trustee* tiene la obligación de cobrar rentas y productos de los bienes y entregarlos al beneficiario; o puede contener instrucciones para enajenar los bienes y liquidar con su precio las deudas del *settlor*. Este tipo de *trust* se subdivide en:

- administrativo o instrumental.
- discrecional.

d) Lícito e ilícito. El *trust* no es válido legalmente ni exigible si ha sido creado en contravención a la ley o a los principios del orden jurídico.

Respecto a la constitución del *trust* expreso,⁴⁶ se necesita un acto de voluntad del *settlor* expresado claramente. En Inglaterra, hasta 1667, los *trusts* no requerían documento alguno para la transmisión de los bienes respectivos, tratándose de muebles o inmuebles. A partir de ese año, en virtud de la "Ley sobre fraudes" se introdujo la forma escrita.

Recordemos que en el *use* se necesitaba del requisito formal de la *consideration*, en la que no se podía constituir el acto si los beneficiarios no correspondían al acto del *settlor* con una contraprestación proporcionada a los bienes que aquel destinaba al negocio. Si no se obtenía la *consideration*, el interesado podía pedir la nulidad del *use*.

La "Ley sobre usos" autorizó la creación de un *trust* en favor de un pariente con una declaración bajo un sello, (lo que equivaldría en nuestro sistema al sello del Notario y su inscripción en el Registro Público de la Propiedad) sin mediar contraprestación o *consideration*, ya que con el parentesco se reflejaba la *good consideration* suficiente para que el pariente recibiera el *legal title* del bien

⁴⁶ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 29-31.

fideicomitido. Fuera de esta excepción, el *trust* requería de la contraprestación o *valuable consideration*.

Este mandamiento tuvo vigencia hasta 1811, cuando se estableció, que para el caso de que una persona se nombrara a sí misma *trustee* de un bien propio a favor de un tercero, la simple declaración del *settlor* bastaba para investir a aquel de un interés en equidad frente al mismo *settlor-trustee*. Actualmente, el *trust* constituido debidamente, no puede ser revocado ni declarado nulo por el hecho de que falte la *value consideration*.

El *trust* es válido, aunque el instrumento relativo no se encuentre en poder del *cestui*, ni se entregue al *trustee*, a menos de que el ordenamiento positivo exija un documento escrito para la transmisión del bien que se hace necesario cuando el *settlor* y el *trustee*, son dos personas distintas, y en este caso, no importa que el *trustee* no disponga del documento constitutivo del *trust*, si por otros medios el *settlor* evidencia la creación del negocio.

El negocio se frustrará cuando la transmisión de los bienes o derechos fideicomitados que pasan al *trustee*, no se haga de acuerdo con las formalidades exigidas por el ordenamiento vigente en la materia; formalidades que variarán de acuerdo con el carácter de los derechos que se fideicomitan en y con la voluntad que el *settlor* manifieste al crear el *trust*.

Jesús Cruz Bedolla⁴⁷ hace un resumen de las causas de extinción del *trust*:

a) Puede extinguirse por traslación del dominio legal hecho por el fiduciario

⁴⁷ Bedolla. Op.cit. supra nota 2. p 25-26.

a favor del fideicomisario, consolidándose el dominio legal y el beneficioso en una persona.

b) Por remisión de la obligación del fiduciario para con el fideicomisario otorgada por este último siendo capaz, o por los fideicomisarios, si son varios a favor del fiduciario, quien se convierte en propietario absoluto del patrimonio del fideicomiso.

c) Por la venta de los bienes objeto del negocio otorgada mancomunadamente por el fiduciario y el fideicomisario, si están capacitados legalmente.

d) Porque el fiduciario herede el título de dominio del fideicomisario o a la inversa.

e) Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho en la constitución del fideicomiso.

f) Por disposición expresa de la ley cuando los fines para los cuales se constituyó se hayan realizado o sean de imposible ejecución.

El problema está en, quién debe quedarse con los bienes cuando el fideicomiso se haya extinguido. Para esto hay varios criterios según la naturaleza de los bienes (muebles o inmuebles), los fines que se hayan perseguido y las causas de extinción. Así pues podemos decir que corresponden a:

- a) Fideicomisario.
- b) Fiduciario.
- c) A quien mancomunadamente haya traspasado el patrimonio.
- d) Fideicomisario o fiduciario.
- e) Fideicomitente o a sus herederos.
- f) Fideicomisario o a sus herederos, o al fideicomitente si este se reservó el derecho.

C) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO.

La finalidad de mencionar los antecedentes históricos del fideicomiso en México, es referirlos y destacar su importancia como antecedentes de la legislación vigente.

Se acostumbra citar como primer antecedente al *trust* constituido en Estados Unidos, para garantizar emisiones de las obligaciones o bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles de las compañías mexicanas.⁴⁸

No vamos a hablar de los Fideicomisos Públicos. En realidad el fideicomiso es un contrato (acuerdo de voluntades) desde nuestro punto de vista, pese a que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 1º, lo considera como un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio.

En realidad se opina inicialmente⁴⁹ que el fideicomiso o *trust deed* como se le denomina, fue otorgado en el extranjero y surtía efectos en México al amparo del Código Civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1819. Para muchos autores, se consideró como un contrato de préstamo, hipoteca o mandato.

Al ver como degeneró la fiducia romana en las sustituciones fideicomisarias, esta institución se suprimió en el artículo 896 del Código de Napoleón de 1804. En España se vetó por las leyes del 27 de septiembre de 1820, vigentes en la Nueva España y las del 30 de agosto de 1836 en las que se prohibían los mayorazgos y las vinculaciones sobre muebles o inmuebles. Lo mismo en Italia en el Código Civil, en otros países y México en sus respectivos Códigos Civiles derivados de las

⁴⁸ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 91.

⁴⁹ Alrnzán. Op.cit. supra nota 1. p 27.

fuentes ya citadas.⁵⁰ De esta manera, la institución del fideicomiso no figuró en México, hasta 1926, cuando aparece en la Ley de Instituciones de Crédito.

En México, sólo se encontraba el fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, es por esto que los legisladores importaron el *trust* anglosajón, aunque en forma restringida, en vista de que únicamente se transplantó a nuestro régimen jurídico el *trust* expreso.⁵¹

1.- Proyecto Limantour.

A partir del Siglo XX, en México, surge la necesidad de regular esta figura, tomando el sistema angloamericano, y el 21 de noviembre de 1905, José Y. Limantour, entonces Secretario de Hacienda, envió al Congreso de la Unión una iniciativa que faculta al Ejecutivo para expedir una ley por la que puedan constituirse en la República, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios" tal y como lo señalaba el proyecto de Jorge Vera Estaño! que estudiaremos más adelante.

En la Exposición de motivos de este proyecto,⁵² se señalaba que para quienes desempeñaban negocios comerciales, era necesario que se regularan organismos especiales llamados *trusts companies* o las "fideicomisarias"⁵³ cuya función es ejecutar actos y operaciones en las que obran como intermediarios sin

⁵⁰ Rabasa, Osacar. *El Derecho Angloamericano, estudio expositivo y comparado del Common Law*. FCE, 1944. p 441. Citado por Villagordoa, Op.cit. supra nota 3. p 31.

⁵¹ Villagordoa Lozano, José Manuel. "Estado actual de la doctrina y la jurisprudencia mexicana en materia de fideicomiso" en *Actualidad y futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Instit Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer. México. 1997. p 20.

⁵² Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 99-101.

⁵³ Es erróneo el término "fideicomisario" y no fiduciario, ya que el fideicomisario es conocido como el beneficiario.

interés jurídico, ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas.

La función es interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro de buena fe en condiciones eficaces y términos convenientes de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto, función que puede desempeñarse por un individuo particular, sin embargo, pasa respecto de ellos la función del crédito, que aún cuando pueda ser objeto de los actos de individuos particulares, desde el momento en que se trata de organizar instituciones especiales que sirvan de intermediarios del crédito, se hace necesaria una reglamentación especial cuyo objeto es la garantía y protección de los intereses confiados a esas instituciones.

Se agrega además la necesidad de regular esto por las crecientes relaciones con Estados Unidos y la afluencia de capital.

La exposición de motivos termina diciendo que se le permitirá al gobierno expedir un decreto autorizando la creación de las compañías fideicomisarias que bajo una inspección podían prestar servicios al público. Además se explican y definen los principios del fideicomiso respecto a los principios del derecho público que impedían el estancamiento de la riqueza.

El proyecto se componía de ocho artículos ⁵⁴ y la institución se configuraba como el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; o para hacer efectivos los derechos o cumplir las

⁵⁴ Almazán. Op.cit. supra nota 1. p 29.

obligaciones creadas expresamente en el contrato, o que fueran consecuencia legal del mismo.

Respecto a los bienes sobre los que se constituía el fideicomiso, importaba un derecho real; la ley definiría los efectos y naturaleza de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.

El proyecto supeditaba la creación de estas "instituciones comerciales" a la autorización y vigilancia de la Secretaría de Hacienda y preveía exenciones y privilegios en materia de impuestos en favor de las mismas.

Al no ser aprobado este proyecto, tal vez por razones políticas, se constituyó en el primer antecedente teórico importante al significar el primer intento en el mundo para adaptar el *trust* a un sistema jurídico romanista.⁵⁵

2.- Proyecto Creel de 1924.

Este proyecto se presentó después de la revolución en la Primera Convención Bancaria, sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, cuyo autor fue Enrique C. Creel tomando como modelo las "*Trust and Saving Banks*" de Estados Unidos en cuanto al procedimiento, según la práctica, como aceptación de hipotecas y contribuciones de fideicomiso, bonos de compañías ferrocarrileras etc. Otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso bienes de viudas, huérfanos, etc. quedando los bienes muebles e inmuebles asegurados y administrados por una institución de crédito prestigiada.⁵⁶

⁵⁵ Por esta razón, algunos doctrinarios como José Luis de la Peza, consideran al fideicomiso mexicano como una institución única, ya que no es netamente anglosajona, ni latina.

⁵⁶ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 102.

Creel advirtió que se necesitaba tiempo para generalizar las operaciones de fideicomiso en México ya que se necesitaban reformar algunas leyes.

Este proyecto corregía la terminología sustituyendo la expresión "Instituciones Fideicomisarias" por "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro".⁵⁷ También se cambia el nombre de "Instituciones Comerciales" por el de "Compañías Bancarias".

Dentro del proyecto se propusieron 17 bases para expedir la ley mediante las cuales se pretendía regular el capital con el que deberían contar, su objeto y el tipo de operación que podían realizar.

Este proyecto, no tuvo resultados prácticos al ser muy heterogéneo en cuanto a funciones y actividades, mas eso no le resta influencia sobre la legislación posterior.

Antes de concluir este tema, quisiéramos destacar la influencia de Ricardo J. Alfaro, ya que de acuerdo con su proyecto panameño, al que aludiremos más adelante, el fideicomiso se constituía por mandato irrevocable (en lo que no coincidimos) en virtud del cual se transmitían determinados bienes, de toda clase, y sus frutos, al fiduciario, para que dispusiera de ellos conforme a las instrucciones giradas por el que los transmitía (fideicomitente), en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

⁵⁷ Almazán. Op.cit. supra nota 1. p 30.

3.- Proyecto Vera Estañol de 1926.

Jorge Vera Estañol participó en el primer proyecto de 1905, y denominó su proyecto como "Proyecto de ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro" (incurriendo de nuevo en la terminología errónea).

4.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924. (publicada en el Diario Oficial en 1925)

Esta ley introdujo por primera vez el fideicomiso en nuestro derecho, siguiendo el sistema de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, llenando vacíos de la misma.⁵⁸

La legislación anterior, se ocupaba de los bancos de emisión, de los hipotecarios, y de los refaccionarios careciendo de disposiciones sobre los bancos de depósito y establecimientos y casas bancarias. La nueva ley, cuidó de comprender los negocios bancarios que afecten al interés público.

La ley denominaba "Bancos de Fideicomiso" los que sirven a los intereses del público, principalmente administrando los capitales que se les conferían, interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia.

El objeto de estas instituciones eran las operaciones autorizadas por cuenta ajena y en favor de tercero. Para su establecimiento se requería una concesión, con la exigencia de ser constituida como Sociedad Anónima. Se prohibía a los

⁵⁸ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 103.

Bancos o compañías extranjeras tener en México agencias o sucursales cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso. El artículo 6º, inspirado en las ideas de Alfaro, definía al fideicomiso como mandato irrevocable mediante el cual se le entregan al banco fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega (fideicomitente) a beneficio de un tercero (fideicomisario).

El Banco fiduciario podía ejecutar en cuanto a los bienes todas las acciones y derechos inherentes al dominio aunque no se exprese en el acto constitutivo, pero no se podrá enajenar, ni gravar ni pignorar dichos bienes a menos de tener facultad expresa o de ser indispensables para la realización del fin.

Esta ley contemplaba como causales de terminación, el cumplimiento del objeto o su imposibilidad; el cumplimiento de la condición suspensiva de la que dependía su extinción a los veinte años siguientes a su constitución; el cumplimiento de la condición resolutoria; o por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

Los Bancos de fideicomiso se regirán por la ley especial que habría de expedirse (arts. 73 y 74 de la ley). Es por esto que Villagordoa,⁵⁹ señala que primero existió el órgano y después la función.

Esta de 1925 ley es importante, ya que conforme a sus bases, es como operan hoy las instituciones fiduciarias (actuar como cajas de ahorro, y practicar operaciones bancarias de depósito y descuento).

⁵⁹ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 34.

En el derecho mexicano, el fideicomiso se reservaba a los bancos y nunca ha sido institución de derecho civil, sino una operación de crédito que solo como tal se introducía en la legislación sin considerar la posibilidad de los *trustees* (personas privadas) sino sólo la de las Compañías Bancarias de *trust*, cuya utilidad en las finanzas y en el crédito eran motivo del legislador.⁶⁰

5.- Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926. (publicada en el Diario Oficial el 17 de julio de 1926)

Bajo la influencia de Alfaro y Creel, ésta se componía de 86 preceptos distribuidos en cinco capítulos (objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso, operaciones del fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones federales).

Esta ley viene a ser la especie de regulación del fideicomiso a la que se refería la ley anterior.

En la exposición de motivos se señala que estos Bancos de Fideicomiso eran un complemento al sistema bancario nacional, pero al ser nuevos en el país, se prefirió aplazar su reglamentación, para hacer un estudio de sus bases.

La institución del fideicomiso, es nueva y se importa de los países anglosajones donde ha dado resultado en las operaciones comerciales y financieras que se hacen sin las trabas del derecho tradicional. Se adapta a nuestro sistema jurídico especialmente en la legislación bancaria para darle

⁶⁰ Molina Pasquel, Roberto. *Los derechos del Fideicomiso: ensayo sobre su naturaleza jurídica*. Jus. México, 1946. p 10.

unidad. Aunque en nuestra lengua se le llame fideicomiso es claro que también dista de la institución del derecho romano.

La exposición de motivos también señala que esta institución es nueva, y por tanto se debe aclimatar a nuestro sistema, teniendo que transcurrir algún tiempo antes de que produzca resultados, previniendo posibilidades de reformas que la práctica aconseje. Sin embargo, es importante para la perfección del sistema bancario aceptado por la ley de 1924.⁶¹

Para concluir, en la nueva ley se autorizaba a los Bancos de Fideicomiso para tener departamentos de ahorros y satisfacer las necesidades sociales que contribuirían a elevar las condiciones, económicas y morales de las clases trabajadoras.⁶²

6.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 30 de junio de 1926 (Publicada en el Diario Oficial el 17 de junio).

Esta ley abroga a la anterior y se limitó a incorporar como parte de su texto el articulado íntegro de aquella. De hecho, los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía) se dieron bajo la vigencia de esta ley que lo regula en su Capítulo IV, Título I llamado "De los Bancos de Fideicomiso", (arts. 97 al 150), donde se reitera la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México. Se señalan los Bancos de Fideicomiso que necesitan una concesión por parte del Ejecutivo de la Unión (que no excederá de treinta años contados desde el 24 de diciembre de 1924) para su

⁶¹ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 109-110.

⁶² Almazán. Op.cit. supra nota 1. p 33.

establecimiento, así como su constitución como Sociedades Anónimas, estableciéndose los capitales mínimos.⁶³

Estas dos últimas leyes, doctrinalmente, siguieron la teoría de Alfaro respecto a que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos. El carácter especial que se le da al mandato, contenido en la transmisión o entrega de los bienes se corrobora en las leyes al señalar que éstos se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto sea necesario para la ejecución del fideicomiso o sean gravados en favor del fideicomisario, por lo que no serán embargables ni se podrá ejercitar contra ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Esto no impide que se demande la nulidad de éste cuando se haya constituido en fraude de acreedores o sea ilícito.⁶⁴

La limitación que imponen estas leyes respecto a los bienes y derechos materia del fideicomiso, es la que se refiere a derechos cuyo ejercicio sea personalísimo e intransferible por su naturaleza o disposición expresa. El fideicomiso constituido sobre inmuebles, deberá ser inscrito en la sección de propiedad si hubiere traslación de dominio, o en el de hipoteca en caso contrario, y sólo producirá efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción que comprenderá las instrucciones y facultades dadas por el fideicomisario al banco. Para la inscripción se debe presentar el documento en que conste la aceptación del banco.

⁶³ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 114.

⁶⁴ Ambas leyes señalan que el fideicomiso se constituye con un fin lícito, lo cual subsiste hasta hoy.

Molina Pasquel ⁶⁵ interpreta que el gravamen se crea a favor del fideicomisario y se entiende como un derecho real que radica en el fiduciario en interés a los fines, es decir en beneficio del fideicomisario.

Las dos leyes establecen causas por las que se puede remover de su cargo al fiduciario cuando:

- Tenga interés propio u opuesto a la ejecución del fideicomiso.
- Si administra con dolo o culpa grave los Bienes.

El fideicomitente, el fideicomisario o el Ministerio Público en caso de menores o incapaces, puede pedir la remoción tramitándose la demanda como incidente, (procesalmente inadecuado, ya que no se trata de cuestiones seguidas o dentro de un juicio; el término correcto debió haber sido procedimiento sumario), lo mismo para el caso de que los bienes estuvieran en peligro de pérdida o menoscabo.

7.- Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932.
(Publicada en Diario Oficial el 29 de junio).

En la exposición de motivos se señalaba que la figura del fideicomiso podía ser útil para el desarrollo de la economía del país y que la anterior ley no había precisado el carácter sustantivo de la Institución dejando conceptos vagos en torno a ella, por lo que para que la Institución pudiera prosperar en México se necesitaba definir su contenido y efectos de lo cual se encargaría la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que estudiaremos más adelante. La exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito concibe al fideicomiso como una

⁶⁵ Molina. Op.cit. supra nota 60, p 104.

afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un banco fiduciario.

Esta ley sólo autorizaba a la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado para evitar substitutiones indebidas o constituciones de patrimonios alejados del comercio.

Respecto a las instituciones fiduciarias se conserva la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros.

Al igual que la ley anterior se prohibió a las instituciones de crédito extranjeras actuar como fiduciarios. Así mismo prescribía que el desempeño del cargo y el ejercicio de las facultades de las instituciones fiduciarias se realizara por uno o más funcionarios designados al efecto cuyo nombramiento podía vetar la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción.

Se establecía que las instituciones fiduciarias autorizadas, estaban obligadas a llevar en una cuenta especial los bienes, valores y derechos dados en fideicomiso, al igual que sus productos.⁶⁶

⁶⁶ Moreno Tripp, Carlos. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Universidad Panamericana. México, 1992. p 55-57.

8.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 26 de agosto de 1932. (Publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto)

Durante la vigencia de la ley de 1926, Hacienda, no otorgó ninguna concesión a bancos, y no se realizó ningún fideicomiso propiamente dicho, por lo que se planteó la necesidad de una nueva ley cuyo autor fue Pablo Macedo, para incentivar el uso de esta figura benéfica para el desarrollo económico.

En los motivos de la ley, aunque se haya implementado una figura nueva, se regula el fideicomiso porque desde 1926, la Ley de Instituciones de Crédito lo había aceptado como un factor para la prosperidad económica.

Corrigiéndose los errores de la ley pasada, se conserva el sistema de admitir el fideicomiso expreso circunscribiendo a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias estableciendo reglas para evitar riesgos, prohibiéndose instituciones similares al fideicomiso que tratan de eludir la ley.⁶⁷

La ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó vagos conceptos en torno a ella, que para que pueda vivir se requiere una definición de su contenido y efectos, siendo esto materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y de una reglamentación de las instituciones fiduciarias.

El fideicomiso se concibe como la afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía en un fiduciario. La ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario sea una institución autorizada por el Estado para evitar substituciones indebidas etc. respetándose las facultades de las fiduciarias de

⁶⁷ Batiza. Op.cit. supra nota 41. p 116-117.

encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones, y de aceptar la administración de los bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Esta nueva ley destruye la confusión entre fideicomiso y actos de administración o de representación de terceros.⁶⁸

En el Título II, Capítulo V (art. 346 al 359) se regula de modo sustantivo el fideicomiso y en los primeros artículos de esta ley se considera a las fiduciarias como instituciones de crédito sujetas a concesión, con la prohibición tradicional de sucursales de bancos extranjeros que pretendan actuar como fiduciarias. En el Capítulo II, Sección Seis, se regula el funcionamiento de las instituciones fiduciarias.

9.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 de mayo de 1941.

Se promulga después de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, paralela a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del mismo año, amen de que la primera, suplida por la ley de 1941, fuera complementaria de la segunda, teniendo como campo la estructuración del fideicomiso y de la regularización de las fiduciarias que fue abrogada de la ley anterior.⁶⁹

En la exposición de motivos, se declaró que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas sufre modificaciones como añadir a la enumeración de sus cometidos, que pueden resultar propios de estas instituciones y normas nuevas por las que se rigen operaciones de inversión que realice una institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la

⁶⁸ Almazán. Op.cit. supra nota 1. p 35.

⁶⁹ Idem. p 38.

naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resulten indicaciones precisas.

Sin desvirtuar la naturaleza del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, cuando sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.⁷⁰

10.- Proyecto de reformas al Capítulo V título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito elaborado por la Asociación de Banqueros de México.

Después de 20 años de aplicación de dicha ley, la Asociación de Banqueros de México, formó dos comisiones para estudiar las reformas al fideicomiso para resolver los problemas causados por su falta de reglamentación, para ello se revisó la legislación sustantiva, la insuficiente adjetiva contenida en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la relativa a aspectos fiscales. Sin embargo, la comisión sólo emitió su dictamen sobre la primera parte, tratando de incluir soluciones a problemas presentados en otras leyes como lo son la de Quiebras y Suspensión de Pagos o el Código de Comercio en el aspecto procesal respecto a la ejecución del fideicomiso.

El artículo 346 del proyecto, señala que:

"...En el fideicomiso, la institución fiduciaria adquiere al titularidad de un derecho que le transmite el fideicomitente, está obligada a ejercitarlo para la realización de un fin en interés del fideicomisario."

⁷⁰ Batiza. Op.cit. supra nota 41p 117-118.

Se dice que el fiduciario adquiere la titularidad, porque se le transmite la facultad de ejercicio de un derecho, obligando al fiduciario para que en ese ejercicio tienda a la realización del fin del fideicomiso. Según Villagordoa ⁷¹ no se trata de una especie de "propiedad fiduciaria" como afirma Batiza ⁷², ya que nuestro derecho es diferente al anglosajón en donde coexisten dos tipos de propiedad: la legal o de derecho estricto y la beneficiosa o equitativa. Así en el fideicomiso se pueden afectar derechos subjetivos (de ejercicio no personalísimo) . En el fideicomiso no solo se puede transmitir la propiedad de un bien al fiduciario, sino cualquier otro derecho real o personal.

El artículo 347 agrega:

"...El fideicomiso será válido aún que no se designe fideicomisario siempre que se constituya para la realización de un fin lícito y determinado."

Esto se relaciona con el artículo 362:

"...La institución fiduciaria tendrá las facultades que le corresponden como titular del patrimonio del fideicomiso..."

Con esto se trata de definir más claramente la naturaleza del fideicomiso

11.- El Fideicomiso en el Proyecto del Código de Comercio.

La Comisión de Legislación y Revisión de Leyes de la entonces Secretaría de Economía integrada entre otros por los Licenciados Jorge Barrera Graf, Raúl Cervantes Ahumada y Roberto Mantilla Molina, elaboró un proyecto de Código de Comercio ⁷³, que trató de reglamentar el fideicomiso para vigorizar su práctica y

⁷¹ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 45.

⁷² Batiza. Op.cit. supra nota 41 p 9.

⁷³ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 46-48.

asimilación en nuestro sistema jurídico. Este proyecto dice que por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien está obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado. De esta manera se asienta la naturaleza del fideicomiso en la transmisión de la titularidad del derecho materia del fideicomiso efectuado a favor del fiduciario, quien está obligado a ejercerlo para la realización del fin determinado.

También se pretende establecer la formación de un patrimonio independiente al de la fiduciaria con los bienes fideicomitados afectos al fin del fideicomiso. En relación con dichos bienes,⁷⁴ sólo podrán ejercitarse las acciones y derechos que deriven del fideicomiso o de su ejecución. Esto aclara la titularidad del patrimonio fideicomitado que corresponde al fiduciario, y la separación de su propio patrimonio y de los otros patrimonios cuya titularidad le corresponde en otros fideicomisos.

Se señala en cuanto a su forma, que el fideicomiso constará por escrito y se le aplicarán las normas del derecho común local sobre formalidades y publicidad a los actos traslativos de dominio.

En relación con los proyectos anteriormente expuestos, éste aclara la cuestión de que el fideicomiso para su existencia depende de una condición suspensiva que debe realizarse en el término que señala el acto constitutivo, o en su defecto a los veinte años siguientes a la fecha de dicho acto.

⁷⁴ En realidad el concepto de "bienes" no sólo abarca estos en su sentido más estricto y los derechos reales, sino también se refiere a los derechos personales y de crédito que no sean personalísimos e intransferibles.

Este proyecto de Código de Comercio era más claro que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito porque en términos supletorios a la voluntad de las partes, señala como destino de los bienes fideicomitidos cuando se extingue el fideicomiso, su reversión al patrimonio del fideicomitente, quedando en pie la posibilidad de que a su término, los bienes fideicomitidos pasen al fideicomisario o a un tercero al cumplirse los fines del contrato.

12.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982. (Publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre) y de 1985. (Publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de dichos años)

A raíz de la expropiación de la Banca se reforman los artículos 73, 28 y 123 Constitucionales y se promulga la primera ley, en la cual no se señalan mayores cambios en la figura del fideicomiso. El segundo ordenamiento, aunque abrogó al primero en cuanto a la operación fiduciaria, no introdujo cambios.

13.- El Fideicomiso en nuestra legislación actual (Reformas publicadas en el Diario Oficial el 24 de mayo de 1996).

La legislación vigente que regula el fideicomiso, se compone básicamente por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 y la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 publicada en el Diario Oficial el día 18 de julio y que obedeció a la política de reprivatización de la banca.

En este último ordenamiento el fideicomiso se regula básicamente en el art. 46 Fr. XV, y en el Título Tercero, Capítulo IV de las operaciones de servicios, en los artículos 79, 80, 81, 82, 83 (que es importante para el desarrollo del presente trabajo), 84, 85 y 118. y en la circular 2019/95 numeral M.31 de Banco de México. La legislación respecto al fideicomiso se encuentra dispersa y entre muchos ordenamientos, también hablan del fideicomiso la Ley de Sociedades Mutualistas

de Seguros del 14 de agosto de 1935 en su art. 34 fracción IV, así como el art. 16 fracción XV la Ley Federal de Instituciones de Fianzas del 20 de diciembre de 1950, y la Ley del Mercado de Valores publicada el 2 de enero de 1975 con sus respectivas reformas, en su numeral 22 fracción IV inciso d). Entre otras leyes que hacen referencia al fideicomiso se encuentran la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos cuando habla de la separación de los bienes en la quiebra, La Ley de Inversión Extranjera y su reglamento ⁷⁵, La Ley General sobre Derechos de Autor, las leyes fiscales tanto en el ámbito federal como estatal, Diversas leyes orgánicas y reglamentos de organismos que forman el sistema financiero nacional, Leyes Administrativas como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Entidades Paraestatales, y su reglamento, La Ley General de Deuda Pública, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público etc.

Podemos notar una sobrerreglamentación, de la actividad fiduciaria y del fideicomiso, que paradójicamente es causa de una reglamentación débil o contradictoria, ya que muchas veces no es conocida, además de carecer de racionalidad o funcionalidad y rebasando el marco normativo de las leyes que son reglamentadas.⁷⁶

La evolución histórica del fideicomiso mexicano, no termina aquí, ya que existen innumerables disposiciones y reformas que se han venido dando hasta la fecha en leyes y reglamentos que han configurado el fideicomiso mexicano y que estudiaremos posteriormente al analizar esta figura y sus aplicaciones. Tal es el

⁷⁵ El reglamento que se sigue utilizando es el de la ley anterior de 1973 en lo que no se oponga a la ley publicada en 1993.

⁷⁶ Lucero M., Miguel Angel. "Reglamentación de la actividad fiduciaria en México" en *Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer. México, 1997. p 225.

caso de la importante reforma ocurrida en mayo de 1996 al art. 348 de la L.G.T.O.C.⁷⁷

La L.G.T.O.C. (D.O.F. 27 de agosto de 1932) en su artículo 348 inicialmente contempló que los fideicomisos podían constituirse en favor de la propia Institución de Crédito, concediendo respecto a ésta, la calidad de fiduciaria y de fideicomisaria.

La L.G.T.O.C. fue reformada el 30 de agosto de 1933, a fin de adicionar un cuarto párrafo al art. 348 decretando la nulidad del fideicomiso que se constituyera en favor de la propia fiduciaria. Lo anterior quedó exceptuado por la prerrogativa que tienen las instituciones de Banca de Desarrollo, de conformidad con su ley orgánica.

Mediante oficio Número 410 de fecha 20 de marzo de 1996, la Dirección General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto mediante la que se reformaban y adicionaban diversas disposiciones, entre ellas la reforma al cuarto párrafo del art. 349 y la adición de un art. 356-Bis de la misma ley. En virtud de las recomendaciones habidas por la comisión de fiduciarios de la Asociación de Banqueros de México, finalmente con fecha 24 de mayo de 1996, se reformó el art. 348 de la L.G.T.O.C. en su cuarto párrafo y se adicionó un quinto párrafo, a fin de permitir que las instituciones de crédito pudieran reunir la calidad de fiduciaria y de fideicomisaria, en las operaciones de crédito, respecto de las cuales formalizarán fideicomisos.

⁷⁷ Boletín Fiduciario Bancomer, S.A.

La reforma al art. 348 de la L.G.T.O.C. que analizaremos con mayor detenimiento más adelante, pretende establecer un marco que otorgue seguridad jurídica a usuarios de crédito y a instituciones de crédito, instrumentando vía fideicomiso un mecanismo de pago de obligaciones vencidas y no cumplidas, con un procedimiento con reglas claras que protejan equitativamente los intereses de dichas partes. Así mismo, la formalización de los fideicomisos en los términos contemplados en la reforma al artículo 348, permitirá disminuir los costos por la intervención de una tercera institución de crédito (fiduciaria).

Así el cuarto y el quinto párrafos del art. 348 quedaron como sigue:

"...Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que sugiere un conflicto de intereses entre las mismas."

Lo anterior nos ayudará a aclarar criterios acerca de la naturaleza del fideicomiso y por lo tanto en cuanto a su aplicabilidad, ejecución, etc. Por ahora consideramos que hemos cubierto un panorama bastante completo acerca de la historia del fideicomiso, la cual no debemos menospreciar para poder comprender mejor el tema del presente trabajo.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA, CONCEPTO Y ACEPCIONES DEL FIDEICOMISO

A) PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

En nuestro capítulo anterior, analizamos el fideicomiso en la teoría anglosajona, que comprende el derecho de dominio de bienes muebles e inmuebles que una persona tiene en beneficio de otra, basándose en los mismos principios que en la institución del uso. En este contexto, los fideicomisos pueden ser creados por declaración expresa de las personas o por presunción legal del derecho de equidad. Al igual que en el uso, el dominio legal lo recibe el fiduciario, y el fideicomisario el dominio equitativo reconocido por los tribunales de equidad, y aunque se le reconoce al fiduciario como propietario legal, a éste se le coloca como subordinado absoluto a los derechos del propietario equitativo, impidiendo que éste ejercite sus facultades legales en su propio beneficio. De esta manera se puede considerar que para que un título de propiedad sea perfecto, debe reconocerse por ambos sistemas (legal y de equidad) desapareciendo el último y rigiéndose por la ley común como sería el caso de una compra-venta.⁷⁸

El problema principal para poder definir la naturaleza jurídica del fideicomiso es que nuestro sistema jurídico, derivado del romano, desconoce la división de normas de derecho y normas de equidad, es por lo que preferimos tomar en cuenta la función práctica y los efectos jurídicos del *trust* (los cuales pueden ser amplísimos, ya que la figura tiene múltiples aplicaciones), por encima de la técnica del derecho anglosajón lo cual ha conformado una figura *sui generis* que ha ido y

⁷⁸ Bedolla. Op.cit. supra nota 2. p 19-20.

seguirá evolucionando y que termina por distar de la anglosajona y de la romana ya estudiadas.⁷⁹

Es importante definir la naturaleza del fideicomiso para poder hacer la aplicación correspondiente a la figura, la cual como ya hemos visto, ha tenido innumerables cambios a lo largo de nuestra legislación precisamente por haber una multiplicidad de teorías y conceptos encontrados e imprecisos que explican la naturaleza jurídica de la institución y que hacen difícil su definición, indispensable para poder proseguir con el estudio de la misma. A continuación expondremos algunas de las más relevantes teorías:⁸⁰

1.- Teoría del Mandato:

El principal exponente fue el panameño Ricardo J. Alfaro,⁸¹ a quien se le debe la adopción del "trust" al sistema Latinoamericano y quien influye determinadamente en nuestra Ley de Bancos de Fideicomiso y en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

Existen dos etapas en su pensamiento: en 1920 señala que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten a fiduciario, bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Señala el autor que a pesar de haber muchas definiciones, derivadas tanto del derecho anglosajón como del romano, éstas coinciden en que tanto el fiduciario

⁷⁹ Uribe Michel, José *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. ELD, México, 1948. p.35-38.

⁸⁰ Moreno Tripp. Op.cit. supra nota 66. p 147.

⁸¹ Alfaro, Ricardo J. *Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil*. Cursos Monográficos. Vol.I Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. La Habana. 1948. p 41-42. Citado por Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 78-81.

como el *trustee* son las personas que ejecutan el encargo que le ha sido dado por una persona en beneficio de un tercero, lo cual se asimila al contrato civil de mandato en el cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio. De esta manera, el fideicomitente sería el mandante y el fiduciario el mandatario.

Si fuera lo mismo el fideicomiso que el mandato, una de las dos figuras no tendría razón de existir, sin embargo, los fines del fideicomiso no podrían cumplirse por el simple mandato ya que este se extingue por la muerte del mandante y puede revocarse por él en cualquier tiempo. El *trust* sería irrevocable, como por ejemplo en las donaciones inter vivos, aunque también pueden existir los revocables en la mentalidad latina, pero esto sería "la excepción que confirma la regla".

Alfaro continúa su analogía señalando que también existe el mandato irrevocable mediante el cual se pudiera desprender del dominio de las cosas objeto del encargo y que adquiere el fiduciario obligado a cumplir con las obligaciones del *trust*.

Después de ser criticado por la doctrina, el jurista inició la segunda etapa de su pensamiento donde trata de explicar al fideicomiso empleando los términos que utilizó para definirlo en la ley panameña y que dice así:

"El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"

En esta definición se comprenden tres elementos constitutivos del acto:

- a) La transmisión del patrimonio.
- b) La destinación que se le da al patrimonio.
- c) El encargo que debe ejecutar.

Quedan también expresadas la función y nomenclatura de cada una de las tres personas que intervienen en el acto jurídico:

- a) El que hace la transmisión del patrimonio.
- b) El que recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación.
- c) El que va a gozar del beneficio.

Crítica:

No estamos de acuerdo con Alfaro en lo que respecta a su primera etapa, donde señala al fideicomiso como mandato irrevocable, ya que las funciones del mandato y del *trust* son distintas. Así cuando el fiduciario o *trustee* desempeña un encargo, no lo decimos como si fuera el mandatario del fideicomitente o *settlor*, sino el desempeño consiste en que el fiduciario ejercite los derechos que se le transmitan para la realización de los fines del fideicomiso. En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico. Las transmisiones de derechos que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario. En el transcurso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derechos en el patrimonio del mandatario.⁸²

Hay que destacar que el mandante nunca pierde la posibilidad de realizar por él mismo los actos encomendados al mandatario mientras que en el fideicomiso la fiduciaria a través de su delegado fiduciario es la única persona con

⁸² Idem. p 82.

potestad para realizar los actos del fideicomiso; y para que una tercera persona incluyendo al fideicomitente o al fideicomisario puedan realizar cualquier acto, requieren que la fiduciaria les otorgue poder.

El mandatario debe entregar a su mandante los bienes que obtenga en el desempeño de su encargo y debe rendirle cuentas de su cometido. El fiduciario acrecienta el patrimonio de la institución con los frutos o productos de los bienes afectados y no está obligado a rendir cuentas al fideicomitente salvo estipulación expresa en contrario.

El mandato termina aunque sea irrevocable por muerte o interdicción del mandante o mandatario y el fideicomiso subsiste después de la muerte del fideicomitente. Los actos del fiduciario se encaminan a la realización de un fin independiente de la voluntad del fideicomitente de tal modo que lo subordina a su cumplimiento, incluso, sobrevive a su muerte. Los derechos adquiridos por los fideicomisarios y la realización del fin están por encima de la persona del fiduciario. Si desaparece debe nombrarse a un sustituto; pero la institución no termina hasta que se llene su cometido o se cumpla el término de su vigencia.

Los acreedores del mandante tienen acciones sobre los bienes adquiridos a nombre de éste por el mandatario, no así sobre los bienes dados en fideicomiso que salen del patrimonio del autor de la institución para vincularse a llenar el fin de la misma.⁸³

En resumen, el mandato es un acto representativo y el fideicomiso es un acto traslativo de dominio; mediante el mandato pueden ejercitarse actos de

⁸³ Uribe. Op.cit. supra nota 79. p 44-46.

dominio limitados, sujetos a autorización expresa del poderdante, y el fiduciario obra siempre en nombre propio y tiene pleno dominio de los bienes fideicomitidos; por ser propietario, no comunica la ejecución de sus actos ni hace entrega o depósito de los frutos y puede cobrar los gastos de su administración del mismo patrimonio. El mandatario en cambio, debe cobrarlos al mandante. Los actos del mandatario obligan a su representado frente a terceros y los del fiduciario sólo a los del patrimonio que tiene, no al fiduciante ni al beneficiario; pueden constituirse dos o más mandatos para el mismo negocio, pero nunca un fideicomiso simultáneo, con el mismo patrimonio.⁸⁴

En cuanto a la segunda etapa del pensamiento de Alfaro, donde continúa sosteniendo que en el fideicomiso existe un elemento constitutivo como "el encargo que se debe ejecutar", lo congruente se debió definir como "la obligación del fiduciario de ejercitar los derechos que se le han transmitido para el cumplimiento de los fines del fideicomiso."⁸⁵

También en cuanto a los elementos constitutivos del fideicomiso, falta el elemento contractual y el de afectación patrimonial que estudiaremos más adelante.

2.- Diferencia del fideicomiso con otras figuras:⁸⁶

Es importante no confundir al fideicomiso con otras figuras como la Comisión Mercantil que es un mandato que tiene por objeto una operación de

⁸⁴ Viesca. Op.cit. supra nota 7. p 55.

⁸⁵ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3 p 82.

⁸⁶ Viesca. Op.cit. supra nota 7. p 56-62.

comercio, o cuando las partes sean comerciantes o agentes mercantiles. Para diferenciar ambas figuras, aplicamos la misma crítica que al mandato.

El fideicomiso podría equipararse al depósito ya que tanto el fiduciario como el depositario reciben la cosa en confianza, guardándola por cuenta de un tercero o del propio contratante, pero el primero recibe la propiedad (o titularidad si son derechos) y el dominio. En el depósito, sólo la posesión. Aunque se habla de que en el depósito irregular hay transmisión de bienes, la obligación del depositario sólo se restringe a la devolución del dinero en favor del depositario. En el *Trust* las acciones del depositante se rigen por el *Common Law* y las del *Cestui que trust* en equidad. En los países Latinos como el nuestro, el primero tiene acciones reales (Derecho de retención, etc.) mientras que el beneficiario sólo personales.

El depósito se constituye mediante la entrega, y el depositario, es responsable de la conservación integral de la cosa; el fideicomiso es consensual, y sólo responde el *trustee* de daños y perjuicios pudiendo vender la cosa fideicomitada y cometer un quebrantamiento del mismo.

Del mutuo se distingue en que el *trustee* recibe la propiedad, pero con la obligación de conservarla para uso y provecho del *cestui que trust*, mientras que el mutuuario la recibe libremente, a título legal y equitativo disponiendo plenamente de la misma, constituyéndose en simple deudor, obligado no a devolver el mismo bien, sino otro de la misma especie y calidad. El mutuuario puede pagar interés como contraprestación del contrato al mutuante, y el *settlor*, por el contrario cubre una comisión al fiduciario; en caso de quiebra, el mutuante

es acreedor común del mutuatario, mientras que el fiduciario, el *cestui que trust* o fideicomitente, recuperan los bienes sin entrar a juicio.

En cuanto a la estipulación a favor de tercero, el promitente se vincula al promisorio, surtiendo efectos el derecho de tercero cuando se acepta el beneficio y se comunica al obligado. El tercero tiene acción reconocida por el derecho común para exigir del promitente el cumplimiento de su obligación. En el derecho anglosajón, la estipulación puede convertirse en *trust* si por declaración expresa se constituye el patrimonio y se transmite a un *trustee* o fiduciario para que lo use en cumplir la estipulación en beneficio de un tercero. En la estipulación se supone la existencia del beneficiario y el fideicomiso puede establecerse en favor de los no nacidos y aún para finalidades ajenas a las personas.

Cabe hacer la distinción con la cesión de derechos en que la obligación del deudor es pagar a la orden del acreedor y no puede oponer el adquirente-cesionario las excepciones que tuviere contra el cedente (primitivo acreedor), a menos que, avisado de la cesión, no la hubiese consentido o no la hubiese comunicado. Es claro que el derecho del cesionario está supeditado a la validez del acto, y si hubo omisión por parte del cedente (no participará al deudor de la cesión) debiendo soportar la compensación del adeudo que este tuviera contra el acreedor primitivo.

En la adjudicación de bienes para el pago de deudas, como forma de extinción de las obligaciones, el acreedor recibe determinada propiedad para pagar una deuda devolviendo el remanente. No recibe los bienes para beneficio de un tercero, sino para beneficio propio, cosa que no puede hacer el fiduciario. En la adjudicación de bienes no se crean nuevos derechos y obligaciones, no hay

relación fiduciaria; en todo caso es un ofrecimiento de pago en especie. El acreedor puede o no aceptar el ofrecimiento, volviendo los bienes al deudor.

Podría ser fácil confundir a la donación con el fideicomiso, cuando de éste ultimo resulta una liberalidad. La diferencia estriba en que la donación comprende bienes presentes y el fideicomiso puede comprender futuros. En el fideicomiso interviene el fiduciario entre fideicomitente y fideicomisario, lo que no ocurre respecto al donante y al donatario.

En cuanto a la constitución de una sociedad, el elemento común con el fideicomiso sería la formación de un "patrimonio autónomo" diferente al de los socios o al de la institución fiduciaria, destinado a un fin (realización del objeto social en el caso de la sociedad). La diferencia radica en que la sociedad tiene personalidad jurídica por ley y el fideicomiso no. En el Fideicomiso existe la fiduciaria para la realización del fin y la sociedad tiene que cumplir con sus fines por ella misma.

Respecto a los negocios en fraude a la ley, éstos son actos simulados relativos, enmascaramiento de un acto que sí existe, pero ocultando su verdadero fin que es ilícito en perjuicio de terceros. La simulación absoluta es la representación de algo inexistente. En la simulación relativa, encontramos el negocio disimulado, que produce plenos efectos. Para lograr la declaración del negocio simulado, se ejercita la "Acción Paulina" en contra de los actos en fraude de acreedores, pero también puede ejercitarla cualquier persona interesada, con titularidad de un derecho afectado por el negocio.

Se dice que los negocios fraudulentos se distinguen de los disimulados (ambos especies de los simulados relativos) por su elemento intencional, en el cual el primero es nulo de pleno derecho y el otro es anulable.

El negocio fiduciario tiene una causa real, la transferencia de la propiedad, aunque vinculada con el pacto obligatorio (aspecto negativo del negocio). Este negocio es querido y no se ocultan a terceros los fines.

Ante esto vale la pena reflexionar en que el fideicomiso no existía en nuestro derecho y que fue implantado por el legislador, y si no revistiera caracteres propios, su adopción hubiera sido inútil.

3.- Teoría del Patrimonio Autónomo o de Afectación:

Primeramente Francisco Ferrara ⁸⁷ expone la teoría de Brinz sobre la división de los patrimonios en: patrimonio de personas (pertenecen a un sujeto), e impersonales o afectos a un fin o patrimonios de destino (carecen de dueño pero están adscritas a una finalidad determinada, gozando de garantías jurídicas especiales). Aunque no exista una persona, los derechos existen, pero no son de alguien (persona), sino de algo (patrimonio), con esto concebimos la esencia de las personas colectivas.

Por otro lado Bekker introduce a esta teoría los términos patrimonio dependiente, referido a los patrimonios destinados a un fin concreto, perteneciente a una persona y forman parte de su patrimonio general sin perder

⁸⁷ Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. trad. esp. Reus. Madrid, 1929. p 142. Citado por Villagordo. Op.cit. supra nota 3. p 83.

su autonomía; e independiente que corresponda a los patrimonios de destino que carecen de sujeto.⁸⁸

Pierre Lapaulle explica la naturaleza jurídica del *trust*, partiendo del concepto de patrimonio de afectación. Inicia su estudio con la idea de la intención del creador del *trust*. Desecha al *slettor*, ya que en muchos casos no existe, sino que son impuestos los *trusts* por disposición expresa de la ley como los *resultings trusts*, y *constructive trusts*. Para que exista un *trust* bastan bienes afectos al mismo y una afectación prevista. El único ser esencial para el *trust* es el *trustee* (sujeto de derecho) cuyos derechos y obligaciones varían en función de una cosa fundamental: la función que se debe realizar. El *trustee* es un medio para realizar esta afectación. Así mismo este autor define al fideicomiso como "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación".⁸⁹

Este autor trata de medir las consecuencias de su teoría dentro de un régimen de ascendencia romana como es el francés, cuando se trata de una figura anglosajona. Señala que el *trust* es una afectación de bienes, que se encuentra en el mismo plano que el derecho de propiedad encontrando elementos extraños a la noción de éste como el hecho de que en la propiedad individual no hay la idea de un fin a realizar. Agrega que el fideicomiso tiene una connotación social que se opone a las teorías individualistas del derecho subjetivo.⁹⁰

⁸⁸ *Idem.* p 84.

⁸⁹ Moreno Tripp. *Op.cit.* supra nota 66, p 155-156.

⁹⁰ Lapaulle, Pierre. *La Naturaleza del Trust*. Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México, Tomo iii, 1932. p 113-122. Citado por Villagordo. *Op.cit.* supra nota 3. p 84-85.

Juan Landerreche Obregón ⁹¹ también se basa en esta teoría del patrimonio de afectación señalando que: "El fideicomiso es un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender esto, hay que partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes."

Se funda pues, en la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito sin que tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino que un órgano realice el fin que se persigue. Deducimos los elementos del fideicomiso que son, un fin lícito que alcanzar y la destinación de ciertos bienes a su realización, para lo cual se requiere que una persona maneje este patrimonio y disponga de el para dicho objeto. Esta persona en nuestro derecho debe ser exclusivamente una institución fiduciaria.

Por virtud de la afectación que se realiza, el fideicomitente transfiere el dominio de las cosas o derechos que entrega. La autonomía del patrimonio del fideicomiso implica que respecto a los bienes de éste, no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran. Las obligaciones del fiduciario sólo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso, sin que por ellas sea responsable el mismo fiduciario ni menos el fideicomitente ni el fideicomisario. El patrimonio del fideicomiso queda fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de la quiebra, sin que por ello afecte al patrimonio del fiduciario,

⁹¹ Landerreche Obregón, Juan. *"Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en el Derecho Mexicano"*. JUS. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, Tomo IX, No. 50, septiembre de 1942. p 196-197.

salvo las responsabilidades en las que pueda haber incurrido por negligencia o mala fe.⁹²

El fiduciario no se considera propietario porque no puede disponer en su beneficio del patrimonio del fideicomiso, sino que está obligado a disponer de él para el fin para el que está afecto. El fiduciario tampoco puede considerarse dueño de los bienes del fideicomiso, puesto que éste puede nacer o extinguirse sin intervención de aquel, lo cual no se podría suscitar si el fiduciario fuera titular del dominio.⁹³

Marcel Faribault,⁹⁴ autor canadiense niega que el fiduciario sea propietario ya que no responde frente a terceros de los contratos celebrados con relación a los bienes fideicomitados, no pasan éstos a sus herederos y pueden ser sustituidos en su cargo. Desecha que el beneficiario tenga algún derecho real concurrente con el del fiduciario pues en su concepto se exageran los efectos de la fiducia, ya que los bienes no pueden estar en poder del beneficiario más que al extinguirse el contrato. Niega la tesis de patrimonio sin dueño de Lapaulle, sin embargo por lo que respecta a la propiedad fiduciaria dice que esta pertenece a la "Institución" más no se refiera a la Institución Fiduciaria, sino al "Fideicomiso" como tal. Separa este patrimonio del privado de la fiduciaria y de todos los demás, por lo cual las obligaciones del fiduciario se dan contra la fiducia, al igual que los créditos o derechos del beneficiario y terceros. Esta última tendencia es inaceptable ya que confunde a la institución fiduciaria con la institución jurídica.

⁹² En realidad, el principio básico del fideicomiso es la buena fe y el concepto de buen padre de familia.

⁹³ Uribe. Op.cit. supra nota 79. p 50.

⁹⁴ Faribault, Marcel. *Traité Théorique et pratique de la fiducia et trust du Droit Civil dans la province de Québec*. Montréal, 1936. Citado por Molina. Op.cit. supra nota 60. p 80-83.

creando un patrimonio que pertenece a ésta última cuando esta no es un ente material o un sujeto de derecho sino un concepto abstracto.

Por último, Emilio Krieger ⁹⁵ quien acierta al negar las teorías del desdoblamiento de la propiedad y la existencia de un patrimonio autónomo, concluye en la desaparición del derecho de propiedad sobre el patrimonio fideicomitado por destinarse a un fin que la fiducia debe realizar. Exagera los efectos del ejercicio obligatorio de este derecho, subordinándolo al fin del contrato, siendo que el derecho de propiedad es inalterable en su ejercicio. Su titular existe tenga o no limitaciones legales que no son intrínsecas al derecho de propiedad. Así el derecho de propiedad cambia de titular más no de esencia.

Crítica:

Villagordoa ⁹⁶ rechaza esta teoría ya que no se pueden admitir derechos sin titular, ya que todo derecho es facultad jurídica de alguien. Siguiendo los principios de García Maynez ⁹⁷, pensamos que la distinción entre patrimonio de personas y de afectación no constituye una oposición, ya que también los patrimonios personales se destinan a diversos fines, en todo caso la distinción radicaría en 'patrimonios adscritos a un fin especial y los que no tienen una finalidad determinada'. Además el que ciertos patrimonios se destinen a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho.

Pensando diferente a Lepaulle, consideramos que el *trustee* es titular de derechos sobre el patrimonio para conseguir los fines de la operación. En el derecho mexicano, no puede haber derechos o bienes sin titular en un amplio

⁹⁵ Krieger, Emilio. *Notas sobre el Fideicomiso*. Tesis. México, 1944. p.10 y ss. Citado por Viesca. Op.cit. supra nota 7. p 153-154.

⁹⁶ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 88.

⁹⁷ García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. México, 1947. p 271-273.

sentido; ni siquiera en el caso de la herencia o de la quiebra, ya que se supone una continuidad en la transmisión de los bienes y su titularidad por albacea o síndico.

El derecho de propiedad no se contradice al concepto de afectación de bienes que se debe considerar como un derecho que se transmite en ambos casos al *trustee* o fiduciario para lograr la realización de las finalidades propuestas en el fideicomiso.

Tampoco se acepta la creación de un nuevo derecho real que se pueda crear a través del fideicomiso como señalaba Landerreche cuando explica que en esta figura hay un desmembramiento del derecho de propiedad, ya que no solo se pueden afectar bienes, sino derechos personales, siendo absurdo admitir que se creara un derecho real sobre derechos de crédito (personales).

La negativa de la titularidad del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado, fundamentada en que el fiduciario no puede disponer en su propio derecho de tales bienes y derechos, se rebate con que dichas limitaciones se establecen como modalidades que afectan la naturaleza de cada derecho; el fiduciario siempre será titular en beneficio del fideicomisario, quien tiene un derecho personal para exigir a dicho fiduciario el cumplimiento de su cometido en provecho del fideicomisario.⁹⁸

⁹⁸ Villagordoá. Op.cit. supra nota 3. p 90.

4.- Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad originario:

Como consecuencia de esta teoría se obtienen dos titulares acerca de un bien. Uno, el fiduciario, tiene la titularidad jurídica y el fideicomisario la económica. El principal expositor es el italiano Remo Franceschelli que estudia el *trust* inglés tratándolo de asimilar a los regímenes jurídicos continentales y es quien se refiere a la protección del beneficiario en el *trust* señalando:

"...para realizar en forma más completa el fin relativo a la protección del beneficiario y para dar vida a un sistema, que entre los juristas continentales puede parecer muy curioso y extraño, en el derecho inglés se llega al **desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos derechos de propiedad contemporáneos, cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto...**"⁹⁹

El desdoblamiento referido, se refiere a dos sujetos distintos al fiduciario o *trustee*, por un lado, y al beneficiario *cestui que trust* por el otro, además se les otorga una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitada *in trust* al primero, un señorío legal *legal estate* y al segundo un señorío equitativo *equitable estate*.¹⁰⁰

Según este autor,¹⁰¹ el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos en dos sujetos diversos, se efectúa en la siguiente forma: Primero, tenemos el derecho de propiedad formal exterior *del trustee* y después el derecho de propiedad sustancial *cestui que trust*.

⁹⁹ Franceschelli Remo. *Il "Trust" nel Diritto Inglese*. Pubblicazione dello Istituto de Diritto Commerciale Comparato dell' Università Bocconi di Milano. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1935. p 23.

¹⁰⁰ Viesca. Op.cit. supra nota 7. p 45-47.

¹⁰¹ Franceschelli. Op.cit. supra nota 99. p 33-34.

El derecho de propiedad contiene dos facultades: la de disposición y la de goce que se atribuyen al *trustee* y al *cestui que trust* respectivamente.

Fanceschelli sintetiza su teoría en lo siguiente:

- 1) Siempre que por cualquier hecho o evento o por cualquier manifestación de voluntad, se constituya un *trust*, el contenido normal del derecho de propiedad sobre la cosa que es objeto de él se divide en dos partes: *trust ownership* (configurado como un *legal estate*) y *beneficial ownership* (configurado como un *equitable estate*), cada uno de ellos atribuido a un sujeto diferente.
- 2) De este modo, cuando se reúnen ambos derechos en un mismo sujeto, el *trust* se extingue.
- 3) Cuando el *legal estate* se atribuye a un sujeto y la *equitable ownership* a otro, estaremos en presencia de un *trust*.
- 4) Cada vez que el *trust ownership* y *beneficial ownership*, en principio separados, se reúnen en las mismas manos, el fideicomiso concluye o se extingue. La *trust ownership* y la *beneficial ownership*, son independientes la una de la otra respecto a los actos de disposición o de destino, que puedan ejecutar los sujetos titulares de cada uno de esos derechos. La transmisión posterior de cualquiera de ellos a un tercero, no cambia la naturaleza de los mismos en relación con sus titulares originarios.
- 5) Cada vez que la *legal estate* y la *equitable estate* estén investidas en sujetos diversos, el *legal owner* o titular del *legal ownership*, es siempre *trustee* en beneficio del *equitable estate*, es decir, del titular de la *equitable ownership*.

Crítica:

Consideramos que es muy notable el esfuerzo del jurista italiano al tratar de explicar la naturaleza de una institución anglosajona a la luz de los regímenes jurídicos de ascendencia romana. Sin embargo, no aceptamos la explicación tomando como base el desdoblamiento de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de tener dos titulares, porque la existencia de uno excluye la de otro; además no debemos olvidar que el sistema inglés se desarrolla en un doble orden jurídico: el de derecho común y el de equidad donde coexisten dos titulares diferentes acerca de un mismo derecho, lo cual no ocurre en los sistemas latinos, donde el orden jurídico es único, y dentro del mismo y respecto de un derecho, sólo se puede reconocer a un titular y la existencia de otro, debe ser posterior y con un título derivado del anterior detentador.

Otro exponente de la teoría del desdoblamiento de la propiedad, aunque no califique de este modo a su teoría es Manuel Lizardi Albarrán ¹⁰²

En su obra señala que el fideicomiso opera sobre el derecho de propiedad, o mejor dicho de titularidad regulado por nuestro derecho y lo descompone en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución. Uno de estos derechos, el del fiduciario, se caracteriza generalmente por la facultad de disposición, por lo que el fiduciario se ostenta ante terceros como propietario (propietario fiduciario); ya que dicha facultad es arbitrio esencial del derecho de propiedad. Esto configura el derecho del fiduciario como un nuevo derecho distinto del de propiedad. Este derecho es temporal (por regla general no podrá exceder de treinta años), existe además la función de un fin por realizar y no representa para su titular (el fiduciario) ningún valor económico.

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

La existencia del derecho del fideicomisario depende de la del fiduciario y es por tanto, también temporal.

La última característica distintiva de los derechos del fideicomisario está en los efectos reales a los que da lugar. El fiduciario ejerce el dominio sobre los

¹⁰² Lizardi Albarrán Manuel. *Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. UNAM. México. 1945. p 199-202.

bienes objeto de la relación y sin embargo, puede el fideicomisario, en los casos señalados por la ley, perseguirlos y aún reivindicarlos dentro de los límites de un régimen especial según sean muebles, inmuebles o títulos valores para restituirlos al fondo del fideicomiso.

Es por esto que según este autor, el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un derecho real de tipo especial.

En resumen, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar la cosa de un tercero que detente o posea sin justo título; el del fideicomisario, con valor económico, pero con efectos excepcionales tendientes a la protección del fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentre las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación. Ambos derechos tienen por su relación entre sí y su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario; reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición.

Crítica:

La exposición anterior, no nos parece la más adecuada, ya que no pueden coexistir dos derechos reales de propiedad sobre un mismo bien, en nuestro sistema jurídico. Tampoco es correcto distinguir una doble titularidad de un derecho por su contenido jurídico y por su contenido económico (que sale del campo jurídico). Además, los derechos del fideicomisario son de carácter personal, pues consisten en exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. En cuanto al supuesto derecho de "reivindicar" los bienes que salen del patrimonio

del fideicomiso, por exceso de las facultades o por mala fe del fiduciario, no se debe entender como una Acción Reivindicatoria, que competiría al propietario, sino de una "Acción Pauliana" (en fraude de acreedores) de carácter especial, que corresponde al fideicomisario como acreedor del fiduciario en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Hay que dejar claro que la propiedad es el derecho real por excelencia. El fideicomitente al desposeerse de éste, transmite los bienes. Los demás derechos reales son independientes al de propiedad y no existe éste como derecho fraccionado. Es importante mencionar que la palabra "título" significa sólo la representación jurídica del derecho, o sea la cosa material (escritura, título valor etc.) que acredita el derecho de propiedad, pero en el Derecho Anglosajón, se admite que "titularidad" sea una función que sirva a intereses ajenos, por lo cual no lo debemos confundir.¹⁰³

5.- Teorías de la Titularidad del Fiduciario.

a) Teoría de Joaquín Rodríguez y Rodríguez.

El Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez,¹⁰⁴ analiza al fideicomiso desde un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como negocio fiduciario, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad y el que concierne a su calificación como operación bancaria.

¹⁰³ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 156.

¹⁰⁴ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Porrúa, México, 1947. p 351-354.

Rodríguez considera al fideicomiso como una variedad de los negocios fiduciarios caracterizados por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Admite que en estos negocios hay un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y uno interno de naturaleza obligatoria que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero con efectos *inter partes*.

Por eso concibe al fideicomiso como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo los actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no deja de ser dominio sobre el patrimonio, pero es dueño temporal y sólo en función del fin que debe realizarse. De este modo el fiduciario sería "dueño jurídico" más no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. El fiduciario ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno.

Respecto al fideicomiso como régimen de propiedad, la ley entiende que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos de formalidad (escritura pública), publicidad (inscripción en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de inmuebles); notificación, endoso, tradición, etc. cuando son muebles. Esta traslación de dominio, produce efectos contra terceros, lo que significa que el fiduciario aparece como dueño.

Según este autor el dominio fiduciario tiene como límite:

- 1) los actos se ejercen en función del fin a realizar y no del interés del fiduciario (arts. 346 y 351 párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 2) El beneficio económico del fideicomiso, recae sobre el fideicomisario (art. 348 párrafo segundo).
- 3) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales señalados al constituirlo.
- 4) Los bienes deben volver al fideicomitente (art. 358) Excepto en los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público, instituciones de beneficencia o culturales que tendrán el carácter de fideicomisos irrevocables. De este modo los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio, fin o afectación (arts. 346, 351 y 355) en el entendido que un patrimonio separado o un patrimonio fin o de afectación no son patrimonio sin titular.

Rodríguez considera al fideicomiso como operación bancaria de acuerdo en lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por tanto un acto de comercio (art. 75 Frac. XIV del Código de Comercio) y por estar considerado como una operación de crédito (art. 2 de la L.G.T.O.C).

Crítica:

Compartimos la opinión del Dr. Rodríguez, sin perjuicio de hacer notar lo siguiente:

El fideicomiso es un negocio fiduciario en virtud del cual se le transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos con la limitación de realizar sólo los actos exigidos para el cumplimiento del fin para el cual se destinan. Villagordoa¹⁰⁵ no está de acuerdo en designar a esas limitaciones de la titularidad del

¹⁰⁵ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 98-99.

fiduciario como "Propiedad Fiduciaria", sino que el fiduciario es el titular de pleno derecho de los bienes o derechos transmitidos.

Como todo derecho, puede limitarse de conformidad con lo que se convenga en el contrato, siempre que no se lesionen intereses de carácter público y se encuentren sancionados con la nulidad de pleno derecho tal y como ocurre en el fideicomiso. La relación obligatoria del negocio fiduciario es la que establece esas limitaciones y surte efectos entre el fiduciario y beneficiario quien tiene las acciones personales consiguientes para exigir, en cualquier tiempo el cumplimiento de los fines del propio negocio.

Villagordoa, hace la aclaración, respecto a la interpretación de Rodríguez del artículo 358 de la L.G.T.O.C, y señala que esta disposición es supletoria de la voluntad de las partes cuando a pesar de que acuerden otra cosa, sea imposible que a la extinción del fideicomiso regresen los bienes fideicomitidos al fideicomitente o a sus herederos. Un ejemplo de esto es cuando el fideicomitente recibe una contraprestación por la constitución del fideicomiso, por lo que deja de tener un interés sobre el negocio.

b) Teoría de Carlos Yarza Ochoa.

El citado autor en su tesis sobre "El derecho de Propiedad en el Fideicomiso"¹⁰⁶ considera que el fiduciario puede ser titular del derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos fundamentándose en los antecedentes históricos y doctrinales de nuestro fideicomiso, en el concepto de derecho de

¹⁰⁶ Yarza Ochoa, Carlos. *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. UNAM. México, 1949. p 120-122.

propiedad del ordenamiento jurídico mexicano y en la tendencia de la L.G.T.O.C. y sobre Instituciones de Crédito.

Yarza rechaza las teorías que niegan al fiduciario el carácter de propietario de los bienes fideicomitidos cuando éstos son objeto de un derecho de propiedad; las que señalan que en el fideicomiso existe un derecho de propiedad sin titular o un patrimonio autónomo; declara que en el fideicomiso no desaparece el derecho de propiedad, ni su esencia consiste en la creación de un nuevo derecho real. El citado jurista aclara que el derecho de propiedad concede a su titular el máximo señorío sobre una cosa por lo que el propietario puede imponer las restricciones, límites, modalidades etc. por lo que es posible que pueda faltar al contenido del derecho de propiedad una o más facultades sin que deje de ser dueño, puesto que dicho contenido es elástico. El fiduciario, puede a veces adquirir el derecho de propiedad y hacer de él lo que considere más adecuado para el cumplimiento del fin sin importar las limitaciones inherentes al fideicomiso, ya sean impuestas por la ley o por la voluntad de las partes, para considerarlo como propietario, pues la falta de disposición o el no aprovechar para sí los productos de la cosa no desnaturalizan su derecho de propiedad. Cuando se destina un derecho a un fin, por el beneficio social que involucra o por el rendimiento económico que puede obtenerse, recibe del legislador una figura legal, y las protecciones y privilegios necesarios para que el fin pueda realizarse. No hay razón para que cambie la naturaleza jurídica de ese derecho y deje de tener un titular.

En su obra, Yarza analiza el artículo 351 de la L.G.T.O.C que dice:

"Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo los que sean estrictamente personales de su titular..."

Así pues se entiende que el derecho de propiedad es transmisible la mayoría de las veces y no es estrictamente personal, por lo que debemos aceptar que se puede constituir un fideicomiso que tenga por objeto un derecho de propiedad. De esta manera, el artículo 352 establece que la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso a favor de fiduciario y el artículo 356 del mismo ordenamiento que dice que la Institución Fiduciaria tendrá todos los derechos que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso y como se trata de un derecho de propiedad, concluye que: cuando se constituye un fideicomiso que tenga por objeto un derecho de propiedad, el único dueño es la Institución Fiduciaria.

Crítica:

Yarza estudia principalmente el problema de la propiedad en el fideicomiso, cuando el objeto de la operación lo forma tan solo este derecho. Sin embargo, podemos sostener que en el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de los derechos y la propiedad de los bienes materia de esta operación al fiduciario, para que mediante el ejercicio de tales derechos pueda lograr el cumplimiento de los fines. De igual manera, podemos hacer extensiva esta transmisión a los derechos de crédito en un fideicomiso, por lo que estamos de acuerdo con la teoría del autor en cuestión.

c) Teoría de Jorge Serrano Trasviña.

En su tesis titulada "Aportación al Fideicomiso"¹⁰⁷ Analiza la naturaleza jurídica de la institución partiendo de conceptos como el de "fiducidad" y

¹⁰⁷ Serrano. Op.cit. supra nota 35.p 326-334.

"tipicidad" para concluir con los conceptos de "titularidad del patrimonio del fideicomiso".

En el negocio fiduciario, se encuentra el elemento de "fiducidad" en oposición a "tipicidad" como señala Cervantes Ahumada.¹⁰⁸ La L.G.T.O.C. hace innecesaria la confianza porque establece medios jurídicos que garantizan a los beneficiarios protección efectiva de sus derechos. El fideicomiso es por tanto negocio afiduciario ya que no descansa en la fe que guardan las partes que lo integran, sino en la medida que existe en toda relación interhumana y jurídica.

Respecto al patrimonio de afectación, la regla general del artículo 351, ya citado, rige en el fideicomiso. De este modo el fideicomiso supone un patrimonio de afectación con destino cierto y determinado, pero tal patrimonio no carece de titular.

El patrimonio del fideicomiso tiene un destino que determina los derechos y acciones que sobre él se ejercitan imputados a un titular (fiduciaria) encargada de sustanciar el negocio y llevar a cabo la consecución del mismo. Dicha consecución supone una actividad, según el objetivo y la naturaleza de los derechos fideicomitados, cuya realización requiere la autorización o "facultamiento" otorgado por el orden jurídico. Los derechos subjetivos necesarios al cumplimiento del fideicomiso se otorgan a la institución fiduciaria, según disposición del artículo 356 de la L.G.T.O.C. relacionada con el 351.

Podría oponerse a lo anterior la afirmación de que el fiduciario está facultado a vender únicamente si fuere necesario a la consecución del negocio,

¹⁰⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. *Titulos y Operaciones de Crédito*. Herro. México, 1979. p 307-308.

pero eso no niega al fiduciario su carácter de titular de los derechos fideicomitidos. Los únicos derechos y acciones que se ejercitan sobre el patrimonio del negocio son los tendientes a la finalidad del mismo, y son los que se otorgan al fiduciario. De aquí que en los casos en que no se haga necesaria la enajenación del patrimonio y no se autorice al fiduciario, se concluye que tampoco se consumó la transmisión de propiedad al fiduciario. Tal transmisión se limitó al usufructo u otro derecho real que haya requerido el negocio en sí. Puede haber casos de transmisión de dominio con reserva de vender, pero no significa que la propiedad no sea del fiduciario, simplemente es una obligación del fiduciario para poder cumplir con el fin del fideicomiso.

Serrano define al fideicomiso como:

"...negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio, en virtud del deber jurídico impuesto a su titular." ¹⁰⁹

Crítica:

Pensamos que tanto la "fiducidad" y la "tipicidad", se dan conjuntamente en el fideicomiso, ya que aunque el fideicomiso esté tipificado en la ley y la característica de fiducidad del negocio fiduciario no se tipifique en la misma, esto no obsta para que en razón de la confianza que tiene el fideicomitente en una Institución Fiduciaria, constituya un fideicomiso, como se desprende y se intuye del mismo artículo 356 de la L.G.T.O.C. al establecer que el fiduciario deberá obrar como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

¹⁰⁹ Serrano. Op.cit. supra nota. 35. p 369.

Sin perjuicio de este comentario, estamos de acuerdo con el autor en cuanto a que la titularidad del patrimonio del fideicomiso corresponde al fiduciario aunque a veces no detente el derecho de propiedad como es el caso del usufructo en el que el fideicomitente se reserva la nuda propiedad.

La definición del autor es bastante completa ya que atiende también a la naturaleza de los derechos transmitidos al fiduciario para la consecución de los fines del fideicomiso.

d) Teoría de Mariano Navarro Matorell.

Al criticar a Cariota Ferrara quien niega el concepto de propiedad fiduciaria señala que: "por lo demás, el que la propiedad transmitida al fiduciario sea una verdadera y plena propiedad, no es razón para afirmar, que no pudiéndose distinguir del similar derecho de otro titular, sea inexacto hablar de una propiedad fiduciaria... No es necesario diferenciar en la esencia de una institución jurídica para justificar un calificativo determinativo. La propiedad transmitida fiduciariamente posee particularidades para justificarlo, y por otra parte, la razón aducida por dicho autor serviría para anular toda denominación no especificativa. Convenimos que no se trata de una propiedad especial, pero sus circunstancias la caracterizan para recibir una denominación peculiar."¹¹⁰

Sin admitir una separación tajante, hace la sutil diferencia entre los efectos internos y externos de la propiedad transmitida al fiduciario. Habiéndose transmitido verdadera y plena propiedad, el objeto para el que ha sido hecha la

¹¹⁰ Navarro Matorell, Mariano. *La Propiedad Fiduciaria*. Bosch, Barcelona, 1950. p 178-179.

transmisión implica un especial predominio de su efectividad exterior, mientras que el vínculo obligatorio modifica la relación de propiedad entre las partes. No es relevante que en la titularidad del fiduciario hay que destacar su valor hacia lo exterior, porque en el terreno subjetivo, es donde el fiduciario se sabe limitado en su titularidad y a habida cuenta de que la palabra "dominio" tiene un sentido subjetivo, la palabra "propiedad" lo tiene objetivo (relación de pertenencia). De lo anterior se puede extraer una razón para afirmar la "propiedad fiduciaria" ¹¹¹

La propiedad fiduciaria no es ni limitada ni dividida. El fiduciario adquiere sobre el objeto la plena e irrevocable y absoluta propiedad, no solo frente a terceros, sino frente al fiduciante o fideicomisario. Tanto las limitaciones relativas a la extensión del derecho de propiedad (facultades de su titular), como las relativas a su duración, no recaen en el derecho real en sí, sino sobre su sujeto: son obligaciones personales, en cuyo nombre, podrá el fiduciante, en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, más no una renovación de lo dispuesto por éste último, ni menos la reivindicación de la cosa.

Puede, definirse la propiedad fiduciaria como peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y sobre el tiempo de duración de su titularidad. Valga la expresión, es como una propiedad detentada legalmente por un no verdadero propietario.

Al añadirse al contrato real transmisivo, la convención obligatoria, el resultado de ambos se interpretará concluyendo que el fiduciario no debe enajenar si en el pacto obligatorio se comprometió a no hacerlo. Esto es muy diferente de si puede realmente llevar a cabo con eficacia la enajenación; y lo

¹¹¹ Idem. p 181-182.

cierto es que puede hacerlo, y el tercero adquirente recibirá válidamente la cosa en propiedad.¹¹²

Crítica:

Respecto a la situación de los bienes fideicomitidos en un acto jurídico de "fiducia" (no en el fideicomiso bancario) estamos de acuerdo con la doctrina de Navarro. Algunos autores como Moreno Tripp¹¹³ no comprenden por qué no se considera por este autor a la propiedad fiduciaria como una propiedad especial, dadas las características del contrato (transmisión de los bienes para la realización de un fin única y exclusivamente) ya que de lo contrario, la transmisión de los bienes fideicomitidos sería como cualquier otra transmisión común de propiedad. Sin embargo, nosotros consideramos que el hecho de que ese derecho de propiedad transmitido a la fiduciaria esté sujeto al cumplimiento de ciertas obligaciones, no significa que tenga que ser una propiedad especial.

6.- Teoría de Ramón Sánchez Medal.

En su obra¹¹⁴ critica las teorías del mandato y de la transmisión de la propiedad en el fideicomiso ya que cuando la regla general ya no es disponer y disfrutar de la cosa, sino sólo tener unas cuantas y expresas facultades sobre los bienes en cuestión, ya no se puede hablar de una verdadera propiedad y ni siquiera de una "propiedad restringida", porque si así fuera el usufructuario por ejemplo, sería propietario pero con una propiedad limitada y restringida. Añade que los derechos reales limitados tienen una duración temporal (excepto las servidumbres prediales) a diferencia de la perpetuidad que acompaña como sello

¹¹² Idem. p 197-198.

¹¹³ Moreno Tripp. Op.cit. supra nota 66 p 160 y ss.

¹¹⁴ Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos Civiles*. 13a Ed. Porrúa, México. p 511-514.

distintivo a la propiedad, lo cual falta a la institución fiduciaria por las facultades limitadas que se le conceden.

Sánchez Medal, señala dos aspectos en los que falta la transmisión de la propiedad a favor de la Institución Fiduciaria. El primero se refiere a que cuando ésta, en ejercicio de los derechos que le concede el fideicomiso, vende a terceros los bienes fideicomitidos, no es ella, sino el fideicomitente, quien responde por el saneamiento en caso de evicción; y en segundo término, el hecho de que para la constitución del fideicomiso basta, según el artículo 347 de la L.G.T.O.C. la afectación de un bien al fin del fideicomiso, sin necesidad de designar en ese momento, sino hasta después, a la Institución Fiduciaria encargada de realizar tal finalidad, lo cual sería inexplicable si en realidad hubiera transmisión de propiedad a la institución fiduciaria, sea que ésta se designe en el acto constitutivo del fideicomiso o con posterioridad a ese acto inicial.

Sánchez Medal señala que quienes afirman que por virtud del fideicomiso se produce una transmisión de propiedad por parte del fideicomitente en favor de la Institución Fiduciaria, pero que tal propiedad no es plenamente tal, sino restringida (propiedad fiduciaria), no pueden explicar como es que dicha Institución Fiduciaria puede transmitir más adelante en favor de terceros una propiedad restringida que se dice ella tiene.

Así pues, el autor expone porqué el fideicomiso es una substitución de la legitimación por parte del fiduciario sobre el fideicomitente en relación a los bienes fideicomitidos. Señala que como propiedad se entiende la situación jurídica de un bien determinado que pertenece a o forma parte de un patrimonio. en tanto que por legitimación se entiende la facultad concedida o reconocida a

una persona por la ley para disfrutar y disponer de dicho bien. Expone que en nuestro derecho, a veces la legitimación no coincide con el propietario como es el caso de la representación de las personas sujetas a interdicción o las facultades del síndico sobre los bienes del fallido.

Concluye que en el fideicomiso mexicano, no hay transmisión de bienes a la Institución Fiduciaria, sino que sólo se enviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente aunque no pueda disponer de ellos. Del mismo modo, ni sus acreedores pueden embargarlos o practicar ejecución sobre dichos bienes. Es pues el fideicomiso una especie de gravamen distinto a la hipoteca y de la prenda.

Crítica:

No coincidimos con el Maestro Sánchez Medal y tomamos en cuenta lo indicado por Moreno Tripp ¹¹⁵ en virtud de que es posible hablar de una propiedad fiduciaria o "restringida" pero sin que pierda el derecho de propiedad todas sus características, ya que nuestra legislación reconoce diversas figuras donde se habla de propiedad restringida como el patrimonio de familia en la que como señala el mismo autor, quien constituye dicha figura, sigue siendo propietario, sin embargo, no puede destinar este patrimonio a otro fin, por lo que su propiedad es restringida.

Aunque el fideicomitente responde por el saneamiento en caso de evicción, cuando el fiduciario transmite los bienes fideicomitidos a un tercero, no creemos que sea una ausencia de transmisión de propiedad a favor de la

¹¹⁵ Moreno Tripp. Op.cit. supra nota 66. p 179-182.

fiduciaria, ya que esta obligación puede por pacto entre las partes, disminuir sus efectos e incluso desaparecer y es así como no hay disposición en nuestra legislación que prohíba que el saneamiento para el caso de evicción sea prestado por un tercero. Además por justicia, no se obliga a la fiduciaria a prestar el saneamiento sobre un bien que nunca ha disfrutado en su provecho.

Respecto al punto que versa en que no se ha podido explicar la incongruencia de que la fiduciaria, teniendo una propiedad limitada, pueda transmitir a un tercero una propiedad plena, no se explica lo obvio ya que la fiduciaria al transmitir un bien lo hace en ejecución de un fideicomiso cuya finalidad es la transmisión de ese bien, por lo que está facultado para realizar este acto. Quien adquiere el bien fideicomitado, lo hace con una propiedad plena y no restringida, ya que simultáneamente a la transmisión opera la extinción del fideicomiso por haberse cumplido con la finalidad.

Por último agregamos que si la fiduciaria detentara únicamente la legitimación desdoblada por el fideicomitente respecto a los bienes afectados, éste detentaría la propiedad.

No obstante, reconocemos que es usual que mediante una contraprestación dada al fideicomitente en la constitución del fideicomiso, éste último renuncie a cualquier derecho que pudiera tener en su calidad de fideicomitente por lo que no tiene ningún interés en los bienes, convirtiéndose en un sujeto pasivo. Así el fiduciario es el único que puede ejercitar todos los actos y acciones posibles de ser ejecutados sobre los bienes afectados.

B) CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

El tratar de definir al fideicomiso, es una tarea difícil y controvertida en la que los más destacados doctrinarios aún no se ponen de acuerdo, ya que existen, como pudimos constatar, varias teorías acerca de su naturaleza jurídica. Inclusive la misma ley mexicana había sido insegura y se había prestado a muchas interpretaciones, como más adelante lo veremos al analizar ésta y sus reformas.

El fideicomiso en nuestra legislación, dista ya del concepto del *trust* anglosajón y de la *fiducia* romana que tiene, como ya lo vimos, una connotación más bien hereditaria. Actualmente nuestra legislación en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria"

1.- Doble aspecto en el fideicomiso: naturaleza del acto que lo constituye y quién es el titular del derecho de propiedad.

Por su parte Jorge Alfredo Domínguez Martínez ¹¹⁶ define al fideicomiso como:

"El negocio jurídico por el que el fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado con el encargo de éste de ejecutar los actos tendientes a la realización de ese fin, a una institución fiduciaria que se obliga a ello"

¹¹⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. 3a Ed. Porrúa. México. 1982. p 188.

El autor anteriormente citado ¹¹⁷ hace un análisis e interpretación de las diversas teorías acerca de la naturaleza del fideicomiso, lo que culminará en un punto de vista interesante el desde el que se trata de definir al fideicomiso como un "Acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario"

Domínguez Martínez ¹¹⁸, señala que el fideicomitente es propietario de ciertos bienes de los cuales puede disponer y destinará un fin lícito y determinado en beneficio de alguien (fideicomisario) encargando la realización de estos a una institución fiduciaria. Ante la discusión de si el fideicomiso es un acto unilateral o bilateral, el autor en cita dice que la unilateralidad se da en el acto constitutivo del fideicomiso ya que corre por el fideicomitente sin perjuicio de que la ejecución se de al contratarse con la fiduciaria (acto contractual bilateral).

El fideicomiso es un negocio jurídico porque interviene la voluntad, e indica que los contratos también pueden ser unilaterales según el art. 1835 del Código Civil para el D.F. cuando las prestaciones son a cargo de una de las partes.

Es necesario hacer la diferencia que el contrato ya celebrado entre el fideicomitente, fideicomisario o juez de primera instancia por una parte y el fiduciario por otra, tiene por objeto no la constitución del fideicomiso sino la ejecución o logro de acuerdo con los arts. 346, 350, 352 de la L.G.T.O.C..

La declaración unilateral de la voluntad en el sentido que alude el autor ¹¹⁹ radica en las acciones de destinar los bienes a un fin determinado y lícito y en el

¹¹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*. Porrúa. México, 1994. p 6.

¹¹⁸ Idem. p 5 y ss.

¹¹⁹ Idem. p 22 y ss.

encomendar a uno que los realice. Estas facultades son características del derecho de propiedad, sin más limitante que la licitud del fin y la aceptación de la fiduciaria.

Al efecto señala Molina Pasquel ¹²⁰ ..."puede que el fideicomiso se contenga en un contrato, pero no será el acuerdo de voluntades el que lo constituya, sino la voluntad del fideicomitente." Coincide Landerreche Obregón ¹²¹ en cuanto a que "el fideicomitente crea el fideicomiso en un acto unilateral sin que necesite del concurso del fiduciario ni del fideicomisario." Esta creación puede hacerse por actos *intervivos* o por testamento y se realiza por la destinación que hace el fideicomitente de determinados bienes al fin que el mismo señala.

Lo anterior ha sido atacado por las tesis contractualistas que señalan que el fideicomiso es un contrato tripartita cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deben dar cada una de las partes. Siendo un contrato sinalagmático (derechos u obligaciones recíprocos) la pretendida naturaleza unilateral es una oferta o policitación que puede ser irrevocable. Esta reciprocidad radica en el art. 1949 del Código Civil:

"...la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere con la que le incumbe..."

Así si uno de los contratantes falta a su obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el consentimiento a su cumplimiento.

¹²⁰ Molina. Op.cit. supra nota 60. p 139.

¹²¹ Landerreche. Op.cit. supra nota 91 p 206.

Pese a lo anterior, sí se reconoce que es necesaria una aceptación de la fiduciaria, en lo cual radica la naturaleza contractual del fideicomiso. Aunque en la encomienda que hace el fideicomitente no interviene la fiduciaria, esto no afecta esa relación contractual al acto constitutivo. Además si el fideicomiso solo fuera un contrato no se constituiría, sino que se celebraría.¹²²

Para Jorge Barrera Graf ¹²³ el fideicomiso como declaración unilateral de la voluntad no tiene sustento ya que no es un testamento (aunque existan fideicomisos testamentarios) . Sostiene que es un contrato aunque con la indeterminación de una de las partes (fiduciario) según el art. 350 de la L.G.T.O.C. pero que se requiere su presencia posterior o de lo contrario el fideicomiso se extingue.

Para Domínguez Martínez ¹²⁴ no puede haber indeterminación de las partes, ya que se necesita la concurrencia de voluntades y titulares. Insiste en que aunque la comparecencia y la aceptación de la fiduciaria se hace después, ese supuesto se da en el caso de que al constituirse el fideicomiso no se designara a la fiduciaria y que esto es independiente a la destinación hecha respecto de sus bienes por el fideicomitente al constituir el fideicomiso.

Lizardi Albarrán ¹²⁵ deduce la naturaleza contractual del fideicomiso al señalar que en art. 350 de la Ley en el que a la falta de fiduciaria aceptante cesará el fideicomiso, entendiendo esto como un "dejará de existir". Esto lo critica Domínguez en cuanto a que si fueren diferentes los términos en los que la ley estuviera redactada, la naturaleza del fideicomiso sería distinta, y nada autoriza

¹²² Domínguez. Op.cit. supra nota 116. p 47-48.

¹²³ Barrera Graf, Jorge. *Estudios de Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 1958. p 355.

¹²⁴ Domínguez. Op.cit. supra nota 117. p 53-54.

¹²⁵ Lizardi Albarrán. Op.cit. supra nota 102. p 130.

pensar el que la ley debió decir tal o cual cosa, ya que la interpretación debe partir de lo indicado expresamente. De esta manera si la ley señala que en el supuesto de falta de aceptación cesará el fideicomiso es porque para la ley el fideicomiso ya está constituido sin la aceptación de la fiduciaria, y si esta no aceptare, el fideicomiso se extingue.¹²⁶

Aunque en el fideicomiso no haya un compromiso unilateral de ofertar (obligación del fideicomitente de destinar) es porque la misma ley no lo establece. El hecho de que no cree obligaciones, no le quita el carácter de declaración unilateral de la voluntad.

Acosta Romero¹²⁷ dice que la simple manifestación de la voluntad no transmite bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir esos bienes o derechos. Acosta Romero, señala que el fideicomiso es un contrato, además así es en el derecho anglosajón de donde tomamos esta figura, por tanto la práctica bancaria y la intención del legislador lo consideran así.

Para seguir sosteniendo su teoría Domínguez Martínez¹²⁸ desvirtúa el argumento anterior diciendo que no hay transmisión de propiedad ya que el fideicomitente destina como lo dice textualmente la ley (no "transmite"), conservando la fiduciaria sólo la "titularidad" que la legitima para cumplir con la encomienda. En el Fideicomiso, el contrato sólo consistiría en la aceptación de la

¹²⁶ Domínguez. Op.cit. supra nota 117. p 56 y ss.

¹²⁷ Acosta Romero, Miguel. "Naturaleza Jurídica en el Fideicomiso" en *Las Instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. Banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México. 1982. p 127 , 160 y ss.

¹²⁸ Domínguez. Op.cit. supra nota 117. p 60.

fiduciaria respecto al encargo, no por la aceptación del destino que se le pretende dar a los bienes (fase constitutiva del fideicomiso).

El autor en cuestión, en cuanto a la propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad de la fiduciaria (efectos jurídicos patrimoniales) trata de hacer un fundamento de su teoría criticando las tesis de diversos autores ya expuestas, más es muy interesante analizar sus razonamientos para tratar de llegar a una conclusión respecto a la naturaleza jurídica y una definición del fideicomiso, indispensable para continuar con el desarrollo principal de este trabajo.

Domínguez Martínez ¹²⁹ dice que el fideicomiso es un acto dispositivo, que no podría realizar el fideicomitente si no fuese el propietario, negando por supuesto que los bienes fideicomitados sean un patrimonio autónomo o del dominio de la fiduciaria, o el desdoblamiento del derecho de propiedad, o la existencia de la llamada "propiedad fiduciaria". Respecto al patrimonio como dominio de la fiduciaria, el art. 353 de la L.G.T.O.C. a la letra dice:

"El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados..."

Barrera Graf¹³⁰ indica que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario donde se observa ese efecto traslativo sin más limitación que la habida por la fiduciaria por su obligación de destinar los bienes a la finalidad dispuesta. La transmisión es plena al ser nuestro sistema el derecho de propiedad absoluto e indivisible. La transmisión a favor del fiduciario es *erga homines* válida frente al

¹²⁹ Idem. p 83 y ss.

¹³⁰ Barrera, Op.cit. supra nota 123. p 355 y ss.

fiduciante o fideicomitente que pierde la propiedad y la titularidad. La obligación del fiduciario de destinar los bienes a una finalidad, configura un tipo especial de relación en la cual, habiendo transmisión plena, ésta se encuentra limitada internamente entre fideicomitente y fiduciaria, a tal grado que el fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento; punto en el cual coincide el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez ¹³¹ quien además apunta coincidiendo con el art. 358 de la multicitada ley que extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente con excepción de los fideicomitidos constituidos en favor de personas de orden público e instituciones de beneficencia, corroborando la transmisión de la propiedad. Los bienes fideicomitidos tienen como titular jurídico al fiduciario y como titular económico al fideicomitente y al fideicomisario.

Domínguez critica todo lo anterior ya que si bien el art. 352 de la ley indica que la constitución del fideicomiso debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de derechos de propiedad, la razón de esto no es porque éstos sean objeto de una transmisión de propiedad, sino que su constitución se ajusta a lo establecido para los actos traslativos, siendo esto una cuestión formal. El bien no deja de ser propiedad del fideicomitente ya que no debe ser inscrito como de la propiedad de la fiduciaria, así fuera limitada esa propiedad. Además no todas las inscripciones en el Registro Público son de actos traslativos de dominio, sino que también se inscriben gravámenes, limitaciones arrendamientos etc.

Se dice que la ley no hace referencia expresa a una transmisión de propiedad cuyo objeto sean los bienes fideicomitidos. Sólo habla de dar los

¹³¹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *La separación de los bienes en la quiebra*. Imprenta Universitaria. México, 1951. p 196.

bienes en fideicomiso, (no en propiedad) además de utilizar claramente expresiones como "destinar", "afectar", "devolverá", "buen padre de familia" etc.

En el fideicomiso el acto unilateral constitutivo de la voluntad, afecta y destina los bienes, que en el sentido literal significan imponer gravámenes, cargas u obligaciones sobre cosa alguna; y en un segundo acto de naturaleza contractual hace el encargo a la institución y en consecuencia los bienes se considerarán afectos al fin y sólo podrán ejecutarse respecto a ellos los derechos y acciones que correspondan.

La expresión "buen padre de familia" implica diligencia y también se aplica al mandatario, usufructuario, arrendatario, etc. Esto hace alusión al art. 724 del Código Civil del D.F.

"La constitución del patrimonio de familia no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria..."

Otro argumento con el que se trata de desconocer la transmisión dominical de la propiedad a la fiduciaria es la posibilidad de que el fideicomitente pueda designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen sus funciones bajo las condiciones establecidas. Ante esto, si hubiera transmisión de propiedad, las fiduciarias serían copropietarias lo cual haría complicada la dinámica del fideicomiso.

Respecto a las causas de extinción del fideicomiso señaladas en las fracciones V y VI del art. 357 que dicen:

V. Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho de constituir el fideicomiso.

Suponen un acuerdo de voluntades y un acto unilateral donde es parte el fideicomitente. En la última fracción sólo participa el fideicomitente y no la fiduciaria porque esta última no tiene el derecho de propiedad. Esto se pretende reforzar con lo señalado en el art. 358 respecto a la devolución de los bienes de la fiduciaria al fideicomitente como efecto de la extinción del fideicomiso cuando no se realizó el fin o cuando existe otra disposición diferente en cuanto a los bienes. La palabra empleada en la ley es "devolver" (regresar lo que le pertenece a otra persona) no "revertir" ni "retransmitir". Lo anterior claramente se observa en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en los arts. 158 y 159 para el caso de que el quebrado (Institución Fiduciaria) que tuviera bienes (fideicomitados) sin ser su propietario, debe restituirlos y separarlos de la masa de la quiebra.

En conclusión a esta teoría, la propiedad la conserva el fideicomitente y el destino de los bienes está protegido por la ley con la limitación de no causar ningún daño a terceros y de ejercitarse con respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran. Así un bien dado en fideicomiso no puede embargarse por una deuda del fideicomitente pues este acto es ajeno a los fines del fideicomiso, sin perjuicio de que la fiduciaria en ejecución de los fines asuma deudas para cuya garantía (convencional o judicial) sean señalados los bienes fideicomitados. No hay que olvidar que su respectiva constitución está afectada de nulidad si es en fraude de acreedores.

Por disposición expresa de la ley sólo las instituciones autorizadas pueden ser fiduciarias por lo que ésta es la titular de los bienes fideicomitados, lo que

implica que sólo puede ejecutar los actos tendientes a lograr los fines obrando por cuenta del fideicomitente en beneficio del fideicomisario (similar al mandato).

En caso de muerte del fideicomitente, los bienes no pasan a su sucesión, ya que están afectados al cumplimiento de los fines, mas esto no impide decir que el fideicomitente conserva la propiedad de los mismos.

Domínguez Martínez cita a Sánchez Medal¹³² y sigue su misma línea la cual ya fue analizada en su oportunidad. En el fideicomiso, sólo se le concede los derechos necesarios (legitimación) al fiduciario para realizar el fin, no perdiendo el fideicomitente la propiedad de los bienes. No hay transmisión de derechos ni representación de persona sino una substitución en los derechos del fideicomitente por la fiduciaria. Hay una substracción de los bienes objeto de esos derechos a la posibilidad de que el fideicomitente disponga de ellos o a que los acreedores de este los embarguen o practiquen ejecución. Así el fideicomiso mexicano es una especie de gravamen.

Según el autor en cita el que se hable de fideicomiso "irrevocable" o "traslativo de dominio", sólo alude a los fines del fideicomiso, siendo un acto de dominio y no de administración aún cuando los fines del fideicomiso no sean traslativos de propiedad, sino sólo de inversión, administración, garantía o cualquier otro. Así el acto de dominio no tiene que ser solo para trasladar el dominio, sino que puede ser de administración, etc.

Visto lo anterior. en cuanto a la unilateralidad del fideicomiso, es necesario distinguir entre acto unilateral (nace simplemente de la manifestación de la

¹³² Sánchez Medal, Ramón. "El fideicomiso mexicano como acto sobre patrimonio ajeno". Revista de Derecho Notarial. México, año xii, núm 51. junio 1973.

voluntad del creador quien soporta todas las obligaciones) y un contrato unilateral (nace de una declaración unilateral de la voluntad a la que acepta otra). La conclusión sería que un contrato puede nacer por declaración unilateral, resultando obligada una parte: el fideicomitente quien transmite los bienes y la titularidad de los derechos a la fiduciaria, la cual acepta su cargo, obligándose entonces a cumplir con el encargo hecho por el fideicomitente. Prácticamente, si bien la manifestación de la voluntad del fideicomitente es importante, es necesaria la relación con el fideicomisario (motivo del fideicomiso) a través del fiduciario, formándose una relación contractual, que junto con la ley es fuente de derechos y obligaciones para las partes.

Si sólo se tomara en cuenta la declaración unilateral del fideicomisario, el fideicomiso no podría realizarse ya que la existencia de un convenio es requisito de validez. El fideicomiso no puede darse sin la fiduciaria, demostrándose una relación bilateral aunque el contrato o medio por el que se constituyó es unilateral.

El fideicomiso es un contrato de acuerdo con los arts. 1792 y 1793 del Código Civil para el D.F. aunque la L.G.T.O.C. hable de un acto constitutivo. No hay que olvidar que en los convenios o contratos, las obligaciones pueden ser bilaterales o unilaterales (arts. 1835 y 1836 del Código Civil). En nuestra opinión el fideicomiso bancario es un contrato al ser admitido por la legislación bancaria, la cual limita y regula la actuación de los fiduciarios y reglamenta los derechos de las partes.

En cuanto al punto referente a la transmisión de la propiedad por parte del fideicomitente, pese a todo lo anteriormente expuesto, es la teoría que más nos

convence y que se reiterará al estudiar más adelante los elementos reales del fideicomiso. De esta manera, el objeto material del fideicomiso, como bien apunta Viesca ¹³³ al exponer el aspecto jurídico real del fideicomiso, lo constituye un conjunto de bienes, una masa patrimonial determinada. Este patrimonio fideicomitado es transmitido por el fiduciante o fideicomitente al fiduciario, ya que la esencia del contrato es que éste lo emplee para lograr el fin.

Para llegar a esta conclusión, es necesario aclarar el concepto del término jurídico "propiedad", diferenciando de la "*propierty*" anglosajona. De ningún modo se pasa por alto la posibilidad de que el fideicomiso se constituya sin transmitir derechos reales, pero cuando esto sucede es necesario precisar a quién corresponde la propiedad o la titularidad para el caso de los derechos de crédito, para poder definir un criterio acerca de la ejecución de la garantía en el fideicomiso, que es el objetivo de esta tesis.

El art. 830 del Código Civil para el D.F. define que: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

Como ya lo hemos mencionado, la propiedad es un derecho real y es oponible *erga homnes* derivado de una relación privada. Las facultades contenidas en este derecho se refieren al uso, goce y disposición (*ius utendi, fruendi et abutendi*). Sin embargo, hemos visto que la propiedad en el derecho moderno tiene una función social y jurídica, por lo cual éstos atributos están supeditados al ordenamiento legal positivo y pueden ser gravados o limitados por la misma ley (modalidades a la propiedad privada, art. 27 Constitucional).

¹³³ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 146 y ss.

En el derecho romano la propiedad se reconoce como un derecho perpetuo. Posteriormente se aceptaron las modalidades del término y condición resolutoria. Actualmente debemos aceptar la propiedad *ad tempus*, ya que la propiedad cambia con cierta frecuencia de titular, aunque no deja de considerarse perpetuo en esencia frente a terceros.

Así las cosas, ¿Por qué no admitir la limitación de la propiedad a un fin determinado?. Tal es el caso del patrimonio familiar.

Otra característica de la propiedad es su indivisibilidad, que admite en algunos casos la ficción del desdoblamiento como la copropiedad, el usufructo etc. concediendo la nuda propiedad a un sujeto, y los derechos materiales de usufructo, uso, habitación, servidumbre etc. a otro. Por ende, es absurdo pretender aplicar una división del derecho de propiedad tal como sucede con la *property*, del derecho angloamericano concordante con su sistema jurídico dualista que concede la *legal ownership* al fiduciario y el *equity tittle* al fideicomisario.

En resumen: en el fideicomiso hay transmisión de propiedad a la institución fiduciaria autorizada en el caso de bienes y de titularidad en el caso de derechos ya sean reales o de crédito, considerando la titularidad como equiparable o concordante con la propiedad misma. La fiduciaria tiene el dominio dominical con efectos frente a terceros, aunque limitado por tener la obligación de realizar sólo los actos necesarios para alcanzar el fin de acuerdo con la misma L.G.T.O.C. en los artículos 352, 353, y 354. Reiteramos que el beneficio económico recae en el beneficiario quien puede impugnar los actos que le perjudiquen.

En cuanto al argumento consistente en que la propiedad es conservada por el fideicomitente, en virtud de la devolución de los bienes a éste en caso de extinción forzosa del fideicomiso, podemos decir que antes de celebrarse el contrato los bienes sí eran del fideicomitente, el cual transmite la propiedad a la fiduciaria para que realice los fines estipulados (obligación que de acuerdo con la ley al tipificar el contrato crea una modalidad al derecho de propiedad), al no cumplirse con la obligación por parte de la fiduciaria que sería una condición resolutoria de carácter negativo, la cosa vuelve al estado que se encontraba y los bienes regresan a su original dueño. Nosotros entendemos el término "devolución" en el sentido más amplio, no sólo devolver las cosas a su dueño presente como apunta Domínguez Martínez, sino a su antiguo dueño, poseedor, tenedor, etc.

Pongamos el ejemplo de que una persona es arrendataria de un automóvil y celebra un contrato de depósito en un estacionamiento, ese arrendador del vehículo (ahora depositante), no es el propietario, sin embargo tiene la facultad de exigir del depositario la "devolución" del vehículo una vez que haya pagado la contraprestación.

Como ya lo hemos observado al exponer las diversas teorías sobre la naturaleza del fideicomiso, el hacer alusión al derecho de propiedad adquirido por la fiduciaria, es lo que siempre ha servido de fundamento para criticar todas las posturas que se oponen a este. De esta manera inferimos que el concepto de propiedad del fiduciario es indispensable para poder distinguir al fideicomiso de otras figuras y calificarlo como tal y no como otra cosa independientemente de los fines a los que se destinen los bienes y los medios empleados en la consecución de éstos, que pueden consistir incluso en la celebración de diversos contratos.

Así lo expuesto, me permito citar un ejemplo aplicando los principios de las dos posturas que se han controvertido más fuertemente (propiedad transmitida al fiduciario y propiedad conservada por el fideicomitente):

Una persona es propietaria de una casa, acude ante una Institución Fiduciaria, ya que la quiere afectar en fideicomiso para que en este caso el banco la de en arrendamiento¹³⁴ y la administre. El objetivo de lo anterior (fin del fideicomiso) es pagar los estudios universitarios del hijo del fideicomitente cuando este crezca. (El niño actualmente tiene 12 años)

Aplicando la primera teoría que es a la que nos adherimos, el fideicomiso se puede realizar como tal, ya que al transmitírsele la propiedad al fiduciario, éste puede disponer de la casa y arrendarla, así como el tener derecho a todos los frutos (rentas) y ejercitar libremente todas las facultades para actos de administración necesarios para la consecución del fin (que sería una carga obligacional y la condición¹³⁵ que limitaría ese derecho de propiedad). De este modo, el importe de las rentas lo puede invertir etc. para que produzca mejores rendimientos obrando con la diligencia de un "buen padre de familia". Desgraciadamente el niño fallece antes de entrar a la universidad, quedando sin objeto el fideicomiso (la condición no se cumple) y como consecuencia de ello, la ley señala que los bienes (la casa) debe devolverse al fideicomitente. Lo que en realidad sucede es que vuelven las cosas al estado en que estaban, ya que el contrato queda sin efectos. Este se dio en virtud de una condición que fue estipulada al momento de celebrarse el contrato, por eso no es necesario hacer de nuevo una escritura pública en la que se devuelva la propiedad al

¹³⁴ Hago la aclaración que en el ejemplo no estoy hablando de un contrato traslativo de dominio.

¹³⁵ También puede ser un término.

fideicomitente, no implicando la falta de otro instrumento, que la propiedad la conserve siempre el fideicomitente.

Si aplicáramos la segunda teoría, el fiduciario al no tener el derecho de disponer de la cosa, (atributo de la propiedad), no la podría dar en arrendamiento y por tanto no tendría los medios para realizar el fin.

En consecuencia de esto, para que se pudiera dar el arrendamiento, bastaría un simple mandato (comisión mercantil) que no lo realizaría el banco (institución expresamente autorizada por la ley para actuar como fiduciaria) sino cualquier corredor de bienes raíces. Para obtener mejores rendimientos de los frutos de la casa y administrar éstos, pensando en el futuro del menor, el propietario de la casa, puede acudir al banco, y utilizar los diferentes servicios que ofrece éste, pero ya por su cuenta y bajo su responsabilidad.

En cuanto al hecho de que la propiedad se devuelve al fideicomitente al haber imposibilidad en el objeto, (muerte del beneficiario), esto no se puede discutir a la luz de esta doctrina, ya que ni siquiera se puede dar un fideicomiso sin la transmisión de la propiedad a la fiduciaria. Además la devolución de los bienes, o mejor dicho, el "regresar las cosas al estado que guardaban"¹³⁶ ante la imposibilidad en el objeto y el cumplimiento de una condición resolutoria de carácter negativo, aplica tanto a los contratos no traslativos de dominio como a los traslativos.

¹³⁶ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. las palabras "devolver" y "regresar" son sinónimos de la palabra "volver".
Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Real Academia Española. 18a. ed. Espasa Calpe. Madrid. 1956.

Estando de acuerdo con Molina Pasquel ¹³⁷ las facultades de disposición y goce limitadas son resultantes del acto constitutivo, inherentes a la transmisión, mas no deja de ser derecho de propiedad ejercitando todas las acciones y derechos que del mismo se deriven siendo anulables por el beneficiario sólo aquellas que perjudiquen al fin.

Carlos Yarza Ochoa ¹³⁸ considera al fiduciario propietario. Aunque la propiedad sea temporal, es válida, y tiene todos sus atributos pues el máximo señorío concedido por la ley, permite al propietario que lo transmita con restricciones, límites y modalidades, que afectan el contenido del derecho. (elástico por naturaleza), pero no su esencia.

A continuación citamos la definición de Villagordoa ¹³⁹:

..."Negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario quien está obligado a disponer de los mismos para la realización de los fines establecidos en beneficios del fideicomisario".

Finalmente, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, daremos nuestra definición de fideicomiso:

" Es un contrato, un acto de comercio y operación bancaria por el que una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes y derechos a un fin lícito y determinado. Para ello transmite la propiedad de los bienes o titularidad de los derechos a una institución fiduciaria, que se encarga de realizar el fin previsto y para lo cual obligatoriamente ejercita sus derechos en provecho del beneficiario (fideicomisario) señalado en el acto constitutivo. Los derechos y obligaciones de las partes y las limitaciones que el propio fideicomitente establezca están expresadas en la relación fideicomisaria que puede iniciarse por una delcaración unilateral de la voluntad."

¹³⁷ Molina, Op.cit. supra nota 60. p 155 y ss.

¹³⁸ Yarza, Op.cit. supra nota 106. p 120 y ss.

¹³⁹ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 105-109.

2.- Tesis Jurisprudenciales y Precedentes Judiciales sobre la naturaleza del Fideicomiso, Reforma al art. 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para fundamentar mejor nuestra postura en relación a que en el Fideicomiso existe transmisión de la propiedad, como punto central de la esencia de este, citaremos algunas tesis de jurisprudencia y precedentes que aunque no lo definen, nos ayudan bastante a desentrañar su naturaleza. Así también expondremos algunas consideraciones sobre el reformado art. 348 de la L.G.T.O.C.

La jurisprudencia es muy importante, ya que versa sobre la interpretación de leyes y reglamentos locales y federales y de los tratados internacionales celebrados por el estado mexicano en función a su aplicación a los casos concretos. La doctrina y la Suprema Corte, han señalado a la jurisprudencia como fuente del derecho y su obligatoriedad para con los Jueces.¹⁴⁰

Instancia: Sala Auxiliar
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 7A
Volumen : 97-102
Parte : Séptima
Pagina : 71

FIDEICOMISO, CONCEPTO DE: El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.
PRECEDENTES: Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S. A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

¹⁴⁰ Villagordoa, Op.cit. supra nota 51, p 53.

Volumen : 205- Instancia: Pleno
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 7A 216
 Parte : Primera
 Pagina : 52

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL: El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 769/84. Unitas, S. A. de C. V. 26 de agosto de 1986. Mayoría de 17 votos. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez. Ponente: Felipe López Contreras.

Instancia: Tercera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 7A
 Volumen : 121-126
 Parte : Cuarta
 Pagina : 43

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

PRECEDENTES: Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de 3 votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo.
NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1979, Tercera Sala, tesis 40, pág. 33.

Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 7A
 Volumen : 23
 Parte : Cuarta
 Pagina : 27

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

PRECEDENTES: Amparo directo 4391/69. Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A. 6 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Secretario: Roberto Del Carmen Gómez.* Sexta Época. Cuarta Parte: Volumen CXXXV, pág. 77. Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela.

NOTA (1): *En la publicación original se omite el nombre del secretario y se subsana.

NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1970, Tercera Sala, pág. 28. Amparo directo 169/65. José Refugio Devora Mojarro. 13 de abril de 1967. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. (Apareció con el rubro: "FIDEICOMISO". Informe de 1970, Tercera Sala, pág. 28. Amparo 171/65/1a. James Clarence Clower. 13 de abril de 1967. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 6A

Volumen : CXXXV

Página : 77

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

PRECEDENTES: Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 6A

Volumen : CXXXVI

Página : 21

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL Entre el fideicomitente y el fideicomisario hay una relación de causahabencia, dado que aquel transmite a este dominio de los bienes fideicomitados y al extinguirse el fideicomiso se opera la retransmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que no es suficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso.

PRECEDENTES: Amparo directo 171/65. José Refugio Devora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. Quinta Época: tomo CXVIII, pág. 1083. Amparo civil directo 2064/1952. Sec. 2a. Acosta Sierra Francisco. 26 de octubre de 1953. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CXXV

Página : 24

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL: La fiduciaria adquiere el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, siempre que requiera de facultades de dominio para ejecutar el fin del fideicomiso, llegando a ser en este caso titular de un derecho de dominio con mas o menos limitaciones, según se haya fijado en el acto constitutivo, puesto que la fiduciaria, como dueña puede disponer de dichos bienes. Además, la fiduciaria asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate. Hay una transmisión de derechos del fideicomitente a la fiduciaria y, al mismo tiempo, al terminarse el fideicomiso, hay una retransmisión de la fiduciaria al fideicomitente. Es indudable que se establece una relación doble de causahabencia entre fiduciaria y fideicomitente, que es a título particular, por lo que, al extinguirse la operación, se retransmiten los bienes al fideicomitente con la obligación para este de reportar las cargas y cumplir las obligaciones que estuvieren pendientes en relación con los mismos bienes. En consecuencia, si la fiduciaria vende un lote de terreno, por ser uno de los fines del fideicomiso, ese contrato es oponible al fideicomitente y puede exigírseles validamente el perfeccionamiento del mismo mediante el otorgamiento de la escritura publica respectiva.

PRECEDENTES: Amparo civil directo 1822/54. Acosta Sierra Francisco. 10 de julio de 1955. Mayoría de tres votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CV

Página : 2047

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL: El fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria, para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado; es decir, se substituye en el derecho pleno de administrar y disponer que, antes del contrato, correspondía al dueño del bien afectado, atenta la restricción de esos derechos, limitada tan sólo por aquellos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso. En estos términos, constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro de la Propiedad, el contrato surte efectos y consiguientemente, el fideicomitente, a menos de desnaturalizar la esencia del fideicomiso y violando el pacto, ya no puede ejercer sobre el bien afectado, actos de administración ni derechos de libre disposición ni consiguientemente, imponer nuevos gravámenes a favor de terceros; y el desconocimiento de los derechos que adquiere la institución fiduciaria y los que le corresponden por su inscripción en el Registro de la Propiedad, son fuente de violación de garantías. Ahora bien, el registro, aunque se haga en fecha posterior a la de la presentación, surte efectos desde ésta, y el registro que se haga de algún gravamen en favor de tercero, después de la fecha de la presentación para registrar el contrato de fideicomiso, es indebida.

PRECEDENTES: Amparo administrativo en revisión 4572/48. Financiera de Construcciones, S.A. 1° de agosto de 1950. Unanimidad de cinco votos. Relator: Franco Carreño.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : XLIX

Página : 30

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL: Aun cuando el fideicomiso es una institución que participa de la naturaleza de la cesión de bienes y del concurso, no puede equipararse a ninguno de ellos en particular; y aun cuando en la escritura constitutiva se diga que se cede y entrega la propiedad de ciertos bienes a favor de los acreedores del fideicomiso no puede equipararse a una quiebra, porque quien cede voluntariamente sus bienes por medio de un contrato, no pierde su personalidad ni pasa la que tiene el fideicomisario, porque esta perdida, o mas bien dicho, esta limitación de la personalidad, la establece la ley para el caso de concurso y como consecuencia del mismo, y este se diferencia del fideicomiso aunque tenga con el puntos de semejanza.
PRECEDENTES: Riveroll Roberto. Pág. 30. Tomo XLIX. 2 De Julio De 1936.

Instancia: Cuarta Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CVIII

Página : 1328

FIDEICOMISO: Los derechos invocados por un tercero, en tercería excluyente de dominio, como fideicomisario no emanan de que el fideicomitente falte o no al compromiso adquirido con el fideicomisario, sino del contrato mismo que establece dicho fideicomiso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley Federal de Títulos y Operaciones de Crédito; porque desde el momento en que este se celebra, se constituye un patrimonio autónomo y sui-generis afecto a determinados fines, cuyo dominio restringido adquiere el fiduciario y los bienes salen del patrimonio del fideicomitente para formar ese patrimonio sui-generis. Al decirse que los bienes que constituyen el fideicomiso han salido del patrimonio del fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo y sui-generis, propio y peculiar de la Institución "fideicomiso", se establece que dichos bienes ya no son propios del fideicomitente. El fideicomiso puede constituirse sobre cualquier clase de bienes patrimoniales; muebles, inmuebles, derechos, con la única excepción señalada en el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

PRECEDENTES: Amparo en revisión en materia de trabajo 3308/50. Sosa García Efraín. 8 de mayo de 1951. Mayoría de cuatro votos. Relator: Hermilo López Sánchez.

Instancia: Pleno

Fuente : Informe 1986

Parte : I

Página : 675

FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 769/84. Unitas, S.A. de C.V. 26 de agosto de 1986. mayoría de 17 votos de los señores Ministros: de Silva Nava, López Contreras, Cuevas Mantecón, Castellanos Tena, Díaz Infante, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Gutiérrez de Velasco, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, Ortiz Santos, Díaz Romero, Olivera Toro y Presidente Del Río Rodríguez, En Contra Del Voto de los señores Ministros: Azuela Güitrón, González Martínez y Schmill Ordoñez. Ponente: Felipe López Contreras. Secretario: Diego Isaac Segovia Arrazola.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Informe 1972

Parte : II

Página : 35

FIDEICOMISO. CONDICIÓN DE LOS BIENES DESTINADOS AL. El artículo 2269 del Código Civil previene que: "ninguno puede vender lo que no es de su propiedad"; es procedente deducir de esta regla que nadie puede grabar un bien si no es de su exclusiva propiedad, salvo el caso que se obtenga el consentimiento de tercero que tenga dominio sobre el mismo. Tan es así, que el artículo 346 de la ley general de títulos y operaciones de crédito dispone que: "en virtud del fideicomiso, el Fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Lo que presupone que el fideicomitente tiene pleno dominio de los bienes que señala para que la institución fiduciaria pueda realizar los actos que le corresponden sin ningún entorpecimiento posterior. Si pues la propia quejosa expuso que respecto a los bienes cuestionados, sus respectivos propietarios o sea los terceros perjudicados celebraron contratos preliminares de compraventa; y que el valor de la operación se garantizó, por los prominentes compradores, con títulos de crédito, que se entregaron y obran en poder de ella, es incuestionable que los promitentes compradores tengan un interés directo en el futuro de los inmuebles afectos a sus respectivos contratos, en tensión a lo cual debieron ser oídos en el juicio para los efectos que indica el artículo 92 del Código de procedimientos civiles, que preceptúa: "la sentencia firme produce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente al juicio", dispositivo que encuentra a su vez, fundamento en la norma del artículo 14 constitucional.

PRECEDENTES: A.D.1573/71. Fomento de Crédito Mexicano, S.A. 29 de junio de 1972. unanimidad de votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Instancia: Cuarta Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CVIII

Página : 1328

FIDEICOMISO, PROPIEDAD DERECHO DE, EN CASO DE: Las características esenciales del derecho de propiedad son el "fructu", y "abusu", reminiscencia del Derecho Romano, el último limitado por el concepto moderno del derecho y que implica la facultad de transmitir el dominio, de manera que si una persona no puede usar ni disfrutar y menos abusar de una cosa ni transferir su dominio, no es propietaria de ella. Al fideicomitente le es vedado ejercer dichos derechos, en las cosas afectas al fideicomiso y, consiguientemente, no es propietario. En la hipoteca, el propietario usa y disfruta y puede vender el bien, el que se transmite con todo y gravamen; en la prenda es vedado el uso, pero no la transferencia; en el fideicomiso, todo es vedado al fideicomitente.

PRECEDENTES: Amparo en revisión en materia de trabajo 3308/50. Sosa García Efraín. 8 de mayo de 1951. Mayoría de cuatro votos. Relator: Hermilo López Sánchez.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 6A

Volumen : CXXVI

Página : 20

FIDEICOMISO, DERECHO DE AUDIENCIA DE LA FIDUCIARIA, EN EL JUICIO HIPOTECARIO SEGUNDO EN CONTRA DEL FIDEICOMITENTE, RESPECTO

AL INMUEBLE OBJETO DEL CONTRATO DE. Si el fideicomiso sobre un bien inmueble se constituyó y se inscribió en el registro, con anterioridad a la instauración de juicio sumario hipotecario relativo al propio inmueble, seguido en contra del fideicomitente debe estimarse, que habiendo adquirido la institución fiduciaria los derechos de dueña y poseedora del bien, antes de la fecha en que se inicio el juicio hipotecario, la misma institución debió ser citada a éste, sin que obste que el fideicomiso se hubiera constituido con posterioridad a la hipoteca, pues ello sólo significa que ésta conserva su prelación en cuanto al pago, pero nada tiene que ver con la garantía procesal de previa audiencia y emplazamiento a juicio, para que no se privara a la fiduciaria de sus derechos adquiridos sobre el inmueble, sin respetar esa garantía. El artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales establece que "cuando después de fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda, cambiarse el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuar el juicio". Por tanto, si el cambio en cuanto al dominio y posesión ocurrió antes de iniciarse el juicio, por mayoría de razón debe estimarse que era necesario, para no violar la garantía del artículo 14 constitucional, que se emplazara a juicio a la institución fiduciaria, que adquirió, además de su carácter de dueña fiduciaria de inmueble, la posesión del mismo.

PRECEDENTES: Amparo directo 171/65. José Refugio Devora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. Quinta Época: Tomo CIII, pág. 1768. Amparo directo 4298/49/2a. Mexicana de Fideicomiso, S. A. 20 de febrero de 1950. Unanimidad de 4 votos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 8A
 Tomo : X-Noviembre
 Pagina : 259

FIDEICOMISO. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD. Es cierto que el fideicomiso se perfecciona con la designación y aceptación de la fiduciaria al cargo de tal; y ello es así, porque atento a lo dispuesto por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ser la institución fiduciaria la que realice los fines del fideicomiso. Sin embargo, ello no impide que, de acuerdo con el artículo 353 de la ley en cita, cuando el acto constitutivo del fideicomiso se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, desde entonces surta efectos contra terceros respecto de los bienes fideicomitidos, aunque al constituirse el fideicomiso no se hubiere designado nominalmente a la institución fiduciaria que haya de ejecutarlo, pues así permite concluirlo el examen armónico de los artículos 346, 347, 350, 352 y 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. De ahí, que la interpretación y amplitud que deba darse al término "Fideicomiso", a que alude el citado numeral 353, abarca desde el acto en que se constituye, el cual una vez inscrito en el Registro Público, surtir efectos contra terceros, pues se entiende que a partir del mismo, los bienes fideicomitidos salen formalmente del patrimonio del fideicomitente, y, materialmente, una vez que la institución fiduciaria acepta fungir como tal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo directo 951/91. Banco Mexicano Somex, S.N.C. 9 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Simón Daniel Canales Aguilar.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A
 Tomo : X-Julio
 Pagina : 362

EMBARGO, NO RESULTA OPONIBLE A UN DERECHO REAL, COMO ES EL FIDEICOMISO. Un crédito quirografario (constitutivo del embargo), no puede oponerse a un derecho real como el que nace a través del fideicomiso, pues el primero constituye un acto procesal en virtud del cual se aseguran ciertos bienes que están a las resultas del juicio, de manera que tales bienes quedan bajo la guarda de un tercero, pero a disposición del juez que ordenó su procedencia, lo que significa que la cosa embargada no se encuentra en poder del embargante, ni siquiera implica un derecho de persecución característico de los derechos reales, que permite a su titular reclamar de cualquier poseedor, puesto que sólo garantiza el cumplimiento de una obligación de carácter personal, nacida de un crédito quirografario, mientras que el segundo es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin determinado en beneficio de otra persona, encomendando su realización a una institución bancaria que recibe el dominio de los bienes y ello implica la creación de un patrimonio diverso al que es propio de las partes que intervienen en el contrato, o sea que la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, pasa de la propiedad del fideicomitente a la de la institución fiduciaria; por lo que cabe concluir, que el fideicomiso implica la constitución de un derecho real que no resulta afectado con el acto procesal del embargo, pues no son derechos o créditos de igual naturaleza.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 653/91. Cristino Alcalá Barba. 13 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hidalgo Riestra. Secretario: Héctor Hernández Andalón. Amparo en revisión 619/91. Román García Espinoza. 9 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María de los Ángeles E. Chavira Martínez. Secretaria: Martha Muro Arellano.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 8A
 Tomo : V Segunda Parte-1
 Pagina : 497

TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO. FIDEICOMISO. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA FIDUCIARIA. De conformidad con lo previsto en los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo bajo la titularidad de la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al precisarse el carácter autónomo del patrimonio fiduciario, con ello se particulariza que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, que es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y el fideicomisario. En esa virtud, al aparecer de autos que el bien litigioso pertenece a la fiduciaria, ésta es la que debió promover la tercería excluyente de dominio, pues al encontrarse el aludido bien entregado en fideicomiso bajo su titularidad y ejecución, dicha institución es quien se halla legitimada para presentarse a juicio como actora o demandada, al estar provista de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
 PRECEDENTES: Amparo directo 465/90. Gelasio Guerrero Licea. 7 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 8A
 Tomo : IV Segunda Parte-1
 Pagina : 258

FIDEICOMISO, INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR ACTOS DE AUTORIDAD QUE ATENTEN CONTRA EL. RADICA EN LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

Al ser el fideicomiso un contrato mediante el cual una persona transmite a una institución fiduciaria, parte de sus bienes, para la realización de un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo, es claro que el titular de los bienes o derechos transferidos es la institución fiduciaria y es a ésta a quien corresponde vigilar el cumplimiento de las obligaciones o fines del fideicomiso, en los términos de lo dispuesto por el artículo 356, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por ello, es la única legitimada para reclamar en la vía de amparo cualquier acto de autoridad que atente contra el mismo; por lo que si acudió al juicio constitucional una de las partes del contrato de fideicomiso (fideicomisario), debe estimarse que carece de interés jurídico, puesto que no tiene el carácter de propietario poseedor de los bienes objeto del fideicomiso y es por ello que la afectación que pudiera sufrir, no deriva directamente del acto de autoridad, sino del incumplimiento por parte de la institución fiduciaria del contrato respectivo, por ende, procede sobreseer en el juicio de garantías con apoyo en lo dispuesto por la fracción III, del artículo 74, de la Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. PRECEDENTES:
 Amparo en revisión 30/89. Las Conchas, S.A.de C.V. 10 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Martínez Hernández. Amparo en revisión 170/89. Banco de México, S.N.C. 11 de febrero de 1989. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretaria: Elsa del Carmen Navarrete Hinojosa. Amparo en revisión 175/88. Banco de México, S.N.C. 9 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Ramón García Vasco. Secretario: Luis Humberto Morales.

Instancia: Tercera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 7A
 Volumen : 121-126
 Parte : Cuarta
 Pagina : 74

FIDEICOMISO. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. El fiduciario es titular de la propiedad fideicomitida, es decir, de cuantos patrimonios separados o autónomos de afectación se hubieren constituido con su intervención (fracción III del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito); pero cada patrimonio fideicomitido y el general o propio de la institución fiduciaria, deben ser administrados con reglas propias, y especialmente cada patrimonio responde de sus propias deudas, las cuales permanecen ajenas y sin influencia ni afectación de cada uno de ellos en los otros (fracciones XI y XIV del mismo artículo), naturalmente salvo los casos excepcionales que la ley prevé, en que la institución fiduciaria responde con su capital propio en el fideicomiso, como sucede particularmente en las hipótesis a que se refieren las fracciones IV y XII del citado artículo 45.

PRECEDENTES: Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A.15 de junio de 1979. Mayoría de 3 votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo.

NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1979, Tercera Sala, tesis 41, pág. 34.

El artículo 348 de la L.G.T.O.C. y sus reformas ya mencionadas en la última parte del Capítulo Primero del presente trabajo dicen así:

"Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban sucesiva o simultáneamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del art. 359. (sucesiones fideicomisarias).

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto, no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, **salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.**

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones ncumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas."

Algunos autores como Juan Suayfeta ¹⁴¹ dicen que estas reformas son una vuelta al pasado a la ley de 1932 antes de la modificación de 1933 en la que se establece nulo el fideicomiso constituido en favor del fiduciario, lo cual se consideró así para evitar las prácticas abusivas de las fiduciarias que no actuaban con la imparcialidad necesaria. Además señala que el principio de transmisión de la propiedad tan difundido en la doctrina como podemos ver se ve trastocada por la reforma al decirse que **"La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en**

¹⁴¹ Suayfeta, Juan. *La reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Artículo. México, D.F., a 3 de junio de 1996.

los fideicomisos en que, al constituirse, SE TRANSMITA LA PROPIEDAD DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS" en tanto que da a entender, según este autor, que hay algunos fideicomisos en los que no hay transmisión de los bienes fideicomitidos como en el de garantía que vendría siendo un gravamen, echando abajo las ventajas de este tipo de fideicomiso frente a otras formas de garantizar obligaciones, como el hecho de que los bienes fideicomitidos quedan sustraídos a la acción de otros acreedores y a formar parte de la masa de la quiebra o concurso del deudor.

Si se considerara válido el criterio anterior, de que el fideicomiso de garantía es un mero gravamen, se echa abajo el argumento con que la Suprema Corte ha sostenido la constitucionalidad del fideicomiso de garantía, que analizaremos más adelante, y la negación de que se esté desapoderando al fideicomitente deudor del bien, sin haber sido oído ni vencido en juicio, violándosele su garantía de audiencia; ya que no es el fiduciario quien lo desapodera del bien al ejecutar el fideicomiso, sino que es el propio fideicomitente, el que, desde el momento de constituir el fideicomiso, se priva de la propiedad del bien al transmitirlo a la institución.

Independientemente de lo anterior, el texto en comento es omiso en cuanto a decir cuáles fideicomisos son o no los traslativos de dominio.

Otra de las condiciones para que la fiduciaria pueda ser a su vez fideicomisaria, es que el fideicomiso "**tenga como fin servir como INSTRUMENTO DE PAGO**" lo cual, según el autor en cita, es indefinido ya que puede ser que a través de la operación se lleve a cabo una dación en pago con los bienes fideicomitidos a favor de la institución acreedora, en cuyo caso, en el

momento del acto constitutivo, el adeudo quedará extinguido total o parcialmente, según el monto por el que se haya hecho la dación. También puede darse el caso de que los bienes fideicomitidos sirvieran como fuente de pago, es decir, que el fiduciario mediante la forma establecida, procediera a la venta de dichos bienes, y una vez lograda esta, entregará al fideicomisario acreedor el producto obtenido de la venta y el pago del crédito. En cualquiera de los dos casos estamos frente a una operación distinta del fideicomiso de garantía. Como respecto a éste no sería aplicable la nueva disposición, no hay justificación para tratar diferente a ambos tipos de fideicomiso, a los de dación o fuente de pago por un lado y a los de garantía. Así mismo tampoco se encuentra "justificación" para que la reforma se aplique a sólo a los casos en que el incumplimiento se refiera a créditos otorgados para la realización de actividades empresariales.

Otro punto que critica este autor es la designación de una fiduciaria substituta para el caso de que surgiera un conflicto de intereses, y que la reforma no define en qué puede consistir éste, cuándo surge y quién lo determina. Normalmente se entiende que existe conflicto cuando una persona tiene a favor de otra una obligación exigible a la que no da cumplimiento. Sin embargo también se considera que hay conflicto de intereses, cuando a una persona se le confieren facultades para que las ejercite en beneficio del otorgante o de un tercero y las utiliza en interés propio.

Si en el crédito, el deudor incumple, surge aquí el conflicto de intereses, y por tanto desde la constitución del fideicomiso, tendrá que ser designado el fiduciario substituto; pero si pese al incumplimiento, el deudor da el bien en pago total o parcial de su adeudo, ya sea directamente o través de fideicomiso, al llegar

a ese acuerdo, cesa el conflicto de intereses careciendo de sentido la designación de una fiduciaria substituta.

Si el deudor transmite en fideicomiso el bien para que la fiduciaria proceda a la venta y con el producto se haga el pago del crédito; puede que el fideicomisario y deudor realice la venta en forma inconveniente para el fideicomitente deudor, existiendo aquí un conflicto de intereses, en el que convendría designar a un fiduciario distinto de la institución acreedora. Sin embargo carece de sentido la presencia de dos fiduciarias: una titular y una substituta, pues bastaría que haya una que desde luego no fuera la institución acreedora.

Aún en el supuesto de que debiera existir una fiduciaria substituta, nada nos indica las formalidades para el desempeño de ésta. Si seguimos el criterio de que el fiduciario asume la propiedad del bien fideicomitado para dar cumplimiento a los fines del fideicomiso, la fiduciaria original tendrá que hacerle la transmisión formal del bien a la substituta. Si se trata de un bien inmueble la transmisión se haría mediante escritura pública y su correspondiente inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Este problema ha sido la causa por la cual el tercer párrafo del art. 350 de la Ley Cambiaria, que establece la posibilidad de que un fideicomiso sea desempeñado conjuntamente por varias instituciones fiduciarias, no haya tenido aplicación.

Suayfeta dice que no se aclaran los móviles de la reforma. Existe la versión de que la iniciativa se generó en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial cuyas funciones distan de las actividades de los bancos y por tanto están poco familiarizadas con la actividad fiduciaria. La exposición de motivos pretendía

fundamentar la reforma sosteniendo la procuración de una relación equitativa entre las partes, mayor seguridad jurídica y reducción de costos. Lo anterior es inconcebible para Suayfeta ya que el deudor queda a merced del acreedor además tampoco considera que reduzca costos, si exige la presencia de dos fiduciarios en lugar de uno. Además si a través del fideicomiso se va a hacer una dación en pago, los impuestos inherentes a toda transmisión deben cubrirse igual que si la dación se realiza directamente, salvo que se establezca que el fideicomitente, aún cuando deje de ser deudor pueda rescatar el bien, contra la entrega de la cantidad que había constituido el adeudo.

El hecho de que la reforma obedeciera a evitar conflictos de leyes debido a que las diversas leyes orgánicas de los bancos de desarrollo han permitido que puedan actuar en un mismo fideicomiso como fiduciarias y fideicomisarias, mientras que el art. 348 de la L.G.T.O.C. declaraba nulos los fideicomisos constituidos en esas condiciones; no justificó la reforma ya que si se pretendía superar esa situación hubiera bastado con decir que **"Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en otros ordenamientos legales aplicables"**

Considerando lo anterior y aún teniendo en cuenta esta interesante crítica, aclaramos que:¹⁴²

La hipótesis adicionada al art. 349, que faculta a la fiduciaria para fungir como fideicomisaria, no comprende los fideicomisos de garantía, para los cuales sigue prohibido adoptar ese doble carácter, por ello no es factible pensar en que

¹⁴² González Quintanilla, José Arturo. "Consideraciones sobre la adición al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito" en *Actualidad y futuro del fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, México 1997. p 174, 180, 181, 182-190.

se de un pacto comisorio o que se amalgame en un mismo órgano intereses opuestos. La fiduciaria intervendrá simplemente para realizar los bienes y pagar la obligación insatisfecha.

Si bien al pacto comisorio puede operar en los contratos sobre obligaciones recíprocas (sinalagmáticos bilaterales), no se permite en la ejecución en la cual se encuentran involucradas garantías. Es ilegal establecer en un contrato forjado para operaciones crediticias, sin haber surgido mora, ni suscitarse quebranto a los compromisos por solventar, tratándose de adeudos por solventar; el imponer que al producirse una infracción por parte del deudor, instantáneamente, los bienes caigan en favor del acreedor, sin dilucidar la controversia ante las autoridades. La prohibición del Pacto Comisorio tiene razón en cuanto busca evitar la facultad para proceder bajo la unilateral decisión del acreedor, impuesta al momento de la contratación para apropiarse de los bienes otorgados en garantía para solventar obligaciones por cumplir, actualizándose dicha facultad en cualquier futuro incumplimiento del deudor.

En cuanto al segundo aspecto negativo, para muchos, de la reforma, referente al conflicto de intereses o "Prevaricación", considerada como un delito consistente en el no acatamiento de las normas éticas alusivas al respeto de las esferas jurídicas o económicas privativas para las partes que intervienen en una relación (contractual o litigiosa); es criticable adoptar una investidura para deducir un conflicto, donde están en juego intereses propios, como sería el caso de las fiduciarias. Sin embargo, si analizamos con cuidado el supuesto del art. 348 donde la fiduciaria puede ser fideicomisaria, éste no encuadra en el esquema de los intereses opuestos, ya que la finalidad del fideicomiso en la excepción planteada en el artículo comentado, no tiene posibilidades de ser puesta en la

balanza decisoria. Las obligaciones crediticias ya fueron incumplidas, por lo que el esquema adoptado sería una dación en pago.

Para no precipitarnos al hacer conclusiones erróneas sobre la reforma a este artículo, hay que tomar en cuenta los motivos del legislador. La principal función de las instituciones bancarias es la de intermediación (captar con operaciones pasivas y colocar con operaciones activas dinero entre el público). Este público requiere apoyo financiero, que para brindarlo, los bancos deben recibir recursos suficientes derivados de las diferencias entre las tasas de interés entre las operaciones activas y las pasivas, para solventar su infraestructura operativa y aspirar a una ganancia razonable. También los bancos realizan operaciones de servicios o neutras, pero que no dejan de cumplir una función económica. Los bancos para otorgar financiamientos, debe estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión, es decir, asegurarse también qué tantas posibilidades y en que tiempo se puede recuperar, para lo cual es importante tomar en cuenta el estado financiero del solicitante del crédito, y las garantías derivadas de ese mismo crédito a otorgarse. Dada la situación económica actual, no para desapercibido el problema que implica para las instituciones de crédito la cartera vencida. De esto deriva la solicitud de prórrogas, reestructuras, programas de apoyo a deudores, y la entrega de bienes dados en garantía como dación en pago, los cuales son recibidos excepcionalmente por los bancos quienes se van alejando de sus funciones como intermediario financiero, dedicándose incluso a administrar empresas enteras "dadas en pago" lo cual no le es propio. Ante esta situación de los bancos y de los mismos deudores que buscan liberarse de las cargas obligacionales contraídas, se recurre a otorgar los bienes, con los que se garantiza una obligación, en fideicomiso con el único fin (previsto en la ley) de utilizarlos como instrumento de pago, es decir, los bienes serían puestos en venta

para convertirlos en numerario, mediante un mecanismo, por el cual los interesados conseguirán un comprador, participando así en el proceso, descartando toda posibilidad de que el hecho de que la fiduciaria sea fideicomisaria sea tendencioso. La autorización de la fiduciaria para adoptar el carácter de fideicomisaria, contiene una restricción respecto de créditos anteriores a mayo de 1996, según se previene en el artículo Tercero Transitorio de la reforma, es por esto que la reforma no implicaría tampoco la novación de obligaciones, sino que el objetivo consiste en concluir con las obligaciones.

Como las obligaciones subyacentes, (originas con motivo del préstamo bancario), ya se encontraban incumplidas, no existiría conflicto de intereses en cuanto a discutir la existencia de las mismas o el propio incumplimiento. El conflicto de intereses que pudiere surgir, para lo cual se previene la designación de una fiduciaria substituta, se reduce a las mecánicas relacionadas con la venta. La designación de otra fiduciaria, no para dirimir el conflicto de intereses a que nos acabamos de referir, sino para recibir los bienes en fideicomiso para solventar los créditos otorgados por la misma fiduciaria, implicaría mayores costos para el deudor, que a duras penas puede pagar su crédito.

De este modo podemos concretizar lo siguiente: ¹⁴³

- 1.- En el uso del nuevo esquema potestativo, su instrumentación derivará del acuerdo de voluntades del acreditado y de la institución acreditante.
- 2.- Se establece que en la constitución de los fideicomisos se transmitirá la propiedad de los bienes fideicomitados.
- 3.- El negocio subyacente es un crédito otorgado por la misma institución para la realización de actividades empresariales. Lo anterior excluye cualquier otro tipo de financiamiento.

¹⁴³ Boletín Fiduciario Bancomer, S.A. Op.cit. supra nota 77.

- 4.- Respecto del negocio subyacente, deberá existir un incumplimiento de pago.
- 5.- El fin del fideicomiso será servir como un instrumento de pago de las obligaciones incumplidas.
- 6.- La fiduciaria está legitimada para realizar la venta del patrimonio fideicomitado y con el producto cubrir las obligaciones incumplidas.
- 7.- De manera expresa, se contempla dentro de la reforma que los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado se transmitirán en propiedad, lo que complementa la disposición contenida en el artículo 352, en su segunda parte que dispone:

“...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 la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso...”

Lo anterior refuerza el criterio de que si hay una transmisión de propiedad fiduciaria indispensable para que el fiduciario cumpla con los fines encomendados.

3.- Régimen Fiscal del Fideicomiso.

Pensamos que la regulación de la transmisión de la propiedad en el fideicomiso puede deducirse estudiando el régimen fiscal del mismo. No pretendemos hacer un análisis exhaustivo, ya que nos desviaríamos del tema de éste capítulo, y estamos conscientes que establecer un esquema general y completo del régimen fiscal del fideicomiso es difícil, pues sería necesario examinar cada fideicomiso.

Trataremos de dar una visión general sobre todo enfocándonos a pensar que el hecho de que el fiduciario sea quien recibe los bienes fideicomitados en

propiedad para la realización de los fines del fideicomiso, que puede ser a su vez la transmisión de la propiedad al fideicomisario, no significa que se cause una doble transmisión y adquisición de propiedad que tenga que gravarse dos veces. Esta "supuesta" doble transmisión y adquisición (la primera causada por el fideicomitente que enajena a la institución fiduciaria que adquiere los bienes fideicomitados, y la segunda de la fiduciaria que transmite la propiedad de los bienes fideicomitados al fideicomisario que los adquiere, en caso de que ese sea el fin del fideicomiso) no puede ser ya que la ley es clara al respecto.

Si leemos superficialmente la ley fiscal, el fideicomitente es quien causa y debe pagar los impuestos correspondientes a la enajenación de bienes o transmisión del uso o goce temporal de inmuebles, lo cual podría ser un argumento para defender la propiedad conservada por el fideicomitente. Sin embargo, si analizamos con cuidado el régimen fiscal, podemos destruir esta idea.

Brevemente vamos a mencionar que la legislación bancaria en 1932 mantenía un régimen de excepción. Mencionaba que el acto constitutivo del fideicomiso quedaba libre del pago de impuestos, pero los actos o contratos que de él derivasen, causarían el impuesto del timbre. Comenzó a regularse la transmisión de la propiedad en el fideicomiso, las cesiones de derechos de propiedad fideicomitada entre fideicomisarios y fideicomitentes, así como las substituciones de los mismos; se consideró objeto del impuesto del timbre el acto constitutivo según las regulaciones fiscales de 1975, para controlar las enajenaciones de inmuebles que evadían impuestos vía fideicomiso.

En el Código Fiscal de 1966, se consideraba a los fideicomisos como sujetos de impuestos, en su carácter de unidades económicas, sin embargo, en 1980, se

reformó el Código Fiscal y los fideicomisos dejaron de ser sujetos fiscales porque no tienen personalidad jurídica ni patrimonio propio, ya que el principio es gravar a las personas que realmente sean beneficiadas por las operaciones. (fideicomitente por la utilidad que perciba por la enajenación u otorgamiento del uso o goce temporal de inmuebles y el fideicomisario al adquirir la propiedad de los bienes dados en fideicomiso para los mismos fines, o al obtener alguna utilidad que sea gravada con el I.S.R.)

En aquellos casos en los que el fiduciario debe cumplir con ciertas obligaciones fiscales, por retenciones efectuadas a través de fideicomiso, por tener que enterar pagos provisionales por cuenta de los fideicomitentes y/o fideicomisarios o por tener que proporcionar un registro para anotar en comprobantes de gastos por aplicación de recursos del fideicomiso, en opinión de Miguel Ángel Díaz Camacho ¹⁴⁴ se podría utilizar cualquiera de los siguientes registros:

- a) El Registro Federal de Contribuyentes de la Institución que actúa como fiduciaria. Tratándose del entero de pagos provisionales o de retenciones efectuadas, sería necesario que en la declaración correspondiente, se asiente en el recuadro de nombre, denominación o razón social del contribuyente, el nombre de la Institución Fiduciaria, aclarando que está actuando como fiduciaria en tal o cual fideicomiso.
- b) El RFC de la Persona Física o Moral por cuenta de quién actúa el fiduciario.

Independientemente de lo anterior, las autoridades fiscales a partir del ejercicio de 1996, han aprobado que los fideicomisos puedan inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes en forma independiente, para poder aislar las operaciones de éste, respecto de las que realizan directamente los fideicomitentes y/o fideicomisarios, y las instituciones fiduciarias propias de su giro, con la

¹⁴⁴ Díaz Camacho, Miguel Angel. "Régimen Fiscal del Fideicomiso." En *Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. Por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, México, 1997. P 69.

finalidad de dar transparencia al cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de cada una de las entidades participantes en el fideicomiso. Pero esto no significa que el fideicomiso tenga personalidad jurídica o patrimonio propio.

Al efecto la Ley del Impuesto Sobre la Renta en su art. 9 nos indica que si a través de un fideicomiso se realiza una actividad empresarial los impuestos los deben pagar los fideicomisarios o los fideicomitentes que obtengan ganancias.

“Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, (art. 16 C.F.F.), la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, (Personas Morales), la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley (Impuesto al Valor Agregado o Impuesto al Activo), incluso la de efectuar pagos provisionales. Los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que les corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el fiduciario.”

Por lo anterior podemos concluir estando de acuerdo con Díaz Camacho¹⁴⁵ que los Fideicomisos con actividades empresariales no causan el I.S.R. ni el I.M.P.A.C. (Impuesto al Activo)

El art. 10-C de la misma ley, recientemente incluido en las reformas de 1998, señala por su parte que:

“No se pagará el impuesto sobre la renta, por los ingresos derivados de la enajenación de inmuebles, certificados de vivienda, derechos de fideicomitente o fideicomisario que recaigan sobre inmuebles que realicen los contribuyentes como dación en pago o adjudicación fiduciaria a contribuyentes que por disposición legal no pueden conservar la propiedad de dichos bienes...”

¹⁴⁵ Idem. P 86-87.

- a) La enajenación de bienes a través del fideicomiso.

Si en un fideicomiso hay enajenación con utilidad, el fideicomisario deberá acumularla y pagar los impuestos (I.S.R.) sobre ella cuando el fideicomitente designa a un fideicomisario diverso, mientras no tenga el derecho a readquirir los bienes, o si teniéndolo lo pierde. También se considera la cesión de derechos que haga el fideicomisario a un tercero e incluso pidiendo que los bienes se den en propiedad a otra persona. Al efecto el artículo 14 Fr. V y VI del C.F.F., al cual nos remite el art. 95 de la L.I.S.R., nos dice:

Art. 14 C.F.F.

" Se entiende por enajenación de bienes:

V. La que se realiza a través de fideicomiso en los siguientes casos.

- a) En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.
- b) En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

VI. La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

- a) En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de sus bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o dar dichas instrucciones.
- b) En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor."

Al analizar la Fr. V, inciso b) anteriores, encontramos que para perfeccionar la enajenación se tendrán que cumplir las siguientes condiciones, de lo contrario no habrá enajenación para efectos fiscales.

- a) Designar fideicomisario diverso de él.
b) No tener el derecho a readquirir el inmueble.

Díaz Camacho ¹⁴⁶ señala que en el momento en que se constituye el fideicomiso no se perfecciona la enajenación para efectos fiscales, cuando el propietario del inmueble se obliga a designar o designa un fiduciario diverso de él y paralelamente se reserva el derecho a readquirir el inmueble en su favor, al cumplimiento de condicionantes establecidas específicamente en el contrato.

Cuando el fideicomitente, por situaciones particulares, pierde el derecho a readquirir del fiduciario el inmueble fideicomitado, se cumplen las dos situaciones jurídicas o de hecho que se establecen en la Fr. V del art. 14 del C.F.F.

Una vez perfeccionada la enajenación se darán los efectos correspondientes para el pago de los impuestos federales relativos como:

- a) Impuesto Sobre la Renta.
- b) Impuesto al Activo.
- c) Impuesto al Valor Agregado.
- d) Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios.
- e) Impuesto Sobre Automóviles Nuevos.

En el caso de transmisión de inmuebles existen regulaciones en la materia de impuestos sobre adquisición. Así las cosas El Código Financiero del Distrito Federal nos dice:

Art. 156.

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

Art. 157:

"Para los efectos de este Capítulo, se entiende por adquisición la que derive de:

¹⁴⁶ Idem. P 70-72.

I. Todo acto por el que se transmita la propiedad...

X. Actos que se realicen a través de Fideicomiso, así como la cesión de derechos en el mismo, en los siguientes supuestos:

- a) En el momento en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.
- b) En el momento en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.
- c) En el momento en el que el fideicomitente ceda los derechos que tenga sobre los bienes afectos al fideicomiso, si entre éstos se incluye el de que dichos bienes se transmitan en su favor.
- d) En el momento en el que el fideicomitente transmita total o, parcialmente los derechos que tenga sobre los bienes afectos al fideicomiso a otro fideicomitente, aún cuando se reserve el derecho de readquirir dichos bienes.
- e) En el momento en el que el fideicomisario designado ceda los derechos que tenga sobre los bienes afectos al fideicomiso, o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones."

Notamos la similitud en los supuestos en los que se causan ambos impuestos (I.S.R. que es federal y que es causado por el enajenante y el I.S.A.I o impuesto sobre adquisición de inmuebles que es local y es causado por el adquirente)

En cuanto al uso y goce temporal de inmuebles el art. 93 de la L.I.S.R dice:

"En las operaciones de fideicomiso en las que se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles, se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomitente aún cuando el fideicomisario sea una persona distinta, a excepción de los fideicomisos irrevocables en los cuales el fideicomitente no tenga derecho a readquirir del fiduciario el inmueble, en cuyo caso se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomisario desde el momento en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir el inmueble.

La institución Fiduciaria efectuará pagos provisionales por cuenta de aquel a quién corresponda el rendimiento en los términos del párrafo anterior..."

Art. 94 último párrafo L.I.S.R.:

"...Cuando los ingresos a los que se refiere este Capítulo (Título IV, Capítulo III; De los ingresos por arrendamiento y en general por otorgar el uso y goce temporal de inmuebles) sean percibidos a través de operaciones de fideicomiso, será la institución fiduciaria quién lleve los libros, expida los recibos y efectúe los pagos provisionales. Las personas a las que correspondan los rendimientos, deberán solicitar a la institución fiduciaria la constancia a la que se refiere el último párrafo del artículo, anterior, la que deberán acompañar a su declaración anual."

Según el art. 148 de la L.I.S.R. en los ingresos obtenidos por el uso o goce temporal de bienes inmuebles, se considerará que la fuente de riqueza está en el territorio nacional cuando en el país estén ubicados dichos inmuebles. En caso de que los ingresos sean percibidos mediante operaciones de fideicomiso, la institución fiduciaria expedirá los recibos y efectuará la retención.

Notamos que estas regulaciones para la transmisión de bienes inmuebles, y transmisión de uso o goce temporal de los mismos obedece a lo que la L.G.T.O.C. en su art. 352 llama "ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de derechos o a la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

En cuanto a otro tipo de utilidades derivadas de operaciones realizadas mediante fideicomisos el art. 143-A del Reglamento de la L.I.S.R. nos menciona:

"Los ingresos por dividendos o utilidades distribuidas por personas morales que se perciban a través de un fideicomiso o una Asociación en Participación, se considerarán obtenidos directamente de la persona moral que los distribuyó originalmente y se podrá optar por acumularlos en los términos del art. 122 de la Ley, si quien los obtiene es persona física, o si se adicionan a la cuenta de utilidad fiscal neta conforme al artículo 124 de la Ley, si se trata de persona moral. Los dividendos o utilidades referidos se considerarán en la proporción que le corresponda a cada uno de los integrantes del fideicomiso o asociación en participación."

Visto lo anterior, en el caso del I.S.R. causado por la enajenación de bienes, el fideicomitente es quien generalmente causa el impuesto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 del C.F.F., sin que eso signifique que el fiduciario al adquirir la propiedad de los bienes fideicomitados con la condición de destinarlos a un fin específico tenga que pagar a su vez el I.S.A.I., ya que esa adquisición, no es en beneficio de la institución fiduciaria, simplemente está prestando un servicio y el adquirente final será el fideicomisario que es el que causará el impuesto en los momentos que señala el artículo 157 del Código Financiero del D.F. Del mismo modo, el fiduciario al detentar la propiedad de los bienes fideicomitados y transmitirlos al fideicomisario en cumplimiento de los fines del fideicomiso, tampoco causa el I.S.R. por enajenación de bienes o transmisión del uso o goce temporal de bienes inmuebles según sea el caso, ya que por esa transmisión no está obteniendo ninguna utilidad o ganancia objeto de dicho impuesto, simplemente está cumpliendo con un deber y quién obtiene utilidad es el fideicomitente o fideicomisario que causa el impuesto según lo establecido en el art. 14 del C.F.F. y la L.I.S.R. La institución fiduciaria en seguimiento del procedimiento de venta que se pacte en el fideicomiso, podrá vender los bienes que conformen el patrimonio fideicomitado o bien proceder a su dación en pago. Es claro que si la Institución Fiduciaria no fuera propietaria, no podría vender esos bienes.

El fiduciario lo único que recibe es el pago de sus honorarios lo cual causaría I.S.R. pero por otro concepto. Tampoco debemos confundir la sujeción de la fiduciaria al cumplimiento de obligaciones y requisitos cuando recibe aportaciones o donativos en ciertos tipos de fideicomiso que realice como los de beneficencia, pensiones y jubilaciones, investigación, etc. que mencionaremos más adelante, con las cuestiones recientemente discutidas.

Cabe mencionar que tanto el art. 157 del Código Financiero del D.F. como el art. 14 del C.F.F. hablan de "readquisición", término que hace referencia a que la propiedad la adquiere la fiduciaria primeramente. Por otra parte en ningún momento en la legislación tributaria se hace relación a que el fiduciario es quién cause los respectivos impuestos (I.S.A.I, e I.S.R), en todo caso tiene la obligación de hacer los pagos provisionales por cuenta del causante como parte de sus gestiones administrativas para el cumplimiento de los fines encomendados.

Hay que precisar que aunque la fiduciaria no pague impuestos por la transmisión o adquisición de los bienes fideicomitidos, esto no es argumento suficientemente válido para pensar que la propiedad la conserva el fideicomitente, ya que en el aspecto fiscal que simplemente se ocupa obtener recursos para el Estado gravando la riqueza que obtiene en determinado momento uno u otro sujeto, nunca ha definido ni modificado los atributos de la propiedad. Además es totalmente independiente el aspecto impositivo del Fisco respecto de quién se beneficia económicamente de una u otra operación, a la necesaria detentación del derecho de propiedad condicional por parte de la fiduciaria para el cumplimiento de los fines encomendados, que como ya mencionamos pueden consistir entre una infinidad de cosas, ya sea la transmisión de bienes, o en otorgar el uso o goce temporal de los mismos; actividades que casualmente están gravadas. No debemos confundir la finalidad de cierto tipo de fideicomisos (si es o no traslativo de dominio), con el hecho de que siempre, por la naturaleza misma del contrato de fideicomiso, se transmita la propiedad de bienes o derechos a la fiduciaria para que esta pueda realizar sus funciones.

Las operaciones de fideicomiso también juegan un papel importante para poder realizar ciertas deducciones. Las personas morales pueden deducir las

aportaciones para el desarrollo de tecnología y programas de capacitación de empleados de acuerdo con lo establecido en el art. 27 de la L.I.S.R, cuando esas aportaciones las hagan en fideicomiso irrevocable. También según el art. 28 del mismo ordenamiento, para hacer las deducciones correspondientes por reserva para fondos de pensiones y jubilación, los bienes que formen el fondo así como los rendimientos deben afectarse en fideicomiso irrevocable en Instituciones de Crédito autorizadas o por Sociedades Mutualistas de Seguros, o Casas de Bolsa.

El art. 74 de la L.I.S.R. en su segundo párrafo nos dice que no se consideran ingresos obtenidos por los contribuyentes los rendimientos o bienes entregados en fideicomiso en tanto éstos sólo se destinen a fines científicos, políticos o religiosos o a los establecimientos de enseñanza y las instituciones de asistencia o beneficencia señaladas en la Fr. IV del art. 140 de esta ley.

Cuando se constituyen Fideicomisos para fines de beneficencia etc. éstos se pueden asimilar a las Personas Morales no contribuyentes, bajo los lineamientos que ya explicamos, y así cumplir con los requisitos del art. 24 Fr. I de la L.I.S.R.

b) Caso del fideicomiso de garantía.

En cuanto al fideicomiso de garantía sobre inmuebles, el I.S.R. por enajenación o por el otorgamiento de uso o goce temporal, etc.. se causa por lógica de la mecánica de este contrato de garantía, cuando el fideicomitente, que da en garantía determinados bienes a la institución fiduciaria para que ésta cumpla con la obligación contraída por el fideicomitente deudor al fideicomisario acreedor, cuando existe incumplimiento por parte del mismo deudor y los bienes

afectos o el producto de la venta de los mismos se transmite al acreedor fideicomisario, si es que hubo remanente o ganancia para el deudor fideicomitente.

El art. 157 del Código Financiero del D.F. en su Fr. VI, dice que se entiende por adquisición la dación en pago y la liquidación.

El impuesto sobre adquisición de inmuebles (I.S.A.I.) se causa en este tipo de fideicomisos, cuando el fideicomisario adquiere los bienes inmuebles que fueron dados en garantía para cubrir el importe del crédito a su favor al ejecutarse la garantía en caso de incumplimiento del deudor principal.

4.- Situación Patrimonial de la Instituciones de Crédito.

Consideramos que es importante estudiar el régimen patrimonial de las instituciones de crédito para apoyar aún más el hecho de que hay transmisión de la propiedad a la institución fiduciaria.

El art. 79 de la L.I.C. nos dice que en las operaciones de fideicomiso, 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. Deben coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con las contabilidades especiales. Estos bienes sólo estarán afectos a las responsabilidades derivadas del fideicomiso o a las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la ley. De esta disposición, se deduce claramente que los bienes recibidos en

fideicomiso por la institución fiduciaria no forman parte de su patrimonio, sino que se mantienen aparte, pero bajo su custodia y responsabilidad, es por eso que la fiduciaria no causa ningún impuesto, más no deja de recibir en propiedad los bienes fideicomitados.

El art. 106 de la misma ley arriba citada, habla de las prohibiciones a las Instituciones de Crédito, así las fracciones XII , XIII, XVII y XIX señalan:

A las Instituciones de Crédito les está prohibido:

"XII. Participar en sociedades que no sean de responsabilidad limitada y explotar por su cuenta establecimientos mercantiles o industriales o fincas rústicas, sin perjuicio de la facultad de poseer bonos, obligaciones, acciones u otros títulos de dichas empresas conforme a lo previsto en esta ley. La Comisión Nacional Bancaria, podrá autorizar que continúen su explotación, cuando las reciban en pago de crédito o para aseguramiento de los ya concertados, sin exceder los plazos a que se refiere la fracción siguiente.

XIII. Adquirir con recursos provenientes de sus pasivos, títulos, valores o bienes señalados en las fracciones I y II del art. 55 de esta ley.(mobiliario, etc.). La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar excepciones mediante reglas de carácter general.

Cuando una Institución de Crédito reciba en pago de adeudos o por adjudicación en remate dentro de juicios relacionados con créditos a su favor, títulos o valores que no deba conservar en su activo, así como bienes o derechos de los señalados en esta fracción, deberá sujetarse a las reglas de carácter general que establezca la Comisión Nacional Bancaria.

XVII. Otorgar créditos o préstamos con garantía de:

b) Derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones, que a su vez, tengan por objeto los pasivos mencionados en el inciso anterior. (fr. I incisos b), c) y d) y II a IV del art. 46).

XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fr. XV del art. 46 de esta ley.

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos... El Banco de México, podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses.

b) Responder a los fideicomitentes..., del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa. según lo dispuesto en la parte final del art. 356 de la L.G.T.O.C.

o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso... para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente, absteniéndose de cubrir su importe.

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

En los contratos de fideicomiso... se insertará en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

- c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de los cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; así mismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general y,
- d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre los herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años.

Podemos resumir el contenido de esta disposición en el que las Instituciones de Crédito que pueden actuar como Instituciones Fiduciarias, no pueden tener en su patrimonio bienes que no se relacionen directamente con su objeto, sujetándose a las reglas establecidas. Esta idea junto con la anteriormente expuesta sobre la separación de las cuentas de los diversos fideicomisos, nos podrían hacer pensar que la propiedad de los bienes fideicomitados no la tiene la fiduciaria y que por lo tanto ésta pertenece al

fideicomitente, o fideicomisario al momento en que se le adjudiquen los bienes, cuando ese sea su destino. Sin embargo no hay que confundirnos, los mismos artículos no dicen que la propiedad no la adquiera la fiduciaria para el cumplimiento de los fines, simplemente se dan lineamientos para que no se abuse de la confianza depositada en las instituciones de crédito fiduciarias y no se confunda el patrimonio que esta tiene para la realización de muchas otras actividades (no sólo la fiduciaria). También para facilitar el manejo llevando un control más preciso sobre cada operación de fideicomiso que realizan con un número considerable de clientes fideicomitentes que acuden ante ella para que efectúe esta operación de servicio.

C) EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO MERCANTIL Y BANCARIO.

El fideicomiso es un negocio jurídico regulado como una operación de crédito en el Capítulo V del Título Segundo (De las operaciones de crédito) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Ordenamiento de carácter mercantil y por ende de aplicación en toda la República por ser federal la regulación legal de dicha disciplina, según el art. 73 Fr. X de la Constitución y de jurisdicción concurrente según el art. 104 de nuestra Ley Suprema.

El art. 75 del Código de Comercio, en su fracción XIV, establece que las operaciones bancarias en general son actos de comercio. Esto relacionado con el art. 350 de la L.G.T.O.C. en su primer párrafo en el que se señala que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (hoy, Ley de Instituciones de Crédito del 18 de julio de 1990) que es la ley especial por la cual se han de regir, de acuerdo con el art. 640 del mismo Código de Comercio. Así el

fideicomiso al ser una operación bancaria, se puede considerar un acto de comercio, entre otras razones, atendiendo al sujeto ya que los bancos se definen como tales por ejercer en forma profesional y masiva las operaciones reconocidas por la L.G.T.O.C. La L.I.C. califica al fideicomiso como una operación de servicio.

Hay que mencionar que la mercantilidad de la figura radica en el art. 1º segundo párrafo de la L.G.T.O.C., cuyo texto califica expresamente a las operaciones de crédito reguladas en dicha ley como actos de comercio.

Respecto a lo anterior, encontramos diversas opiniones como la de Mantilla Molina¹⁴⁷ quien define al fideicomiso como un acto absolutamente mercantil, es decir, su mercantilidad no está condicionada ni al fin del acto, (compraventas con ánimo de especulación comercial) o a la naturaleza mercantil de la cosa receptora de los efectos del acto (compraventa de porciones, acciones, obligaciones de sociedades mercantiles), o por la mercantilidad de las personas. Este autor sostiene que el fideicomiso es como las demás operaciones de crédito y actos consignados en los títulos de crédito, tomando en cuenta el art. 1º de la L.G.T.O.C. Dicha mercantilidad es como la de las sociedades que el art. 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles enumera, en acatamiento a lo dispuesto por el art. 4º del mismo ordenamiento. En todos estos casos, la mercantilidad no depende de factor alguno, sino que basta con la disposición legal. Lo anterior, para evitar confusiones con los mal llamados "fideicomisos públicos" que llaman fideicomiso al organismo creado por ley o decreto como parte de la Administración Pública Paraestatal con personalidad jurídica y patrimonio propio (art. 3 L.O.A.P.F.) para la realización de un fin, y que no necesariamente realiza actos de comercio.

¹⁴⁷ Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil*. 26 ed. Porrúa. México, 1989, p 63 y ss.

Por su parte, Luis Muñoz,¹⁴⁸ señala que el fideicomiso es un acto de comercio intervivos o mortis causa, bajo la forma de negocio jurídico mercantil bancario, sin que necesariamente sea operación de crédito. Nace de un contrato complejo, típico, nominado y de naturaleza fiduciaria, con efectos reales. Sustenta que el fideicomiso es un acto de comercio en virtud del art. 75 del Código de Comercio, fracciones XIV y XXIV ya que es un acto exclusivo de las Instituciones de Crédito. Este negocio puede ser bilateral y plurilateral, patrimonial e instrumental para el tráfico jurídico.

Rodolfo Batiza¹⁴⁹ nos dice, que si bien se le ha calificado al fideicomiso como un acto absolutamente mercantil, éste autor es de la opinión de que el fideicomiso es un "acto mixto" atendiendo al art. 1050 del Código de Comercio, ya que en el fideicomiso, una de las partes es comerciante (fiduciaria) y las otras fideicomitente y fideicomisaria, pueden o no serlo. Además también señala este autor que el acto mixto es susceptible de ser administrativo (fideicomiso público), laboral (el constituido por un sindicato, etc.) e incluso hasta agrario.

Refiriéndonos a las posturas que señalan que el fideicomiso es un acto mixto, el art. 1050 del Código de Comercio dice así:

"Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en el acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles"

El mismo artículo habla claramente de que las leyes que se aplicarán serán las mercantiles, independientemente de los sujetos que intervengan.

¹⁴⁸ Muñoz, Luis. *El fideicomiso*. México, Cárdenas. 1973, p 49-59.

¹⁴⁹ Batiza, Rodolfo. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración fiduciaria*. Porrúa. México. 1976, p 39-41.

Anteriormente sólo se aplicaba la legislación mercantil si el demandado era el comerciante, lo cual es lo que seguramente había motivado a Batiza a hacer esa afirmación sobre el acto mixto.

La materia de comercio es un acto legislativo, regido por las normas del actual derecho mercantil, y está constituida por una serie de actos humanos con efectos jurídicos, los cuales, reunidos, enumerados y tipificados en la ley adquieren el carácter de normas delimitadoras de la jurisdicción mercantil.

El fideicomiso como negocio jurídico, es más apto asimilarse en la rama del derecho privado debido a su carácter contractual, no dejando de sujetare la voluntad de las partes, por razones de seguridad jurídica, a una regulación específica en la L.G.T.O.C. y en las leyes especiales como la Ley de Instituciones de Crédito (Derecho Bancario, como una subdivisión del Derecho Mercantil), sin olvidar que el Derecho Civil (como Derecho Común) es supletorio del mercantil ya que si bien tiene un carácter autónomo, tiene sus orígenes en el civil.

La fiducia, nacida dentro del Derecho Civil, y regulada por el mismo, ha evolucionado por las exigencias de la economía moderna, superando al derecho que la creó. El derecho mercantil la ha asimilado, inspirándose en el *trust* expreso, dictando como derecho especial normas e incluyéndola en un principio en las operaciones bancarias. El Derecho Común, al ser supletorio del mercantil, es aplicable en todo lo que no haya expresamente previsto y derogado, pero fundamentalmente los contratos y las operaciones mercantiles se rigen por sus leyes especiales (L.G.T.O.C., L.I.C. etc. y Código de Comercio) y por los usos y costumbres bancarias, entre las que se conocen las "Condiciones Generales de Contratación" que los bancos establecen en los "Contratos de Adhesión"

inspirados en la experiencia o interés común, en la simplicidad formal del Derecho Mercantil y Financiero,¹⁵⁰ por lo cual tienen la categoría de usos normativos, supletorios del derecho positivo mientras no se opongan a él ni sean contrarios a normas de Orden Público.¹⁵¹

La naturaleza contractual del fideicomiso otorgado inter vivos, y la forma testamentaria alternativa en la que pueden constituirse, así como las lagunas de la legislación sustantiva, nos obligan a recurrir al derecho común como bien señala el art. 2 del la L.G.T.O.C.:

“A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común.”

Raúl Cervantes Ahumada¹⁵² señala que el fideicomiso, al estar tipificado en la ley como contrato, la relación fideicomisaria, es “afiduciaria”, es decir, el elemento fundamental ya no es la confianza depositada en la fiduciaria, (tal y como lo señala la doctrina anglosajona), debido a que ésta confianza o fe, ya no es necesaria pues los medios jurídicos establecidos garantizan el cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, nosotros consideramos que aunque el contrato esté tipificado en la ley, la confianza existe, ya que el fideicomitente escoge libremente a la Institución Fiduciaria que más le convenga de acuerdo a la fe que le deposita en cuanto a que va a lograr el fin propuesto.

Si bien, la figura del fideicomiso se ha extendido a los mal llamados “fideicomisos públicos”(cuya naturaleza no corresponde estudiar de lleno en el presente trabajo). Lo cierto es que las Instituciones de Crédito principal y

¹⁵⁰ El Derecho Financiero es una rama del derecho mercantil que abarca el Derecho Bancario, Bursátil y lo relacionado con otros contratos mercantiles como el de seguro y la fianza.

¹⁵¹ Viesca, Op.cit. supra nota 7 p 88-102.

¹⁵² Cervantes Ahumada. Op.cit. supra nota 108. p 307 y 308.

comúnmente y, recientemente otros organismos autorizados por la ley, como Casas de Bolsa (art. 22, fracción IV, inciso d) de la Ley del Mercado de Valores) y las Instituciones de Seguros y Fianzas (arts. 34 fracción IV y 16 fracción XV de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas respectivamente), que son entes netamente mercantiles, podrán actuar como fiduciarias, siendo el fideicomiso una figura de derecho mercantil, atendiendo a los sujetos que la realizan, y al objeto según las disposiciones legales aludidas por diferentes doctrinarios, considerando a la materia civil supleoria.

Los efectos de que sólo determinadas instituciones puedan actuar como fiduciarias, contando con la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (arts. 16 a 20, 26, 31 fr. VII y VIII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley General de Deuda Pública, arts. 1 al 16, y 30; 25 al 34 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público) a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y a través de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (según lo establecen sus mismas leyes), estriba en que esta vigilancia asegura casi plenamente la solvencia y honradez del cargo fiduciario y en que al ser por ley el contrato de fideicomiso operación bancaria, operación de casas de bolsa y de instituciones de seguros y fianzas (éstos últimos bajo ciertos lineamientos), se constituye en acto de comercio.

Aunque existan regulaciones específicas de esta figura tanto en las diversas leyes que hemos citado, como en diversos reglamentos, acuerdos y circulares de la C.N.B.V (Comisión Nacional Bancaria y de Valores) y la C.N.S.F.(Comisión Nacional de Seguros y Fianzas), que velan por el interés público, el Derecho Mercantil, no niega su carácter privado, elástico y dinámico.

que puede colmar como ya lo mencionamos, las lagunas de la ley, aplicando los usos mercantiles y las sanas prácticas bancarias y bursátiles.

Por último, hay que considerar lo que expone el maestro Villagordoa,¹⁵³ respecto a la actividad jurídica, en la que consisten los fines del fideicomiso, la cual puede estar integrada por una serie de actos de comercio, que pueden considerarse aisladamente o como una unidad, cuando la realización masiva de los mismos nos conduce al concepto de empresa, porque se trata de la organización de una actividad económica dirigida a la producción o intercambio de bienes o servicios para el mercado independientemente de que exista o no una finalidad de lucro. Si el fideicomiso lleva implícita la realización de una empresa, debemos considerar que no existe empresa sin empresario; quien será el fiduciario, y la hacienda o el conjunto de bienes materiales o inmateriales de la empresa, estará integrado con el patrimonio del fideicomiso. Esto es una razón más para considerar al fideicomiso como un acto de comercio.

1.- Marco Legal :

Existe una pluralidad de leyes y reglamentos aplicables al fideicomiso de acuerdo al fin propuesto en el derecho penal, procesal, administrativo, constitucional, fiscal, laboral, bancario, bursátil, civil y mercantil, tanto en los fueros locales como federales.

Álvaro Espinoza González ¹⁵⁴ establece un orden de aplicación de las normas que regulan al fideicomiso basándose en el art. 2 de la L.G.T.O.C. y en nuestro

¹⁵³ Villagordoa, Op.cit. supra nota 51. p 50.

¹⁵⁴ Espinoza Gómez, Alvaro. "El régimen legal del Fideicomiso" en *Las instituciones financieras y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982. 438-439.

sistema constitucional que precisa los campos de acción de las autoridades federales:

- 1.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 2.- Leyes especiales. (L.I.C., L.M.V. etc.)
- 3.- Disposiciones Mercantiles y Civiles de observancia general que les hace aplicables y complementarias.
- 4.- Usos bancarios y mercantiles.

Por cuanto a las leyes y reglamentos administrativos y fiscales, se observan en sus respectivas áreas con apego a la substancia o materia determinadas.

D) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

1.- Concepto de negocio jurídico.

Resumiendo la Teoría del Acto Jurídico, observaremos el siguiente cuadro:

HECHOS JURÍDICOS (Producen efectos jurídicos)	{HECHOS NATURALES {HECHOS HUMANOS (Los realiza el ser humano)	{ACTOS JURÍDICOS (Interviene la voluntad humana libre y consciente) {NEGOCIO JURÍDICO (Además se requiere el consentimiento de quien realiza el acto y la voluntad de la otra parte)
--	---	---

El negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos.¹⁵⁵

El negocio fiduciario, es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha

¹⁵⁵ Villagordoa, Op.cit, supra nota 51, p 29.

finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente.

El fideicomiso como negocio fiduciario, en un principio, surge como negocio atípico e innominado que contrasta con los contratos tradicionales por su simplicidad. Estas formas poco a poco van a ir siendo objeto de reglamentación y reconocimiento por la ley.

Jorge Barrera Graf ¹⁵⁶ define al negocio fiduciario como "aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente."

La definición anterior la podemos sintetizar en tres elementos:

1. Unidad del Negocio:

El negocio fiduciario es único y se forma, como ya lo hemos dicho, por dos relaciones: una real, que hace posible la transmisión del bien o derecho del fiduciante al fiduciario, y una relación obligatoria por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fiduciante de retransmitirle ese bien o derecho o de transmitirlo a un tercero.

Francisco Ferrara ¹⁵⁷ dice que el negocio fiduciario se compone por dos contratos: Uno real positivo que produce la transferencia de la propiedad o de

¹⁵⁶ Barrera Graf, Jorge. *Los negocios Fiduciarios* Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XXIV, julio-septiembre 1950. Núm 144, p 442.

¹⁵⁷ Ferrara, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Revista de derecho privado. 3ª ed. Madrid, 1953, p 66.

crédito y otro contrato obligatorio negativo con la obligación del fiduciario de usar en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después.

Barrera Graf, no acepta esta tesis porque aisladamente ninguna de las relaciones existe en forma autónoma, de otra manera los efectos reales de la fiducia (fideicomiso) se confundirían con el de otros negocios típicos traslativos.

2.- Transmisión plena de bienes y derechos.

Serrano Trasviña ¹⁵⁸ dice que la transmisión de la propiedad no es elemento esencial del negocio fiduciario por lo que lo define como "aquel constituido en virtud de un contrato por el cual un derecho invierte el modo de su ejercicio que se transforma de potestativo en obligatorio." Agrega que el titular de los bienes fideicomitados es el fiduciario, cuyo derecho es de ejercicio obligatorio.

Sin embargo, podemos refutar la primera afirmación, con la segunda que hace el mismo autor, ya que esa titularidad de la fiduciaria tuvo su origen en una transmisión realizada por el fiduciante a favor del fiduciario.

Reiteramos que se trata de una transmisión plena de propiedad para los bienes y de titularidad para el caso de derechos de crédito y aunque esa transmisión sea "limitada" ya que el fiduciario no puede disponer de esos bienes o derechos en beneficio propio, la esencia del derecho de propiedad no se modifica, ni tampoco se crea un nuevo tipo de derecho real, sino que sólo implica una "modalidad" del derecho de propiedad.

¹⁵⁸ Serrano Trasviña. Op.cit. supra nota 35, p 59 y ss.

3.- Afectación a un fin.

La relación personal en el negocio fiduciario estriba en la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos a una determinada finalidad de carácter lícito.

Algunos autores hablan de que en el negocio fiduciario se emplean medios muy amplios para fines restringidos, o sea, hay una excedencia entre medio empleado y fin pretendido. Incluso se ha hablado de una contradicción entre estos medios y los fines.

Generalmente los fines perseguidos en el negocio fiduciario son de garantía, mandato o administración. Aún cuando por la naturaleza misma de dichos negocios se puede perseguir y alcanzar cualquier fin (siempre y cuando sea lícito y determinado) más esto no significa que exista disparidad o contradicción tajante en el sentido de inequidad sino en el de diferencia en los medios empleados los cuales por lógica deben ser lícitos también.

2.- Negocio Fiduciario y Negocio Abstracto.

La causa es el motivo determinante de la voluntad de los contratantes para celebrar el negocio y respecto a los negocios de contenido patrimonial, (como lo es el negocio fiduciario por la relación real contraída entre fiduciante y fiduciario), es el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial. Lo anterior no lo debemos confundir con los simples motivos del negocio que son la causa impulsiva subjetiva o motivo remoto.

Todo negocio objetivamente considerado, se dirige a un fin económico jurídico que destaca de los fines o motivos particulares del agente. Este fin objetivo, no es la atribución patrimonial, sino la función que realiza (económica y social) que justifique esa adquisición y que es protegido por el derecho.

Es importante saber si el negocio fiduciario es un negocio causal o abstracto, es decir un negocio en que la transmisión pura y simple de un derecho (real o personal) con el mero fin de garantía o de mandato son suficientes para su validez, imponiendo al fiduciario la obligación de realizar, a la extinción de fin convenido, una nueva transmisión pura y simple, abstracta en provecho del fideicomitente o del fideicomisario.

Hay situaciones que producen una transmisión de derechos y que se fundan por ejemplo en una *pignoris causa*, como en la prenda fiduciaria, por lo que no hay objeción para hablar de una *causa fiduciae* para la transmisión de la propiedad para el fin de mandato al cobro, como sucede en el endoso pleno de una cambial con el único fin de obtener el importe de la misma. Cualquier fin económico que no sea prohibido por la ley, constituye una *iusta causa traditionis*.

El negocio fiduciario no es un negocio abstracto ya que si la prestación tuviera lugar *sine causa* la restitución se puede solicitar inmediatamente, el derecho relativo se deriva *ex lege* y está fundada en la ausencia de la causa. Si al contrario, la enajenación se verificó *fiduciae causa* la restitución se puede solicitar sólo cuando se hayan realizado determinados presupuestos y el derecho relativo se deriva del contrato, fundándose sobre la causa misma que en ella se concreta.

De esta manera el negocio fiduciario es un negocio causal que tiene como característica una atípica *causa fiduciae*. Esta causa es atípica ya que a través del elemento de hecho de todo negocio fiduciario, las partes persiguen una intención que no está prevista por el legislador en forma específica.¹⁵⁹

3.- Negocio Fiduciario y Negocio Indirecto.

El negocio indirecto es aquel en el que para obtener un efecto jurídico se hace uso de una vía transversal. Las partes quieren conseguir por medio de un negocio, un fin diverso del que le es típico o normal. El fideicomiso es un negocio indirecto. El género común a estos negocios lo constituye la realidad del acto y la forma indirecta del procedimiento, del que por caminos transversales tienden a la consecución de fines que no pueden alcanzarse por vía directa. Un ejemplo sería el mandato a nombre propio donde se oculta la identidad del mandante, ya que solo comparece el mandatario obrando por su cuenta; en todo caso, dicho mandatario deberá transmitir los derechos que adquiere al ejercer el mandato, al propio mandante, cuando le tenga que rendir cuentas.

4.- Negocio Fiduciario y Negocio Aparente.

Villagordoa¹⁶⁰ califica a los negocios aparentes dentro de los indirectos. En un principio el derecho estuvo revestido de formalismos que con el desarrollo económico de los pueblos se van adoptando a las nuevas formas contractuales, por ejemplo, en el Derecho Romano, las formas tradicionales para transmitir la propiedad fueron la *mancipatio* (enajenación solemne) y la *in iure cessio* (reivindicación dentro del juicio). Posteriormente se utilizó la *mancipatio* para fines

¹⁵⁹ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3 p 62-63.

¹⁶⁰ Idem p 64-66.

de garantía, transmitiendo fiduciariamente al acreedor los bienes que la constituían con la obligación de dicho acreedor de restituirlos después del pago de su crédito. El empleo de la *mancipatio* en esta forma aparente fue el antecedente de varios contratos de garantía que posteriormente surgieron en el derecho romano: la fiducia y la prenda.

De esta manera al formalismo de las legislaciones antiguas acompañan los actos aparentes que con fines distintos a los suyos propios, de las pocas formas típicas reconocidas en la ley, o por la combinación de las mismas, se trata de dar un desahogo a las nuevas necesidades y rodear de protección las nuevas relaciones de la vida jurídica. Así los negocios aparentes evolucionaron en lo que hoy son los negocios fiduciarios.

5.- Negocio Fiduciario y Negocio en Fraude a la Ley.

Los negocios en fraude a la ley son negocios reales indirectos, que tienden a conseguir, con la combinación de diferentes medios jurídicos, el mismo o equivalente resultado que la ley prohíbe. La simulación en cambio no es un medio para eludir la ley, sino para ocultar su violación.

La diferencia entre los negocios fiduciarios y los negocios en fraude a la ley, ya la estudiamos cuando analizamos la diferencia del fideicomiso con otras figuras, y podemos concluir que tanto éste último como los negocios *in fraudem legis* son una forma de negocios jurídicos que toman diversos atributos según el fin que se ha querido obtener. Villagordoá ¹⁶¹ dice que si se trata de un fin lícito tenemos un negocio fiduciario como medio para completar un derecho

¹⁶¹ Idem p 67.

insuficiente; si se trata de un resultado prohibido, es un negocio fraudulento tendiente a esquivar el derecho. Los negocios fiduciarios persiguen un fin económico fuera de la ley y los fraudulentos un fin económico contra la ley.

6.- Negocio Fiduciario y Negocio Simulado.

De algún modo ya hablamos de este tipo de negocios, pero analizándolo de modo más específico podemos señalar lo siguiente:

La simulación no es una realidad; sino una ficción de la realidad ya sea porque los actos son inexistentes, o distintos a como aparecen. Los contratantes están de acuerdo (lo cual distingue a la simulación de la reserva mental) sobre la apariencia del acto que no lo celebran realmente o en aquella forma visible de que se sirven como instrumento para engañar a los terceros.

La divergencia intencional entre voluntad y declaración distingue a la simulación del error.

Existen tres clases de simulación:

- Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente (acto inexistente) es lo que se llama simulación absoluta.
- Las partes realizan un acto real, aunque distinto de aquel que aparece exteriormente . Es la simulación relativa.
- Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza. Ocultan quien es el verdadero contratante dando lugar a una sustitución de persona.

El negocio fiduciario es un negocio querido, existente que pretende alcanzar un resultado jurídico mas no económico que correspondería al acto realizado habiendo una divergencia entre el fin económico y el medio jurídico empleado, además en el traspaso fiduciario se llega a consecuencias diversas. El

simulado es irreal, no quiere alcanzar un resultado ni económico ni jurídico, es nulo y no lleva consigo transferencia alguna de derecho. Además el elemento que claramente los distingue es la voluntad.

7.- Características del Negocio Fiduciario.

Primero que nada, este tipo de negocios se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, que llena las lagunas de la ley ante la imposibilidad de prever todas las situaciones jurídicas. En un principio fueron atípicos (sin causa admitida por el ordenamiento jurídico) e inominados (sin nombre ni reglamentación por parte del derecho positivo).

La práctica constante hizo que el legislador los tomara en cuenta al expedir los nuevos ordenamientos jurídicos.

8.- El Fideicomiso como una especie de Negocio Fiduciario.

Raúl Cervantes Ahumada¹⁶² niega la asimilación del fideicomiso al negocio fiduciario. No es un negocio reglamentado por la ley, se compone por dos negocios que sí están tipificados en la misma pero con efectos contrarios: los efectos del negocio oculto con eficacia interna entre las partes, destruye los efectos del negocio aparente. El negocio fiduciario va más allá del negocio querido por las partes y una de las finalidades es llenar un vacío legal.

Dice que en cambio el fideicomiso se encuentra reglamentado en la ley y que las obligaciones no son de buena fe, sino que son derivadas de la ley.

¹⁶² Cervantes Ahumada. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 19 p 245.

No estamos de acuerdo con este autor cuando señala que el fideicomiso se compone de dos negocios con efectos contradictorios, sino que más bien el fideicomiso consta de una relación obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fideicomisario de destinar el patrimonio transmitido a la realización de los fines del fideicomiso en provecho no del titular de dicho patrimonio sino del fideicomisario, esta relación obligatoria viene a ser la causa de la real, en virtud de la cual el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos al fiduciario. Villagordoa tampoco acepta el que exista una excedencia en los efectos del negocio fiduciario con relación al fin perseguido, sino más bien hemos sostenido que en el negocio fiduciario se emplean medios propicios y diferentes y no tanto excesivos.

Respecto a que el negocio fiduciario llena un vacío legal, hemos visto como surge con ese fin, pero una vez que la legislación lo reconoce, ese vacío queda satisfecho.

Jorge Serrano Trasviña,¹⁶³ dice que los elementos del fideicomiso y del negocio fiduciario son idénticos en cuanto a su estructura jurídica, y sólo difieren accidentalmente como el hecho de que el fideicomiso está tipificado. Pensamos que sería más correcto decir que se trata de negocios del mismo género, pero con diferencias específicas que los distinguen.

Rodríguez y Rodríguez,¹⁶⁴ con quien estamos de acuerdo, dice que el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. En éstos está un aspecto real, traslativo de dominio que opera frente a terceros y un

¹⁶³ Serrano Trasviña. Op.cit. supra nota 35 p 366.

¹⁶⁴ Rodríguez. Op.cit. supra nota 104 p 531-532.

aspecto interno obligatorio que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo con efectos interpartes.

El fideicomiso se considera negocio fiduciario ya que se le atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación obligatoria de realizar sólo los actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan. Aunque el dueño fiduciario tiene un dominio limitado en función del fin, no deja de ser dominio. Las relaciones entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario son públicas y conocidas por terceros, en cuanto la ley no sólo establece la publicidad del mismo (arts. 352, 352, y 354 L.G.T.O.C.) sino que prohíbe los fideicomisos secretos que serán nulos. (art. 359).

Al efecto Viesca,¹⁶⁵ concluye que el fideicomiso es un negocio fiduciario ya que es un negocio jurídico, nacido de una manifestación de voluntad unilateral o bilateral (contrato) basado en una relación de confianza que produce efectos reales y obligacionales seriamente queridos; el primero, pleno y positivo, es la transmisión de una parte (fiduciante o fideicomitente) a otra (fiduciario) de la propiedad de bienes o titularidad de derechos determinados, en beneficio de un tercero llamado beneficiario o del propio transferente; el fiduciario acepta el aspecto negativo de la relación, el vínculo obligatorio y causal, por lo cual ejercerá sus derechos de propiedad para cumplir el destino de la transmisión y lograr el fin propuesto; el beneficiario o fideicomisario puede exigirle el cumplimiento de su obligación ejerciendo en su contra las acciones derivadas de su derecho personal.

¹⁶⁵ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 63.

9.- Aplicación del negocio.

El art. 351 de la L.G.T.I.C. dice:

"Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

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

Por su parte el art. 352 dice que el fideicomiso puede constituirse por acto inter vivos o por testamento, más ninguno de los artículos de esta ley definen las operaciones fiduciarias, por lo que tenemos que recurrir a la Ley de Instituciones de Crédito, las leyes especiales de Seguros y Fianzas y a la del Mercado de Valores.

La doctrina ha clasificado a las operaciones del negocio fiduciario, respecto a su aplicación en:

- a) Operaciones de Garantía.
- b) Operaciones de Administración.
- c) Certificados de Participación.

Todas estas recaen dentro del objeto permitido por la L.G.T.O.C.

- a) Operaciones de Garantía.

En virtud de esta operación, el fideicomitente, deudor de una prestación de dar, encarga en fideicomiso bienes muebles o inmuebles a la fiduciaria, quien recibe su propiedad (titularidad si se trata de derechos) para destinarlos a

garantizar el crédito del beneficiario acreedor. En el contrato se estipula que el fideicomiso tiene ese objeto, y en caso del incumplimiento del deudor, la fiduciaria, usando sus derechos de propiedad, enajena los bienes fideicomitados, cubriendo con su importe el adeudo pendiente al beneficiario. El fideicomitente puede quedar en posesión del bien fideicomitado, sin poder hacer en el mismo ningún acto sin expreso consentimiento del propietario (la fiduciaria) ni ejercer actos de dominio, gravarlo, cederlo, arrendarlo, etc. Los productos que el mismo produzca, pasan por derechos al propietario, que deberá destinarlos al mismo objeto del contrato, y a su vez, la misma tendrá a su cargo el pago de las prestaciones fiscales o particulares que sobre él recaigan respetándose de acuerdo con el art. 351 de la Ley, los derechos de terceros adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, y según el propio artículo, el contrato solo podrá ser atacado de nulidad cuando se haya constituido en fraude de terceros, siendo la nulidad relativa, ejerciendo tan acción los propios interesados.

Este contrato tendría la ventaja sobre otros contratos de garantía que puede evitar el juicio hipotecario y otros procesos judiciales para hacer efectivos los créditos. El hecho de que solo determinadas instituciones puedan ser fiduciarias, y que estén vigiladas por el Estado, la posibilidad de abuso fiduciario es casi imposible. Estas instituciones se limitan a vigilar el cumplimiento del deudor sin perjudicarlo, ya que él mismo conserva la posesión y uso de los bienes, que solo los pierde al incumplir con su obligación, y en este caso el fiduciario puede realizar los bienes y pagar al acreedor.

b) Operaciones de administración.

Son las más frecuentes, se refiere a la intervención de las fiduciarias en el mantener los bienes del fideicomiso, en invertir éstos y en administrarlos u organizarlos de tal suerte que produzcan frutos o bien ordenar los mismos a la consecución del fin. Esto atañe por supuesto a que en las emisiones públicas o privadas de títulos de crédito, las instituciones fiduciarias, podrán cuidar de las garantías y de las inversiones de la emisora y como representante de la misma recibir los pagos y exhibiciones de los suscriptores y convertirse en representante común de los mismos. (art. 216 L.G.T.O.C.). Lo anterior permite a las fiduciarias garantizar actos de interés social como la sindicatura, el albaceazgo, la emisión de títulos y toda clase de actos de administración de sociedades benéficas etc. pues la relación fideicomisaria da nacimiento a una serie de obligaciones y derechos regulados por la ley.

La fiduciaria al adquirir en propiedad el patrimonio fideicomitado (aspecto jurídico real) y destinarlo al fin propuesto (negocio jurídico interpartes o indirecto, donde la transmisión de la propiedad no se persigue por sí misma sino por otros fines), sin confundirlo con el suyo particular por medio de sus delegados fiduciarios, los gastos que el fideicomiso implique no se considerarán distintos sino derivantes del mismo, por lo que son a cargo directo del propio patrimonio, sin obligar al fideicomitente ni al beneficiario personalmente (art. 351 L.G.T.O.C)

c) Emisión de Certificados de Participación.

Estos son títulos de crédito regulados por los artículos 228 "a" al 228 "v" emitidos por una institución fiduciaria y que representan el derecho a una parte

alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita, el derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores, o bien el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

La emisión se hace para constatar la participación de los distintos copropietarios de bienes, títulos o valores en poder de la institución fiduciaria. La fiduciaria recibe en fideicomiso unos bienes que son la base de la emisión de los títulos valores (certificados de participación) que se colocan entre los beneficiarios del fideicomiso. El fideicomitente puede ser una sociedad extraña, o la propia fiduciaria, pero en ambos casos por su propia declaración unilateral de la voluntad se hace la emisión, quedando los bienes separados de su patrimonio general destinado al fin del fideicomiso mismo. Pueden constituirse fideicomisos sobre toda clase de empresas industriales o mercantiles consideradas unidades económicas para los efectos de la emisión. El art. 228 "b" da a los certificados de participación el carácter de ser bienes muebles por ser títulos valores, cuando son emitidos por instituciones fiduciarias, aunque los bienes que representen sean inmuebles. La emisión de los certificados se hace por declaración unilateral de la voluntad de la sociedad emisora expresada en escritura pública, pero de acuerdo con la fracción XI del art. 228 "m" en la misma constará certificado por el representante común de los tenedores de certificados, que se ha constituido el fideicomiso base de la emisión comprobando la existencia de los bienes fideicomitidos.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS Y CLASES DE FIDEICOMISO

A) ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 8A
 Tomo : XII-Julio
 Página : 216

FIDEICOMISO. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TERCERO EXTRAÑO A UN JUICIO MERCANTIL, QUIEN NO FUE PARTE EN EL CONTRATO DE. El fideicomiso es un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de una parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo, siendo los sujetos en el mismo el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, sin que puedan considerarse como parte, personas con las cuales no se celebró el contrato. Consecuentemente no podrá ostentarse como tercero extraño a un juicio mercantil, vinculado con prestaciones inherentes a tal consenso, quien no fue parte en él, ni demuestra una subrogación legal en los derechos de cualquiera de las partes.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.
 PRECEDENTES: Amparo en revisión 2/93. Jorge Beer Laxer. 18 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Ceja Villaseñor. Secretario: José Luis Flores González.

Primero que nada anticiparemos que puede haber, en una misma operación varios fideicomitentes, fideicomisarios y fiduciarios. Esto reglamentado en los arts. 348 tercer párrafo y 350 tercer párrafo de la L.G.T.O.C. Esta pluralidad de personas puede ser simultánea o sucesiva. La procedencia de las anteriores lo estudiaremos mas adelante.

1.- Fideicomitente:

Es el primero y principal. Según el art. 346, es quien destina a un fin lícito y determinado los bienes por él fideicomitados y encarga la realización de ese fin a una institución fiduciaria. Si bien en el fideicomiso se necesitan tres partes

(fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), en el acto constitutivo unilateral del fideicomiso, el único elemento indispensable es el fideicomitente, estableciéndose una "expectativa" que no se perfeccionará hasta que el fiduciario acepte celebrar el contrato tal y como se desprende de los arts. 347 y 350 donde se dan las bases para designar fiduciario en los casos en que se omita dicha designación en el acto constitutivo.

a) Derechos y Obligaciones del Fideicomitente:

Prácticamente en el acto constitutivo del fideicomiso es en el único momento en que interviene, estableciendo su voluntad, a menos que se reserve expresamente algún derecho sobre los bienes fideicomitados, no perdiendo en ningún momento interés jurídico en el contrato, e incluso participando directamente en la extinción del mismo (cuando se reserva el derecho de revocación). El fideicomitente tiene los siguientes derechos:

- Puede reservarse la facultad de revocación (art. 357 2º párrafo L.G.T.O.C.)
- Modificar el fideicomiso si se reservó ese derecho.
- Señalar los fines del fideicomiso.
- Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones fiduciarias (arts. 348 y 350).
- Ejercitar las acciones y derechos que se hubiere reservado para pedir cuentas, exigir la responsabilidad o pedir la remoción de la institución fiduciaria y el nombramiento de una nueva (art. 350).
- Prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.
- En su caso, y siempre que el fideicomitente se lo haya reservado expresamente, el derecho a que los bienes que hubiere destinado al fideicomiso le sean devueltos por la Institución Fiduciaria al extinguirse el fideicomiso (art. 358).¹⁶⁶

¹⁶⁶ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3 p 114. Este autor nos dice que hay casos en que este derecho no procede, como, es en los fideicomisos onerosos en los que el fideicomitente recibe una contraprestación por la constitución del fideicomiso; en estos casos es imposible que dichos bienes o derechos reviertan al fideicomitente, pues la transmisión de los mismos debe realizarse al fideicomisario o a sus causahabientes.

- En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho. (art. 1837 del Código Civil).
- En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento correspondiente de daños y perjuicios. (art. 1949 del Código Civil)
- Los demás que se pueda y se quiera reservar que no sean incompatibles con los derechos legales mínimos del fiduciario y del fideicomisario y con la estructura de la institución como puede ser la transmisión de sus derechos de fideicomitente si se reservó el derecho de hacerlo.

Establecido el fideicomiso, el fideicomitente deja de tener el dominio sobre los bienes fideicomitados, y si no se les asigna un destino ulterior pasarán de nuevo a su dominio extinguido el fideicomiso.¹⁶⁷

Las obligaciones principales consisten en :

- Transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. (art. 346).
- Así mismo, está obligado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.
- Debe pagar los gastos que origine la constitución y manejo del fideicomiso, pagar los honorarios fiduciarios.
- En caso de que se transmitan inmuebles, está obligado al saneamiento en caso de evicción.
- Colaborar con el fiduciario al cumplimiento del fin cuando para ello sea necesaria su colaboración.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CXVIII

Página : 1082

FIDEICOMISO. Los artículos 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito permiten al fideicomitente reservarse ciertos derechos y acciones con relación a los bienes fideicomitados, al momento de constituirse el fideicomiso; pero dichos derechos y acciones deben coordinarse con el fin del fideicomiso y no estar en contradicción con el mismo, ya que todo acto jurídico debe entenderse como un conjunto lógico, sin implicar contradicciones. Por tanto, aunque en una cláusula de la escritura constitutiva de un fideicomiso, el fideicomitente se reserve el derecho de dar instrucciones a la fiduciaria, en orden a la actuación de esta misma para la ejecución del fideicomiso, si no consta que haya ejercitado ese derecho y además que dichas instrucciones se hayan inscrito debidamente en el Registro Público de la Propiedad para que pudieran ser opuestas a terceros, la facultad de disposición de la fiduciaria sobre los bienes

¹⁶⁷ Herrejón Alvarez, Pablo. *El Fideicomiso de Garantía*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Universidad Panamericana, México, 1994 p 42 y ss.

fideicomitidos, solamente puede quedar limitada por las inscripciones relativas que aparezcan en el mencionado registro, por ser el fideicomiso traslativo de dominio. Por tanto, en el fideicomiso constituido para vender unos lotes, la fiduciaria obró bien si se ajustó a las instrucciones generales contenidas en la escritura de fideicomiso, al efectuar la venta de dichos lotes.

PRECEDENTES: Amparo civil directo 2064/52. Acosta Sierra Francisco. 26 de octubre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

b) Personas que pueden serlo:

Según el art. 349:

- Las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a estas autoridades o a las personas que éstas designen.
- Las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.

El fideicomitente puede a la vez ser fideicomisario o beneficiario, y puede constituirse en fiduciario (si es una institución autorizada para ello como en el caso de la emisión de certificados de participación) en beneficio de terceros, los titulares de los mismos. En los casos de representación legal, se requiere autorización judicial para fideicomitir un inmueble propiedad de su representado.

Al efecto Domínguez Martínez ¹⁶⁸ menciona que esa capacidad implica que el fideicomitente tiene el dominio y no la administración de los bienes. Mas para nosotros, éste dominio es inicial e indispensable y antes de que se haga la transmisión a la institución fiduciaria.

El fideicomitente puede ser una o varias personas salvo en el fideicomiso testamentario en donde una sola persona puede testar; o en el caso de los fideicomisos públicos en el que el fideicomitente es el Estado.

¹⁶⁸ Domínguez. Op.cit. supra nota 117 p 8.

2.- Fiduciaria:

Domínguez Martínez ¹⁶⁹ dice que es el "encomendero" del fideicomitente a efecto de ejecutar los actos por los cuales se alcance el fin al que éste ha destinado los bienes.

Para autores como Villagordoa,¹⁷⁰ el fiduciario es quien tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y se encarga de la realización de los fines.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 8A
Tomo : X-Octubre
P Página : 339

FIDEICOMISO DE GARANTÍA. LA FALTA DE CONCURRENCIA DE LA FIDUCIARIA EN EL CONTRATO DE, LO HACE JURÍDICAMENTE INEXISTENTE. Conforme a la interpretación lógico-sistemática de los artículos 346, 347, 350, 356 y 357, fracción VII de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el fideicomiso de garantía la parte fiduciaria es la encargada de recibir el patrimonio fideicomitado, la cual además ejerce las facultades de dominio inherentes para el debido cumplimiento de los fines del fideicomiso. Por eso, si en el contrato de fideicomiso correspondiente no concurrió la fiduciaria, tal acto jurídico es inexistente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 7 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Alfonso Álvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilez.

a) Derechos y Obligaciones del Fiduciario:

El cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercitarlos para lograr los fines del fideicomiso. El fiduciario tiene los derechos que se le den en el acto constitutivo, sin embargo se entiende que al recibir la titularidad de bienes y derechos puede realizar actos de dominio, enajenar, permutar, transferir la propiedad, administrar u obtener créditos, gravar, arrendar, realizar reparaciones y mejoras, así como actuar en los

¹⁶⁹ Idem. p 8.

¹⁷⁰ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3 p 115.

juicios relativos al contrato de fideicomiso de que se trate y otorgar a través de sus delegados fiduciarios mandatos para pleitos y cobranzas.¹⁷¹ Sus obligaciones pueden ser de dar, de hacer y de no hacer.

Si bien al fiduciario se le transmitieron los bienes y derechos, tiene la obligación de hacer, consistente en conservar esos bienes y desempeñar su cargo de buena fe y "obrar como buen padre de familia" (art. 356), debiendo por consiguiente invertir los fondos ociosos en valores aprobados por la C.N.B.V. según el tipo de fideicomiso. No puede usar esos bienes en provecho propio, hacer mal uso de los derechos transmitidos y excederse en sus facultades (obligaciones de no hacer). Dentro de las obligaciones de dar debe pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso. El fiduciario sólo puede percibir honorarios y comisiones con cargo al patrimonio fideicomitado que remuneren el servicio que presta y los gastos que realiza, pactados en el acto constitutivo o posteriormente. Lo anterior implica que el fiduciario no puede ser fideicomisario tal y como lo establece el art. 348 con la salvedad de que se trate de fideicomisos en que al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar a una institución fiduciaria sustituta para el caso en que surgiere un conflicto de intereses.

El fiduciario sólo responde civilmente por su gestión y no puede asumir obligaciones directas sobre sus resultados para evitar que los funcionarios fiduciarios puedan llegar a ser deudores del fideicomiso como consecuencia del

¹⁷¹ Acosta Romero. Op.cit. supra nota 127 p 168.

manejo del mismo (arts. 80 y 106 fr. XIX L.I.C.). El fiduciario debe mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso y rendirá cuentas al fideicomisario y al fideicomitente si este se reservó el derecho de exigirlos o si tal derecho resulta de las características concretas del fideicomiso. El fiduciario está obligado a cumplir con las obligaciones fiscales que deriven del fideicomiso, realizar sus actividades mediante un delegado fiduciario al cual sólo podrán delegarse las funciones secundarias que no impliquen facultades de mando, decisión o actos discrecionales; acatar las órdenes o dictámenes del comité técnico cuando este exista. También la institución fiduciaria tiene la obligación de guardar el secreto fiduciario.

El secreto fiduciario es una subespecie del secreto bancario, que a su vez constituye una especie de secreto profesional.¹⁷² El secreto profesional es el silencio que por razones éticas deben guardar ciertas personas respecto de hechos, circunstancias datos o documentos que les confía su clientela y que ellas conocen por virtud del ejercicio de su profesión. Este secreto se funda en la ética profesional y en normas de orden público para proteger la vida, privacidad y seguridad de las personas.¹⁷³ El secreto fiduciario es más estricto que el bancario. Solamente pueden tener acceso a la documentación o información del fideicomiso, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, el fideicomitente, el o los fideicomisarios y las autoridades judiciales o administrativas en aquellos juicios o procedimientos entablados por el fideicomitente o los fideicomisarios, siendo estos actores. En caso de que alguna autoridad judicial o administrativa, dentro de un procedimiento que no haya sido promovido por el fideicomitente o fideicomisario, requiera a una

¹⁷² Acosta Romero, Miguel. *Derecho Bancario*. Porrúa. México. 1978. Cap. VIII.

¹⁷³ Acosta Romero, Miguel. "El secreto Fiduciario" en *Las Instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México. 1982. p. 123 y 124.

institución fiduciaria, información o documentación relativa a un fideicomiso, deberá canalizar su petición a través de la C.N.B.V. (art. 118 L.I.C.).

Los derechos y obligaciones del fiduciario se pueden precisar en cada caso concreto, teniendo en cuenta, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyan la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan. No son las mismas obligaciones y facultades del fiduciario, cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles que cuando únicamente se afectan derechos personales. El fiduciario no asume las mismas obligaciones en un fideicomiso de garantía que en un fideicomiso cuyo fin sea liquidar un pasivo. En el primer caso el fiduciario puede vender los bienes fideicomitados en el supuesto de que el fideicomitente deudor deje de cumplir con la obligación principal garantizada a través del fideicomiso correspondiente; en cambio en el segundo, debe establecerse desde un principio que el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicomitados, para que con su producto pague a los acreedores del fideicomitente en las proporciones que corresponda.

El fideicomitente designa al fiduciario y puede designar a varios para que actúen conjuntamente o para que se substituyan unos a otros en caso de renuncia que sólo será por causa grave calificada por un juez, o relevación de su cargo.

Instancia: Tercera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 5A
Tomo : CXIX
Página : 1119

FIDEICOMISO, FACULTADES DE LA FIDUCIARIA. Si las instrucciones del fideicomitente especificadas en la escritura y a las que la fiduciaria debe ajustarse para verificar la venta de lotes, objeto del fideicomiso, son de carácter general, y se incluyeron en la misma escritura cuando se determinaron los precios de venta, etc., las cláusulas relativas no deben entenderse en el sentido de que la fiduciaria necesita instrucciones especiales del fideicomitente, puesto que las mismas ya están dadas de antemano, pues de interpretarse en otra forma la cláusula de instrucciones generales, se haría nugatorio de fideicomiso, puesto que bastaría la renuncia del fideicomitente para que no se realizaran las ventas perseguidas. Por

otra parte, las cláusulas del contrato deben interpretarse armónicamente unas y otras, entendiéndose las estipulaciones dudosas de acuerdo con el sentido que corresponda al conjunto de ellas, pero no aisladamente, por lo que no puede admitirse que para que operen las instrucciones arriba dichas, tenga la fiduciaria que recibir instrucciones expresas del fideicomitente, pues se llegaría a desvirtuar la esencia misma del fideicomiso.

PRECEDENTES: Esparza de Sánchez Leonor. Pág. 1119. Tomo CXIX. 17 de Febrero de 1954. 3 Votos.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CXIX

Página : 1119

FIDEICOMISO, FACULTADES DE LA FIDUCIARIA. El fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que la fiduciaria ha hecho dentro del campo de las facultades transferidas para la realización del fin perseguido.

PRECEDENTES: Amparo Civil Directo 45/52. Leonor Esparza de Sánchez. 17 de febrero de 1954. Unanimidad de tres votos.

Instancia: Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 1986

Tomo : parte I

Página : 676

FIDUCIARIA. A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, corresponde a la institución fiduciaria llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitido, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, y éstos no pueden limitarse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquel sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitido frente al actuar de las autoridades que altere, obstaculice o imposibilite el cumplimiento de esos fines, pues ello implica, en un sentido amplio, llevar a cabo el objeto del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que en contrario se establezcan al constituirse el fideicomiso.

PRECEDENTES: Amparo en Revisión 769/84. Unitas, S.A. de C.V., 26 de agosto de 1986. Mayoría de 17 votos de los señores Ministros: de Silva Nava, López Contreras, Cuevas Mantecón, Castellanos Tena, Díaz Infante, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Gutiérrez de Velasco, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, Ortíz Santos, Díaz Romero, Olivera Toro y Presidente Del Río Rodríguez. En contra, el voto de los señores Ministros: Azuela Güitrón, González Martínez y Schmill Ordóñez. Ponente: Felipe López Contreras. Secretario: Diego Isaac Segovia Arrazola.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A

Tomo : VI Primera Parte

Página : 197

FIDUCIARIA. A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO, NO A LA FIDEICOMISARIA, QUIEN DEBE CONTAR CON PODER OTORGADO POR AQUELLA PARA TAL EFECTO. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 346, 352 y 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de

Crédito, y si en el contrato de fideicomiso de que se trata se establece expresa y categóricamente que, cuando exista necesidad de defender la propiedad o posesión del bien fideicomitado, la representación del fideicomiso la tendrá un mandatario con poder otorgado por la institución fiduciaria, debe concluirse que corresponde a ella llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitado, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, por lo cual, podrá presentarse el fiduciario como titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder y realizar demás actos relativos, pues tales derechos y acciones no pueden circunscribirse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquel, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitado frente al actuar de quienes alteren, obstaculicen o imposibiliten el cumplimiento de estos fines, pues ello implica en su sentido amplio, llevar a cabo el objeto del fideicomiso. Por tanto, el fideicomisario en la hipótesis de que se trata carece de legitimación para defender la propiedad o posesión de los bienes fideicomitados.

PRECEDENTES: Contradicción de tesis 6/90 Entre la sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de junio de 1990. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: E Gustavo Núñez Rivera.

Tesis de Jurisprudencia 42/90 aprobada por la Tercera Sala de este Alto Tribunal en sesión privada celebrada el veintidós de octubre de mil novecientos noventa. Unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: Presidente Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Mariano Azulela Güitrón, Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. Asistente: Salvador Rocha Díaz.

No hay que confundir al los fines del fideicomiso de que se trate con otros servicios fiduciarios que preste la institución Fiduciaria en ejecución de éste tales como la administración de bienes, servicios de tesorería, desempeño del cargo de comisario o miembro del consejo de administración, albaceazgos, realización de avalúos, depositarios judiciales, emisión de certificados de participación, intervención en la emisión de títulos de crédito etc.

b) Personas que pueden serlo:

Según el art. 350 de la L.G.T.O.C.:

Las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley bancaria. Existen salvedades como las Casas de Bolsa (art. 22 Fr.IV inciso d) de la L.M.V.), Instituciones de Fianzas (art. 16 Fr. XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), Instituciones de Seguros (art. 34 Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros), Nacional Financiera (art. 5

Fr. XI Ley Orgánica de Nacional Financiera), El Banco de México (art. 7 Fr. XI de la Ley del Banco de México), El Patronato del Ahorro Nacional (art. 5 Fr. VIII de la Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional). El Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Banco Nacional de Comercio Interior, Exterior, Financiera Nacional Azucarera y en general las S.N.C. (Sociedades Nacionales de Crédito), Instituciones de Banca de Desarrollo (art 7 fr. I Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, art 6 fr, X Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Interior, art 7 fr. I Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior, art. 4 fr. IV Reglamento Orgánico de Financiera Nacional Azucarera respectivamente). El hecho de que el fiduciario sea este tipo de instituciones, ha propiciado que los fideicomisos constituidos hayan llegado a buen fin.

Anteriormente a la existencia de las Instituciones de Banca Múltiple, sólo podían ser fiduciarias las Instituciones destinadas a ser eso, o en su caso el departamento fiduciario de una Institución de depósito o hipoteca como actividades únicas.

En 1979 con la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares se les permitió las Instituciones de Crédito operar en distintas especialidades bancarias con autorización para ser fiduciarias. Desde entonces las divisiones fiduciarias de los bancos son Instituciones de Banca Múltiple, hayan sido Sociedades Nacionales de Crédito (como en la época de la banca nacionalizada), y las Actuales Instituciones de Crédito privadas que pueden llevar la generalidad de las operaciones bancarias, activas, pasivas o de servicios (fideicomisos).

Según los artículos 45 fr. XV y 80 de la L.I.C. la actuación de las instituciones fiduciarias se entiende obligatoria y se realiza, mediante los

delegados fiduciarios que son a quienes corresponde llevar a cabo los actos por los cuales la fiduciaria se desempeña como tal. El cargo de delegado fiduciario es designado por la propia institución fiduciaria y aprobado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores según el art. 4 fracciones XII y XIII de la ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Estos delegados son funcionarios de la Institución correspondiente y por tanto no necesitan facultades concretas y expresas, bastando para su desempeño, la sola designación.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez,¹⁷⁴ nos dice que lo anterior es una adopción de la teoría de los órganos de las Personas Morales sustentada por el art. 27 del Código Civil para el Distrito Federal. Estos delegados no obran por la Institución; ésta desempeña las encomiendas hechas a ella por medio de esos órganos. La posición de los delegados les permite, en ejercicio de su gestión, otorgar poderes, para lo cual no requieren de facultamiento expreso, al igual que los miembros del Consejo de Administración, el Administrador o los Gerentes de las Sociedades Anónimas, tal y como lo indica el art. 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y el art. 85 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en cuanto a la suscripción de las letras de cambio y títulos de crédito en general. La Institución fiduciaria responde de la actuación de sus funcionarios. Al respecto, los funcionarios así designados no se consideran empleados de la Institución Fiduciaria, sino que están al servicio del patrimonio fideicomitado (art. 82 L.I.C.)

¹⁷⁴ Domínguez, Op.cit. supra nota 117 p 11.

3.- Fideicomisario:

Es el beneficiario del fideicomiso. Es designado por el fideicomisario. Recibe tanto los frutos, productos y provechos del fideicomiso y del patrimonio fideicomitado cuando se cumple el término o la condición estipulados.

a) Derechos y obligaciones del Fideicomisario:

El fideicomisario tiene los derechos asignados para él en la constitución del fideicomiso y en la propia ley.

- Tiene derecho a pedir cuentas al fiduciario, a exigir el cumplimiento de sus funciones y el cumplimiento de los fines del contrato.
- Perseguir los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado sin justa causa y puede perseguir la remoción del fiduciario.
- Exigir la responsabilidad civil por daños y perjuicios del fiduciario causada por la violación al secreto fiduciario (art. 118 L.I.C), sin perjuicio de la responsabilidad penal procedente.
- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de sus facultades que el acto constitutivo o la ley le confieren.
- Dar su consentimiento cuando este se requiera, para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico.
- Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Podemos observar que la ley hace una confusión entre los derechos nacidos del contrato mismo y los derivados del ordenamiento positivo, dando a los dos la misma categoría y fuerza haciendo valer la voluntad contractual; trata de prever el mayor número de situaciones que el contrato pueda crear pero no se define claramente si los derechos son reales o si son los personales que corresponderían a un acreedor.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 138 y ss.

Para salir de esta confusión, primero diremos que existen:

1.- Derechos reales definitivos (propiedad, servidumbre, y derechos de garantía).

Éstos pueden ser:

- a) Plenos o absolutos (propiedad).
- b) Limitados: -Disfrute (usufructo, uso, habitación, servidumbre y Derecho real de superficie).
 -Realización de un valor pecuniario para asegurar un crédito (hipotecas, cargas reales etc.).
 -De adquisición, dando al titular el derecho expectativo de convertirse en propietario.

2.- Derechos reales provisionales de posesión o titularidad (de cosas o derechos).

El derecho real, recae sobre cosas jurídicas (bienes y derechos), es exclusivo de un sujeto determinado (o varios en la copropiedad), que lo hace valer ante todos.

Algunos autores como Lapaulle, Franceschelli, Faribault, Landerreche Obregón, Krieger, Lizardi Albarrán, etc. que siguen teorías como las del patrimonio de afectación, , patrimonio autónomo, desdoblamiento del derecho de propiedad, etc. consideran los derechos del fideicomisario a "reivindicar" la cosa, como derecho real.

Por el contrario, autores como Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Serrano Trasviña, Molina Pasquel, Navarro Matorell etc. opinan que los derechos del beneficiario son personales o de crédito cuya esencia es la satisfacción del interés privado del acreedor que tiene un valor pecuniario o al menos es un interés digno de protección jurídica. La prestación del deudor es justificada por él mismo, es el medio con que logra extinguir su obligación.

Cervantes Ahumada ¹⁷⁶ dice que los derechos del fideicomisario no se consideran derechos reales sobre la cosa. Son derechos personales contra el

¹⁷⁶ Cervantes. Op.cit supra nota 108 p 300

fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso o contra terceros detentadores de los bienes fideicomitados para hacerlos volver al fiduciario.

La acción reivindicatoria compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad. Entonces deberíamos sostener que el fideicomisario es propietario de los bienes, lo cual es falso y contrario a toda la doctrina referente al fideicomiso.

Esta acción "reivindicatoria" atribuida al fideicomisario es relativa pues sólo se le otorga cuando por mala fe del fiduciario o por exceso en sus facultades enajena los bienes o derechos fideicomitados en detrimento del patrimonio del fideicomiso y además cuando dicha enajenación es contraria al cumplimiento de los fines del fideicomiso. Los efectos de esta acción consisten en que los bienes "reivindicados" se reintegren al patrimonio fideicomitado y no al del "reivindicante"(fideicomisario).¹⁷⁷ El autor en cita afirma que esta acción legal tiene efectos reales, pues se cumple frente a terceros y tiene por objeto la cosa fideicomitada indebidamente salida de la propiedad del fiduciario, pero tiene un carácter especial llamándola "acción reivindicatoria útil" pues tiene fundamento obligacional. El fiduciario tiene la posición de un acreedor, ejercitando acciones personales contra el deudor obligacional para lograr su cumplimiento. El beneficiario no tiene una acción real por no tener ningún derecho real mientras no se cumpla el término o la condición expresado por el fideicomitente por lo que es necesario que se realicen esos supuestos para que pueda exigir la transmisión de los bienes, pues será hasta entonces cuando adquiera un derecho real sobre los bienes objeto del fideicomiso. Así se explica por qué la supuesta "reivindicatoria"

¹⁷⁷ Rodríguez. Op.cit. supra nota 131 p 204.

es personal, pues nace de la relación *inter partes* existente y sólo el propietario (fiduciario) puede defender los bienes del fideicomiso con acciones reales.

El derecho que tiene el beneficiario a recibir los bienes fideicomitados es un derecho real pero independiente del fideicomiso mismo, pues éste se extingue precisamente al realizarlo, es el fin del acto, y al ejercitarlo su titular, no obra ya como beneficiario pues terminó el contrato, y antes, el derecho real no existía, era una expectativa de derecho. Cuando se cumple el supuesto previsto por el fideicomitente, acaba el fideicomiso por la realización del fin, naciendo automáticamente el derecho en cuestión, que lo ejercitará contra el ex-fiduciario en la vía ordinaria civil pues ya no hay acto de comercio ni operación bancaria, regulada su adquisición por el Derecho Común.

Al no ser esta supuesta acción "reivindicatoria" del fideicomisario, una acción real, entonces será personal, a semejanza de la "Acción Pauliana" (en fraude de acreedores). que es una forma de atacar la validez de los actos que el fiduciario comete en su perjuicio. No se puede intentar contra el deudor mismo, si no que se endereza en contra de quien haya adquirido los bienes por virtud del acto fraudulento del deudor, y en este sentido, algunos autores que consideran *erga omnes* la acción del fideicomisario, deberán aceptar que es *erga omnes* la Acción Pauliana. Los efectos de esta acción "reivindicatoria" son idénticos a los de la Pauliana en cuanto a que por virtud de la nulidad que se declara de la transmisión o enajenación, los bienes escapados del patrimonio del deudor (fiduciario) le son restituidos sin entrar al patrimonio de los acreedores. No revierten al fideicomisario, ni entran a su patrimonio, sino al del fiduciario de donde se escaparon. Se trata, como la Pauliana, de una acción tendiente a la reconstrucción del patrimonio del deudor. Los efectos de la Acción Pauliana no

son de nulidad sino que ocasionan una ineficacia especial (sin que esto destruya el acto en su totalidad), ya que una vez ejercitada, sólo invalida aquellos efectos que se opongan a los intereses del acreedor demandante y una vez satisfechos, el acto recobra su plena validez. Tampoco es una acción de revocación ni rescisión, ya que la primera consiste en extinguir un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes que intervinieron en su celebración y la segunda se refiere a la acción que ejercita una de las partes contratantes para pedir la extinción del negocio jurídico de efectos recíprocos, fundando su petición en el incumplimiento de su contraparte. Ninguna de esas situaciones se presenta en el ejercicio de la Acción Pauliana.

Al efecto de la Acción Pauliana el art. 2163 del Código Civil dice así:

“Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción es anterior a ellos.”

Se desprende del texto que la acción pauliana es personal al igual que la acción existente en el fideicomiso, ya que ambas derivan de una relación jurídica entre el acreedor y deudor. En el fideicomiso, el fideicomisario es acreedor del fiduciario por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones a cargo de dicho fiduciario.¹⁷⁸

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 8A
Tomo : X-October
Página : 366

LEGITIMACIÓN EN AMPARO. NO LA TIENE EL FIDEICOMISARIO PARA DEFENDER COMO TAL EN LA VÍA CONSTITUCIONAL, EL PATRIMONIO AFECTO A UN FIDEICOMISO INEXISTENTE. De acuerdo con los artículos 107 constitucional y 4o.de la Ley de Amparo, la procedencia del juicio de garantías requiere de la existencia de un agravio personal y directo, que resienta

¹⁷⁸ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3 p 122 y ss.

precisamente el legítimo titular del derecho que se considera violado. Según la interpretación armónica de los artículos 346, 350, 356 y 357, fracción VII, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tratándose de la institución del fideicomiso de garantía, en que la fiduciaria es la encargada de recibir el patrimonio fideicomitado y ejercer las facultades de dominio inherentes al mismo, para el debido cumplimiento de los fines del fideicomiso, si al constituirse el fideicomiso nadie intervino como fiduciaria en ese acto jurídico, la inexistencia de éste, que esa imperfección acarrea, hace que el supuesto fideicomisario carezca de legitimación para ejercer la defensa del bien que se dice fideicomitado, porque en realidad no operó la transmisión del dominio del fideicomitente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 7 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Alfonso Alvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 8A
Tomo : VII Enero.
Página : 258.

FIDEICOMISO. LEGITIMACIÓN PARA ACUDIR A JUICIO POR CUALQUIERA DE LOS TITULARES. En el fideicomiso cuando es indivisible la masa de los bienes que lo componen, la parte que corresponde a cada uno de los fideicomisarios no es una fracción material, sino una parte proporcional que se expresa mediante una cifra o porcentaje. De esta manera, el derecho de propiedad es que está dividido entre ellos, no la cosa en sí, que permanece indivisa y, en consecuencia, el derecho de cada dueño se ejerce sobre la totalidad de la cosa, en la medida en que corresponde, y no sobre una porción determinada. De esta suerte, si los derechos y obligaciones de los fideicomisarios son indivisibles en tanto subsista el régimen indivisible de los bienes que lo componen, las acciones tendientes a defender los derechos de la comunidad pueden ejercitarse: por todos los titulares, por una parte de ellos o por uno solo, de tal modo que cualquiera puede accionar ante la autoridad cuando así lo considere pertinente. De ahí que es correcto el que ahora tercero perjudicado, en su carácter de fideicomisario, haya acudido ante la autoridad judicial a ejercitar la acción correspondiente, sin que para ello fuese necesario la conformidad de los demás fideicomisarios, por así desprenderse de la cláusula que rige el evento actualizado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo Directo 197/90. Banoro, S.N.C. 5 de septiembre de 1990. Unanimidad de Votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.

Respecto a las obligaciones del fideicomisario tenemos dos supuestos:

1. Fideicomisos constituidos unilateralmente, con la intención del fideicomitente (ya sea en vida o después de su muerte) de hacer una liberalidad al fideicomisario. Aquí el fideicomisario sólo tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso, y en ningún caso se establecen obligaciones a su

cargo. Si se llegasen a establecer algunas cargas, éstas tendrán el carácter de una modalidad como en la donación onerosa.

2. Fideicomisos cuya constitución se realiza con acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del fideicomitente por la enajenación que realiza al fiduciario, en provecho del fideicomisario. Como ejemplo tenemos los fideicomisos traslativos de propiedad donde se establece desde el principio que se concederá el uso o goce de dichos bienes al fideicomisario y para compensar al fideicomitente por la enajenación realizada, el fideicomisario puede dar una contraprestación al fideicomitente según se haya pactado.

b) Personas que pueden serlo:

Según el art. 348 primer párrafo pueden serlo las Personas Físicas o Jurídicas que tengan capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica a diferencia del *Trust* anglosajón en donde pueden ser beneficiarios animales, plantas o cosas.¹⁷⁹ La capacidad es de goce, (posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico económicos generados por el fideicomiso en su caso). Domínguez Martínez ¹⁸⁰ habla de la posibilidad de graduación de ésta explicando que el fideicomisario puede ser una Persona Física o Jurídica en primero, segundo y demás grados, teniendo en ese orden más derechos, o derechos en primer lugar. Al respecto el *nasciturus* al ser titular de derechos patrimoniales (ser heredero, donatario o legatario) puede ser fideicomisario.

¹⁷⁹ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 117.

¹⁸⁰ Domínguez, Op.cit. supra nota 117 p 12.

El tercer párrafo del artículo anteriormente citado, permite que existan dos o más fideicomisarios, en este caso, debe consultarse su voluntad, a falta de disposiciones expresas de la misma en el acto constitutivo, la voluntad colectiva es la preferente, tomándose las decisiones por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario. Esta situación la encontramos, por ejemplo, en las emisiones de certificados de participación.

El segundo párrafo nos dice que varios fideicomisarios pueden recibir sucesiva o simultáneamente los provechos del fideicomiso salvo lo dispuesto por la facción II del art. 359, donde están prohibidos los fideicomisos en los cuales los beneficios se concedan a personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior salvo el caso de que la sustitución se realice el función de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente. El concebido está sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en no nacer vivo y viable. Si nace vivo y viable la condición no tiene lugar y los efectos continúan intactos desde su creación por la designación del fideicomisario.

El fideicomisario puede ser el mismo fideicomitente. El artículo 348 dice que el fiduciario no puede ser fideicomisario salvo la excepción contenida en el último párrafo (adicionado en mayo de 1996), mismo que ya citamos con anterioridad cuando hablamos del fiduciario.

El art. 340 dice que el fideicomiso trae aparejado un provecho determinado para la titularidad del fideicomisario relacionándolo con la participación de éste en la dinámica de la figura. Domínguez Martínez,¹⁸¹ a diferencia de otros autores

¹⁸¹ Idem, 13.

como Cervantes Ahumada ¹⁸² que dicen que puede haber fideicomiso sin fideicomisario, dice que todo provecho debe ser de alguien aunque sea la comunidad ya que todo derecho necesariamente tiene un titular. El fideicomisario puede ser indeterminado al momento de la constitución del fideicomiso pero determinable, no como se admite en el *trust* (fideicomisos en pro de la Paz Mundial). Consideramos que debe definirse concretamente la Institución de Beneficencia (cuando el fideicomiso se constituya para ello) aunque no se lleguen a conocer a las personas que indirectamente resultan auxiliadas por la misma.

Nosotros pensamos que el fideicomisario es un elemento personal indispensable. Viesca ¹⁸³ estima que si bien la ley no dice nada al respecto, debería de existir la presunción de que el propio fideicomitente es el beneficiario, si el acto constitutivo nada expresa al respecto y no pueda deducirse quienes lo sean del examen del objeto y fin del fideicomiso.

4.- El Comité Técnico.

Es un cuerpo colegiado designado en el acto constitutivo del fideicomiso o por el fideicomitente y fiduciario en el cual existen representantes del fideicomitente, fiduciario, y en su caso del fideicomisario, (o de otros sectores interesados). Sus facultades están determinadas en el acto constitutivo. Es un órgano auxiliar de la administración del fideicomiso y su duración puede ser temporal o por la vigencia del fideicomiso. Su constitución es potestativa, se considera que esa facultad discrecional es del fideicomitente requiriéndose el consentimiento de la fiduciaria. En el fideicomiso privado, este comité existe en

¹⁸² Cervantes, Op.cit. supra nota 108 p 50 y ss

¹⁸³ Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 117.

casos muy especiales por la cuantía o por la naturaleza del objeto o fin del fideicomiso. En los públicos es utilizado por razones políticas y administrativas.¹⁸⁴

Es un órgano de supervisión, vigilancia, decisión y dirección de la actividad fiduciaria regulado por la Legislación Bancaria. La fiduciaria quedará libre de responsabilidad cuando obre con sujeción a los dictámenes o acuerdos del comité. No existen disposiciones que determinen si los representantes del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario en el comité técnico son mandatarios o no, pues la ley, en caso de los fideicomisos públicos, habla de representantes.

El art. 80 de la L.I.C. dice que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas podrá preverse la formación del comité técnico. A diferencia de los fideicomisos públicos, la existencia del comité técnico no es esencial. Este comité puede ser designado por el fideicomisario para la distribución de los fondos del fideicomiso y sus decisiones no son obligatorias para el fiduciario por lo que si no se les atiende sólo incurre en responsabilidad por sus actos, mientras que si las acata, quedará exento de la misma pero eso ocurre solo mientras el comité actúe dentro de sus facultades expresas y siguiendo el principio de que el fiduciario debe actuar como "buen padre de familia".

El antecedente de este comité lo encontramos en las *trust companies* quienes para cumplir con sus responsabilidades utilizaban cuerpos colegiados o *trust comitties* integrados por personas concedoras que los auxilian en la conveniencia de tomar tal o cual decisión. Estos *trust comitties* no funcionan para cada fideicomiso específico sino que con cuerpos asesores que contratan con las

¹⁸⁴ Miguel Acosta Romero. "El comité técnico en fideicomisos" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. Banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982. p 489.

trust companies para que las auxilien. Sus miembros son seleccionados entre personas con calidad moral y profesional alta. La diferencia con nuestro país es que el comité no representa los intereses ni del *settlor* ni de la *trust company* ni del *trustee*.¹⁸⁵

Alvarez Herrejón ¹⁸⁶ nos habla un poco acerca de la historia del Comité Técnico y nos remite al art. 45 Fr. IV de la ya abrogada Ley General de Instituciones de Crédito, que hablaba del Comité Técnico y de Distribución de Fondos, pareciendo que se hacía referencia a dos clases de comités. De acuerdo con la costumbre bancaria, el comité es un cuerpo colegiado que representa los intereses que intervienen en el fideicomiso auxiliando en aspectos técnicos. Es usual que lo integren funcionarios del fiduciario y en este comité suelen participar el fideicomitente y el fideicomisario, la designación en ocasiones no es a título personal sino *ex-officio*.

El comité técnico auxilia al fiduciario en la toma de decisiones para ejecutar los fines del fideicomiso quedando determinadas sus facultades. El comité no tiene personalidad ni capacidad jurídica para adquirir bienes o derechos. Puede tomar las decisiones relativas al cumplimiento del fin pero su ejecución corresponde al fiduciario, y es el comité quién conoce de la actuación de éste.

Batiza, citado por Acosta Romero nos señala que el comité técnico se asemeja a los consejos de vigilancia y administración de las Sociedades Anónimas.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Idem. p 477.

¹⁸⁶ Alvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 167 p 50.

¹⁸⁷ Acosta. Op.cit. supra nota 184. p 479.

Las facultades del comité técnico están relacionadas con el fin y la clase de fideicomiso, pero en general se encarga de aprobar los programas de trabajo, autorizar inversiones del patrimonio, los precios y condiciones de venta de los bienes, conocer y aprobar los informes y estados financieros del fideicomiso, aprobar las reglas de funcionamiento del propio comité, designar al presidente, secretario, aprobar el presupuesto de gastos, designación y remuneración del personal que preste sus servicios etc.

Dentro de sus funciones más importantes está la de designar fideicomisarios cuando no se hayan definido. Esto es muy común en fideicomisos cuyos fines son la realización de obras culturales, de beneficencia etc., en fideicomisos de inversión o en fideicomisos donde se manejan fondos comunes. Lo anterior no se opone al art. 348 que dispone que sea el fideicomitente quien designe al fideicomisario pues es el propio fideicomitente quien delega esa función al comité técnico.

Otra función es determinar la extinción del fideicomiso, cambiar o ampliar su objeto, revocar o cambiar al fiduciario, para lo cual es necesario que el comité justifique las razones de su actuación y en algunos casos como la extinción o ampliación del objeto, contar con el aval del fiduciario.

B) ELEMENTOS REALES DEL FIDEICOMISO

1.- Objeto.

Según el art. 1792 del Código Civil, los elementos de existencia en un contrato son el consentimiento y el objeto. El art. 1824 del mismo ordenamiento

dice que el objeto del contrato es la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe o no hacer.

A veces se ha confundido el objeto, con el fin o el motivo de los contratos. Domínguez Martínez, nos lo explica en su obra.¹⁸⁸ Dice que en los contratos existe el objeto indirecto que es la cosa, bien o derecho y el directo que son los efectos, fines u objetivos.

El art. 355 dice que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular como el derecho al voto, las garantías individuales etc. De aquí se desprende que los bienes fideicomitidos deben ser enajenables, no sujetos a un gravamen o afectos a un derecho de tercero, requiriéndose su consentimiento expreso.

Los bienes que se encuentran fuera del comercio pueden estarlo por su naturaleza o por disposición de la ley por ejemplo, el patrimonio de familia (inalienable).

El patrimonio fideicomitido, está afecto al fin del fideicomiso y sólo se pueden ejercitar los derechos y acciones que se refieren al fin, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven o los adquiridos legalmente por el fideicomisario o por terceros respecto de esos bienes antes de que se constituyera el fideicomiso. Por ejemplo, en un fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad del bien fideicomitido, para que proceda a su venta, solamente en el supuesto en que el

¹⁸⁸ Domínguez, Op.cit. supra nota 116 p 531.

fideicomitente deudor incurra en mora; el fideicomitente puede haberse reservado el derecho de posesión del inmueble fideicomitado, que pierde en el acto de hacerse efectiva la garantía. Puede que únicamente se afecte a un fideicomiso de garantía el usufructo del que es titular el fideicomitente, pues un tercero o quizá el propio fideicomisario, pudieron con anterioridad al fideicomiso, adquirir la nuda propiedad de esos bienes; en este caso, sólo será materia del fideicomiso, el derecho de usufructo, sin afectarse al mismo la nuda propiedad.¹⁸⁹

Al ser un patrimonio afecto, su titular y dueño es el fiduciario teniendo el poder sobre el patrimonio, sólo para la consecución del fin y sujeto a esos límites.¹⁹⁰

2.- Fines del Fideicomiso:

El fin del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

Según el multicitado art. 346 de la L.G.T.O.C. el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito (posible) y determinado, aunque se constituya sin señalar fideicomisario (art. 347).

El art. 1795 fr. III del Código Civil, en relación con el 1831 del mismo, dice que el contrato puede ser invalidado porque su fin sea ilícito. Es ilícito el fin que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. Es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con una ley de la naturaleza o con

¹⁸⁹ Villagordo. Op.cit. supra nota 3 p 129.

¹⁹⁰ Alvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 167 p54

una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización (arts. 1830 y 1828 respectivamente). La ilicitud en el fin del acto, produce su nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley (art. 2225 del respectivo Código).

Siguiendo la teoría del contrato y del acto jurídico en general,¹⁹¹ el fin se considera como los objetivos que los sujetos pretenden alcanzar con la celebración del acto.

Para que el fin sea determinado (no determinable), se debe señalar con precisión en la constitución del fideicomiso.

C) ELEMENTOS FORMALES DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso es catalogado como un contrato formal a diferencia del *Trust* cuya existencia está sujeta a prueba que recaerá sobre quien afirma.

La forma es el medio exigido por la ley para que en determinados casos la voluntad se manifieste. Hay contratos afectados de nulidad si no se cumple la forma prevista y consensuales que no requieren tal supuesto. Si bien en el Derecho Mercantil existe la libertad de forma, cuando la ley la establece, la inobservancia de esta producirá la nulidad absoluta o relativa en la eficacia de las relaciones jurídicas.

Por ser un contrato mercantil (nacido de un acto de comercio) y cumplir una función económica, se sigue la práctica o uso bancario de que conste en escritura

¹⁹¹ Domínguez, Op.cit. supra nota 117 p 17 y ss.

pública, (además de que eso establece la ley en determinados casos). En dicha escritura se expresarán las cláusulas especiales refiriéndose a los elementos reales del fideicomiso, naturaleza y cuantía, así como las reglas adicionales que las partes convengan.

Es un contrato bilateral ya que se necesita del fideicomitente y del fiduciario y la presencia de un fideicomisario o beneficiario aunque el contrato nazca de una declaración unilateral de la voluntad por parte del fideicomitente. Éste último tiene obligaciones respecto al fiduciario quien así mismo está obligado al cumplimiento de su cargo siendo también el fideicomiso un contrato conmutativo y causal, ya que las prestaciones son ciertas y determinadas, y la finalidad del mismo es la causa que da origen a las obligaciones.¹⁹²

Los elementos formales son las diversas manifestaciones externas con las que se puede expresar el fideicomiso.

El art. 352 dice que el fideicomiso se puede constituir por acto *inter vivos* o por testamento, revistiendo las formalidades especiales para cada uno. Debe ser siempre por escrito y ajustarse a la legislación común en materia de transmisión de derechos de propiedad. Lo anterior es con el fin de que no se utilice el fideicomiso con el objeto de hacer algún fraude a la ley o a terceros y por razones de seguridad jurídica para los mismos contratantes.

La falta de forma implica inexistencia en el caso de testamentos y nulidad relativa en los contratos *intervivos* según el espíritu de la ley que sólo considera nulos de pleno derecho el fideicomiso en favor del fiduciario (salvo el último

¹⁹² Viesca. Op.cit. supra nota 7 p 125.

párrafo del art. 348), y lo considerado por el art. 359. Los fideicomisos constituidos en fraude de terceros, estarán afectados de nulidad relativa (art. 351 in fine).

El art. 353 establece la obligación de Inscribir en el Registro Público de la Propiedad los fideicomisos en los que el patrimonio fideicomitado sean inmuebles surtiendo efecto contra terceros a partir de su inscripción y otorgarse el acto en escritura pública.

Instancia: Tercera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 5A
Tomo : CXVII
Página : 902

FIDEICOMISO, REGISTRO DEL PARA QUE SURTA EFECTOS CONTRA TERCERO. Conforme al artículo 353 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso surtirá efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, y dada la intención clara del legislador mercantil, quien tuvo algún motivo poderoso para disponer que el fideicomiso no se rigiera por las disposiciones ordinarias y comunes del Derecho civil, no es el Código Civil sino el mencionado artículo el que resuelva el punto relativo al momento en que el fideicomiso tiene plena eficacia en cuanto a afectación del patrimonio del fideicomitente.

PRECEDENTES: Amparo civil directo 2429/53. Financiera de Construcciones, S.A. 7 de septiembre de 1953. Mayoría de tres votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

El art. 354 establece requisitos para que los fideicomisos sobre bienes muebles surtan efectos contra terceros:

- I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.
- II. 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.
- III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Este mismo artículo nos ayuda a determinar si el fideicomiso es un contrato real en oposición a consensual ya que nos explica cómo es que el fideicomiso

produce efectos contra terceros aunque no explique directamente el momento en que el contrato nazca. Por analogía Viesca ¹⁹³ considera que se requiere la entrega real, jurídica o virtual de la cosa al fiduciario. La ley al tratar la extinción del fideicomiso, a lo cual nos permitimos anticiparnos, ordena expresamente que surte efectos la devolución del patrimonio cuando la institución fiduciaria declare que cesa su propiedad, lo asiente en el documento constitutivo y se anote al margen en el Registro de la Propiedad. (art. 358).

D) TÉRMINO DEL FIDEICOMISO.

Respecto a la duración del fideicomiso, se pueden establecer términos y condiciones a que se sujeta esta operación ya sea para que comience a surtir efectos o para que se pueda precisar el momento en que nace la operación. En cuanto a la extinción del fideicomiso, o el momento en que éste deja de surtir efectos, ésta se debe a:

- Porque se cumplan los fines para los que fue constituido. (art. 357 fr. I)
- Porque se haga imposible el cumplimiento de los fines. (art. 357 fr. II)
- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución. (art. 357 fr III)
- Porque se cumpla la condición resolutoria a que se haya sujetado esta operación. (art. 357 fr. IV).
- Por manifestación expresa del fideicomitente y fideicomisario de dar por terminado el fideicomiso. (art. 357 fr. V)
- Porque el fideicomitente revoque el fideicomiso cuando expresamente se haya reservado ese derecho. (art. 357 fr. VI)
- Por renuncia o remoción del fiduciario y se haga imposible su sustitución. (art. 350 último párrafo).

Instancia: Tercera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 5A
 Tomo : CXIX
 Página : 1119

¹⁹³ Idem.

FIDEICOMISO, EXTINCIÓN DEL. Si el fideicomiso quedo extinguido, anotándose su extinción en el registro publico de la propiedad, como los bienes afectos vuelven al patrimonio del fideicomitente, la fiduciaria se encuentra legalmente imposibilitada para darle el contrato de compraventa hecho con anterioridad, la formalidad legal omitida, pues esta obligación solamente puede cumplirla el fideicomitente.

PRECEDENTES: Esparza de Sánchez Leonor. Pág.1119. Tomo CXIX. 17 de Febrero de 1954. 3 Votos. Véase: 6ta. Época, Vol CXXXVI, Pág. 21. 4ta. Parte.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A

Tomo : III Segunda parte-1.

Página : 348

FIDEICOMISOS. ACCIÓN DE EXTINCIÓN. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS CONTRATANTES. El ejercicio de las acciones y la defensa de las que se interpongan contra el fideicomiso se restringe a la defensa de su patrimonio y corresponde al fiduciario, atendiendo a que de conformidad con los artículos 346 y 351 a 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el citado fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitados, ya que el fideicomitente le transmite la propiedad fiduciaria de los mismos, con la limitaciones impuestas al propio fideicomiso. Sin embargo cuando se ejercita por un fideicomitente o un fideicomisario la acción de extinción del fideicomiso, los restantes Fideicomitentes o fideicomisarios se encuentran legitimados pasivamente en términos del art. 1. Del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria, puesto que tal acción extintiva afecta directamente al contrato de fideicomiso, ya que la misma claramente no se dirige contra el patrimonio fideicomitado, sino que se encuentra encaminada a destruir el fideicomiso, o sea, el contrato mismo, el cual fue celebrado por una pluralidad de sujetos disímbolos y , por lo tanto resulta inconcuso que en el juicio respectivo deben ser oídos todos y cada uno de los demás contratantes que integraron la relación jurídica de que se trata, cuyo interés fundamental es que el fideicomiso no sea declarado extinto, como lo pretende el actor.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO
PRECEDENTES: Amparo en revisión 255789. Miguel Ángel Bornacini Hervella. 30 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Villagordoa ¹⁹⁴ comenta que la fracción tercera del art. 357 de la L.G.T.O.C. tiene una redacción errónea ya que el hecho de que se haga imposible el cumplimiento de una condición suspensiva a la que se sujeta, no ya la vigencia del fideicomiso, sino su propia existencia, no puede extinguir el acto jurídico que aún no existe, consecuentemente según este autor, no podemos hablar de una causa de extinción, sino de una causa que ha impedido el nacimiento del fideicomiso mismo.

¹⁹⁴ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3 p 133.

El art. 359 de la L.G.T.O.C. se refiere a los fideicomisos prohibidos o a los que no pueden existir:

"Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos;
- II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo en el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.
- III. Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público e institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

La finalidad del artículo anterior, y en particular de la última fracción ha sido el evitar la acumulación de riquezas en unos cuantos patrimonios.

E) CLASES DE FIDEICOMISO.

La doctrina ha clasificado al fideicomiso bajo muy diversos criterios. Pensamos que es importante conocerlos para no confundir al fideicomiso con otras figuras y fundamentar mejor nuestro pensamiento acerca de su naturaleza (punto indispensable para poder estudiar cualquier figura jurídica).

Villagordoa ¹⁹⁵ hace una compilación de los criterios de clasificación, que a nuestro modo de ver es la más completa y condensada, por lo que nos permitimos basarnos en su texto completando algunos puntos con la clasificación que hace Rodolfo Batiza. ¹⁹⁶ Podemos añadir que las clasificaciones no son estrictas y un fideicomiso puede encajar dentro de varias al mismo tiempo, pero el tratar de

¹⁹⁵ Idem, p 137 y ss.

¹⁹⁶ Batiza, Op.cit, supra nota 149, p 88-108.

encontrar categorías en los fideicomisos nos permite conocer las funciones que tiene y su finalidad ya que a fin de cuentas el fideicomiso no se constituye por sí mismo como puede suceder con otros contratos, sino para algo.

1.- Clasificación en función de las personas que intervienen.

El fideicomitente como elemento esencial transmite al fiduciario los bienes materia del fideicomiso, señala los fines y designa al fiduciario y a los fideicomisarios o por lo menos da las bases para su determinación.

El fideicomitente constituye el fideicomiso por un acto de voluntad en el que distinguimos dos aspectos: el primero relativo a la manifestación de la voluntad (acto unilateral que culmina con el otorgamiento del contrato) y el segundo que corresponde a la causa que impulsa a dicha parte a constituir el fideicomiso. Esta causa puede provenir del deseo del fideicomitente de constituir el fideicomiso sin obtener ningún provecho, o constituirlo como contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener. Según Villagordoa, estas causas son las mismas que motivan la clasificación tradicional de los contratos en gratuitos y onerosos (art. 1837 del Código Civil para el D.F.).

Cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso por causas que se equiparan a un contrato gratuito (Según Batiza, cuando el fideicomiso represente una liberalidad para el fideicomisario, y como la donación, puede ser puro, condicional, remuneratorio etc.), debe tener facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso; la revocabilidad es consecuencia de un acto gratuito. (fideicomiso revocable).

Respecto a la gratuidad u onerosidad del fideicomiso la ley no señala nada al respecto, al igual que los fideicomisos contractuales o testamentarios los cuales no siempre son gratuitos ya que puede hacerse gravando con una carga al heredero o legatario (art. 1361 y 1394 del Código Civil).

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato onerosos, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo, ya que lesionaría los derechos del fideicomisario. (fideicomiso irrevocable). Este es el caso de los fideicomisos de garantía los cuales no se pueden revocar hasta que la obligación principal no se cumpla por el deudor fideicomitente, ni en los fideicomisos de inversión, en tanto subsista los préstamos otorgados en su ejecución.

2.- Clasificación en función de la materia.

Puede ser materia del fideicomiso, cualquier bien que se encuentre dentro del comercio y cualquier derecho que no sea de carácter estrictamente personal, pues lo haría intransmisible.

Según Villagordoa, si clasificamos las diversas especies del fideicomiso en función de los bienes y derechos que puedan ser materia del mismo, no podríamos realizar nuestro propósito, pues en realidad se clasificarían los derechos reales y los personales que pueden ser materia de cualquier contrato, pues en el fideicomiso sólo existen las limitaciones que mencionamos en el párrafo anterior.

3.- Clasificación en función de los fines.

La actuación del fiduciario de acuerdo con lo establecido por el fideicomitente se delimita por lo siguiente:

a) Fideicomiso Traslativo o de Propiedad:

El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados para transmitirlos al fideicomisario cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente. Este opera generalmente en los casos en que se presentan algunas dificultades legales o de tipo práctico para que se pueda realizar la operación mediante formas tradicionales como la compraventa, la donación, etc. En este tipo de fideicomisos se podría notar la excedencia de los medios empleados para obtener determinados fines de carácter restringido. Como ejemplo están los fideicomisos en zona prohibida a los que Batiza clasifica aparte y que se regulan en la fracción II del artículo 27 Constitucional y en los artículos del 11 al 14 de la Ley de Inversiones Extranjeras y en el Título Tercero del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Al estar prohibido el dominio directo sobre tierras y aguas por los extranjeros en zonas prohibidas, las Instituciones de Crédito pueden adquirir como fiduciarias los inmuebles dentro de estas zonas mediante autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores y permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos a los fideicomisarios (extranjeros).

b) Fideicomiso de Garantía.

El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados para que con ellos garantice el cumplimiento de una obligación principal. Este fideicomiso es de particular interés en nuestra tesis y lo desarrollaremos con mayor amplitud más adelante.

c) Fideicomiso de Administración.

El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados (dinero o bienes de fácil realización) para proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso, o para encargarse de la guarda, conservación o en general de cualquier otro acto de administración de los mismos o de sus frutos. Esto puede ser en interés del fideicomisario o del mismo fideicomitente.

Estos fideicomisos se caracterizan por la desproporción que existe entre los medios que se emplean, o sea la transmisión de la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fiduciario, y los fines que se persiguen (inversión, guarda y administración de dichos bienes) esto debería ser más bien, una adecuación de medios propicios para obtener el cumplimiento de los fines.

La finalidad anterior parte del supuesto de las finalidades mismas de cada contrato, pero en la práctica pueden darse muchos casos de contratos de fideicomiso que comprendan varias finalidades, de modo que cada uno se pueda encuadrar en las clasificaciones. En todo fideicomiso existe una finalidad predominante sin perjuicio de que el fideicomitente pueda señalar otras secundarias sujetas al fin principal que es la base para la clasificación que no es

definitiva en la doctrina. Así pues tenemos fideicomisos constituidos para la fracción de lotes de terrenos, los constituidos por las Instituciones de Seguros para el manejo de pensiones etc.

Rodolfo Batiza, atendiendo a este criterio señala al fideicomiso de inversión, el cual consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Este fideicomiso maneja títulos de crédito y títulos valor como bonos, acciones etc. En este caso existen dos o más contratos: Uno de fideicomiso y otro de mutuo. Este tipo de fideicomiso se sujetará a diversas prohibiciones y restricciones.

El fideicomiso de inversión se encuentra regulado en la circular 2019/95 del Banco de México, fundamentada en el art. 28 de la Ley del Banco de México, en el numeral M.31 específicamente en los numerales M.31.13.42 al 48, contenidos en el "Régimen de inversión obligatoria" para todos los fideicomisos constituidos para el "otorgamiento de créditos y adquisición de valores" en los que se habla de "Fideicomisos de Inversión Cerrados", en los cuales se reciben fondos (recursos dinerarios) exclusivamente de personas (fideicomitentes) plenamente identificadas al celebrar la operación (el contrato de fideicomiso) y sin que en los mismos puedan adherirse terceros (fideicomitentes adherentes) una vez constituidos; y "Fideicomisos de Inversión Abiertos", en los que se reciben fondos de dos o más fideicomitentes (adherentes), o incluso de terceros (por ejemplo: depositantes), que sean indeterminados, esto es, que no estén plenamente identificados al momento de celebrarse la operación.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Lucero, Miguel Ángel. Op.cit, supra nota 76. p 209-214.

Nosotros incluimos a este fideicomiso de inversión dentro del fideicomiso de administración, ya que a fin de cuentas, el objetivo es el mismo, sólo con una variación en los medios o fines próximos.

En los fideicomisos de administración encontramos pues, dos actividades fundamentales:

- De inversión: el fiduciario adquiere con cargo al patrimonio fideicomitado los bienes que le señale el fideicomitente.
- De administración propiamente dicha: el fiduciario como titular del patrimonio fideicomitado, se encarga de la guarda y conservación de los bienes, efectúa el cobro de los productos y transmite dichos productos al fideicomisario.

Pueden ser materia de estos fideicomisos cualquier especie de bienes o derechos, excepto los de ejercicio estrictamente personal, siempre que sean productivos en sí mismos o susceptibles de producir un rendimiento, como lo son los bienes inmuebles, los valores o el dinero. En estos fideicomisos, el fideicomitente busca un rendimiento a través de una inversión que efectúa el fiduciario mediante diversos medios. Es conveniente que en el acto constitutivo del fideicomiso, se precise el tipo de bienes que deba adquirir el fiduciario o las operaciones que deba realizar, señalándose las reglas a las que deba sujetarse. Una vez que el fiduciario obtenga los rendimientos provenientes de las inversiones o el cobro de los dividendos, intereses o rentas que produzcan los bienes o derechos fideicomitados, procederá a liquidar los gastos propios de estas operaciones, así como los impuestos que se causen por los ingresos referidos, y a entregar el remanente al fideicomisario, previa liquidación que le formule dicho fiduciario.

Cuando el fiduciario adquiere los bienes que se le indican en las instrucciones que le otorga el fideicomitente, no asume ninguna responsabilidad por lo que se refiere al riesgo normal de la operación, sino únicamente será responsable por el menoscabo que sufra el patrimonio fideicomitado ocasionado por su negligencia o mala fe. Para que el fideicomiso pueda operar, se establece la existencia por la institución fiduciaria de un comité técnico resolviendo problemas originados por las inversiones.

Estos fideicomisos son muy útiles y convenientes en la práctica, porque a través de su operación se protegen determinados patrimonios cuando su titular tiene por ejemplo alguna incapacidad, no solo legal sino de inexperiencia en el manejo de los negocios. Cuando exista incapacidad del fideicomitente, deberán llenarse los requisitos que el derecho común previene para la celebración de los actos jurídicos que afectan el patrimonio de un incapaz. Es cierto que se ha abusado de estos fideicomisos para que el fiduciario opere en nombre propio con el dinero que le proporciona el fideicomitente, quien por convenir a sus intereses, oculta su identidad a la persona con la que el fiduciario contrata la operación de crédito correspondiente, pese a que el art. 359 Fr. I de la L.G.T.O.C. prohíbe los fideicomisos secretos.

4.- Clasificación en función de la forma.

Existe el principio general de que el fideicomiso debe constar por escrito y ajustarse a la legislación común sobre transmisión de derechos o a la transmisión de propiedad, según el art. 352 de la L.G.T.O.C. de este modo las diversas formas de fideicomiso las podemos agrupar en:

a) Fideicomisos contractuales.

Son los constituidos por el acuerdo de voluntades de las personas que intervienen. Puede concurrir únicamente el fideicomitente, realizando un acto unilateral, que para lograr el perfeccionamiento del contrato se requiere la posterior aceptación del fiduciario y del fideicomisario para que opere la transmisión en favor del fiduciario. A este tipo de fideicomiso también se le llama *intervivos*. La aceptación del fideicomisario puede ser expresa o tácita, cuando el fideicomisario recibe los beneficios del fideicomiso y otorga el recibo correspondiente a la institución fiduciaria.

No hay que confundir el fideicomiso implícito con el expreso o tácito. En el *trust* cabe el implícito en el que el fideicomitente puede expresar la voluntad de constituir un fideicomiso mediante actos que así lo supongan y no textualmente. Nuestra ley admite el expreso, y el tácito se refiere a que hay una manifestación expresa del fideicomitente, sólo que el consentimiento que no se hace textual es el del fideicomisario.

b) Fideicomisos Testamentarios.

El fideicomiso puede constituirse sujetando sus efectos a la muerte del fideicomitente. Debe constar en el testamento del fideicomitente y por tanto su forma se sujeta a las disposiciones de derecho común. Generalmente la práctica adopta la forma de testamento público abierto. Estos fideicomisos pueden constituirse con diversos fines y serán de uno u otro tipo si aplicamos otro criterio de clasificación. Usualmente estos fideicomisos testamentarios son de administración, asegurando los derechos de los herederos fideicomisarios cuando

estos son incapaces o inexpertos. El procedimiento de aceptación de la fiduciaria deberá ser conjunta con la tramitación del juicio sucesorio que se siga siendo conveniente la designación de la institución fiduciaria que desempeñe el cargo de fiduciario en el fideicomiso testamentario como albacea.

5.- Fideicomisos celebrados por disposición de la ley.

Se pueden crear fideicomisos por disposición expresa de la ley, cuando por este medio se crea un patrimonio que satisfaga las necesidades de un determinado grupo o clase social protegiéndose sus intereses. Este patrimonio está constituido especialmente para un fideicomiso cuya celebración se realiza de acuerdo a los términos de la ley. La inversión y la administración se encarga a una institución fiduciaria determinada, para que a través de la operación del fideicomiso se puedan lograr los fines que se propone el legislador. Para el funcionamiento de estos fideicomisos, la fiduciaria obra con apego a lo que dicten los comités técnicos que se establecen en la ley o en el acto constitutivo, así como sus facultades y funcionamiento.

Estos fideicomisos son los llamados públicos en oposición a los privados (contractuales y testamentarios). En los fideicomisos públicos, sólo mencionaremos que la institución fiduciaria es Nacional Financiera de acuerdo con el art. 5 fracción XI de la Ley Orgánica de Nacional Financiera. En realidad estos fideicomisos no tienen personalidad jurídica ni patrimonio propio aunque la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal arts. 3º y 47, la Ley Federal de Entidades Paraestatales, arts. 40 a 45, La Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Públicos, arts. 2, 8, 9, 24, 26, 27 y la Ley General de Deuda Pública, arts. 1,

7 al 16, 19 y 30; así los quieran equiparar y pretendan otorgarle personalidad jurídica tácitamente.

Al respecto, la quiebra del patrimonio dado en fideicomiso no implica que este tenga personalidad jurídica propia, pues de acuerdo con la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, puede quebrar un patrimonio sin personalidad jurídica. El hecho de que estas leyes administrativas hagan referencia a unidades administrativas, no significa que todas ellas tengan personalidad jurídica ni patrimonio. Basta señalar que por ejemplo las Secretarías de Estado forman parte de la Administración Pública Federal y hasta ahora nadie ha afirmado que tengan personalidad jurídica diferente a la del Estado a quien representan en su esfera legal de competencia. El régimen de derecho público que hace que los fideicomisos se constituyan por ley, es un sofisma pues aunque su creación se ordena por ley o decreto que son actos unilaterales del gobierno que por sí mismos no crean los fideicomisos y para que estos existan y produzcan efectos jurídicos se requiere la celebración de un contrato. Además de lo anterior, el art. 25 del Código Civil no cita a los fideicomisos, ni les otorga personalidad jurídica ni se les considera sociedades de hecho. En los países donde surgió el antecedente de nuestro fideicomiso, e incluso en donde se ha incorporado esta figura, no se le otorga personalidad jurídica ya que no tiene los siguientes atributos de la personalidad de las personas físicas ni de las colectivas:¹⁹⁸

- Nombre (el cual simplemente se utiliza en la práctica para distinguir un contrato de otro)
- Domicilio (lo tienen las partes).
- Patrimonio (el objeto del fideicomiso son los bienes afectos cuyo titular es la fiduciaria)

¹⁹⁸ Riba Rincón Gallardo, José. "La personalidad jurídica y el fideicomiso" en *Las Instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, coord. por Miguel Acosta Romero. banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria, Libros de México, 1982. pág 281-298.

- Nacionalidad (no hay que confundir que el fideicomiso tenga este atributo con el hecho de que su regulación se haga conforme a las leyes del lugar donde se celebró)
- Órganos de representación y administración (no tiene órganos propios, todos los derechos y obligaciones se ejecutan por la fiduciaria, incluso el Comité Técnico, es un órgano auxiliar de ésta, pero que no tiene propiamente derechos y obligaciones exclusivos).

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: 8A

Tomo: XV-I FEBRERO

Página: 187

FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURÍDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACIÓN A LA FIDUCIARIA.

El fideicomiso es un contrato en el que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria atento al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, máxime cuando se reconoce, por tercera persona, que se trata de un fideicomiso y, partiendo de tal premisa, debe concluirse que con ello prácticamente se debe reconocer la legitimación de la fiduciaria para tener intervención en la controversia natural, sin que obste a lo anterior la circunstancia de que en el contrato base de la acción intervenga otra persona física en representación del fideicomiso, ya que, por disposición expresa legal, corresponde la debida representación en el juicio a la fiduciaria, siendo menester que se le conceda la garantía de audiencia en esa controversia; por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral ya que el fideicomiso es un contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo en revisión 153/95.-Nacional Financiera, S.N.C., como fiduciaria de (INFOTEC).-26 de enero de 1995. Unanimidad de votos.-Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

6.- Otras clasificaciones:

Rodolfo Batiza ¹⁹⁹ menciona otras clases de fideicomisos de acuerdo a lo señalado por los textos legales, tales como:

Condiciona: Haciendo referencia a las causas de extinción del art. 357 de la L.G.T.O.C. es en el que se hace imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que depende o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse o haberse cumplido la condición resolutoria (modalidades de las

¹⁹⁹ Idem p 89.

obligaciones). Batiza hace un comentario al respecto consistente en que es un error de la ley al disponer que el fideicomiso se extingue por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o que no se verifique determinado plazo. Si es la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse esta imposible, o no verificarse dentro del término, es incorrecto hablar de extinción del fideicomiso. Lo que debería ser es que se extingue la posibilidad de su existencia.

Secretos: La ley los prohíbe en su artículo 359. Su constitución o la identidad de la persona que los constituye (fideicomitente) no son del conocimiento del fiduciario designado.

Sucesivos: También están prohibidos por la ley y son aquellos en los cuales el beneficio se concede 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 fideicomitente (esto se relaciona con los artículos 1472, 1473 y 1482 del Código Civil).

Beneficencia: Estos fideicomisos no están prohibidos de acuerdo con el art. 359 Fr. II, salvo que su duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

CAPÍTULO IV

LOS CONTRATOS DE GARANTÍA Y SU EJECUCIÓN

A) RESEÑA HISTÓRICA DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA:

Antes de abordar de lleno el tema de la ejecución de la garantía en el fideicomiso y discutir acerca de su constitucionalidad o no, consideramos muy importante hacer algunas observaciones sobre los contratos de garantía y su naturaleza. Así, remontándonos al Derecho Romano, encontramos:²⁰⁰

La Prenda o Pignus: Mediante esta, un deudor o tercero llamado pignorante entrega la posesión de un bien al acreedor (acreedor pignoraticio o prendario) para garantizar el cumplimiento de una obligación. El pignorante conserva la propiedad y un tipo de posesión legal que le permite usucapir la cosa.

Hypotheca o pignus conventum: Surge como modalidad de la prenda. La principal diferencia es que no se transmite la posesión al acreedor, salvo que la obligación garantizada se incumpliese.

Dentro de la prenda en sus dos especies, existen tres pactos diferentes para acordar el fin de la cosa pignorada:

- a) *Pactum de vendendo o distraendo pignore:* Con este, el acreedor quedará autorizado para vender la prenda y satisfacer su crédito, si el deudor no cumpliera el día señalado, debiendo restituir el sobrante al deudor. En un principio debía pactarse expresamente, si no se cometía robo, pero con el tiempo se entendió implícito en el contrato. Si no se encontraba comprador, con permiso del Emperador era posible conservar la prenda en propiedad.
- b) *Antichresis:* El acreedor pignoraticio no tenía derecho a usar la cosa, salvo que lo permitiera el pignorante. Cuando la cosa producía frutos, podía pactarse que los recibiera el acreedor como pago de los intereses. Si no había pago

²⁰⁰ Álvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 167. P 25-28.

anticrético, y el acreedor recibía los frutos, debía aplicarlos a los intereses, el remanente en su caso, al capital, y si sobraba al deudor.

- c) *Lex Commisoria*: Conocido en nuestro derecho como pacto comisorio, por medio de este se acordaba que si el deudor no pagaba a tiempo, el acreedor podría conservar la cosa en propiedad. El pignorante tenía la posibilidad de comprar la prenda por aquel mismo precio. Este pacto fue prohibido por Constantino, ya que servía para encubrir intereses ilegales bajo el excedente del precio respecto a la cuantía real de la deuda.²⁰¹

Fiducia cum creditore contracta: Como ya lo mencionamos, un deudor (fiduciante) transmite a su acreedor (fiduciario), la propiedad de una cosa, mediante *mancipatio o inure cesio*, con el fin de garantizar una obligación. En la fiducia con el fin de garantía, el acreedor puede, como propietario que es, disponer de la cosa fiduciada, pero queda obligado a restituirla cuando el deudor fiduciante haya pagado la deuda garantizada. Esta obligación de restituir, hace irrealizable aquel otro poder de disposición. Para superar esta contradicción se establece un pacto en virtud del cual el fiduciante que no pague en su día, no pueda reclamar mas que el excedente del precio obtenido de la venta de la cosa, con lo que se consigue el mismo efecto que el de una prenda con pacto de *vendendo*. Frecuentemente la posesión quedaba en manos del deudor, recuperando la propiedad en un año (*usureceptio fiduciae*). Para evitar esto, se le dejaba en calidad de precario o arrendatario. El fiduciario se coobligaba a restituir la propiedad por los mismos medios una vez satisfecho el crédito.²⁰² Podemos decir que este es un antecedente del fideicomiso de garantía, con la diferencia que en nuestro sistema y por adopción del *trust*, encontramos un fiduciario quien es el que se encarga de vender la cosa.

En el Derecho Germano encontramos la Prenda Inmobiliaria, mediante la cual el deudor transmitía a su acreedor, para fines de garantía un bien inmueble, entregando una carta *venditionis* que revestía de cierta formalidad al contrato. Al

²⁰¹ D'Ors. Alvaro. Op.cit, supra nota 5. p 463-465.

²⁰² Idem, p 520 y 521.

mismo tiempo se obligaba al acreedor con una "contra carta" a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor cumpliera con su obligación.

En el Derecho Anglosajón en el *trust* de garantía el *trustee* asumía la obligación de administrar los bienes que le eran entregados en tanto que el *settlor* cumple con una obligación a su cargo garantizada con tales bienes. Si el *settlor* o fideicomitente no cumple con su obligación en el plazo fijado el *trustee* realizará los bienes y pagará al *cestui que trust* el crédito garantizado, y devolverá al *settlor* el remanente.²⁰³

B) LOS CONTRATOS DE GARANTÍA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Primero que nada hay que definir una garantía como: El aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario.²⁰⁴

La facultad que confieren a su titular este tipo de contratos tiene como objeto exigir la venta de la cosa en caso de incumplimiento de la obligación principal para obtener un pago preferente con el producto de los bienes subastados²⁰⁵

²⁰³ Hernández Pérez Hugo. *El fideicomiso de garantía y la llamada ejecución fiduciaria* Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Escuela Libre de Derecho. México, 1982. P 117 y ss. Citado por Álvarez.Herrejón, Op.cit. supra nota 167.

²⁰⁴ De Pina Vara, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. 8ª Ed. Edit. Porrúa, México, 1993 p 299.

²⁰⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. 6ª Ed. Edit. Porrúa. México, Tomo III, 1985, p 145-146.

Las garantías son formas o mecanismos para facilitar y posibilitar el cumplimiento coactivo de una obligación desatendida.

Los contratos de garantía, directamente sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor quienes contratan con él, habiendo garantías adecuadas a cada tipo de obligación que se pretenda asegurar. Pueden ser genéricas o específicas; reales o personales, sin perjuicio de que indistintamente aseguren derechos personales o reales.

En la garantía genérica, todos los bienes embargables del deudor constituyen una garantía común y el deudor responde de la deuda con todo su patrimonio. Si se presenta incumplimiento, para realizar esta garantía, el acreedor debe hacer valer su pretensión ante el órgano jurisdiccional, solicitando se traben embargo sobre los bienes del deudor para rematarlos y convertirlos en dinero satisfactor del crédito. El problema de esta garantía es que puede resultar insuficiente.

La garantía específica personal, consiste en la asunción de una obligación que se pretende asegurar su cumplimiento, por parte de un tercero, en forma subsidiaria. Y en la garantía específica real, se destina expresamente un bien o una parte del patrimonio a la satisfacción de ciertas deudas, teniendo el deudor el beneficio de limitar la responsabilidad asumida sólo a la parte de su patrimonio destinada para cubrir sus adeudos.²⁰⁶

En la garantía personal, se cumple al acreedor el cumplimiento de la obligación estableciendo una pluralidad de deudores, de manera que el riesgo que

²⁰⁶ Álvarez Macotela, Oscar. *La naturaleza jurídica de la caución bursátil*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. UNAM. ENEP Acatlán. Naucalpan, México, 1995, p 10-12.

tiene el acreedor se reduce, pues si el deudor principal es incapaz de pagar, existe la posibilidad de cobrar a los demás codeudores. Un ejemplo es el contrato de fianza. Sánchez Medal²⁰⁷ dice que también se pueden colocar dentro de esta clase de garantías personales otros contratos como el de promesa de venta, mandato irrevocable, etc. En éstos no se crean nuevos deudores, pero se dan las bases para garantizar mejor el cumplimiento de una obligación, si gravar algún bien del deudor. Sin embargo, la celebración de un contrato de garantía personal no asegura por sí misma la solvencia de los codeudores o deudores subsidiarios, a menos que se trate de una institución de fianzas, cuya solvencia está garantizada, de alguna manera, por la regulación y vigilancia del Estado.

En la garantía real, subsiste la garantía para el acreedor de que su derecho se respetará y le será pagada la deuda, afectando bienes para que en caso de incumplimiento, éstos se ejecuten y el acreedor pueda cobrar su crédito. Ejemplos de estos contratos son la prenda y la hipoteca donde se le da un derecho real sobre el bien pignorado o hipotecado al acreedor ya que se le faculta a realizar la venta del mismo y a cobrar su crédito con el producto de esa venta con preferencia a los demás acreedores de su deudor. Se puede limitar la responsabilidad del deudor solamente a un determinado bien dado en garantía, constituyendo una excepción al 2964 del Código Civil que establece que un deudor responde con todos sus bienes de la deuda contraída, con excepción de aquellos que, conforme a la ley son inalienables e inembargables.

Si resulta que los bienes y derechos afectos son insuficientes para pagar con el producto de su venta el adeudo, debe responder con todos sus bienes en términos del mismo artículo. En este sentido caben excepciones según se pacte,

²⁰⁷ Sánchez Medal. Op.cit. supra nota 114.p.444 y ss.

así bien, en caso de resultar insuficiente la garantía para cubrir el crédito, el acreedor queda sin posibilidad de hacer valer la acción personal consignada en el artículo comentado.

Los contratos de garantía son accesorios de una obligación principal que vincula al acreedor y al deudor, el primero es titular de un derecho de crédito que le permite exigir que el deudor cumpla determinada prestación o deuda. Si éste incumple, puede el acreedor recurrir al aparato coercitivo, mediante el procedimiento de la ejecución forzada, con el que el derecho arma su pretensión.²⁰⁸

La institución jurídica de las garantías tiene como fin la ejecución de estas, afectándose el patrimonio del deudor para satisfacer una prestación que este dejó de cumplir en su oportunidad. La implementación de medidas coercitivas, como sucede en el caso de la ejecución de garantías, requieren un riguroso apego a procedimientos y reglas que garanticen la seguridad jurídica de los involucrados, ya sea que ese procedimiento se establezca en la ley, como es en el caso de la prenda mercantil (sin todavía entrar propiamente en materia de ésta), o la misma ley de la posibilidad de pactarlo en el acto constitutivo del contrato de garantía como es el caso del fideicomiso.

Otras figuras que pretenden garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones pueden ser el derecho de retención, el depósito en garantía, la suscripción o endoso en propiedad de un título de crédito, el reporto de garantía utilizado para evadir la prohibición del Pacto Comisorio en la práctica bancaria mexicana, y la caución bursátil que viene siendo una prenda sobre títulos valor.

²⁰⁸ Álvarez Macotela. Op.cit. supra nota 206 p 39.

Sánchez Medal ²⁰⁹, dice que el derecho del acreedor tiene por objeto inmediato la prestación al deudor y como mediato, en caso de no cumplirse aquella, una compensación equivalente. Las obligaciones se pueden dividir en dos elementos: el débito y la responsabilidad o la sanción, (sujeción del deudor al poder coactivo del acreedor). La responsabilidad es consecuencia del débito, sin embargo puede haber débito sin responsabilidad, como en las obligaciones naturales; y puede haber responsabilidad sin débito como en los contratos de garantía personal (fianza) o habiendo garantía real otorgada por un tercero.

1.- Fianza.

Tomando a Sánchez Medal²¹⁰ la fianza es "el contrato por el que una persona llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se obliga con éste último a pagar la misma, en el caso de que el primero no lo haga." La fianza es un contrato unilateral y gratuito, pero que admite pacto en contrario para que sea remunerada, convirtiéndose en bilateral, pues surgen obligaciones para las partes (deudor, acreedor y fiador). La fianza es un contrato de garantía y como tal accesorio. Es consensual ya que no requiere formalidad para su celebración.

La fianza puede ser civil, contratada por personas físicas o morales no comerciantes con motivo de una obligación no mercantil, o mercantil (también conocida como de empresa), ésta última es realizada por sujetos autorizados para actuar como afianzadoras. El fiador civil tiene un carácter subsidiario, para el caso de que el deudor no cumpla con su obligación; en cambio los fiadores mercantiles, de acuerdo al art. 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no gozan de

²⁰⁹ Sánchez Medal. Op.cit. supra nota 114.p. 446-445.

²¹⁰ Idem p. 449.

los beneficios de orden y exclusión y sus fianzas no se extinguen aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor el cumplimiento de la obligación principal, es decir, es una obligación solidaria la del fiador mercantil, además de que el contrato siempre es bilateral y oneroso, pues existe una prima que debe pagarse para que el fiador se obligue a responder por el deudor.

2.- Prenda:

Nos interesa tocar algunos aspectos de la prenda ya que el problema de su ejecución ha sido severamente controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia. Es de relevante importancia ya que como lo veremos más adelante, en cuanto a la ejecución del fideicomiso el art. 83 de la L.I.C. hace referencia al art. 341 de la L.G.T.O.C. que habla precisamente de la ejecución de la prenda.

La prenda como contrato, es un acuerdo de voluntades por la cual un bien se constituye en garantía de una obligación, con la cual se le confiere un derecho real al acreedor quien puede enajenar ese bien y hacerse pago con lo obtenido de esa venta, en caso de incumplimiento del deudor.²¹¹

El maestro Lozano Noriega define al contrato de prenda como:²¹²

“Aquel por virtud del cual el deudor afecta un bien mueble enajenable con el derecho real del mismo nombre (derecho real de prenda) para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”

²¹¹ Álvarez Macotela. Op.cit. supra nota 206 P 75-78

²¹² Lozano Noriega, Francisco. *Cuarto curso de Derecho Civil: Contratos*. 5ª Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México, 1990 p 389.

Sánchez Medal ²¹³ dice que "la prenda es un contrato por el que un deudor o un tercero entrega al acreedor o a un tercero la posesión de un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago, con el producto de su venta en caso de incumplimiento de la misma obligación."

Por su parte, el Maestro Rojina Villegas ²¹⁴ establece: "la prenda es un contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero entrega al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla dicha obligación."

Álvarez Herrejón cita a Díaz Bravo ²¹⁵ quien señala un concepto de prenda mercantil:

"Derecho real constituido sobre un bien inmueble o un derecho enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación mercantil, así como el derecho real de garantía constituido sobre un título de crédito"

Álvarez Macotela en su tesis elabora su propia definición de prenda.²¹⁶

"Acuerdo de voluntades por el cual una de las partes se obliga a transmitir un bien mueble que le pertenece a la posesión de otra parte o de un tercero designado por ambas partes, comprometiéndose la primera de ellas a que en caso de fallar, ella o un tercero deudor de su contraparte, al cumplimiento

²¹³ Sánchez Medal. Op.cit. Supra nota 114. p 469.

²¹⁴ Rojina Villegas, Op.cit. supra nota 205. p 337.

²¹⁵ Díaz Bravo Arturo. *Contratos Mercantiles*. 3ª ed. Edit. Harla. México 1989. P. 200-211. Citado por Álvarez. Op.cit. supra nota.167. p 67 y ss.

²¹⁶ Álvarez. Macoteia. Op.cit. supra nota 206 p 78

oportuno de determinada obligación; con el producto de la venta del bien sobre el cual constituye gravamen, se satisfaga la prestación debida”

La palabra prenda tiene otras acepciones como la de ser el derecho real de garantía, que el acreedor obtiene como un determinado bien mueble ajeno, o la misma cosa pignorada.

La prenda puede ser civil, regulada en los arts. 2856 del Código Civil, y la mercantil contemplada en los arts. 334 al 345 de la L.G.T.O.C. No existe alguna definición en la ley de lo que es la prenda mercantil. Se considera que puede derivar de un contrato y de una declaración unilateral de la voluntad como es la prenda consignada en un título de crédito mediante endoso, o cualquiera que se constituya por un tercero, aún sin autorización del deudor.

La prenda es mercantil si se constituye para garantizar un acto de comercio; pudiendo ser objeto de la misma bienes muebles, corpóreos e incorpóreos quedando supeditada al contrato principal, contemplándose las disposiciones accesorias relativas a las obligaciones de las partes en el contrato.

El art. 334 de la L.G.T.O.C. prescribe sobre qué objetos recae la prenda mercantil mismos que coinciden con lo establecido por el Código de Comercio en su art. 75.

En el Derecho Romano, la distinción entre prenda e hipoteca no existió, y se fue dando debido a la creciente complejidad de la vida económica regulándose la prenda bajo la idea de que el deudor entrega a su acreedor la posesión de una cosa a título de garantía, obligándose el acreedor a devolverla al momento de

recibir el pago del adeudo así avalado, es por eso que se le asocia a que versa sobre bienes muebles, ya que es más fácil entregar la posesión de éstos. En la hipoteca al no haber esta entrega se asocia a que recae sobre inmuebles, aunque como después lo veremos, no hay ningún impedimento para que ésta verse sobre muebles.²¹⁷

En la prenda, la L.G.T.O.C. sólo admite la entrega real del bien gravado, ya que es necesario que el deudor sea puesto en imposibilidad de disponer de la misma para evitar que cometa actos en fraude de acreedores.

a) Clasificación:

Típico, nominado, bilateral, real, accesorio, onerosos (si el otorgante de la prenda es al mismo tiempo deudor de la obligación principal), gratuito (cuando el deudor prendario es distinto del obligado principal, pues este no obtiene provecho alguno), aleatorio (no se sabe si la obligación principal será pagada puntualmente), de tracto sucesivo, formal, cuya naturaleza es ser un contrato real mobiliario de garantía.

b) Elementos de existencia:

-Objeto y consentimiento como en todos los contratos. Además la existencia de la obligación principal, y del bien pignorado, que debe estar en el comercio al momento de la celebración del contrato, ser un bien mueble, individualmente determinado o excepcionalmente determinable en cuanto a su especie y ser enajenable.²¹⁸

²¹⁷ Idem.p 71-74.

²¹⁸ Idem. p 81

c) Elementos de validez:

- Que la obligación o contrato principal sean válidos.
- Que las partes tengan capacidad, tanto de goce como de ejercicio. El otorgante de la prenda debe contar con la capacidad especial para enajenar la cosa material que se grava y el receptor de la prenda debe contar eventualmente, con la capacidad especial de adquirir la cosa que se da en prenda.
- Que la voluntad de las partes se encuentre exenta de vicios.
- Que la causa motivante para su celebración se lícita, es decir que no se oponga a la ley ni a las buenas costumbres
- Que el consentimiento conste por escrito.

d) Elementos personales:

Deudor prendario: quien constituye la prenda

Acreeedor prendario: quién la recibe.

No es necesario que el deudor de la obligación principal sea parte, toda vez que la prenda puede constituirse por un tercero, incluso en ausencia o más aún, en contra de la voluntad del deudor.²¹⁹

e) Elementos formales:

- Que conste por escrito.
- Notificación al deudor de créditos o acciones dados en prenda, si éstos no son negociables por endoso.
- Inscripción en el Registro Público de la Propiedad para que los efectos del contrato sean oponibles frente a terceros.
- Recibo de los bienes pignorados donde se relacionen y describan los mismos para ser identificados²²⁰

f) Elementos reales:

Las obligaciones que puedan garantizarse mediante garantía prendaria. Se puede entender por esto las mismas cosas o derechos que pueden darse en

²¹⁹ Idem. p 84.

²²⁰ Idem. p 85.

prenda, (inmuebles por destino, bienes no fungibles o fungibles tomando en cuenta que cuando se trata de éstos hay transmisión de la propiedad al acreedor prendario, motivo por el cual esta clase de prenda se conoce como prenda irregular). En la prenda se transmite la posesión como derecho real transmitido.

Pueden pignorarse cosas ajenas bastando el consentimiento al respecto por parte del dueño de la cosa.²²¹

g) Efectos:

Consisten en la creación de obligaciones y derechos para ambas partes inherentes al derecho real en favor del acreedor prendario el cual es accesorio, de garantía, mobiliario, civil e imperfecto; sobre bienes materiales o inmateriales, determinados, temporal, registrable y definitivo. Se extingue cuando la obligación garantizada es pagada, en cuyo caso el bien debe restituirse al otorgante.

No confiere al acreedor prendario el derecho sobre los frutos que la cosa empeñada llegue a producir salvo pacto en contrario. Otorga a éste el derecho de retener la cosa hasta que la obligación se cumpla y exigir la venta del bien pignorado cuando el deudor de la obligación garantizada falte al cumplimiento oportuno de esta, así como para que con el producto de esa venta le sea cubierto el importe de la obligación objeto de la garantía. Este derecho admite la posibilidad de que el acreedor se quede con la cosa empeñada como pago de la obligación garantizada, pero sólo por el precio convenido por las partes con posterioridad a la constitución de la prenda, de lo contrario se cae en un pacto comisorio, en el cual profundizaremos más adelante.²²²

²²¹ Idem. p 86.

²²² Idem p 87-99

La prenda como derecho real debe ser específica, destinada a garantizar obligaciones determinadas aunque puedan extenderse los beneficios a la satisfacción de intereses y demás accesorios que legal o contractualmente a la obligación principal, e indivisible. Es oponible *erga omnes* por su naturaleza jurídica (derecho real) y no por su fuente (contrato), en tanto se vinculan por una obligación pasiva universal, pese a que la prenda como contrato sigue el principio de *res inter alios acta* (el contrato sólo afecta a los que lo celebran).

Este derecho real, por supuesto es oponible ante el propietario del bien pignorado, que cumple la obligación de conservar la garantía para responder en un momento dado de la obligación principal, por lo que el deudor prendario debe abstenerse de realizar actos que disminuyan la garantía que la hagan insuficiente para asegurar el pago de la obligación garantizada, teniendo correlativamente la obligación activa de mejorar la garantía si esta se reduce.

Los efectos se refieren a las cláusulas esenciales y naturales del contrato como las obligaciones personales a cargo tanto del acreedor prendario como del constituyente de la prenda, sin perjuicio de los derechos y obligaciones contenidos en las cláusulas accidentales que también deben ajustarse a ciertos parámetros como por ejemplo la prohibición de estipular el pacto comisorio.²²³ De este modo, el primero tiene derecho a:

- Derecho de persecución y recuperación del bien empeñado de manos de la persona que la tenga en su poder

²²³ El pacto comisorio, es la cláusula por la que se conviene en el momento de constituirse la garantía en que el acreedor se convierta en propietario del bien pignorado si el deudor incumple con su obligación, señalándose como valor de adquisición el importe de la obligación garantizada u otra cantidad ahí determinada. Hay que señalar que nuestra legislación vigente permite que el deudor lo autorice por escrito, con posterioridad a la constitución de la prenda. (vid. Arts. 2916, 2887 del Código Civil y 345 de la L.G.T.O.C)

- Derecho de preferencia para ser pagado el importe de su crédito con el producto de la venta del bien pignorado (*ius distrahendi*)
- Derecho a la indemnización por los gastos necesarios y útiles que haga para la conservación de la cosa.
- Derecho alternativo para exigir del deudor prendario la constitución de nueva prenda o dar por vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación principal, en caso de que el bien pignorado se pierda o dañe sin culpa del acreedor prendario.
- Derecho de exigir al deudor prendario que lleve a cabo la defensa de la cosa empeñada, si el acreedor es perturbado en la posesión de la prenda.

También tiene obligación de:

- Conservar el bien como si fuera suyo, respondiendo por los deterioros que sufra por su culpa o negligencia.
- Restituir la cosa empeñada al otorgante, después de que la obligación principal sea cumplida.
- Responder del saneamiento para el caso de evicción, si dolosamente enajenó el bien empeñado.
- No usar la cosa pignorada, salvo pacto en contrario.

El deudor prendario tiene los siguientes derechos:

- Suspender la venta de la cosa empeñada mediante el pago de la obligación principal.
- A que la cosa dada en prenda le sea conservada.
- Exigir la constitución de fianza en su favor para garantizar la restitución del bien empeñado o para que éste último se deposite en poder de un tercero, si el acreedor pignoraticio abusa de la cosa empeñada.
- A recuperar los bienes después de haber cumplido con su obligación.
- A recibir el excedente que en su caso haya del importe de la venta.
- A recibir los frutos de la cosa empeñada.
- A disponer de la cosa empeñada, con la limitación de que en caso de enajenar el bien pignorado o conceder su uso o posesión a un tercero, éste no puede exigir la entrega antes de haber sido pagada la obligación garantizada.

Obligaciones:

- No perturbar al acreedor prendario en la posesión de la cosa.
- Reembolsar al acreedor los gastos necesarios y útiles que éste pague para la conservación de la cosa.
- Constituir nueva prenda o pagar anticipadamente la obligación garantizada, en caso de que el bien pignorado se deteriore o pierda sin culpa del acreedor prendario.

- Ejecutar los actos necesarios para defensa del bien en caso de que el acreedor se vea perturbado en la posesión de dicho bien responsabilizándose además el deudor prendario o por los daños y perjuicios que llegue a sufrir el acreedor en caso de incumplimiento a la obligación de defender la cosa.

h) Extinción del Contrato de Prenda.²²⁴

Directa: por cualquiera de las causas de extinción de las obligaciones.

Indirecta: extinción del contrato principal.

i) Ejecución de la Garantía Prendaria:

La constitución de garantías brinda seguridad al acreedor, mas no asegura el cumplimiento sino en la medida en que existe un modo de hacer efectiva la seguridad que representan: ejecutar las garantías; cuyo procedimiento debe brindar seguridad tanto para el acreedor como para el deudor. Esta ejecución consiste en destinar la garantía a la satisfacción de la obligación que siendo exigible no se cumplió voluntariamente en perjuicio del acreedor. Lo anterior es delicado porque no siempre quien se ostenta como acreedor en verdad lo es o no necesariamente su crédito corresponde a los términos y condiciones en que es exigido. De lo anterior podemos decir que:

- Quien pretenda reclamar un derecho a su favor, debe recurrir a los mecanismos legales.
- La afectación patrimonial es lícita cuando se ha seguido un juicio o un procedimiento extrajudicial establecido, según lo disponga la ley.
- El juicio que se siga ante los tribunales competentes debe ajustarse a las formalidades del procedimiento, de conformidad a la normatividad legal vigente con anterioridad a la afectación patrimonial.
- En caso de juicio, la afectación patrimonial sólo es lícita cuando en su caso ha sido ordenada por la autoridad competente por escrito fundado y motivado.

De lo antes mencionado se desprende que podemos encontrar a la Ejecución Judicial, que implica un periodo de tramitación de meses o años, lo cual

²²⁴ Álvarez Macotela, Op.cit. supra nota 206 p 111

es inoperante sobre todo en cuestiones comerciales y bursátiles, haciéndose imprescindible implementar procedimientos de ejecución de garantías que brinden mayor celeridad. Tal es el caso de la posibilidad de venta extrajudicial de los valores dados en prenda para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los participantes en el mercado de valores (art. 99 de la Ley del Mercado de Valores) y la venta anticipada contemplada en el art. 341 de la L.G.T.O.C. en cuanto a la garantía prendaria, aplicada también al fideicomiso de garantía, si es que no se pactó algún procedimiento en el acto constitutivo tal y como lo indica el art. 83 de la L.I.C. lo cual ha sido sumamente controvertido y que trataremos con mayor detenimiento en las siguientes páginas.

La ejecución extrajudicial es más expedita, sin dejar de estar conscientes que la rapidez en beneficio del acreedor no puede sustentarse en detrimento de los derechos constitucionales del deudor en relación a la defensa que corresponde a ese último. Y no pretendemos que así sea permitiendo a quien corresponda la posibilidad de conocer la pretensión que existe en su contra, argumentar lo que a su interés convenga, así como la posibilidad de probar la razón de su dicho y obtener una resolución que considere lo anterior bajo el criterio objetivo de un procedimiento previamente establecido y conocido por los involucrados a fin de dotar de seguridad jurídica a ambas personas.

En este orden de ideas, existen materias sobre las que el Legislador ha permitido a los particulares dirimir entre sí los problemas que se originen, sin necesidad de agotar un procedimiento ante órganos formalmente judiciales. Así tenemos por ejemplo al arbitraje como procedimiento, mecanismo o forma de resolver "litigios" o mejor dicho: controversias, sin encontrar fundamento constitucional que impida proceder a la ejecución de garantías utilizando esta vía.

La prohibición del pacto comisorio encuentra su fundamento en el art. 17 constitucional, ya que elude la vía de reclamación ante un órgano jurisdiccional que asegura el respeto del ejercicio de los derechos irrenunciables de audiencia y pruebas que asisten al presunto deudor. Si bien en estricta justicia el patrimonio afectado en garantía por el deudor, debe corresponder al acreedor que lo hace suyo, el bien de "seguridad jurídica" para nuestro derecho prevalece sobre el de "justicia"

Creemos conveniente para poder considerar apropiada la ejecución de las garantías según el artículo 341 de la L.G.T.O.C. y con más razón la ejecución extrajudicial tomar en cuenta las características de las garantías para su utilidad en el mercado de valores y por consiguiente en materia comercial en general.

Suficiencia: para cumplir con la finalidad para la que fueron concebidas.

Eficacia: se refiere a que la garantía sea mediante su procedimiento de ejecución, un pago cierto de la obligación principal.

Agilidad: no basta que se haga justicia, sino que sea oportuna.

Economía: que sea de bajo costo, de lo contrario hará poco atractiva la realización de operaciones que requieran garantía, quedando en el aire esa certeza de cumplimiento de las obligaciones, necesaria para motivar la voluntad de las partes para contratar. En nuestra opinión, hemos visto que a veces la práctica en los tribunales, resulta lenta, costosa y desgastante. y los gastos llegan a rebasar en valor a lo que se puede llegar a ganar o recuperar.

Sencillez: las garantías deben facilitar el negocio principal y no un obstáculo para su realización.

Legalidad: No se deben encontrar la constitución de garantías al margen del derecho.

El art. 341 de la L.G.T.O.C. a la letra dice:

"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 a precio de cotización en bolsa, o, a fatal de

cotización, al precio del mercado, y por medio de corredor público 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.”

Para que se pueda dar la ejecución, tratándose de la prenda mercantil, deben actualizarse las causas mencionadas: falta de pago de la obligación principal por vencimiento del plazo para su cumplimiento, ya sea anticipadamente o no. El acreedor pignoraticio adquiere la facultad de exigir que se proceda a la enajenación del bien para que con el producto de la venta se pague el crédito a su favor. Podrá recurrir a la vía judicial, o en caso de que así se haya pactado en el contrato de prenda, a la extrajudicial.

La última, procede en los siguientes supuestos:

- Al vencimiento de la obligación principal.
- Cuando el precio del bien pignorado disminuya hasta ser insuficiente para cubrir el importe de la obligación.
- En caso de que el deudor prendario no suministre al acreedor los fondos necesarios para que los bienes empeñados no disminuyan su valor.

El acreedor prendario debe informar al otorgante que procederá a la venta, para que el deudor pueda ejercer el derecho concedido por el art. 2885 del Código Civil, consistente en hacer que se suspenda la enajenación de la cosa pignorada, mediante el pago de la obligación garantizada, dentro del día natural siguiente a la fecha en que fue informada la pretensión de vender la prenda.²²⁵

El acreedor prendario está legitimado para la venta, sin tener que responder del saneamiento para el caso de evicción, en situación semejante a la de un

²²⁵ Idem p 100-110

mandatario que enajena la cosa de su mandante, en virtud de una substitución, aunque no sea propietario.²²⁶

Por su lado, la venta judicial es consecuencia de un juicio y una sentencia que condene al remate de la cosa. Pero además debe entenderse por venta judicial la que ordena el juez y se ejecuta en almoneda pública, incluso sin que medie juicio previo y por lo mismo no exista sentencia condenando al remate de la prenda. El carácter judicial lo confiere la intervención de un órgano jurisdiccional.

Para que se pueda dar la ejecución judicial en las diferentes formas que mencionamos se requiere:

- Realización del supuesto de procedencia.
- Ejercicio de la acción del acreedor prendario, exigiendo se decrete la autorización para la venta.
- Habiéndose acordado de conformidad la solicitud del acreedor, se procede a:
 - Correr traslado al deudor notificándole la pretensión del acreedor pignoraticio y emplazándole para que en tres días hábiles haga valer su derecho de oposición a la venta a través de :
 - *Exhibición del importe de su adeudo
 - *Mejorar la garantía, incrementando los bienes pignorados o por reducción de la deuda.
 - *En su caso pagando los fondos para efectuar las exhibiciones conducentes.
 - En caso de "notoria urgencia", y bajo la responsabilidad del acreedor prendario, el juez decretará un auto para autorizar la venta aún antes de notificarle al deudor prendario sobre dicha ejecución (2º párrafo del art. 348 de la L.G.T.O.C.)
 - Si el deudor no se opone a la ejecución, el juez autorizará su venta.
 - El comerciante que intervenga en la venta de los bienes, extenderá al acreedor prendario un certificado sobre las condiciones en que se realizó.
 - El dinero en efectivo producto de la venta, deberá ser conservado por el acreedor prendario en substitución de la prenda rematada, en espera de que el juez decrete sentencia definitiva en cuanto a la obligación principal, condenando al pago al deudor y señalando que en su caso, se aplique la venta de la cosa pignorada, hasta el importe para cubrir el crédito, sus accesorios

²²⁶ Sánchez Mejal. Op.cit. supra nota 114. P 477.

legales y contractuales; debiendo entregar al deudor prendario el excedente que llegase a resultar.

Las discrepancias jurídicas se centran en la constitucionalidad del art. 341 de la L.G.T.O.C., si la resolución judicial autorizando la venta de la cosa empeñada es constitucional y, cuál es la correcta interpretación del precepto invocado.

Algunos juristas cuestionan su constitucionalidad en vista de que el acreedor pignoraticio tiene la posibilidad de solicitar a un juez la ejecución del bien pignorado, sin que el otorgante de la prenda conozca esa solicitud, no siendo oído ni vencido en juicio. En otras palabras, que se prive al dueño de una cosa, sin haber seguido juicio en el que se cumplan las formalidades del procedimiento, con la garantía de audiencia.

En una tesis de diciembre de 1995, cuya votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia²²⁷ la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a decir que:

Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 9A
Tomo: II
Tesis: P. CXXI/95
Página: 239.

PRENDA, EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El procedimiento establecido en el art. 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por virtud del cual el acreedor prendario puede obtener la autorización judicial para la venta del bien dado en prenda, con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el art. 14 Constitucional, porque sólo permite al deudor oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo, sin darle oportunidad de oponer y acreditar todas las defensas y excepciones que le asistan para demostrar la improcedencia de la solicitud del

²²⁷ "Prenda" Debate realizado en Sesión Pública del Tribunal en Pleno, celebrada el Lunes 6 de noviembre de 1995. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 1996. P 67-68.

acreedor, sin que sea el caso de considerar que esta deficiencia de la norma de que se trata pueda ser colmada mediante la aplicación supletoria de las reglas del Código de Comercio que establecen las formalidades propias de un juicio, pues los términos empleados por el legislador revelan con claridad su intención de establecer un procedimiento privilegiado, incompatible, por su propia naturaleza con las normas aplicables a los juicios mercantiles. La violación a la garantía de audiencia se produce aunque el acreedor adquiera un derecho real sobre la cosa dada en prenda, pues el contrato de prenda no le transfiere la propiedad del bien, sino que ésta permanece en la esfera del deudor quien conserva para sí los poderes de dueño, excepto el de la tenencia material de la cosa cuando así se pacte, e incluso puede, el deudor, enajenar la cosa a un tercero, conservando la garantía; en este sentido, de acuerdo con el artículo en cuestión, la autoridad judicial autoriza al acreedor a vender una cosa ajena, sin darle oportunidad al dueño de ser oído y vencido en juicio antes de ser privado del derecho a disponer de la cosa de su propiedad y, como consecuencia, del derecho de usar y disfrutar de la misma, lo cual significa una violación a la garantía de audiencia considerando que dicha privación no podía ser reparada mediante el juicio que eventualmente se promoviera en relación con el cumplimiento y pago de la obligación principal garantizada, pues, aun si el fallo fuera favorable al deudor, éste no recuperaría la cosa, sino que sólo el producto de su venta.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 1613/94. Jorge Amado López Estolano. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Guillermo I. Ortíz Mayagoitia. Srio: José Luis Alduciñ Presno. Amparo en revisión 1742/94. María del Refugio Fragosó Valenzuela. Srio: Homero Reed Ornelas. Amparo en revisión 184/95. Felipe Gitiérrez Seldner. Ponente Juan Díaz Romero. Sria: Adriana Campuzano de Ortiz. Amparo en revisión 201/95. Artemisa Velázquez Verdín. Ponente: José de Jesús Gudiño. Srio: Jorge Carenzo Rivas.

Es interesante tomar en cuenta el resultado de los debates y el voto de minoría emitido por los ministros: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Genaro D. Góngora Pimentel, José de Jesús Guiño Pelayo y Olga María Sánchez Cordero, contra la resolución mayoritaria pronunciada por el Tribunal en Pleno en el amparo en revisión 1613/94.

Se considera que, si bien el Código Civil para el D.F. prohíbe en su artículo 2302 el pacto de retroventa y la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes, y que en forma semejante debe prohibirse la venta de la prenda y declarar inconstitucional el art. 341 de referencia; no es lógico colocar la prenda y su venta judicial en el mismo plano del pacto de retroventa, porque éste se utiliza para simular un préstamo garantizado con la venta de un bien, el cual se devolverá al deudor cubierta la

deuda, mediante la retroventa. En la prenda, el deudor sólo entrega la posesión de un bien, el cual sufre un gravamen real concedido al acreedor, para que en caso de no pagar, se venda con la intervención de un Juez. Si el deudor paga, recupera la posesión y la propiedad sin ninguna traslación de dominio.

Se dijo erróneamente para formar esta tesis, que el acreedor prendario incurre en una conducta similar a la tipificada en el delito de fraude específico (art. 387, fr. VIII, del Código Penal para el D.F. y para toda la República en materia de fuero Federal), ya que se vale de la ignorancia o malas condiciones económicas de una persona, para obtener ventajas usurarias por medio de contratos o convenciones en los que se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

El anterior argumento, según la minoría con la que estamos de acuerdo, carece de validez ya que la prenda comercial, se usa entre toda clase de comerciantes y no únicamente entre prestamistas usureros. Para esto, el Código Civil prevé en su art. 17 que cuando alguno, explotando la ignorancia, inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, el perjudicado está facultado durante un año para elegir entre la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación. Además los réditos usurarios, se refieren a los contratos de crédito e indirectamente a los accesorios como la prenda, los cuales no pueden subsistir sin aquellos. Así pues, es una exageración decir que en casi toda operación de crédito se comete un fraude específico, con lo cual se reprueba toda operación de crédito, incluyéndose la prenda y otras formas de garantía.

Además la inoperancia de este artículo estriba en que no trata el problema del amparo motivo de la ejecutoria el cual se refiere a la inconstitucionalidad del art. 341, por suponer que viola la garantía de audiencia.

En cuanto a la consideración de que el artículo en cuestión es inconstitucional por autorizar al Juez a acordar la venta de la prenda aun antes de hacer la notificación al deudor, en caso de notoria urgencia. La minoría que votó en contra del proyecto señala que esta disposición se refiere a un caso especial y no a la generalidad. Además, tiene su razón de ser, puesto que se da primacía a conservar el valor de la prenda.

Los argumentos que atacan el art. 341, desvirtúan la naturaleza de la prenda que ha sido reconocida del mismo modo que lo hacemos nosotros en las legislaciones más importantes de Europa y América. La prenda es un contrato accesorio, del que se sigue un necesario procedimiento de ejecución en contra del deudor de una obligación principal vencida y garantizada con un derecho real sobre la cosa pignorada, en el cual se faculta al acreedor para venderla, lo que supone que las partes conocen el alcance de su compromiso al firmar el contrato y que de no aceptar el deudor prendario esa situación el acreedor no celebraría el contrato.

El derecho real de prenda (art. 2856 del Código Civil) se constituye sobre un bien mueble enajenable, que esté en el comercio y que tenga valor de cambio para que la prenda se pueda vender en caso de incumplimiento de la obligación principal.

Es propio de todo acto jurídico que las partes quieran realizarlo y quieran sus consecuencias. Sería muy cómodo para el deudor recibir en mutuo con garantía prendaria, una cantidad de dinero y luego negarse a pagar y oponerse a la venta de la prenda que dio como garantía de solvencia y de seguridad del pago.

Se alega que se deja en estado de indefensión al deudor mediante la utilización del art. 341. Sin embargo, el mismo artículo ordena correr traslado al deudor de la petición de venta de la prenda y lo autoriza para oponerse a ella exhibiendo en el término de tres días el importe del adeudo, mientras que la ley civil sólo autoriza a suspender la venta pagando en el término de 24 horas contadas desde la suspensión. Además en la prenda mercantil, el producto de la venta no se entrega al acreedor, en sustitución de los bienes o títulos vendidos, sino hasta que se resuelva lo conducente en el juicio sobre la obligación principal, en el que sí pueden intervenir y ser oídos tanto el deudor como el acreedor, ya sea que lo promueva uno u otro.

El criterio de la mayoría supone que el deudor prendario, tiene la plena propiedad del bien pignorado, y que el acreedor prendario sólo tiene un derecho personal cuyo ejercicio no justifica la venta de la prenda sin el consentimiento del deudor, lo que ha llevado a suponer que hay venta de cosa ajena, no teniendo el acreedor prendario derecho real alguno sobre la cosa pignorada y que el deudor sigue siendo propietario pleno de ella, cuando en realidad el acreedor prendario tiene la posesión. Al respecto, el derecho civil excluye del derecho real de propiedad a toda persona que no sea el o los propietarios.

El art. 2856 del Código Civil, define la prenda como un derecho real constituido sobre un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una

obligación y su preferencia en el pago. Esto se aplica a la prenda mercantil, siendo accesorios el derecho real del acreedor prendario y la obligación real del pignorante. La venta de la prenda autorizada por el art. 341 es un procedimiento de ejecución al que está destinado y afecto el bien pignorado, a fin de garantizar el pago de la deuda de la obligación principal con la salvedad de que el producto de la venta queda en prenda hasta que se decida la suerte de dicha deuda.

De esta manera, en la prenda mercantil hay dos procedimientos; uno sumario de ejecución que es la venta y otro relativo al juicio de la obligación principal. El primero no excluye otras formas de oposición relativas a la venta o al pago permitiéndose al deudor alegar en respuesta del traslado, el no vencimiento de la deuda o el pago anterior de ella, puesto que dicho precepto faculta al Juez a ordenar la venta cuando se venza la obligación garantizada (presupuesto procesal). Por esto se estima que no se viola la garantía de audiencia.

Hay que aclarar que esa ejecución es propia del derecho real del acreedor, y que el bien pignorado está gravado y afecto a la venta. El producto de esa venta se substituye en los bienes o títulos vendidos, conservándolos el acreedor en prenda, lo que no impide al deudor promover juicio sobre la exigibilidad de la obligación principal, nulidad, prescripción, pago parcial o total o sobre cualquier otra causa que la hubiese extinguido total o parcialmente. Es por eso que el precio de la venta no lo recibe en pago el acreedor sino que lo conserva en prenda, de lo que se infiere que no se viola la garantía de audiencia.

Se pierde de vista que la venta de la prenda es un procedimiento accesorio que está subordinado al juicio sobre la deuda garantizada, y que es donde le corresponde al deudor hacer valer la acción de nulidad o inexistencia del adeudo

y, en caso de que el actor promueva juicio demandando el pago, el deudor podrá oponer en él todas las excepciones que tenga. Si obtiene sentencia favorable, la constitución de la prenda quedará sin efecto porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De ahí que no es posible convertir el procedimiento de venta de prenda en un juicio formal, porque la acción accesorio de la venta es distinta de la acción principal de pago de la deuda que es la obligación originaria. Aunque el deudor no puede oponer la excepción de pago porque no hay juicio, sí puede hacer valer la defensa de que no se satisfacen los presupuestos procesales (existencia de una obligación exigible que no se haya cumplido) para la venta de la prenda.

En la prenda hay una disociación del derecho de disposición del propietario ya que éste concede voluntariamente al acreedor prendario un derecho real sobre la cosa, el cual lo faculta para venderla en caso de incumplimiento de la obligación principal, y en virtud del cual el propietario dejó de ser titular de ese derecho. Si bien se sigue llamando propietario, no está autorizado por la Ley de Amparo para promover el juicio de garantías aduciendo que se le viola un derecho que no tiene.

Los ministros que votaron en contra de esta resolución aclaran que el amparo contra leyes tiene la limitación de que el Juez debe analizar la leyes reclamadas como se encuentran en el derecho objetivo. Para tal efecto, debe estudiar las instituciones jurídicas en cuanto a su origen, función y destinatarios de las normas.

El juicio de amparo es un medio de control que tiene por objeto que las garantías Constitucionales se respeten y se cumplan, tomando en consideración los deberes y derechos establecidos en el derecho objetivo para contrastarlos con

los preceptos constitucionales y en su caso, declarar inconstitucionales el acto de autoridad o la ley reclamados, pero no puede dar a un precepto de ley, mayor o menor alcance que el fijado por el legislador.

Resulta inaceptable, y nos adherimos a esta opinión, que la mayoría con haya considerado que en la prenda mercantil hay venta de cosa ajena y que se viola la garantía de audiencia.

Tales aseveraciones distorsionan la institución de la prenda creándose un derecho civil y mercantil distinto del establecido, porque suponen que el derecho de propiedad del pignorante permanece completo, que no hay gravamen ni derecho real sobre la cosa a favor del acreedor y que el deudor no ha convenido en la venta de la prenda.

La función del amparo no puede extenderse a desconocer o modificar las normas de derecho objetivo, obedeciendo a la razón extra legal de sustentar un criterio social favorable a quienes podrían considerarse débiles (cuando les conviene) frente a los acreedores prendarios. En realidad este criterio, paradójicamente perjudica a los mismos deudores, ya que se desmotiva el otorgamiento de créditos a la gente que los necesita, y que no se van a dar, si no es con garantía, en muchos casos prendaria, ya que de lo contrario, el acreedor es el que queda desprotegido.

Posteriormente, en el amparo en revisión 180/95, interpuesto por la quejosa, María Elena Garza de Meráz, contra la Sentencia del Juez Primero de Distrito en Culiacán Sinaloa, en el juicio de amparo 132/94, la resolución de la revisión de fecha 18 de marzo de 1997, se pronunció en el sentido de declarar el

art. 341 de la L.G.T.O.C. como constitucional, en su aplicación en la resolución de fecha 11 de enero de 1994, dictada por el Juez Primero de Primera Instancia en el Ramo Civil relativo a la solicitud de venta judicial formulada por Banco Internacional, S.A.; negándose así la protección de la Justicia Federal a la quejosa.

En este sentido, se resolvió por mayoría de seis votos de los Señores Ministros, Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Sánchez Cordero, y el Presidente Aguinaco Alemán. Las consideraciones en las que se basaron para determinar la Constitucionalidad del art. 341 de la L.G.T.O.C. son prácticamente las mismas en las que consistió el voto de minoría pronunciado contra la resolución del amparo en revisión 1613/94, notando además que son los mismos ministros los que se pronuncian en este sentido, contando ahora con el apoyo del Presidente José Vicente Aguinaco Alemán.

La recurrente en el amparo en revisión que ahora tratamos, señala que el art. 341 es inconstitucional porque entraña un procedimiento que implica la pérdida de propiedades y posesiones sin que medie juicio, además causa actos de molestia.

Al afecto la corte reitera de que la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (art. 2856 del Código Civil, de aplicación supletoria a la L.G.T.O.C. según el art. 2° de ésta). El deudor entrega la cosa al acreedor y le confiere el derecho de hacerse pagar sobre ella. Por esto, cuando el art. 341 establece un procedimiento para obtener la venta del bien dado en prenda, otorga al acreedor, no la vía para obtener el pago de la deuda principal,

sino para substituir el bien dado en prenda por dinero, producto de la venta que se haga del bien, cuando el dinero no sea objeto de la prenda, según el art. 335 de la Ley. De esta forma no hay privación del derecho de propiedad, sino una substitución cuya permanencia continúa dependiendo de la existencia de la obligación principal y de su cumplimiento, de modo que extinguida o anulada esta, la prenda sigue la misma suerte.

La prenda sólo la constituye quien tiene la facultad de enajenar la cosa pignorada, pues concede implícitamente al acreedor la facultad de venderla, cuando el deudor falta al pago. La prenda implica la entrega real o virtual de un bien mueble, respecto del cual el acreedor prendario puede obtener, por intervención de la autoridad judicial, con vista al interesado, la venta de la cosa para satisfacer su crédito vencida la obligación principal. La propiedad del deudor sobre el bien dado en prenda, sufre un menoscabo, desde el momento en que el contrato se constituye, y se ve aún más reducida, una vez que la obligación principal ha vencido, surgiendo el derecho del acreedor a que la cosa se venda, por tanto, el derecho de propiedad no es absoluto para el deudor prendario y depende de que la obligación no esté vencida.

El deudor no pierde injustamente la prenda, cuando se tiene en cuenta que:

- 1.- El deudor quiso solicitar un crédito, cuyo acreedor tiene derecho a constituir una garantía para asegurar el pago del crédito otorgado.
- 2.- El deudor aceptó en otorgar como garantía la prenda, aunque bien pudo ser una garantía, incluso mejor que la prenda.
- 3.- El deudor seleccionó voluntariamente el objeto sobre el cual se constituyó la prenda.

4.- El deudor se sujetó al igual que el acreedor al procedimiento del art. 341, por lo que el deudor prendario emitió su voluntad de manera libre y espontánea, por lo que éste artículo únicamente reconoce la existencia de ese acuerdo de voluntades y ejecuta lo ya pactado entre ellas, de modo que no hay inconstitucionalidad, ya que si el deudor pierde la prenda, dicha circunstancia no es atribuible directamente al precepto, sino en razón de que el deudor prendario incumplió con su obligación; primero, porque no cumplió con lo pactado en el contrato, segundo, porque incurrió en mora, y tercero, porque no exhibió, (no necesariamente pagó), el importe de su deuda, dentro del plazo de 3 días señalado por el artículo reclamado, al cual se sujetó voluntariamente el deudor. Estos tres puntos son los presupuestos que harán que el juez autorice la venta de la prenda, cumpliéndose así la voluntad de las partes. Así las cosas, el alcance de la garantía de audiencia para las partes será las que ellas mismas pacten o acepten, si quieren que la venta de la cosa se haga de modo extrajudicial o bien que se ajuste al precepto que se analiza, pero se insiste, imperando el principio de autonomía de la voluntad.

Lo contrario, permitiría, por un lado, que el deudor después de que incumplió su obligación y de que no acreditó la improcedencia de la acción de venta de la prenda a la que se sujetó, quede liberado; y del otro, que el acreedor no reciba lo que tiene derecho a recibir, que no es la prenda, sino su equivalente, haciendo nugatorio el propósito de la constitución de la prenda, que radica en garantizar la obligación principal, dotando al acreedor prendario de mayor seguridad, evitando los riesgos de un incumplimiento. La prenda tiene como efecto, el surgimiento de un nuevo vínculo obligatorio, distinto del que justifica el nacimiento de la obligación garantizada.

El deudor prendario, constituido el contrato mediante el cual se ha pignorado un bien, sólo conserva dos derechos residuales: El primero, consistente en reivindicar el derecho de propiedad pleno cuando pague el crédito garantizado, antes de que venza la obligación; y el segundo, referido al derecho de recibir remanentes, (si los hay), cuando el bien sea vendido en el supuesto de que haya incumplido su obligación de pago.

Por estas razones no es inconstitucional el art. 341, ya que cuando el deudor otorga un bien en prenda, entrega la posesión en forma real o virtual, desmembrando su derecho de propiedad para ponerlo a disposición del acreedor concediéndole el derecho para que, vencida la obligación principal, solicite a la autoridad judicial la venta del bien, siendo la resolución del juez de carácter declarativo y no constitutivo, en tanto que el órgano jurisdiccional debe analizar oficiosamente la procedencia de la acción, aún cuando el deudor no oponga excepciones, lo que implica que el juez constate los siguientes supuestos para darle trámite a la solicitud de venta de la prenda:

- a) La existencia de una obligación principal vencida, (plazo o condición cumplida).
- b) La existencia de la prenda.
- c) Legitimación en la causa del promovente, y en su caso, la personalidad de quién lo hace en representación del acreedor prendario.

La promovente sostiene que el artículo cuestionado le impide hacer valer u oponer defensas y excepciones dentro del procedimiento ahí establecido, pues la exhibición del importe del adeudo no es propiamente dicho una excepción. Dicho argumento es infundado puesto que el deudor prendario no solo puede comparecer a oponerse a la venta exhibiendo el importe de su adeudo, sino también oponiendo defensas que impugnen los elementos esenciales apuntados.

Mediante el procedimiento del art. 341, sólo se genera una substitución en la prenda, o se que el precio pagado por el bien al venderse, se conserva en prenda y por tanto ese dinero no está destinado a satisfacer el pago de la obligación principal, sino a conservar el producto de la venta en prenda, de modo que, cumplida la obligación principal o demostrando que no existe, o cualquier otra excepción, el acreedor debe restituir el dinero correspondiente, de lo que se desprende que si el deudor no goza del derecho de propiedad de forma absoluta, y si el bien pignorado únicamente es substituido con el producto de su venta, no puede alegarse violación a la garantía de audiencia.

El acreedor adquiere el mismo derecho real que pierde el deudor, quien no puede demandar que se le respete la garantía de audiencia respecto de un derecho privado que ha transmitido libremente el acreedor, quien adquiere un derecho real que es parte del de propiedad y que lo faculta para actuar como propietario sólo para vender la prenda en la forma indicada. El deudor prendario sufre un perjuicio económico en su patrimonio si no desea que se venda la prenda, pero no sufre un perjuicio jurídico porque transmitió en forma de derecho real sobre ella, la facultad de que el acreedor la venda con un procedimiento judicial mínimo, y el juicio de amparo no puede extenderse a proteger perjuicios económicos que no tengan base en un derecho reconocido por la ley.

Pretender que el deudor prendario tenga derecho a un juicio mercantil con todas las formalidades, no es a través del juicio de amparo como pudiera hacerse, porque éste es el medio constitucional para proteger la propiedad, la posesión y los derechos de los particulares, pero no se extiende a crear derechos a favor de un particular y desconocer derechos a otro, sobreponiéndose a las normas y procedimientos del derecho común.

Al respecto, la misma Corte ya había dicho que:

Instancia: Pleno

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A

Tomo : II Primera parte

Tesis : s/n

Página : 30

PRENDA, CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA VENTA DE LA. Aun cuando es presupuesto de la acción de amparo el perjuicio a los intereses de un particular, derivado de la ley que se dice inconstitucional, para decidir si ésta es contraria al artículo 14 de la Carta Magna es preciso atender al espíritu que informa el precepto y a las consecuencias que en el ámbito jurídico derivarían de la declaración de su anticonstitucionalidad. Las necesidades del crédito justifican la tramitación de juicios ejecutivos que se inician mediante procedimientos de ejecución, cuya constitucionalidad está incorporada a la tradición jurídica en el país. Ahora bien, son tales necesidades ingentes del crédito mercantil las que justifican la institución de un procedimiento muy breve para la venta de la prenda, que es, en efecto, uno de los instrumentos más familiares del crédito. De conformidad con el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede, el deudor, desde luego, oponerse a la venta y evitarla, exhibiendo el importe del adeudo; pero si la venta se efectúa porque el deudor no exhiba su importe, el producto de esa venta se substituye a los bienes o títulos vendidos, conservándolo, el acreedor, en prenda; esa venta no impide al deudor que promueva juicio en el que se juzgue la exigibilidad de la obligación principal, sobre la nulidad, prescripción, pago parcial o total, o parcialmente aplazado; es por eso por lo que el precio de la venta no lo recibe el acreedor, de inmediato, en pago, sino que lo conserva en prenda, para que su destino se decida resuelto el pleito, esto es, una vez dilucidadas las cuestiones que el deudor hubiese planteado. Así, se conserva, en principio, incólume, la garantía de previa audiencia; por lo tanto, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no puede conceptuarse anticonstitucional.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 821/88. Cerámica Ladrítec, S.A. de C.V. 23 de agosto de 1988. Mayoría de diez votos de los señores ministros: Cuevas Mantecón, Alba Leyva, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Rodríguez Roldán, Gutiérrez de Velasco, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores y Presidente del Río Rodríguez, en contra de los emitidos por los señores ministros: López Contreras, Azuela Güitrón, Díaz Infante, Adato Green, Martínez Delgado, Suárez Torres, Díaz Romero y Schmill Ordoñez. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Guillermo David Vázquez Ortiz. Amparo en revisión 1435/83. Recubridora Villanueva de Tijuana, S.A. 26 de octubre de 1984. Mayoría de 15 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón y Carlos de Silva Nava. Séptima Época: Volúmenes 187-192, Primera Parte, página 77. Amparo en revisión 3129/83. Alberto Mérida Márquez. 10 de abril de 1984. Mayoría de 16 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Séptima Época: Volúmenes 181-186, Primera Parte, página 147. Véase: Séptima Época, Volumen 4, Cuarta Parte, página 73.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A

Tomo : XII-Noviembre

Página : 398

PRENDA. VENTA DE BIENES OTORGADOS EN. No es verdad que sea necesaria la promoción de un juicio formal, para pedir la autorización de venta de los bienes otorgados en prenda, pues el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, faculta a los acreedores que gozan de un crédito de esta naturaleza, para que, como medida precautoria pida al juez autorice la venta de los bienes dados en prenda como tampoco lo es que tal medida, prive a los deudores de la garantía de audiencia, pues, en primer lugar, dicha determinación es provisional, explicable en función de la urgencia de llevarla a cabo; en segundo, porque se celebra bajo consentimiento de los deudores, quienes lo otorgaron al celebrar el contrato relativo y tercero, porque la garantía de audiencia quedará satisfecha una vez iniciado el juicio y emplazado al deudor, en el cual podrá alegar, en todo caso, sobre la exigibilidad de la obligación principal, nulidad, prescripción, pago parcial o total, etcétera, el producto de la venta no lo recibe el acreedor, de inmediato, en pago, sino que lo conserva en depósito, para que su destino se decida en el mismo pleito; ésto es, una vez dilucidadas las cuestiones que hubiesen planteado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.
PRECEDENTES: Amparo en revisión 561/92. Héctor Rogelio Ocampo Salazar y coagraviados. 18 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: José Luis Fernández Jaramillo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A

Tomo : VII-Enero

Página : 356

PRENDA, SOLICITUD DE LA VENTA DE LOS BIENES DADOS EN, NO CONSTITUYE UN ACTO QUE PUEDA RECLAMARSE EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. La solicitud de la venta de los bienes dados en prenda, con que se inicia el procedimiento, que establece el artículo 341 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y los actos que de dicho procedimiento deriven, no pueden considerarse ejecutados fuera de juicio, ni tal ejecución es de imposible reparación dado que dicha solicitud es una consecuencia que deriva de la celebración del contrato de prenda, cuando se vence la obligación y el deudor no cubre el importe del adeudo y por ello a tal contingencia, se obliga dicho deudor al celebrar el contrato de mérito, debiendo señalarles que el referido deudor no puede ser oído ni vencido en ese procedimiento, por no existir juicio, ya que en el mismo no puede ofrecer pruebas, ni se da contienda, y en consecuencia no se dicta ningún fallo que resuelva el fondo del negocio, por no plantearse ninguna litis, al tener como único objeto el procedimiento, la venta de los bienes dados en prenda, no aplicándose el monto de la operación al pago, sino que viene a sustituir la garantía otorgada, y el multicitado deudor sólo puede oponerse a tal venta exigiendo el importe del adeudo, siendo esta la razón por la cual, los actos reclamados, no pueden ser analizados en el juicio de amparo, porque la violación de garantías, emanar en todo caso del juicio que promueve el deudor, en el que se juzgue sobre la exigibilidad de la obligación principal, la nulidad, prescripción, pago parcial o total o cualquier otra causa que la hubiese extinguido total o parcialmente o aplazado, conservando de esta manera el mencionado deudor incólume la garantía de previa audiencia, sin que se contraponga a ello la circunstancia de que el artículo 46 de la Ley General de Organización y Actividades de Crédito, autorice a las organizaciones auxiliares a conservar en su poder el precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrá aplicarse en compensación del crédito, una vez que se haya realizado la venta de bienes dados en prenda, dado que tal

hecho no le impide al deudor hacer las reclamaciones conducentes en un juicio que en su caso promueva según, se dijo con antelación. Ahora bien, aun cuando es verídico que no se ve en un nuevo juicio lo relativo a si estuvo o no bien la citación que se hizo en el procedimiento de venta, también lo es si podrá demandar el deudor el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado por venta de los bienes dados en prenda motivo por el cual, se considera correcto el sobreseimiento en el juicio, emitido por el juez federal, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 114 fracción III y IV, 73 fracción XVIII y 74 fracción III de la Ley de Amparo.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo en revisión 372/88. Guillermo de la Peña Burgos. 20 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando A. Yates Valdés. Secretario: Marco Antonio Arredondo Elías.

Instancia: Pleno

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 187-192

Parte : Primera

Página : 77

PRENDA, CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA VENTA DE LA.: El artículo 14 constitucional establece el principio conforme al cual nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio. Aun cuando la acción de amparo implica el perjuicio a los intereses de un particular derivado de la ley que se dice inconstitucional, para decidir si la ley es contraria al artículo 14 es preciso atender al espíritu que informa dicho precepto y a las consecuencias que en el ámbito jurídico derivarían de la declaración de anticonstitucionalidad de la ley. De acuerdo con este criterio, esta Suprema Corte de Justicia, apartándose de una aplicación meramente letrística, ha declarado conforme a la Constitución y en armonía con el espíritu del artículo 14, disposiciones de leyes ordinarias que autorizan al juez para decretar alimentos provisionales mediante resolución dictada en la iniciación del procedimiento judicial, porque no puede admitirse que el acreedor alimenticio espere la tramitación integral del juicio para obtener los medios indispensables para asegurar su subsistencia; el peligro de que desaparezcan o se oculten los bienes del patrimonio del demandado justifica embargos precautorios, en virtud de la aplicación de normas que han sido también declaradas constitucionales; la protección moral de los hijos exige que se adopten de inmediato por la autoridad judicial las medidas al iniciarse el juicio de divorcio; las necesidades del crédito justifican la tramitación de juicios de carácter ejecutivo, que se inician mediante procedimiento de ejecución, cuya constitucionalidad está incorporada a la tradición jurídica en el país. Ahora bien, son las necesidades ingentes del crédito mercantil las que justifican la institución de un procedimiento muy breve para la venta de la prenda. Ella es, en efecto, uno de los instrumentos más familiares del crédito. Si antes era síntoma de desequilibrio económico del comerciante, hoy se encuentra en boga, como consecuencia de la gran producción de la industria y los títulos de crédito. La sobreproducción halla natural válvula de escape en la prenda mercantil, que permite a los industriales la utilización del crédito así obtenido en la continuación de sus negocios o en otros de nueva empresa, en espera del momento favorable para la venta del producto dado en prenda. La gran producción de títulos valores, también es fuente constante de la prenda. Frecuentemente, las aperturas de crédito y los anticipos bancarios hallan en la prenda su sostén más importante. La necesidad urgente de utilizar, en la economía contemporánea, el dinero que se obtiene sobre la prenda, y las rápidas oscilaciones de los precios de los bienes empeñados, que

permite al propietario esperar la oportunidad para una venta favorable; la necesidad, en suma, del crédito mercantil y de la circulación de la riqueza mediante la circulación o utilización de ese crédito, hicieron sentir la necesidad de fórmulas simples y rápidas tanto para la constitución como para la venta de la prenda. Por otra parte, de conformidad con el artículo 341 de la Ley de Títulos y Operaciones de Créditos puede el deudor, desde luego, oponerse a la venta y evitarla, exhibiendo el importe del adeudo. Pero si la venta se efectúa porque el deudor no exhiba el importe del adeudo, el producto de esa venta se sustituye en los bienes o títulos vendidos, conservándolos el acreedor en prenda, esa venta no impide al deudor que promueva juicio en el que se juzgue sobre la exigibilidad de la obligación principal, sobre la nulidad, prescripción, pago parcial o total o parcialmente o aplazado. Es por eso, por lo que el precio de venta no lo recibe el acreedor de inmediato en pago, sino que lo conserva en prenda, para que su destino se decida resuelto el pleito, esto es, una vez dilucidadas las cuestiones que el deudor hubiese planteado. Así, se conserva en principio incólume la garantía de previa audiencia, como se conserva igualmente en los procedimientos del orden penal, a pesar de que la necesidad de proteger los intereses de la sociedad contra el delincuente, justifica constitucionalmente que el acusado pueda ser formalmente preso y que por la gravedad del delito que se le imputa permanezca detenido hasta que se pronuncie, en su caso, sentencia absoluta: por lo tanto, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no puede conceptuarse anticonstitucional.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 1435/83. Recubridora Villanueva de Tijuana, S.A. 26 de octubre de 1984. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón y Carlos de Silva Nava. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Volúmenes 181-186, pág.147. Amparo en revisión 3129/83. Alberto Mérida Márquez. 10 de abril de 1984. Mayoría de 16 votos. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón y Carlos de Silva Nava. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 4

Parte : Cuarta

Página : 73

PRENDA, VENTA DE BIENES O TÍTULOS DADOS EN EFECTO. El artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sólo permite la venta de los bienes o títulos dados en prenda para el único efecto de que el acreedor conserve en prenda el producto de la venta; es decir, que esa venta, ni implica pago, ni transmisión de la propiedad sobre el producto de la venta, sino simplemente una substitución de los bienes o títulos dados en prenda, por otros, consistentes en dinero. La situación, después de la substitución de la prenda, se conserva en los mismos términos por lo que se refiere al cumplimiento de la obligación garantizada, de manera que no puede darse el caso de que, por el hecho de que la prenda que se constituya en títulos se haya cambiado o substituido por dinero, la parte deudora pueda verse coaccionada por dos vías distintas: la derivada del contrato de reconocimiento de deuda y la de pago de un pagaré, pues la acreedora tendrá que exigir el cumplimiento en los mismos términos que los exigiría sin la substitución de la prenda. **PRECEDENTES:** Amparo directo 512/68. Apolonio Guajardo Garza y coag. 30 de abril de 1969. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 217-228

Parte : Sexta

Página : 449

PRENDA, VENTA DE BIEN DADO EN. OPOSICIÓN INOPERANTE. La cuestión consistente en que la prenda estuvo mal constituida, no puede oponerse en el juicio que se tramita en primera instancia, en el que se solicite la autorización de la venta del bien dado en prenda, en términos del segundo párrafo del artículo 341 de la Ley General de Títulos de Crédito, conforme al cual el deudor sólo puede oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. Es decir, no cabe más oposición a la venta, que la que establece el citado numeral y que consiste en la exhibición del importe de la obligación garantizada, por lo que, si el deudor estimó que la prenda estuvo mal constituida, ello debió ser materia del juicio respectivo en el que se demandare tal cuestión, y se diese oportunidad a la contraparte de ser oída y de alegar lo que a su derecho conviniera, pero no es oponible en un juicio en que se solicite la autorización de la venta del bien dado en prenda, conforme a lo dispuesto por el citado párrafo segundo del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. PRECEDENTES: Amparo directo 372/86. Julio Hernández Ruíz. 28 de agosto de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Antonio Ibarra Fernández.

Por su parte el Maestro Rojina Villegas²²⁸ insiste en que lo anterior no es bastante para sostener la constitucionalidad del procedimiento. Ya que la venta del bien puede darse muy por abajo de su justo precio o que dicho bien tenga un valor estimativo para el deudor prendario que no podrá ser substituido con dinero. El autor propone que a fin de evitar que se impugne la venta decretada por el juez, el acreedor prendario promueva juicio sumario demandando tanto al deudor como al constituyente de la garantía, a fin de que en el mismo puedan oponer todas las excepciones que afecten a la obligación principal o a la accesoría.

Para nosotros, siguiendo a Álvarez Macotela, la implementación de un procedimiento adicional no resuelve la constitucionalidad del art. 341 de la multicitada ley. Sólo evitamos la aplicación del procedimiento en cuestión, adicionándolo con otra etapa no prevista directamente por la ley. Por lo tanto, siguiendo a este autor, no estamos de acuerdo con el maestro Rojina Villegas.

²²⁸ Rojina Villegas. Op.cit. supra nota 205. p 672

Dávalos Mejía²²⁹ señala que la violación a la garantía de previa audiencia respecto a la privación del derecho real de propiedad que tiene en su favor el deudor prendario, se presenta si dicho procedimiento de ejecución no se contempla en el contrato de prenda, puesto que no habría elementos para demostrar que la voluntad del otorgante de la prenda fue precisamente que se procediera a vender la cosa empeñada al hacerse exigible la obligación principal y faltar a su puntual cumplimiento.

En el caso de la venta que pretendan realizar los montes de piedad, también se les faculta en el contrato para la venta extrajudicial independientemente de lo que dispongan la leyes y reglamentos sobre la materia, pues lo esencial radica en el convenio expreso para la venta fuera de juicio.

Nosotros, al igual que la Corte, pensamos que la voluntad de ejecutar la prenda en caso de incumplimiento de la obligación principal, está implícita en el contrato, y no sería necesario mencionarse, pero para evitar problemas de interpretación, no estaría demás considerar que:

1. La venta del bien pignorado se pacte expresamente en el contrato.
2. No debe procederse al pago (y de hecho no se hace), sino resguardarse el valor de la garantía, porque el juez no ha resuelto el fondo del litigio.

Vázquez del Mercado²³⁰ dice que el acreedor tiene derecho a pagarse su crédito, con preferencia a cualquier otro acreedor (arts. 2873-I y 2981 del Código Civil), o sea que los acreedores pignoratícios no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Esto aunque el artículo controvertido diga que el producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, ya que no

²²⁹ Dávalos Mejía. *Títulos Contratos de Crédito y Quiebras*. 2a. Ed. Edit. Harla. México, 1992. p 282.

²³⁰ Vázquez del Mercado, Oscar. *Contratos Mercantiles*. 5ª Ed. Edit. Porrúa. México, 1994 p 507-508. Citado por Álvarez Macotela. Op.cit. supra nota 206 p 107.

tendría objeto que se hubiere permitido la venta sólo para cambiar los bienes por dinero. Al transmitir la propiedad de los bienes, por efecto de la venta, éstos dejan de constituir objeto de la prenda y el contrato cumple con su fin.

Para finalizar, y en vista de todo lo anterior, nosotros consideramos que el art. 341 de la L.G.T.O.C. es constitucional.

3.- Caución Bursátil.

Es un contrato de garantía, que ha venido a substituir la prenda sobre acciones o títulos valor que cotizan en bolsa.

Antes de las reformas de julio de 1993, los artículos 77 y 99 de la Ley del Mercado de valores señalaba lo siguiente:

"Cuando se den en prenda valores depositados independientemente de la persona o entidad depositante, se estará a lo señalado por el artículo 99 de esta ley"

Art. 99.

"Cuando por virtud de las operaciones que celebren las casas de bolsa, se deba constituir prenda sobre valores que aquellas mantengan en guarda y administración conforme al art. 22 fracción V inciso b) de este ordenamiento, dicha garantía se constituirá y se formalizará mediante contrato que debe constar por escrito, sin que sea necesario hacer entrega o endoso de los títulos materia del contrato, ni en su caso la anotación en el registro respectivo.

El contrato en cuestión deberá ser remitido por la casa de bolsa a la institución para el depósito de los títulos, junto con la solicitud para la apertura o incremento de la cuenta de valores depositados en prenda.

Se podrá convenir en los contratos la venta extrajudicial de los valores dados en prenda cuando sea exigible la obligación garantizada y el deudor no satisfaga su importe al primer requerimiento que se le haga por cualquier medio convenido por las partes, de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo de la

fracción II del art. 91 de esta ley, así como cuando el deudor incumpla, antes del vencimiento, la obligación de mantener el margen de la garantía pactado con el acreedor.

En los estados de cuenta que deben enviar las casa de bolsa a sus clientes, se destacarán los elementos correspondientes a las prendas constituidas por éstos, con los datos necesarios para la identificación de los valores pignorados. El estado de cuenta servirá de resguardo de los valores, hasta la terminación del contrato de prenda."

Álvarez Macotela, nos relata cuales fueron las razones que propiciaron que se substituyera esta prenda sobre valores, por el contrato de caución bursátil.²³¹ Lo que sucedió fue que en la época de vigencia de este precepto se cuestionó la aplicabilidad de esta garantía en materia bursátil. La prenda es un contrato real que constituye un derecho real, teniendo como elemento de existencia la entrega de la cosa empeñada, pues en esto consiste la conducta u objeto indirecto del contrato de prenda. En materia bursátil, los valores que se negocian deben estar depositados en una institución para el depósito de valores y una parte importante de estos valores no existe materialmente, sino que se encuentran amparados en un título múltiple o único, o están totalmente desmaterializados, es decir, existen documentados en registros informáticos y bases de datos relacionadas tanto de Banco de México (valores gubernamentales) como S.D. Indeval, S.A. de C.V. Institución para el Depósito de Valores (valores empresariales).

El anterior art. 99, regulaba una prenda constituida expresamente sobre "valores", aún cuando éstos no son en estricto sentido "títulos de crédito", por analogía resultan aplicables a la prenda bursátil las reglas para la prenda sobre títulos de crédito, la cual "sólo cabe con desposesión sobre títulos identificados en individualizados". El problema radica en que los valores que se negocian en el mercado bursátil son documentos desmaterializados, y conforme a la

²³¹ Álvarez Macotela. Op.cit, supra nota 206 p 122-132.

normatividad antes vigente, la prenda bursátil se constituía sobre bienes genéricamente designados, por lo que en caso de litigio, el acreedor y el deudor prendario enfrentaban un problema para fundar su acción ya que el art. 8° del Código de Procedimientos Civiles del D.F. establece "No pueden reivindicarse... Los géneros no determinados al entablarse la demanda".

Además de lo anterior, el antiguo art. 99 señalaba que la prenda bursátil se constituiría y formalizaría por contrato escrito, sin que sea necesario hacer entrega o endoso de los títulos materia del contrato, ni en su caso, la anotación en el registro respectivo, lo cual es absurdo ya que se contempla una prenda que se perfecciona sin entrega, siendo un contrato formal, en lugar de atender a la naturaleza de contrato real que corresponde a la prenda.

Obviamente, la entrega no existe de manera real, pero tampoco de manera virtual, primero porque la ley no distingue que se trate de este tipo de entrega, y porque la entrega virtual proviene del acuerdo de las partes (autonomía de la voluntad) que no puede suplirse por ministerio de ley. En cuanto a la entrega jurídica, parecería procedente, si se pensara que aunque los valores no hubieran sido materialmente entregados, la L.M.V considerara que éstos habían sido recibidos por el acreedor prendario. Sin embargo ésta entrega es cuestionable, ya que tampoco la ley especifica que se trate de esta clase de entrega y además tampoco encaja el supuesto a que nos referimos con el art. 2859 del Código Civil que señala:

"Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público"

Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que la L.G.T.O.C. en cuestiones de prenda mercantil y por tanto a la bursátil, sólo admite la entrega real o virtual.

Lo anterior no significa que sea imposible una prenda sobre valores, sino que no se podía entender así bajo los principios de este artículo que por lo mismo fue reformado.

Por otra parte, la implementación de la prenda sobre valores resultó criticada respecto a la posibilidad que ofrecía de pactar en los contratos un procedimiento de venta extrajudicial, supuestamente violatorio de los artículos 14, 16 y 17 Constitucionales, (al igual que en la prenda y el fideicomiso de garantía), pues era práctica de algunas casas de bolsa acordar la autoadjudicación por parte del acreedor de los valores dados en garantía o proceder a la venta en la Bolsa de los valores gravados sin respetar el derecho de audiencia y pruebas que correspondería al deudor, para con su producto pagar la obligación desatendida. El proceder de tal forma, se justificaba, en el hecho de que sólo se ejercía el mandato otorgado por la clientela de la casa de bolsa a través del contrato de intermediación bursátil. Por este mandato, la casa de bolsa está actuando a nombre propio pero por cuenta de sus clientes asumiendo directamente la obligación de éstos, frente a los terceros contratantes, razón por la que atendiendo a lo establecido en el Reglamento Interior General de la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V. es necesario liquidar las operaciones concertadas en su seno, sin importar que los clientes de las casas de bolsa no provean a esta última de los fondos necesarios para el cumplimiento de lo pactado, pues la falta de cumplimiento oportuno por parte de las casas de bolsa a

las operaciones por ellas concertadas les conlleva a un desprestigio, y a la imposición de sanciones por parte de la Bolsa.

Pese a lo anterior, aún suponiendo que la prenda como tal resulte aplicable en materia bursátil, las implicaciones que supone ejecutar una garantía prendaria sobre valores, sobre todo si se llegare a ejecutar un procedimiento judicial que dirima la existencia o no de una obligación principal, convierte a la garantía prendaria en este tipo de operaciones bursátiles, en inadecuado lento, y costoso.

Actualmente, la caución bursátil consiste en el acuerdo de voluntades, por el cual una parte llamada otorgante de la caución o caucionero, da en garantía; constituyendo un gravamen real que recae sobre valores de su propiedad, necesariamente depositados en una Institución para el Depósito de Valores; con el fin de asegurar el cumplimiento de obligaciones bursátiles contraídas por sí o por un tercero, en favor de la otra parte que se le denomina acreedor. Las partes convienen en la venta extrajudicial de los valores otorgados en caución a través de una bolsa de valores y por conducto de una tercera persona denominada ejecutor de la caución, para el caso de que se falte al pago oportuno de la obligación garantizada.²³²

Este contrato es típico, unilateral, gratuito, aleatorio, formal, consensual en oposición a real²³³ accesorio, de prestaciones diferidas cuya naturaleza jurídica responde a la de un contrato mobiliario de garantía bursátil, generando respecto a éstos bienes un derecho real.

²³² Idem, p 213-214.

²³³ Después de las reformas de 1993, ya se incluyen estas características, porque ya no se le llama "prenda"

Los actuales artículos 77 y 99 de la Ley del Mercado de Valores se refieren a la caución bursátil de la siguiente manera:

"Cuando dentro de su régimen autorizado, los depositantes distintos a las casas de bolsa, celebren operaciones con o por cuenta de sus clientes, cuyo cumplimiento se asegure con valores depositados mediante contrato de caución bursátil, se estará a lo señalado en el artículo 99 de esta ley"

"La garantía sobre valores que las casas de bolsa mantengan en guardia y administración conforme al artículo 22, fracción V, inciso b) de este ordenamiento, que deba constituirse para asegurar el cumplimiento de las operaciones que celebren las casas de bolsa, con o por cuenta de sus clientes, podrá otorgarse mediante contrato de caución bursátil que debe constar por escrito.

Para la constitución de la caución bursátil, no será necesario hacer endoso o entrega material de los títulos objeto de la caución, ni en su caso la anotación en el registro del emisor.

El contrato en cuestión deberá ser remitido por la casa de bolsa a la institución encargada del depósito de los títulos, junto con la solicitud para la apertura o incremento de la cuenta de valores depositados en garantía.

Se podrá convenir en los contratos de caución bursátil la venta extrajudicial de los valores dados en garantía siempre que, cuando menos, se observe el siguiente procedimiento de ejecución:

I. Que las partes designen de común acuerdo a un ejecutor de la caución bursátil, nombramiento que podrá recaer en una casa de bolsa distinta a la que intervenga en la operación o en una institución de crédito que no forme parte del mismo grupo financiero al que pertenezca la casa de bolsa que intervenga en la operación respectiva;

II. Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la caución bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa al importe de la caución, según sea el caso, éste podrá solicitar al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía.

III. De la petición del acreedor, el ejecutor dará vista al otorgante de la caución, el que podrá oponerse a la venta, únicamente exhibiendo el importe del adeudo o el comprobante de su entrega al acreedor, o aportando la garantía faltante. De esta petición el ejecutor también dará vista a la institución para el depósito de valores a la que se haya remitido el contrato de caución bursátil, para efectos de que ésta inmovilice los valores afectos en garantía.

IV. Si el otorgante de la garantía no exhibe o acredita el pago o incrementa la caución en cantidad suficiente, según sea el caso, el

ejecutor ordena la venta de los valores materia de la caución a través de la bolsa de valores y a los precios del mercado, hasta el monto necesario para cubrir el principal y accesorios pactados, los que entregará al acreedor. El remanente tanto en efectivo como en valores, si lo hubiere, quedará a disposición del otorgante de la caución.

En los contratos de caución bursátil podrá pactarse la facultad del otorgante de la caución, antes de que se hagan las notificaciones previstas en la fracción III de éste artículo, para substituir a satisfacción del acreedor los valores dados en garantía.

Cuando la casa de bolsa de que se trate no sea acreedora de la obligación garantizada, la misma podrá fungir como ejecutor, suscribir el contrato de caución bursátil y afectar los valores correspondientes por cuenta de sus clientes, en ejercicio del mandato que para tal efecto los mismos le otorguen, siempre que no se haya pactado con tales clientes el manejo discrecional de su cuenta.

En los estados de cuenta que deben enviar las casas de bolsa a sus clientes, se destacarán los elementos correspondientes a las cauciones bursátiles constituidas por éstos, con los datos necesarios para la identificación de los valores caucionales. El estado de cuenta servirá de resguardo a los valores, hasta la terminación del contrato de caución bursátil.

Como podemos ver, este contrato también implica una ejecución extrajudicial de los bienes caucionados, subsanándose las deficiencias que existían en los artículos citados, antes de las reformas de 1993. Así mismos, se hace referencia, como procedimiento judicial sustituto, al art. 341, que no obstante lo discutido anteriormente, se ajusta a los lineamientos del sistema jurídico mexicano y a los principios del Derecho Bursátil, susceptible de apegarse al arbitraje, y a la naturaleza del mercado de valores que exige dinamismo, no pudiendo paralizarse por discusiones, por lo que ahora, la prenda sobre acciones, ha sido substituida por éste contrato.

Pese a múltiples opiniones, el contenido del art. 77 y el procedimiento de venta extrajudicial previsto para la caución bursátil en el art. 99 de la Ley del Mercado de Valores, al ser una ley expedida con anterioridad al acto, se ajusta a

nuestros principios Constitucionales en materia de ejecución de garantías, toda vez que antes de realizarse la venta de los valores caucionados, media juicio arbitral en el que se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento en la medida en que los derechos de audiencia y pruebas que asisten en favor del otorgante de la caución se respetan cuando en forma previa a la venta de los valores caucionados. El deudor le da vista a la solicitud presentada por el acreedor al propio ejecutor pidiendo que se realice dicha venta, informando al otorgante la razón que se aduce para proceder en esa forma, brindando a éste la oportunidad para que manifieste, su oposición o reconocimiento a la pretensión del acreedor.

4.- Hipoteca:

Sánchez Meda²³⁴ la define como el contrato por el que un deudor o un tercero concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Se llama constituyente de la hipoteca al deudor o tercero que la establece. El Código Civil también entiende por la hipoteca el derecho real derivado del contrato. El art. 2893 del mismo ordenamiento señala:

"La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en grado de preferencia establecido por la ley"

La hipoteca carece de una regulación específica en materia mercantil. Puede clasificarse como un contrato accesorio, al depender de una obligación principal, y

²³⁴ Sánchez Meda. Op.cit. supra nota 114. P 481.

es de garantía pues sirve para asegurar el pago de un crédito y su preferencia respectiva. No se le puede clasificar de bilateral o unilateral, pues no engendra ni obligaciones ni derechos de crédito, sino que crea un derecho real sobre el bien hipotecado.

En el contrato de hipoteca el bien sobre el cual se constituye el gravamen no es entregado en ninguna forma, pudiendo suponer que recaea sobre inmuebles, lo cual no es del todo exacto ya que nada impide que se constituya sobre muebles.²³⁵

Los sujetos que intervienen son:

Deudor hipotecario: afecta en garantía hipotecaria ciertos bienes.

Acreedor hipotecario: en favor del cual se constituye el gravamen.

El contrato es formal, por escrito, debiéndose inscribir en el Registro Público de la Propiedad, no como requisito esencial, pero sí necesario para que surta efectos ante terceros, además de ser requisito *sine qua non* para la constitución del derecho real de hipoteca.

Puede procederse a la venta judicial o extrajudicialmente, según lo acuerden las partes. El procedimiento de venta casi no ha sido cuestionado en torno a su constitucionalidad como la prenda ya que en el caso de la hipoteca la garantía se enajena después del juicio respectivo, excepto en los casos en que se pacte voluntariamente la venta extrajudicial.²³⁶

²³⁵ Álvarez Macotela. Op.cit. supra nota 206 p 142

²³⁶ Idem. p 145

CAPÍTULO V

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU EJECUCIÓN

A) CONCEPTO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Es una figura jurídica que sirve también para garantizar el cumplimiento de obligaciones. Su versatilidad lo ha convertido en un medio idóneo y muy utilizado por no existir la necesidad de acudir ante un juez para ejecutar el bien dado en garantía.

Nuestra ley no lo define tal cual, sino que solamente hace algunas menciones, pero la práctica y la doctrina lo han destacado. Las instituciones fiduciarias lo han utilizado para garantizar ante sí mismas los préstamos que concedían sus departamentos de crédito. (reformas al art. 248 de la L.G.T.O.C.). En 1933 la L.G.T.O.C. dispuso que era nulo el fideicomiso que se constituía en favor del fiduciario, sin embargo esto no fue obstáculo para que se siguiera utilizando el fideicomiso de garantía, pues otras instituciones fiduciarias cumplían con la función. Incluso con el advenimiento de la banca múltiple, se le ha dado pie a esa práctica y ahora la ley vigente lo reconoce de nuevo.

Por medio del Fideicomiso de garantía, se le asegura al acreedor el cumplimiento de la obligación que contraiga el deudor.

Se constituye por una persona deudora o un tercero a solicitud de éste mediante el cual se afectan bienes o derechos para que en el caso de que el deudor no cumpla su obligación, el fiduciario proceda a la venta o realización de la materia o patrimonio fideicomitado. En el supuesto de que el deudor cumpla con su

obligación, el fiduciario revierte el patrimonio fideicomitado a favor del fideicomitente cancelándose el fideicomiso.

Generalmente, el fideicomitente conserva la posesión, el uso e incluso el usufructo de los bienes fideicomitados. En caso de incumplimiento del deudor, el fideicomitente pierde esos derechos y es cuando se inicia el proceso de ejecución fiduciaria.²³⁷

Podemos definir al fideicomiso de garantía como un **contrato mercantil, accesorio mediante el cual el fideicomitente, afecta y transmite ciertos bienes de manera irrevocable al fiduciario, con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación principal diferente a la del fideicomiso, contraída por el mismo fideicomitente o por otras personas con un tercero llamado fideicomisario que será el acreedor principal y quien será titular de los derechos que deriven del fideicomiso.**²³⁸

En virtud de este tipo de fideicomisos, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, para asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente. Anticipándonos un poco, Villagordoa²³⁹ nos dice que a estos fideicomisos se les ha equiparado erróneamente con el pacto comisorio celebrado en perjuicio del deudor. La realidad es que el fideicomiso de garantía se sujeta a normas que establecen el procedimiento de venta. El pacto comisorio sólo existiría en aquellos fideicomisos en los que se establezca que en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes o derechos fideicomitados se

²³⁷ Pérez Sandi, José Adolfo. "Ejecución o cumplimiento en los fideicomisos de garantía" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. Coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982. P 271.

²³⁸ Álvarez Herrejón, Op.cit. supra nota 167. p 73-75.

²³⁹ Villagordoa. Op.cit. supra nota 51. p 42-43.

transmitan sin más trámite, al propio fideicomisario; los procedimientos de venta de los bienes dados en fideicomiso que se pacten en los propios contratos, tienen su fundamento legal en el art. 1051 del Código de Comercio, ya que en materia mercantil es preferente sobre todos, el procedimiento convencional.

El fideicomiso de garantía tiene como característica la afectación de un patrimonio a un fin consistente en el cumplimiento de determinada obligación, asegurando el pago preferente de esta última con el producto de la venta del patrimonio fideicomitado. Es preferente en virtud de que no se cumpla con el pago del crédito en el plazo y las condiciones estipuladas. El fiduciario ejecuta el fideicomiso previa comprobación del incumplimiento y sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para demandar la ejecución, toda vez que es presunción *iuris tantum*. Las partes pactaron la forma en que el fiduciario ejecutaría el fideicomiso actualizadas ciertas condiciones.²⁴⁰

La titularidad sobre los derechos emanados del patrimonio afecto al fideicomiso se transfieren de la esfera jurídica del fideicomitente a la del fiduciario, no habiendo venta de cosa ajena, por tanto no se aplican los argumentos en contra de la constitucionalidad del art. 341 de la Ley Cambiaria.²⁴¹

1.- Naturaleza Jurídica :

Ya hemos estudiado con detenimiento la naturaleza jurídica del fideicomiso en general, y aunque no varía en su esencia el fideicomiso de garantía, vale la pena hacer algunas consideraciones:

²⁴⁰ Álvarez Macotela, Op.cit. supra nota 206 p 136.

²⁴¹ Idem. p 136.

El fideicomiso de garantía es contractual. Si bien es una característica del fideicomiso, es aún más clara en los de garantía. En el fideicomiso en general, basta la sola manifestación de la voluntad del fideicomitente y para su perfeccionamiento, basta la aceptación del fiduciario, siendo irrelevante la opinión del fideicomisario que sí es parte importante aunque no esencial. En el fideicomiso de garantía, puede ser éste último quien solicite la garantía.

Villagordoa²⁴² señala que no debemos considerar estos contratos como reales ya que no generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor, quien sólo tiene el derecho personal de exigir al fiduciario en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitados para que de su producto se haga pago de su crédito. No debemos confundir esto con el hecho de que el fideicomitente sí le transmite los derechos reales de propiedad al fiduciario.

La actividad del fiduciario puede tener dos aspectos: ejercitar tales derechos en el supuesto de que incurra en mora el deudor, o bien, desde un principio y como medio de pago, ejercitarlos para dar cumplimiento a la obligación garantizada.²⁴³

2.- Clasificación:²⁴⁴

Muchos autores opinan que siendo el fideicomiso en general un contrato principal, el fideicomiso de garantía, también lo será ya que es un negocio autónomo, sin embargo, nosotros opinamos que es accesorio, ya que está sujeto

²⁴² Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*. Asociación de Banqueros de México. México, 1988 p 200.

²⁴³ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. P 142.

²⁴⁴ Sánchez Meda, Op.cit. supra nota 114. Citado por Álvarez Herrejón, supra nota 167 p 99-104.

a condición. Si la deuda derivada del contrato principal es pagada en el tiempo previsto, condiciona a que los bienes fideicomitidos sean devueltos al fideicomitente. La condición para que los bienes sean realizados, es que no se cumpla con la obligación del contrato principal en el plazo fijado, con lo cual se hace efectiva la garantía, y el contrato de fideicomiso llega a su fin.

Mercantil: Se consideran actos de comercio por los sujetos que intervienen, ya que su objeto (la obligación garantizada) puede ser civil o mercantil.

Irrevocable: Sin embargo puede pactarse que el fideicomisario lo revoque unilateralmente. En caso de que la obligación principal se pueda pagar a plazos, se devuelvan al fideicomitente bienes por el monto de lo pagado, aunque esto no implica revocación del fideicomiso, ni siquiera en forma parcial.

Consensual: No se requiere la entrega material de la cosa, sino que basta la voluntad de las partes para perfeccionarse. Prueba de esto es que en algunos casos, los bienes objeto de un fideicomiso de garantía, los conserva en posesión el fideicomitente, y sólo serán entregados en caso de que se incumpla con la obligación principal, el fiduciario requiera la entrega al fideicomitente y realizar estos conforme a lo pactado.

Multilateral: Existen tres partes, aunque para su creación basten con el acuerdo de dos (fideicomitente y aceptación de la fiduciaria).

Formal: Deben constar por escrito (art. 352 de la L.G.T.O.C.), y expresarse los fines propios que hacen que el fideicomiso sea de garantía.

Oneroso: Lo es para el fideicomitente que debe aportar bienes y pagar los honorarios del fiduciario quien a su vez aporta los servicios, mientras que el fideicomisario no aporta nada salvo que se pacte que sea él quien pague al fiduciario por lo cual sería onerosos para algunos y gratuito para otros.

Conmutativo: Desde el principio se conocen las obligaciones de las partes, aunque su resultado es aleatorio. Al ser accesorio, sus resultados dependen del principal pudiendo cumplir con el fin cuando el fiduciario realice los bienes del fideicomiso porque se haya incumplido con la obligación principal, o que se devuelvan los bienes al fideicomisario por el cumplimiento del contrato que da origen al de fideicomiso.

Nominado: Aunque la ley no da una definición, las autoridades judiciales y administrativas lo han reconocido, además la doctrina así lo llama.

De ejecución diferida: Al estar sujeto al mismo término que el contrato principal, el fideicomiso de garantía no puede surtir efectos inmediatamente, sino al concluir el contrato principal. Una excepción puede ser que se pacte desde el principio que el patrimonio fideicomitido servirá de forma de pago al acreedor principal, en cuyo caso sí podrá haber una ejecución inmediata.

Negociado: En oposición a los contratos de adhesión en los que lo único que puede decidir una parte es si pacta o no en las condiciones y términos que fije la otra.

3.- Elementos personales: ²⁴⁵

En general ya los estudiamos. En cuanto al comité técnico, no es común en la práctica en estos fideicomisos, ya que lo usual es que la posesión del patrimonio fideicomitado la conserve el fideicomitente, más sí es posible su designación.

a) Fideicomitente:

En un fideicomiso de garantía, suele ser el deudor principal del contrato que da origen al fideicomiso como contrato accesorio ya que al obligarse en el contrato principal a garantizar su cumplimiento con un fideicomiso de garantía, se obliga a su constitución. Lo anterior no es obstáculo para que el fideicomitente sea una persona diferente, que actúe en una forma similar a un avalista, ofreciendo sus bienes como garantía. El mismo fideicomitente se puede designar también como segundo fideicomisario, con el fin de tener cierta seguridad en sus bienes y facilidad para acceder a su defensa en caso necesario.

Moreno Pérez ²⁴⁶ nos señala los derechos y obligaciones del fideicomitente.

En cuanto a los primeros están:

- Conservar la posesión del inmueble. Puede revertirse la propiedad del mismo en caso de que cumpla con sus obligaciones.
- En caso de incumplimiento y venta del inmueble por el fiduciario (propietario).
- Tiene derecho a que se le entregue el remanente del producto de la venta

²⁴⁵ Idem. p 95-99.

²⁴⁶ Moreno Pérez, Alejandro. *El Fideicomiso de garantía*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Escuela Libre de Derecho. 1979. P 77. Citado por Álvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 167 p 96.

después de cubierto el crédito, los impuestos y gastos que el acto origine y las comisiones hechas al fiduciario.

- Puede oponerse a la ejecución del fideicomiso mediante el procedimiento establecido en el acto constitutivo del mismo, en caso de haber pagado el crédito.
- Tiene el derecho de instruir al fiduciario para que otorgue los poderes que correspondan a las personas de su elección en caso de que se haga necesaria la defensa del patrimonio fideicomitado.

Sus obligaciones consisten en:

- Entregar la posesión del inmueble al ser requerido por el fiduciario en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.
- Abstenerse de intervenir en la ejecución del fideicomiso si no ha cubierto el crédito a su cargo.
- Responder al saneamiento para el caso de evicción frente al fiduciario y frente a terceros adquirentes del inmueble.
- Cubrir su honorarios al fiduciario.

b) Fideicomisario:²⁴⁷

En el fideicomiso de garantía es parte del contrato, con derechos y obligaciones, aunque su voluntad no sea considerada como esencial. Lo común es que sea el acreedor en el contrato principal, y que con ese carácter haya pedido a su deudor que le garantice el cumplimiento de la obligación. Es posible que el deudor original designe a un tercero como beneficiario de su deuda, y pida que se le designe como fideicomisario, siempre que el deudor fideicomitente esté de acuerdo en hacerlo así.

Como ya lo mencionábamos, el fideicomisario tiene un derecho personal para exigir al fiduciario la realización de los bienes del patrimonio fideicomitado, en el caso de que no sea cumplida la obligación principal, de acuerdo con el procedimiento de ejecución que haya sido previamente acordado, y que le sea pagada de ese modo su deuda. También tiene derecho a:

²⁴⁷ Idem. p 97.

- Instruir al fiduciario para que otorgue poder a favor de la persona de su elección en caso de que se haga necesaria la defensa del inmueble fideicomitado.
- Pedir la remoción del fiduciario.
- A exigir responsabilidad civil al fiduciario por los daños y perjuicios que éste cause en su perjuicio.
- Atacar los actos que en su perjuicio cometa el fiduciario por mala fe o en exceso de sus facultades.
- Ejercitar las acciones para que se restituyan los bienes que han salido del patrimonio fideicomitado.
- Ser oído y consentir, en su caso, las modificaciones que se hagan al acto constitutivo del mismo.

c) Fiduciario:²⁴⁸

- Tiene derecho a cobrar su remuneración y renunciar al cargo en caso de que no le sea cubierta.
- Tiene todos los derechos necesarios para realizar los fines.

Sus obligaciones consisten en:

- A falta de pago del crédito garantizado, vender el inmueble, una vez cerciorado del incumplimiento y pagar al acreedor, cubriendo los impuestos y gastos que esto cause y entregar el remanente al fideicomitente, en caso de que exista.
- En el supuesto del cumplimiento de la obligación, revertir la propiedad del inmueble fideicomitado al deudor fideicomitente.
- Conservar el bien como un buen padre de familia, respondiendo de las pérdidas y menoscabos que sufra por su culpa.

4.- Elementos formales:²⁴⁹

Como señala el art. 352 de la L.G.T.O.C. el fideicomiso deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de derechos o de propiedad de los bienes que se afecten en fideicomiso. Este tipo de contrato puede realizarse en documento privado, salvo que sean inmuebles que requieren escritura pública que será registrada para que surta efectos. Si son bienes muebles, según el art. 354 de la ley en cuestión,

²⁴⁸ Idem. p 98.

²⁴⁹ Molina Bernal, Julián. "Práctica y teoría jurídica del fideicomiso" Grupo editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1988p 25-53. Citado por Álvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 156 p 79-82.

surtirá efectos a terceros si es crédito no negociable o derecho personal desde que se notifique al deudor. Si es título nominativo, y se endosa a la institución fiduciaria. Si se trata de algún bien corpóreo, desde que esté en poder del fiduciario.

De esta manera, primero hay que identificar qué tipo de bienes o derechos son los que se afectan en fideicomiso, para optar por cualquiera de las posibilidades anteriormente relacionadas.

En la realización del documento donde conste el contrato hay que indicar:

- Que se trata de un contrato de fideicomiso, en este caso, de garantía.
- Antecedentes o declaraciones: Datos relativos a la propiedad, y los fines del fideicomiso (garantizar una determinada obligación principal, la cual será descrita).
- Identidad de las partes. Nombre, razón o denominación social, domicilios, en su caso nacionalidad, y demás datos generales que acrediten su personalidad jurídica, representantes, etc..
- Expresar la encomienda al fiduciario en la cual existe una relación real, consistente en la transmisión de bienes y derechos al fiduciario, sin la cual no existiría el fideicomiso.
- Revocabilidad o irrevocabilidad. A veces la revocabilidad puede ser parcial y por tanto hay que hacer mención. Generalmente los fideicomisos de garantía son irrevocables.
- Aceptación. Acuerdo de voluntades manifestado expresamente, mediante el cual se perfecciona el contrato.
- Honorarios, comisiones y gastos. Fecha y lugar de pago, quién los debe aportar, efectos de la falta de pago, intereses moratorios, la posibilidad de tomarlos del patrimonio fideicomitado, etc. Si no se pactan, la legislación común al respecto, suple la voluntad de las partes.
- Reglas especiales para la venta de los bienes fideicomitados. Es fundamental en el fideicomiso de garantía, ya que esa venta es un medio posible para cumplir con el fin del fideicomiso que es asegurar el cumplimiento de una obligación.
- Defensa del patrimonio. Lo común es que se obligue al fiduciario a notificar al fideicomitente o al fideicomisario en el caso de que los bienes del fideicomiso se vean afectados por algún peligro, con el fin de que provean a su defensa. Puede incluso darse el caso de que en la misma cláusula se otorguen poderes para pleitos y cobranzas, en prevención de alguna contingencia.

- Información y rendición de cuentas. Se establecerá cuándo se rendirán éstas sobre el estado del fideicomiso, a quién, cómo y la posibilidad de pedir las fuera de los plazos establecidos.
- Jurisdicción y competencia.
- Término y condición. Plazo de duración del fideicomiso. En caso de no establecerse, se aplicará lo contenido en la L.G.T.O.C. así como en el derecho común en lo relativo a la extinción de las obligaciones. En el caso de los contratos de garantía, por ser accesorios, su duración será la del contrato principal, además de estar sujetos a una condición que determinará qué tipo de fin se dará a los bienes fideicomitados.
- Causas de extinción. Se señalan las que establece la ley. Se pueden adicionar otras según las características del contrato en lo particular. En el fideicomiso de garantía las dos formas naturales de extinción son: que el deudor principal pague en tiempo, o ejecutar la garantía.
- Cláusulas especiales. Se definen circunstancias especiales del contrato para evitar dudas en su aplicación
- Fin del contrato. Es fundamental. En los fideicomisos de garantía se debe señalar que se constituye para garantizar una obligación diferente al contrato mismo.

5.- Elementos Reales:²⁵⁰

Como en cualquier fideicomiso, el elemento material son los bienes afectados por el fideicomitente. Estos bienes dejan de ser propiedad del fiduciante o fideicomitente para formar parte de ese patrimonio fideicomitado que se le transmite al fiduciario cuya propiedad se encuentra regida por términos y condiciones, así como por diversas modalidades que aún cuando sea titular de ese patrimonio, lo obligan a destinarlo a los fines que se le han encomendado. Lo anterior es fundamental para determinar la constitucionalidad del fideicomiso como contrato de garantía.

En un fideicomiso de garantía lo más usual es que los bienes fideicomitados sean inmuebles, aunque puede tratarse de cualquier tipo de bienes muebles (acciones u otros títulos) o derechos como los de cobro sobre carteras, etc.

²⁵⁰ Idem. p 94.

B) PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.

Para proceder a la venta de los bienes fideicomitidos, las instituciones fiduciarias por disposición de la C.N.B.V. deberán atender al art. 83 de la L.I.C. que nos remite al art. 341 de la L.G.T.O.C. que ya transcribimos.²⁵¹

Art. 83, L.I.C.:

“A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del art. 341 de la L.G.T.O.C., a petición del fiduciario.

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

El art. 64 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que citamos a continuación, disponía lo mismo que el actual art. 83 de la L.I.C.

“A falta de procedimiento convenido expresamente por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del art. 341 de la L.G.T.O.C. a petición del fiduciario”

El fideicomiso de garantía tiene dos posibles fines. Uno, consiste en que transcurrido el plazo de vigencia, normalmente sujeto al plazo del contrato principal, el fiduciario reintegre los bienes al fideicomitente, porque se haya cumplido la obligación garantizada con el fideicomiso, desapareciendo éste y devolviéndose los bienes al fideicomitente. El otro consiste en que el deudor originario no cumpla con la obligación principal, y el fiduciario proceda a la realización de los bienes afectos para que con sus frutos se proceda al pago de la obligación garantizada.

²⁵¹ Pérez Sandí. Op.cit. supra nota 237, p 271.

Al constituirse el fideicomiso de garantía, las partes pueden optar por pactar o no un procedimiento para la venta de los bienes, y con ello, proceder al pago principal. Si no se pacta, el art. 83 de la L.I.C. y el art. 64 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (ya abrogado) establecen un procedimiento legal que sólo operará en caso de que no haya acuerdo entre las partes sobre este.

Antes de ser reformado el art. 64 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en caso de ejecución del fideicomiso se obligaba a seguir el procedimiento establecido en el art. 341 de la L.G.T.O.C. Actualmente ya es opcional y lo contempla el art. 83 de la L.I.C. Lo anterior iba en contra de la esencia del fideicomiso de garantía pues se le restringía a un procedimiento establecido para figuras diferentes, aunque ambos, (el fideicomiso de garantía y la prenda mercantil), fueran contratos de garantía.

Normalmente, vencido el plazo, el fideicomisario notificará al fiduciario del incumplimiento del fideicomitente, con lo cual el fideicomisario procederá a constatar ese incumplimiento solicitando al fideicomitente que presente el finiquito otorgado por el fideicomisario, o cualquier prueba que acredite el pago hecho, en su caso.²⁵²

La garantía, por acuerdo entre las partes, (extrajudicial), generalmente en la práctica se ejecuta de la muy sencilla manera que a continuación describimos:

- 1.- El acreditante da aviso del incumplimiento del crédito por parte de su acreditado y/o fideicomitente.
- 2.- El fiduciario notifica al fideicomitente y/o acreditado el requerimiento de su pago, y le otorga 5 días para su liquidación.

²⁵² Álvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 167. P 110 y ss.

3.- Si el fideicomitente no paga en el plazo señalado, el fiduciario saca a subasta el bien dado en garantía al 6º día.

Hay que considerar quién tiene la posesión de los bienes, pues si los conserva el fideicomitente, debe pactarse también un procedimiento de entrega de los mismos al fiduciario, con un plazo determinado, y una pena convencional en caso de incumplimiento. Entregados los bienes o cuando estos están en poder del fiduciario, se procederá a la venta cuyo procedimiento debe adecuarse a la naturaleza de los bienes fideicomitados: si son inmuebles, lo correcto será convocar a un remate al martillo en algún lugar determinado con un precio base. Si son títulos de crédito, lo normal es venderlos con un endoso en propiedad; si son muebles, remate en subasta etc. sin necesidad de que participe alguna autoridad. La distribución del dinero será en el orden acordado en la celebración del fideicomiso. Lo más común es que se aplique en el siguiente orden:²⁵³

- a) Al pago de todos los gastos, impuestos y derechos originados con motivo de la ejecución fiduciaria.
- b) Al pago de las comisiones y honorarios de la fiduciaria
- c) Al pago del crédito garantizado, así como los intereses correspondientes en favor del fideicomisario o acreedor.
- d) Si existiere algún remanente, el fiduciario lo entregará al fideicomitente.

Podemos notar que hay dos clases de ejecución de la garantía en el fideicomiso: La judicial, que es haciendo alusión al mismo artículo 341 de la L.G.T.O.C. la cual ya fue tratada en su oportunidad, en la cual, si no hay oposición del deudor, el juez ordena la venta de los bienes, siendo este tipo de ejecución substituta de la voluntad de las partes. Y la extrajudicial, que se da según se haya estipulado en el acto constitutivo, y que es la que más nos interesa, ya que nos evita problemas en cuanto a la interpretación que cada juez haga del mencionado artículo 341 de la L.G.T.O.C. lo cual, pese a ser un procedimiento muy expedito,

²⁵³ Hernández Pérez, Op.cit. supra nota 203 p 125.

la discusión en torno, entorpecería la realización de los fines del fideicomiso de garantía.

1.- Controversias al respecto de la ejecución extrajudicial .

Existen dos grandes opiniones: La primera plantea que la ejecución del fideicomiso de garantía para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el fideicomitente una vez que se cumple la condición suspensiva del incumplimiento en el plazo establecido, viola las garantías individuales del fideicomitente, pues se procede a la venta de los bienes si mediación de ninguna autoridad que legitime la ejecución. La otra opinión no lo considera así por tratarse del simple cumplimiento de un contrato.

a) Opiniones que atacan la constitucionalidad de la ejecución.

Octavio Hernández señala al respecto que:²⁵⁴ "Dada nuestra estructura constitucional, no puede concederse facultad a la fiduciaria para que venda el patrimonio fideicomitado. Sería, competencia de los jueces decidir la controversia que se suscite por el hecho de que el deudor demuestre haber pagado y el acreedor impugne la falsedad de tal demostración... También sería nula la estipulación de que vencido el adeudo, la fiduciaria entregara el bien fideicomitado al fideicomisario, por lo que tal estipulación constituiría pacto comisorio, prohibido en nuestro Código Civil, cuyo art. 2887 dispone que es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda aunque ésta sea de menor valor que la deuda o a disponer de ella de modo no establecido por la ley".

²⁵⁴ Hernández, Octavio. *Derecho Bancario Mexicano*. T II. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México 1956.

Cervantes Ahumada:²⁵⁵ nos dice que este tipo de fideicomiso se ha prestado a despojo. La facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una atribución jurisdiccional. Si el deudor no demuestra el pago, tiene excepciones que oponer a su acreedor, y el banco no puede juzgar ni decidir la controversia. Debería establecerse un procedimiento judicial, entendido como juicio sumarísimo, previo a la subasta que el banco haga de los bienes fideicomitados.

Lo anterior lo sustenta en el hecho de que, de acuerdo a su opinión, en estos fideicomisos, no hay traslado de dominio, puesto que los bienes no entran en el patrimonio del fiduciario, sino que atribuye a éste el poder jurídico de enajenar los bienes en los términos que se establezcan en la constitución del fideicomiso.

Anticipándonos un poco pensamos que sí se podría ya que la propiedad la tiene la fiduciaria para el cumplimiento de los fines (pago al acreedor).

Moreno Pérez ²⁵⁶ analizando un artículo llamado "Notas alusivas a la Juridicidad de los Pactos Preventores de la venta de los bienes, como medida de ejecución de los fideicomisos de garantía" de autor desconocido, dice que el clausulado de estos pactos evade a los jueces, mediante la atribución de facultades ejecutivas a una institución de derecho privado como la institución fiduciaria, estando la facultad ejecutiva de las obligaciones reservada al Estado y

²⁵⁵ Cervantes Ahumada. Op.cit. supra nota 104. p 310

²⁵⁶ Moreno Pérez, Op.cit. supra nota 246, p 86. Citado por Álvarez Herrejón, Op.cit. supra nota 156 p 115

no está en la voluntad de las partes conferírsela a nadie. Por tanto el clausulado de dichos pactos es nulo por tener una finalidad ilícita.

En otro artículo, también comentado por el autor en cita, escrito por el Lic. Manuel Ulloa Ortíz de la Revista de Derecho Notarial núm. 41 de enero de 1971 llamado "Comentarios a una resolución judicial que decreta la nulidad de un procedimiento de ejecución de un fideicomiso de garantía"; se dice que el fideicomiso se había pactado contra normas prohibitivas y de interés público, privándosele al fideicomitente de sus propiedades, posesiones y derechos sin intervención de la autoridad judicial correspondiente, haciendo el fiduciario justicia por sí. Al resolver el juez la controversia, negó que las cláusulas del contrato fueran violatorias de la constitución, pero dijo que el procedimiento sí había violado la garantía en el art. 14 Constitucional, ya que no se llevó a cabo ante autoridades judiciales, aplicando las formalidades esenciales del mismo, asimilando el caso al de la prenda mercantil.

b) Opiniones a favor de la constitucionalidad del la ejecución.

Podríamos pensar que las malas interpretaciones respecto a la ejecución del fideicomiso derivan en gran parte de lo que se entienda por los siguientes conceptos:

Jurisdicción:

"Función soberana del Estado realizada a través de actos encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto para dirimirlo"²⁵⁷

La función jurisdiccional la delega el Estado en el Juez, quién está investido legalmente para declarar el derecho en cada caso concreto. El Juez tiene potestad e imperio del cual carecen los árbitros. La facultad de "decir el derecho" es lo que

²⁵⁷ Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 7ª Ed., UNAM, 1987, p 113.

distingue la función del Poder Judicial del Estado de las funciones de los otros dos órganos de poder. Esto es importante para distinguir la supuesta jurisdicción del fiduciario

Ejecución:

En sentido procesal se requiere una sentencia o un acto de autoridad con las mismas características esenciales. Es por eso que en cuanto a la ejecución de la garantía en el fideicomiso podríamos utilizar por ejemplo el término "cumplimiento" o "realización".

La ejecución procesal se refiere a las sentencias condenatorias, ya que las declarativas y constitutivas requieren un cumplimiento administrativo.

Ovalle Favela ²⁵⁸ define a la ejecución procesal como "el conjunto de actos procesales que tienen por objeto la realización coactiva de la sentencia de condena, cuando la parte vencida no la haya cumplido voluntariamente"

Gómez Lara ²⁵⁹ señala que mediante la ejecución, que supone un desacato de parte del obligado a la sentencia, se echa a andar la maquinaria estatal para que, inclusive a través de la fuerza pública, se imponga en el sentido de la resolución, aún en contra de la voluntad del obligado.

Pacto comisorio:

Aunque ya hemos hablado de éste, es una cláusula de los contratos de garantía que existe desde el Derecho Romano, que establecía que el acreedor podría conservar los bienes dados en garantía como pago de la obligación garantizada. Fue prohibida por el Emperador Constantino, dicha prohibición subsiste hasta nuestros días según el art. 2887 del Código Civil que dice:

"Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor apropiarse de la prenda aunque esta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos que preceden. Es igualmente nula la cláusula que prohíba al acreedor solicitar la venta de la cosa dada en prenda."

También se considera que hay pacto comisorio cuando se pacta la apropiación de la cosa pignorada en vez de pagarse lo adeudado cuando hay mora.

Es comprensible que se prohíban este tipo de cláusulas para evitar un abuso de los acreedores en cuanto a la posición desventajosa del deudor, que en caso de necesidad y no en circunstancias normales, "acepta"(ya que no tiene otra opción), a ser despojado.

Lo anterior no implica que se pueda pactar, que el acreedor conserve los bienes dados en garantía como medio de pago, como lo establece el art. 2883 del

²⁵⁸ Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. 3ª Ed. Edit. Harla. México, 1989. p 282.

²⁵⁹ Gómez Lara. Op.cit. supra nota 257. p 339.

Código Civil, considerándose el valor de los bienes al momento del pago de la deuda, y no al momento de contratar.

Las garantías supuestamente violadas son las contenidas en los artículos 14, 16 y 17 Constitucionales que a la letra dicen:

Art. 14:

"...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...

...En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

Aquí se consagra la Garantía de Audiencia y el Principio de Legalidad. La propiedad es el derecho real por excelencia, que conlleva a las obligaciones de no hacer para quien no sea el dueño y de respetar ese derecho, para sólo contravenirlo en la forma establecida por las leyes, siendo obligación del Estado que se cumpla con esa garantía.

Consideramos que no se viola la garantía de legalidad y de seguridad jurídica consagrada en el art. 14 de Nuestra Carta Magna ya que la aceptación de las partes del procedimiento y su cumplimiento por parte del fiduciario no implica que se haga justicia por propia mano, ya que el fiduciario cumple con lo pactado, debiendo desde luego, vigilar las formas esenciales para la realización de los bienes dados en garantía, como la notificación correcta al fideicomitente, para que se le permita conocer la iniciación del procedimiento y pueda oponerse acreditando el cumplimiento de sus obligaciones al realizar el pago u oponerse judicialmente a la venta de los bienes, alegando cuestiones de posible nulidad del contrato por vicios en el consentimiento, no cumplimiento de lo estipulado en el

contrato etc., teniendo el derecho de acudir a los tribunales en caso de controversia.

Para apoyar nuestra argumentación recordemos la reforma al art. 348 de la L.G.T.O.C. donde se consolida una dación en pago ya que el acreedor se da por pagado con los bienes que el deudor transfiera, afecta y entrega en fideicomiso ya que los bienes por sí mismos no sirven para pagar las obligaciones del deudor. El deudor fideicomitente designa al acreedor como fideicomisario, respecto del producto que se derive de la venta que se realice, a través de un procedimiento de venta de los bienes fideicomitidos. Ambas partes establecen su conformidad respecto a dichos bienes con los que se dan por pagados convencionalmente, sin que se deba considerar como una condición de pago la realización de los bienes, toda vez que los derechos otorgados al fideicomisario los adquiere en la constitución del fideicomiso.

Otras garantías supuestamente violadas son las establecidas en los arts. 16 y 17

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y plena ejecución de sus resoluciones...”

Así se establece la obligación a los particulares de acudir al Estado cuando se requiera establecer un derecho controvertido.

Se ha pretendido manifestar que el fiduciario ejerce una función judicial, contraviniendo al art. 17 Constitucional. Es falso que el fiduciario emita fallos o resoluciones ejerciendo una función pública, sino que sólo cumple con un acto emanado de la libre voluntad y decisión del fideicomitente.²⁶⁰ El fiduciario no contraviene ninguna norma legal, pues actúa en los términos del clausulado convenido. Además no hay que olvidar que la propiedad del patrimonio fideicomitado le corresponde al fiduciario, misma que el fideicomitente transmitió voluntariamente, sin la presencia de error, dolo o violencia. Al efecto, el art. 830 del Código Civil para el D.F. señala:

“El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”

Si bien es cierto que el fiduciario sólo puede disponer de la cosa para cumplir con los fines del contrato. Necesita ser propietario para poder tener esa disposición, y con mayor razón si el fin es garantizar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente, que si no cumple, el fiduciario responderá con los bienes que le fueron entregados.

Teniendo en cuenta lo anterior es obvio que la fiduciaria no es autoridad, por tanto no se violan estos principios constitucionales, lo que en todo caso se trataría de discutir es que la ley que establece el procedimiento de ejecución es inconstitucional, pero tampoco viola el principio de legalidad porque es

²⁶⁰ Jiménez Rodríguez, Francisco. “Actuales problemas prácticos en la actividad fiduciaria en México” en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. Coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex, S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982. P 372- 74.

perfectamente lícito atenerse a la voluntad de las partes cuando no viola ninguna disposición de orden público. Además es un principio general de derecho que todo lo que no está expresamente prohibido para los particulares, está permitido.

Según toda nuestra exposición, el bien fideicomitado sale del patrimonio del fideicomitente y se destina a la realización de un fin lícito y determinado, el fideicomisario ya no es dueño, y no podrá disponer del bien ya que se transfirió a la fiduciaria, habiéndose establecido en el clausulado que si llegado el plazo para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, éste no hubiere liquidado su adeudo, el bien fideicomitado que garantiza su cumplimiento debe venderse para que con el producto de la venta se pague al acreedor.

En este caso la obligación de la fiduciaria se limita a:

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

El fideicomitente ya no es propietario del bien por tanto no se requiere de ninguna orden para desincorporar el bien de su patrimonio y tampoco se le está despojando de nada por lo que llegado el caso de venta no hay afectación a su patrimonio.

Estamos de acuerdo con Jorge Antonio Zepeda que señala que la fiduciaria no es autoridad y el fideicomitente no es propietario, por lo tanto el fideicomiso no es un título de ejecución ya que el procedimiento de venta fiduciaria no es equiparable a la ejecución judicial. Simplemente es el cumplimiento de una obligación válida asumida por la fiduciaria para realizar los fines encomendados.

Por tanto no hay violación a las garantías individuales ya que lo que prevalece aquí es la voluntad de las partes.²⁶¹

Hay que tomar en cuenta que, obviamente por lo general los deudores de la banca van a atacar la legalidad de la ejecución del fideicomiso de garantía; y los banqueros, personas o instituciones que forman parte del sistema financiero y empresarios acreedores van a pugnar por defenderse de estos ataques, ya que como es natural, cada persona y cada grupo tiene intereses propios que proteger.

Nosotros tratamos de definir objetivamente que postura es a la que asiste la razón jurídica para poder llegar a conclusiones lo más acertadas posibles dentro del margen de lo humano.

Aunque, se ha atacado la validez de los fideicomisos de garantía porque se les equipara a un pacto comisorio que se celebra en perjuicio del deudor, compartiendo la opinión de Villagordoa²⁶² no estamos de acuerdo con este criterio porque el fideicomiso de garantía se viene celebrando en la práctica con sujeción a determinadas reglas que establecen el procedimiento de venta al que debe sujetarse el fiduciario para la realización del patrimonio del fideicomiso. Existirá el pacto comisorio en aquellos fideicomisos en los que se establezca, que en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes o derechos fideicomitados se transmitan, sin más trámite al propio fideicomisario o éste se los apropiara ya no para el cumplimiento de los fines del fideicomiso la propia fiduciaria. Hernández Pérez,²⁶³ señala que tampoco se puede calificar al fideicomiso como inconstitucional, ya que las facultades de las fiduciarias para

²⁶¹ Pérez Sandi. Op.cit. supra nota 237 p 273.

²⁶² Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 143.

²⁶³ Hernández Pérez. Op.cit. supra nota 203. p126.

vender los bienes, no son despojos ni atribuciones jurisdiccionales, simplemente es el cumplimiento de los fines que le fueron encomendados por el propio fideicomitente. Es por eso que no se le puede llamar propiamente ejecución en el sentido que se le pretende dar. Así bien el comisionista obrando a nombre propio vende el bien que el comitente le confió que vendiera, teniendo facultades ejecutivas, pudiéndose pensar que está realizando actos jurisdiccionales pero sólo cumple con una obligación al igual que el fiduciario. Así mismo dice que podría surgir después de la celebración del contrato una controversia que pueda derivarse del fideicomiso y entonces sí acudir a los tribunales para resolverla, pero esto no le corresponde al fiduciario ni se pretende que así sea.

Además la venta de los bienes que hace el fiduciario, no priva de derechos al fideicomitente, pues mediante el fideicomiso, los bienes salen del patrimonio del fideicomitente, por lo que al ejecutar, ya no tenía éste la propiedad de los mismos. Al igual que el acreedor pignoraticio, el fiduciario tiene un derecho real sobre los bienes.

Para apoyar aún más nuestro esquema en cuanto a que no hay despojo, ya que los bienes son de la fiduciaria, hay que tomar en cuenta lo considerado para el fideicomiso de garantía en relación con la Quiebra y la Suspensión de Pagos. Por lo general el fideicomitente será el deudor, pero puede que el fideicomitente garantice la deuda de un tercero, (sociedad en la que es accionista). Puede también que el fideicomitente estipule que una vez que el deudor haya pagado el precio de los bienes aportados, el fiduciario le transmita la propiedad de los mismos que el fideicomitente enajenó al fiduciario. En este caso el fideicomitente será también fideicomisario, para el efecto de que se le pague el

producto de la venta en caso de que el fideicomisario deudor no cumpla con su obligación.

Sin ahondar mayor cosa en cuestiones concursales, hay que considerar respecto al patrimonio fideicomitado que: El fiduciario resulta dueño de los bienes dados en fideicomiso en función del fin para el que se celebra este contrato y no en interés del fiduciario, tan es así que, respecto de los bienes que se dan en fideicomiso, se llevan cuentas de orden separadas (art. 79 L.I.C.), pudiendo considerarse un patrimonio afectado y separado de los bienes del fiduciario y de los del fideicomitente. Las relaciones entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario son conocidas por terceros, ya que la misma ley prohíbe los fideicomisos secretos, además de que el fideicomiso se realiza con la publicidad requerida para la transmisión de bienes según la naturaleza de los mismos. Por todo lo anterior los bienes dados en fideicomiso no quedan sujetos a la quiebra del fideicomitente, del fideicomisario ni del fiduciario, pero este principio sólo se puede aplicar cuando los bienes se fideicomitieron antes de la declaración en quiebra o suspensión de pagos, de lo contrario sería un acto en fraude de acreedores. La ejecución de un fideicomiso revocable en estos términos puede ser causa de que se impute responsabilidad a la institución fiduciaria.

Los arts. 158 y 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos que hablan de la separación de bienes en la quiebra permite la separación y venta de bienes que son del quebrado pero que, deben estar en posesión del acreedor o de un depositario, manteniendo el deudor la posesión derivada de los mismos, y en tanto que permite que el síndico pueda evitar la venta satisfaciendo el crédito garantizado y evitando la ejecución individual en tanto que ésta puede frustrar la ejecución o el convenio concursal. La aplicación analógica de esta norma, junto

con las facultades que se conceden a los órganos de la quiebra para decidir el cumplimiento de los contratos bilaterales pendientes, puede resolver los problemas que una ejecución de un fideicomiso pudiera presentar en una quiebra o suspensión de pagos.²⁶⁴

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Época: 9A

Tomo: V

Página: 743.

FIDEICOMISO EN GARANTÍA. LOS BIENES AFECTOS AL, DURANTE SU EXISTENCIA, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO PROPIO DEL FIDUCIARIO Y DISTINTO DE LA SUSPENSA: En esta clase de fideicomiso, también rige la regla general que estriba en que al constituirse, el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación principal a su cargo, adquirida frente al fideicomisario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 346, 351 y 356 de la L.G.T.O.C., por lo que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitados afectos al fin que se destinan, y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, como son, *verbigracia*, que si el fideicomitente o deudor no cumple con lo pactado, la institución fiduciaria proceda a la venta de los derechos fideicomitados y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario, razón insalvable por la cual dichos bienes no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos del fideicomitente, independientemente de que por ficción legal, éstos salieron de su patrimonio al constituirse el fideicomiso en cuestión.

PRECEDENTES: Sexto Tribunal Colegiado de Circuito. Amparo Directo 7226/96. Jorge Gutiérrez Sánchez y otra.

Es cierto que cuando una deuda está garantizada por bienes afectos a un fideicomiso, y el fideicomitente o fideicomisario que tienen una expectativa de derecho para que, cuando haya pago, los bienes pasen a su propiedad, son declarados en suspensión de pagos o quiebra, el fiduciario no sólo tiene la facultad, sino la obligación de proceder a la venta de los bienes para pagar al acreedor cuando es requerido para hacerlo en los términos estipulados en el fideicomiso, sin que la institución fiduciaria, ni el procedimiento de venta queden sujetos al procedimiento concursal correspondiente.

²⁶⁴ Abascal Zamora, José María. "Fideicomiso de garantía, quiebra y suspensión de pagos." En *Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. Por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, 1997, p 263-.284.

Por la parte no pagada de la deuda, el acreedor provisto de garantía fiduciaria, sólo podrá presentarse como acreedor común por operaciones civiles o mercantiles según sea el caso.

La ejecución del fideicomiso puede causar daños a la masa, por lo cual podemos aplicar por analogía el inciso d) del párrafo sexto del art. 159 de la L.Q.S.P. para que se pague al acreedor garantizado y se obtenga la transmisión de los bienes fideicomitidos a la masa de la quiebra o al patrimonio del suspenso.

Cuando los bienes fideicomitidos quedan bajo la posesión derivada del deudor, corresponde al fiduciario el ejercicio de la acción separatoria.

Para apoyar estos argumentos nos permitimos citar textualmente algunas tesis jurisprudenciales.

Instancia: Tercera Sala, Suprema Corte e Justicia de la Nación.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

INSTITUCIONES DE CRÉDITO, REMATE AL MARTILLO.

CONSTITUCIONALIDAD: El remate al martillo de los bienes del deudor sin la intervención del órgano jurisdiccional, no está prohibido por la ley, sino autorizado por ésta. En efecto, es verdad que el art. 564 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, supletorio del de Comercio dispone que toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en el citado Código de Procedimientos Civiles, relativas a los remates; sin embargo, el mismo precepto legal exceptúa de la regla general de que todo remate deberá celebrarse en el juzgado en que actúe el juez que fuere competente para la ejecución, en términos del art. 565, en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario. La L.G.I.C. y Organizaciones Auxiliares, en su artículo 141, fracción IV, prevé el procedimiento especial de remate al martillo de los bienes dados en garantía sin la intervención judicial. No es exacta la aseveración que se haga en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitidos realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir coercitivamente sus obligaciones; toda vez que, en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor que, como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes, transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor en los casos, forma y términos convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme al contrato y la ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del

fideicomiso sin que para ello requiera de la intervención judicial, porque, se repite, en ello no hay controversia que ventilar ni decidir. Pero sí además, las partes pactaron que el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se iniciara con la notificación notarial, o en vía de jurisdicción voluntaria, que la institución fiduciaria habría de hacer a la fideicomitente deudora, haciéndose saber su intención de efectuar el remate pactado, a fin de que esta se opusiera, judicialmente al mismo en la forma y términos convenidos en la propia escritura pública en que se constituyó el fideicomiso, ello pone de manifiesto que antes de iniciarse el procedimiento de remate, la controversia puede surgir mediante la oposición que se previó podía hacer valer la fideicomitente deudora, a las pretensiones de la institución fiduciaria de llevar a cabo el remate al martillo de los bienes dados en garantía; y si en este supuesto, las partes convinieron, conforme al art. 1051 de Código de Comercio en un procedimiento mercantil convencional, preferente a los demás, conforme al cual la contienda habrá de ventilarse ante un juez competente; procedimiento que además de ajustarse a los requisitos y condiciones señaladas en los artículos 1052 y 1053 del mismo ordenamiento, se encuentra previsto en el art. 141, frac. III, de la citada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en estas condiciones queda patentizado que la institución fiduciaria al realizar los fines del fideicomiso de garantía, en los casos, forma y términos pactados en el acto constitutivo del mismo y siguiendo las disposiciones del art. 141 de la L.I.C.O.A. cumple con las obligaciones que conforme al contrato y a la ley le corresponden; sin que este cumplimiento entrañe el ejercicio de la función de administrar justicia, porque esta función quedó reservada a los tribunales competentes, al convenir en un procedimiento a seguir en la ventilación y decisión de la opción de la fideicomitente deudora a la realización de los fines del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria; convenio en el que, además se guarda el respeto debido a las garantías individuales de audiencia, defensa, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14, 16 y 17 constitucionales.

PRECEDENTES: Amparo Directo 98/74. Mercedes Ascaino Vda. De Castro. 30 de abril de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 169-174

Parte : Séptima

Página : 173

FIDEICOMISO. REMATE DE INMUEBLES POR LA FIDUCIARIA. El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. Ahora bien, esto no impide que las partes, al celebrar un contrato de fideicomiso, puedan pactar, o sea convenir entre ellas, en que en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones la fiduciaria saque a venta un bien inmueble, en remate, señalando el procedimiento convencional a seguir siempre que en el se respete el derecho del afectado a ser oído. Es cierto que nadie puede hacerse justicia por propia mano, y a esto se refiere la garantía constitucional. Pero el que la fiduciaria acate un pacto convenido por las partes involucradas, de ninguna manera implica que se haga justicia por propia mano. Simplemente, se esta actuando en la forma prevista y acordada por las partes. Por otra parte, al sacar la fiduciaria el bien a remate, no se puede decir que no se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, si se hace correctamente, o en la forma pactada, el avalúo de los terrenos, y si se notifica correcta y previamente a los afectados con la antelación necesaria para que, en su caso, puedan oponerse judicialmente a la venta, o ante un árbitro designado y mediante un procedimiento legal o convencional (artículo 1051 y 1052 del Código de

Comercio). Con esto, se respeta el debido procedimiento legal y el derecho a acudir a los tribunales en caso de controversia. O sea, que el pacto, en si mismo, es valido y legal. Lo que deja a salvo el derecho de quien se sienta lesionado en sus derechos, para acudir a los tribunales. Y así, una cosa es la validez de la cláusula, y otra la validez del procedimiento seguido por la fiduciaria para sacar los bienes a remate. La conclusión anterior se corrobora, si se lee el artículo 141, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, conforme al cual, en los casos de créditos hipotecarios se autoriza a las instituciones acreedoras a vender, mediante corredor y al precio que se hubiese señalado en el contrato, los inmuebles dados en garantía. Y sólo obliga a dicho acreedor a notificar al deudor ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, su intención de efectuar el remate. Y se deja a salvo el derecho del deudor para que, en el termino de tres días después de la notificación, se oponga a la venta, acudiendo al efecto ante el juez de primera instancia del lugar en que los bienes están ubicados, o al juez competente en el domicilio de la institución acreedora, a fin de que éste resuelva en la forma sumaria que se provee. A mayor abundamiento, también se ve la licitud de éste tipo de pactos, cuando el artículo 2884 del Código Civil autoriza que por convenio expreso se venda la prenda extrajudicialmente. Como se ve, no se hace la fiduciaria justicia por propia mano, sino que acata una obligación contractual del fideicomiso. Y el afectado no queda privado del derecho de acudir a los tribunales, en caso de controversia. Luego, el pacto no es nulo, ni violatorio de la garantía de audiencia.

PRECEDENTES: Amparo directo 1564/76. Sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983. 5 votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 5A

Tomo : CXXV

Página : 24

FIDEICOMISO FACULTADES DE LA FIDUCIARIA: De acuerdo con el artículo 356 de la ley de la materia, en todo fideicomiso se transmiten por el fideicomitente a la fiduciaria aquellos derechos que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, y si en las cláusulas de la escritura respectiva se facultó a la fiduciaria para vender, es inconcuso que para la realización de esa finalidad tuvo que habérsele transmitido forzosamente el dominio de los bienes que iban a venderse. En el fideicomiso, la fiduciaria actúa en interés del fideicomitente, en ejercicio de las facultades que se la han conferido, y es por esa traslación de determinados derechos sobre los bienes dados en fideicomiso, por lo que el fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que la fiduciaria ha hecho, dentro de las facultades conferidas para la realización del fin perseguido.

PRECEDENTES: Amparo civil directo 1822/54. Acosta Sierra Francisco. 1o. de julio de 1955. Mayoría de tres votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Tomo CXVIII. pág. 1082. Amparo civil directo 2064/52. Acosta Sierra Francisco. 26 de octubre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente : Informe 1971

Parte : II

Página : 83

FIDEICOMISO DE GARANTÍA. EL FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES EN ESTA CLASE DE FIDEICOMISO REÚNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL ARTICULO 346 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PUES DICHO FIN ES LICITO DETERMINADO. Entre las diversas clases de fideicomisos se encuentran el denominado fideicomiso de garantía,

como es el de la especie. Este peculiar fideicomiso ha tenido gran arraigo en la práctica, pues se ha venido utilizando como sustituto del contrato de hipoteca, y por ello, el fin que se persigue con dicho fideicomiso es el de garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, entregándose este, precisamente, en calidad de bien fideicomitado a una institución fiduciaria legalmente autorizada para fungir como tal. De consiguiente, el fin que se persigue con la celebración de un contrato de fideicomiso de garantía, como es el que verificaron los ahora quejosos, por una parte, es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en "garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble". En estas condiciones, la declaración unilateral del prestatario nada tiene de abstracta o indeterminada, como quieren hacer ver los peticionarios de garantías en el concepto de violación que se analiza; sino que, por el contrario, el consentimiento otorgado se ha encaminado a un fin específico, determinado. Además, el hecho consistente en que se haga o no efectiva la garantía otorgada, es irrelevante para que se pueda concluir que el fin cuestionado sea indeterminado, toda vez que tal hecho es una cuestión absolutamente ajena al fin que se persigue en un fideicomiso de garantía. En otras palabras, una cosa es "garantizar la devolución de un préstamo con un bien inmueble, y otra cosa muy distinta es el realizar o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor, circunstancias estas que confunden los quejosos". Por otra parte, cabe advertir que ni la ley general de títulos y operaciones de crédito, ni ningún otro ordenamiento jurídico, prohíbe que en un contrato de fideicomiso no se pueda perseguir el fin a que se ha venido haciendo alusión, esto es el garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble y, en consecuencia, tal consideración es suficiente para estimar que dicho fin es lícito, puesto que, se insiste, no contraviene ningún precepto legal. PRECEDENTES: Amparo directo 2771/66. Juan Cervantes y Coagraviados. 5 de noviembre de 1971. 5 votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: Novena Época

Sala/Tribunal: Tribunales Colegiados

Jurisprudencia: NO

Volumen: V

Página: 744

Contradicción: NO

Clave: III.3o.C.46 C

Parte: Segunda Parte

Folio: 1004310

Año Publicación: Febrero de 1997

FIDEICOMISO, REMATES CON MOTIVO DE LA EJECUCIÓN DE UN. APLICACIÓN DEL ARTICULO 557 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Aunque es verdad que el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene que la forma de oponerse el deudor a la venta del bien dado en prenda, solicitada al Juez por el acreedor, es exhibiendo en tres días el importe del adeudo, también lo es que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó inconstitucional dicho precepto (Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, diciembre de 1995, página 239), de lo que se colige que pasado tal término, pero antes de fincarse el remate correspondiente, el interesado puede liberar sus bienes pagando la suerte principal y costas conforme lo prescribe el artículo 557 del enjuiciamiento civil local, el cual sí es aplicable al caso porque, aparte de que no se dijo nada al respecto en la cláusula del fideicomiso donde se pactó el procedimiento convencional, aun cuando sí se hubiera prohibido, la determinación correspondiente carecería de validez porque no se estarían

respetando las formalidades esenciales del procedimiento, conforme lo exige el artículo 1052 del Código de Comercio.

PRECEDENTES: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo en revisión 1176/96.- Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S.N.C.- 9 de enero de 1997.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jorge Figueroa Cacho.- Secretario: Roberto Macías Valdivia.

Rodolfo Batiza ²⁶⁵ aclara que el fiduciario no se atribuye funciones jurisdiccionales al vender el patrimonio fideicomitado y a resolver controversias, ya que sólo comprueba una situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso.

Si el fideicomitente deudor cumple con la obligación garantizada, se extinguirá el fideicomiso y el fiduciario devolverá los bienes o derechos fideicomitados al propio fideicomitente. En caso de que el fiduciario tenga que hacer efectiva la propia garantía, por incumplimiento del fideicomitente, es conveniente que se observen las siguientes reglas cuya eficacia se establece según Villagordoa ²⁶⁶ en los usos bancarios:

- a) Para que el fiduciario pueda conceder a la venta del patrimonio fideicomitado, es necesario que exista solicitud previa del fideicomisario acreedor y que se compruebe el incumplimiento de la obligación principal garantizada, con la exhibición de los documentos que acrediten la existencia de la obligación, y de los cuales se desprenda el vencimiento anterior a la fecha de dicha solicitud.
- b) Que el fiduciario requiera al deudor del pago de las prestaciones adeudadas, fijándole un plazo razonable para que dicho deudor cumpla con sus obligaciones, pues en caso contrario el fiduciario procederá a la ejecución de la garantía.
- c) Que se fije en el acto constitutivo del fideicomiso el precio a que se debe realizar la garantía y en su defecto, que se establezcan las bases para fijarlo.
- d) Que se determine el procedimiento que deba seguir el fiduciario para la venta de la garantía.
- e) Que se establezca que el deudor tendrá derecho al tanto, quien podrá ejercitarlo en su propio beneficio o en provecho de la persona que señale, y que en todo caso será preferido en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que desee adquirir los bienes o derechos fideicomitados.

²⁶⁵ Batiza. Op.cit. supra nota 149, p 176.

²⁶⁶ Villagordoa. Op.cit. supra nota 3. p 144 y 145.

El fideicomitente puede reservarse determinados derechos sobre los bienes materia del fideicomiso de garantía, tales como la posesión, el uso y hasta el usufructo de los bienes fideicomitados los cuales pierde en el momento que por incumplimiento de su parte, se inicia la ejecución de la garantía. Es conveniente que se establezca un plazo desde el momento de la constitución del fideicomiso que comenzará a correr desde la fecha en que el fiduciario requiera al fideicomitente del cumplimiento de la obligación garantizada. En caso de que exista alguna oposición por parte del fideicomitente, resolverá el juez competente. Con frecuencia se establece, desde la celebración del fideicomiso, el pago de determinada suma de dinero como pena convencional para el caso de que dicho fideicomitente no entregue la posesión o no transmita al fiduciario los bienes o derechos reservados.

La circular 597 del 6 de septiembre de 1971 de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros mostraba un claro desconocimiento a la posibilidad de la ejecución extrajudicial de la garantía como prueba del principio que la autonomía de la voluntad es la suprema ley de los contratos. Conforme a ésta circular, cuando el fiduciario tuviera facultad para determinar el incumplimiento de las obligaciones de los deudores y para realizar los bienes dados en garantía para hacer pago a su acreedor, se debía pactar que la ejecución por incumplimiento se sujetará a las disposiciones del antiguo art. 141 fracciones III y IV de la Ley Bancaria que preceptuaban que los acreedores podían elegir la vía ejecutiva mercantil, la hipotecaria o la venta ante corredor, previa notificación al deudor, para hacer efectivos los créditos de avío o refaccionarios garantizados con inmuebles.

Ante esto, la Corte emitió un criterio que desde luego es de mayor jerarquía que la disposición de carácter general aludida:²⁶⁷

Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 115-120

Parte : Cuarta

Página : 47

FIDEICOMISO.INSTITUCIONES DE CRÉDITO.REMATE: Si en la escritura constitutiva del fideicomiso no se estipuló que en la venta del inmueble fideicomitado la subasta se hiciera en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, ante la autoridad judicial, sino que se convino expresamente que dicha venta se haría conforme a las bases establecidas en las cláusulas respectivas del contrato de fideicomiso, y en las mismas se pactó que la parte fideicomitente aceptaba como precio de la venta la cantidad al efecto fijada; que la venta se haría en pública subasta, debiendo ser anunciada con diez días de anticipación, mediante aviso publicado en un periódico de mayor circulación a elección del fiduciario, resulta que los actos tendientes a la subasta pública del inmueble, realizados por el propio fiduciario, son acordes a lo convenido en el contrato, cuya validez y cumplimiento no puede dejarse a voluntad de una de las partes, máxime si no se impugnó el contrato generador de los derechos y obligaciones, sino únicamente los actos de ejecución derivados de aquél. Las operaciones de fideicomiso están regidas por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y las instituciones que llevan a la práctica esas operaciones lo están por la Ley de Instituciones de Crédito; pero no por esto se 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 o refaccionarios que tengan como garantía bienes inmuebles, pues el fideicomiso tiene diversa naturaleza. Debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del bien fideicomitado, lo convenido por los contratantes, pues su voluntad es la suprema ley, y el procedimiento convencional es el preferente según lo dispone el Código de Comercio.

PRECEDENTES:Amparo directo 3756/75. Compañía Administradora y Realizadora de Inmuebles, S.A. 13 de noviembre de 1978. Mayoría de 3 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Disidentes: Ramón Palacios Vargas y Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Jesús Arzate Hidalgo.*

NOTA (1):*En la publicación original se omite el nombre del secretario y se subsana.

NOTA (2):Esta tesis también aparece en: Informe de 1978, Tercera Sala, tesis 87, pág. 59.

Por su carácter excepcional, la circular en cuestión, sólo es aplicable a los casos expresamente señalados, en aplicación a lo dispuesto por el art. 11 del Código Civil (de observancia supletoria a través del art. 2º del Código de Comercio); aquí no se estima que rija la supletoriedad del art. 2º de la Ley

²⁶⁷ Espinoza Gómez. Op. cit. supra nota 154 p 416, 418-426.

Cambiaría por tratarse de una regla general de interpretación del derecho aplicable a todo tipo de actos jurídicos y no sólo a las operaciones de crédito. Además las facultades para emitir reglas de carácter general por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es sólo para interpretar cuestiones administrativas y no para fijar un procedimiento para ejecutar las estipulaciones consignadas en el acto constitutivo de un fideicomiso.

Ésta circular desconoce la esencia del fideicomiso y entorpece la agilidad que se busca con este contrato en la garantía del cumplimiento de las obligaciones, al imponer al fiduciario a seguir un procedimiento formalista, largo e inadecuado, con la intervención de la autoridad judicial. Cabe aquí cuestionarnos ¿Que sucedería entonces con el arbitraje tan recurrido en materia comercial?.

Si bien nuestra actual legislación nos remite a aplicar el procedimiento establecido en el art. 341 de la L.G.T.O.C. (sin perjuicio de la discutida constitucionalidad de este artículo en cuestiones de prenda mercantil, cuya validez resolvimos en su momento), este es opcional si es que no se pactó otra cosa en el acto constitutivo. Lo mismo sucede con el entonces impuesto procedimiento del art. 141 de la abrogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares del Crédito

Debe respetarse la libre voluntad de las partes, para establecer un procedimiento más adecuado a la situación concreta de que se trate, con la limitación de no utilizar el fideicomiso para que uno de los sujetos abuse de la posición desventajosa en que generalmente se encuentra el deudor.²⁶⁸

²⁶⁸ Álvarez Herrejón. Op.cit. supra nota 167, p 124.

En un afán por proteger al deudor parece desconocer que la institución fiduciaria representa el elemento de imparcialidad en la ejecución de fideicomisos. Gracias a las gestiones de la Asociación de Banqueros, esta circular ha quedado en suspenso y no se aplica ya.²⁶⁹

La circular no podía prevalecer, pues si bien el art. 14 constitucional reclama la instauración de un juicio, y esto es una regla general irrenunciable, la ejecución del fideicomiso extrajudicialmente fijada por acuerdo de las partes, no entra en el supuesto del art.14, ya que la misma ley es quien da la opción de que así se realice la garantía.

Los diversos conflictos derivados del fideicomiso mercantil, según los arts. 1º y 3º de la L.G.T.O.C., deben resolverse según el art. 1050 del Código de Comercio, por el procedimiento convencional, en su defecto, por las disposiciones del mismo código, y a falta de éstas por la ley de Procedimientos local respectiva.

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 97-102

Parte : Séptima

Página : 106

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 fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitados, cuyo único titular es la fiduciaria, para llevar al cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó.

PRECEDENTES: Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S. A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

²⁶⁹ Batiza. Op.cit. supra nota 149. P 95.

Época : 7A
 Volumen : 97-102
 Parte : Séptima
 Página : 106

FIDEICOMISO, RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL FIN DEL.:

La ley y la doctrina, en seguridad del fin perseguido en el fideicomiso, consagran el principio de que la casación de daños y perjuicios en el patrimonio del fideicomitente, originada por exceso o defecto en el procedimiento de ejecución observado por la fiduciaria para la consecución del fin encomendado, que principalmente consiste en la venta de bienes, sólo da lugar, por su propia naturaleza a que se finque en contra de ésta la correspondiente responsabilidad civil, sin que se de oportunidad para atacar la validez del procedimiento de ejecución, si éste se hubiere llevado a efecto fuera de los términos pactados en el propio fideicomiso.

PRECEDENTES: Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S. A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Instancia: Sala Auxiliar
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 7A
 Volumen : 97-102
 Parte : Séptima
 Página : 107

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

PRECEDENTES: Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S. A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Las anteriores tesis, corroboran que:

- a) La responsabilidad civil que se finque por el exceso o defecto de la ejecución por parte de la fiduciaria, no implica que se ataque la validez de dicho procedimiento dada la naturaleza del fideicomiso que no permite ejecutar actos fuera de los términos convenidos.
- b) Desde el perfeccionamiento del fideicomiso las partes están obligadas al cumplimiento de lo pactado.
- c) No puede excluirse de la regla del art. 1949 del Código Civil que permite al perjudicado por el incumplimiento optar por entre la impugnación de lo hecho fuera del pacto o el cumplimiento forzado; en ambos daños con el pago de daños y perjuicios.
- d) El mismo artículo, como excepción a la regla de que una vez elegida una de ambas vías no se puede acudir a la otra, señala que se puede pedir la resolución si el cumplimiento resulta imposible, no implicando la limitación o supresión de las opciones de resolución y cumplimiento forzado.

2.- Utilidad y ventajas del Fideicomiso de Garantía.²⁷⁰

El incremento en la internacionalización de la actividad fiduciaria obedece a las necesidades propias de las estructuras financieras y de negocios nacionales e internacionales que se desarrollan en un entorno cada vez más complejo y competitivo. Es por eso que la utilización del fideicomiso debe obedecer a dinámicas sencillas y prácticas y no obstaculizarse con trámites y términos lentos pero sin descuidar el importante aspecto de seguridad jurídica.

Así mismo, el fideicomiso de garantía es importante para operaciones que requieren una estructura de garantía proporcionando un mecanismo más ágil para asegurar derechos contractuales de acreedores en cuanto al cumplimiento específico de un contrato subyacente o principal por el obligado, al afectar en fideicomiso de garantía activos y derechos diversos, respaldando así el cumplimiento de obligaciones previamente pactadas. En caso de incumplimiento, el fideicomiso de garantía ofrece un procedimiento eficaz para ejecutar la garantía, sin necesidad de recurrir a la vía judicial.

Unas de las preguntas más comunes que se hacen o deberían hacerse las empresas clientes de instituciones fiduciarias son las siguientes:²⁷¹

¿Cómo garantizo en favor de mi empresa, el pago de los créditos que se otorgan a mis clientes?

¿Es una garantía 100% segura el fideicomiso de garantía?

¿Conozco las ventajas del fideicomiso?

¿Estoy en un riesgo de quebranto que puedo evitar a mi empresa?

²⁷⁰ "Modernización e internacionalización de los servicios fiduciarios". VII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, Cancun Q. Roo, México. Octubre de 1997.

²⁷¹ Fideicomiso: Reforma al art.348 de la L.G.T.O.C., esquema general de garantía. Bancomer. 1996.

Para dar respuesta a lo anterior, podemos decir que el fideicomiso de garantía es un instrumento legal que nos permite recuperar el crédito o financiamiento que hemos otorgado como empresa, sin necesidad de acudir a los tribunales, mediante la venta de los bienes que nos han entregado en garantía, cuando nuestro acreditado no ha cumplido con la obligación de pago de dicho crédito.

El procedimiento de la ejecución de la garantía lo permite la ley tal y como se desprende del art. 83 de la L.G.T.O.C. que ya hemos analizado y de ejecutorias como la siguiente:

Instancia: Tercera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Época : 7A
 Volumen : 133-138
 Parte : Cuarta
 Página : 97

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 les 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 pactó 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 de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente 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.

PRECEDENTES: Amparo directo 3551/79. Juan Calvillo Lozano. 18 de abril de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

En cuanto al pago de impuestos, no se incurre con la celebración del fideicomiso de conformidad con el art. 14 del C.F.F., hasta en tanto no se realice la

ejecución de la garantía, ya que el fideicomitente se reserva el derecho de readquirir los bienes materia del fideicomiso una vez que liquide sus adeudos.

Otra ventaja que ofrece el fideicomiso sobre otros contratos de garantía como por ejemplo la hipoteca es que de ningún modo es mas caro. Si bien la instrumentación de la garantía que soporte el otorgamiento de un crédito vía fideicomiso, lleva implícito un costo adicional, dicho costo se pulveriza en el tiempo, por cuanto:

- La garantía fiduciaria podrá ser utilizada para otros créditos sin necesidad de pagar, en cada ocasión, la celebración de otro fideicomiso, a diferencia de la hipoteca, en cuyo caso, por cada crédito nuevo, hay que otorgar una nueva hipoteca o solicitar la ampliación de la anterior, y pagar el costo correspondiente.
- La ejecución de la garantía fiduciaria respecto de una hipoteca, tiene un costo muy bajo en dinero y en tiempo.

Comparando al fideicomiso con la hipoteca tenemos:

FIDEICOMISO	HIPOTECA	
X	X	Se otorgan en escritura pública, (mismo costo)
X	X	Requieren inscripción en el R.P.P. (mismo costo)
X	X	En su caso, el avalúo tiene el mismo costo.
	X	La ejecución de la garantía requiere abogados.
X		Mínimo tiempo de recuperación de la cartera.

En materia bursátil, el art. 103 fr. IV de la Ley del Mercado de Valores preceptúa:

“A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes del acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del art. 341 de la L.G.T.O.C. a petición de la fiduciaria.

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

El Licenciado Díaz de Rivera ²⁷² dice que "toda vez que hace necesario el dejar plenamente establecido cuál será el procedimiento a utilizarse en caso de incumplimiento de la parte que garantiza. Así mismo, esta fracción está tomada del art. 83 de la L.I.C., que aunque en dicha ley existe la problemática de los fideicomisos en que existan inmuebles, dado que el procedimiento del 341 de la L.G.T.O.C. únicamente es aplicado a la prenda, tal dificultad no será presentada en los fideicomisos bursátiles, dado que en los mismos únicamente existirá como patrimonio, ya sea valores o efectivo... el procedimiento del 341, únicamente es un procedimiento de venta de la prenda y no así de ejecución, sin embargo, el párrafo mencionado da la facultad al Juez para que ordene se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones, y por tanto, el procedimiento en sí en la especie llevará consigo la ejecución de la garantía"

La L.M.V. remite al art. 341 de la L.G.T.O.C. y no al 99 de la primera referente a la caución bursátil o prenda sobre acciones, ya que no establece procedimiento alguno, sino que señala los contenidos mínimos que habrá de comprender todo procedimiento convenido expresamente por las partes al celebrar este contrato de caución bursátil.²⁷³

3.- Prevención de problemas procesales en la constitución de fideicomisos.

Según Dávalos Mejía ²⁷⁴ el fideicomiso de garantía ha sido una de las figuras que más ha motivado la intervención judicial porque el litigante pretende

²⁷² Díaz de Rivera, Guillermo. "La actividad fiduciaria de las casa de bolsa, registros informáticos y reorganización del fondo de apoyo al mercado de valores". En *Adiciones y reformas a la Ley del Mercado de Valores 1993*. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros, A.C. México, 1993 p. 67.

²⁷³ Álvarez Macotella. Op.cit. supra nota 206. p 138

²⁷⁴ Dávalos Mejía, Op.cit. supra nota 229. p 410 y 411

desvirtuarlo haciendo consistir su pretensión en que la garantía no es un fin determinado o lícito, por no querer reconocer la transmisión real del fideicomiso diciendo que el fideicomiso al ser de garantía no puede transmitir la propiedad al fiduciario sino sólo la posesión temporal afecta a garantizar y porque se argumenta que la fiduciaria se excede en sus facultades al actuar en la ejecución como un órgano judicial cuando no lo es. Parte de los problemas procesales que derivan de esta institución jurídica ²⁷⁵ derivan en parte del desconocimiento de ésta y del abuso que se le dio al usarse para lo que no fue diseñado, no por falta de disciplina profesional o creatividad de los fiduciarios, sino a que el fideicomiso nunca antes se había puesto a prueba en los tribunales.

Una de las experiencias litigiosas es acerca de la inadecuada transmisión de los bienes (cartera, licencia de marcas, bienes prendados o hipotecados dividendos, derechos intransferibles como la concesión) ante esto, el art. 352 de la Ley Cambiaria establece que el fideicomiso debe cumplir con las reglas del derecho común sobre la transmisión de derechos de propiedad. Si no se realiza la transmisión, no hay nulidad, lo que no habrá es patrimonio y el enajenante (fideicomisario) continuará siendo el titular, con lo que el fideicomiso carecerá de utilidad práctica.

En el caso de que una empresa concesionaria transmita los beneficios de concesión a una institución fiduciaria con los cuales está garantizando el pago de una deuda, se le deben permitir los derechos de cobro y exigencia pues de lo contrario la garantía sería precaria. Si lo que se transmite al fiduciario son los derechos de cobro que el concesionario tendrá por la prestación del servicio debe

²⁷⁵ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Prevención de posibles problemas procesales en el constitución de fideicomisos" VII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Cancun Q.Roo, México. Octubre de 1997

notificársele al deudor según el 354 de la L.G.T.O.C. que en este caso suponiendo que se trata de un servicio público, el deudor sería el usuario del mismo sólo a partir de que lo utilice, circunstancia que dificulta el perfeccionamiento de la transmisión del derecho.

En opinión de Dávalos Mejía, los fideicomisos sobre concesiones, derechos de explotación, de dividendos o productos, debiera ser, un fideicomiso empresarial en el que el fiduciario asuma la totalidad de las obligaciones y derechos de explotación, con el soporte del concesionario pactado contractualmente. Es decir, la transmisión no sería de derechos de cobro sino la transmisión de un contrato. En el primer caso se transmite uno de los componentes de un contrato; en el segundo, se transmite la totalidad de la carga obligacional. La transmisión debe ser para transmitir los derechos de cobro, mediante su notificación al o los deudores, y correspondientemente, que sea el fiduciario el habilitado para cobrar.

Lo mismo sucede con el fideicomiso de garantía sobre cartera. Cuando la cartera consistió en la cobranza que tiene una empresa contra un sólo cliente, derivado de operaciones individualizadas (obra, suministro, arrendamiento) la transmisión era eficiente porque la notificación de la transmisión al deudor, la conformidad de éste y el pago hecho directamente al fiduciario se realizaron. Pero cuando la cartera fue sin identificación y sin transferencia de los documentos que la generaron, sin la notificación al deudor debido a un gran número de clientes, cuando la cartera era revolvente y con vencimiento a pocos meses o semanas, es difícil ejecutar el fideicomiso, sobre todo cuando el fiduciario no realizó los cobros, siendo difícil probar que en efecto la cartera se había transmitido.

No se pueden transmitir créditos que todavía no existen, menos en operaciones cuyo vencimiento será a un mes. Otro problema es que a veces existía para el fideicomitente la obligación de aportar al fideicomiso cartera hasta cierta cantidad, pero no siempre podía comprometerse a que siempre tuviera cartera.

Para evitar estos problemas, en los contratos de tracto sucesivo, la manera más segura de perfeccionar la transmisión y poder en su caso ejecutar las garantías, es tal vez mediante la transmisión de los derechos de cobro que estén contemplados dentro del suministro, el que de no existir, debiera firmarse para perfeccionar el requisito de la transmisión. La transmisión de cartera es la transmisión de un crédito, que debe ser producto de una operación estática, aislada o bien seriada unificada por el suministro, siendo imprescindible identificar la operación y notificar de la transmisión al deudor estableciéndose desde el principio que el único que cobre la cartera sea el fiduciario.

En cuanto a las cuestiones procesales de ejecución del fideicomiso de garantía se cuestiona si el fundamento es el acuerdo de voluntades (contrato) o la ley (procedimiento); ¿La ejecución sin vista al fideicomitente para que exhiba pruebas es violatoria de la garantía de audiencia?, ¿La adjudicación directa de los bienes por el fideicomitente entraña un pacto comisorio no obstante estarse cumpliendo la voluntad del fideicomitente deudor?

Se han dado casos en que se inicia el procedimiento de ejecución de un fideicomiso de garantía y el fideicomitente demanda su suspensión, solicitando el amparo indirecto y la suspensión provisional que consiste en que el juez civil ordene la suspensión de la ejecución utilizando argumentos como el que no fue

notificado, por tanto, no tuvo oportunidad de hacer ver al fiduciario que no estaban dadas las bases para ejecutar; no fue oído ni vencido en juicio, haciéndose el fideicomisario con la participación del fiduciario, justicia por propia mano. Aunque es poco frecuente que los jueces condenen de esa forma ya que el fideicomiso debe analizarse a la luz de la teoría del contrato y no a la de las acciones civiles ya que no es un procedimiento; se han suscitado controversias en torno al asunto.

Es por lo anterior que se trata de “cerrar” al fideicomitente o deudor todas las posibilidades de impugnación mediante, por ejemplo, cláusulas de “no responsabilidad al fiduciario” pero aunque en nuestra estricta opinión estas impugnaciones no proceden ya que van contra la forma contractual y de autonomía de la voluntad de las partes, el riesgo y la molestia de enfrentar este tipo de situaciones existe.

Es importante tomar en cuenta, que la fiduciaria no es autoridad, por tanto no puede pedirse el amparo contra sus actos, más sin embargo tampoco sería coherente demandar ante el juez civil la nulidad del fideicomiso argumentando que entraña un pacto comisorio, toda vez que sin haber sido oído ni vencido, el fiduciario despoja al fideicomitente de su patrimonio en beneficio del fideicomisario, además de pedirse la suspensión de la ejecución para mantener las cosas en el estado que guardaban para que no se le cause un perjuicio de imposible reparación. El juez no tendría en estricto sentido porque admitir esta demanda y mucho menos ordenar la suspensión, ya que una de las partes en el contrato (*res inter alios acta*) está solicitando que el contrato que voluntariamente celebró pierda efectos en forma cómoda a sus intereses, en claro fraude mediante la simulación consistente en el fideicomiso en perjuicio del garantizado. El fideicomitente actor en el juicio de nulidad acude al amparo indirecto para obtener,

a lo menos, la suspensión del acto reclamado. Si por contra el juez admite la demanda malamente y concede la suspensión de la ejecución el procedimiento se detiene. La ley es tal cual es. Si un fideicomitente decide voluntariamente transmitir su propiedad al fiduciario, para que éste le pague al fideicomisario, sea con los bienes, sea con el producto de su venta, no es una afectación prohibida, ni ilícita ni imposible, pues consiste en un fin lícito, determinado y decidido voluntariamente. Si posteriormente impugna su voluntad, es un evento que sólo se puede prever pero no evitar.

La llamada ejecución de un fideicomiso de garantía no es tal sino más bien un cumplimiento de los fines. No hay desapoderamiento, porque la transmisión se realizó en la constitución; no hay ejecución, porque no hay procedimiento judicial; no hay apropiamiento por sí y ante sí, pues lo que hay es el desahogo de la voluntad de una de las partes (el afectante); no hay garantía de audiencia que respetar porque no hay autoridad en juego. El fundamento del fideicomiso de garantía no es el 1051 del Código de Comercio, porque el juez no conoce ni debe conocer del correcto cumplimiento de un contrato, sino que el fundamento legal es el 346 de la L.G.T.O.C. y el 1793 del Código Civil (acuerdo de voluntades).

Sin considerar la posible responsabilidad del fiduciario por exceso o defecto o la incorrecta transmisión de los bienes; es preciso tomar precauciones en el texto. La determinación del incumplimiento de la obligación principal que sería el detonante de la ejecución no debe dejarse a valoraciones subjetivas, requiriendo el pago con la exhibición de documentos fehacientes (certificado de adeudos del fideicomisario, conocimientos de embarque etc.). Es recomendable en la opinión de Dávalos Mejía substituir las palabras "ejecución" y "procedimiento" por las de

"cumplimiento" y "trámite" y reiterar que la venta o la dación en pago al fideicomisario es la voluntad del fideicomitente.

Para evitar confusiones con el controvertido tema de la constitucionalidad de la ejecución de la prenda mercantil a la que se hace referencia en la ley bancaria, en opinión de este autor puede expresarse en el contrato que al patrimonio fideicomitado, no le son aplicables las reglas de la prenda, hipoteca o fianza, porque no consisten en bienes sujetos a procedimientos judiciales, sino al destino que la voluntad de las partes les quisieron dar: garantizar y pagar.

Algunos fiduciarios han utilizado un mecanismo consistente en dos fideicomisos: uno de pago y otro de venta. Los bienes se insertan en el primero para que en caso de incumplimiento el fiduciario los valúe, emita un certificado de pago al fideicomitente por el monto del avalúo, simultáneamente notifique al fideicomisario para que se de por pagado hasta por el monto del avalúo y el fiduciario de ese primer fideicomiso comparezca como fideicomisario al segundo fideicomiso aportando los bienes que conformen el patrimonio del fideicomiso anterior, para que el fiduciario del segundo fideicomiso proceda a la venta de dichos bienes y entregue su producto al acreedor. Se pretende que en los acontecimientos de venta y pago realizados en el segundo fideicomiso, los fideicomitentes del primero carezcan de interés jurídico, tanto más si ya recibieron recibo formal de pago. Esta figura pudiera utilizarse cuando el fideicomisario deudor exprese su voluntad de pagar (no garantizar) en la forma pactada en el contrato de crédito, o en la forma pactada en el fideicomiso (con los bienes), lo que dependerá de que el pago pactado en el contrato de crédito se realice en una determinada fecha.

En cuanto a la transmisión de los bienes en un fideicomiso de garantía es muy importante señalar que los bienes salen formalmente del patrimonio del fideicomitente al registrarse el contrato en el Registro Público; y salen materialmente cuando la fiduciaria acepta el cargo. La única excepción es el fideicomiso de garantía porque la recepción por la fiduciaria del dominio es indispensable para asegurar el pago; los bienes salen materialmente del patrimonio del fideicomitente cuando la fiduciaria acepta el cargo, requiriendo su registro para que surta efectos ante terceros.

CONCLUSIONES

1. El fideicomiso Mexicano es una recepción adaptada del *trust* anglosajón sin menospreciar a la Fiducia romana como antecedente, dando como resultado una figura *sui generis*.
2. En los países anglosajones, el *Trust* se aplica con una jurisdicción dividida, pero en países como el nuestro con una tradición romanística con normas unitarias, la división o desmembramiento de la propiedad desaparece, pues esta se transmite en forma íntegra y plena. Las acciones y derechos del fiduciario y fideicomisario modifican su esencia al pasar por nuestra legislación, pues no siendo éste último propietario y teniendo como en el derecho romano una expectativa de derecho, es el acreedor en la relación, ejercitando derechos personales que sólo llegan a producir la revocación o nulidad de los actos excesivos o perjudiciales de la fiduciaria. La destinación que de los bienes hace la fiduciaria, cumpliendo la voluntad del fideicomitente, creador del contrato, hace que el derecho de propiedad o titularidad sea de ejercicio obligatorio para la propia fiduciaria.
3. La naturaleza jurídica del fideicomiso es contractual. El fideicomiso mexicano es un contrato aunque se origine y se constituya como manifestación unilateral de la voluntad del fideicomitente. Para perfeccionarse necesita el consentimiento de la institución fiduciaria, formándose la relación contractual.
4. El fideicomiso como contrato tiene un doble efecto, pues en su aspecto real y positivo transmite la propiedad de los bienes o titularidad de los derechos al fiduciario, que llega a ser propietario o titular de los mismos con ejercicio

obligatorio en virtud del aspecto obligacional o negativo de cumplir con los fines propuestos en provecho del fideicomisario (acreedor común) ejercitando éste último sólo acciones personales derivadas del derecho de crédito adquirido en el contrato.

5. En el acto constitutivo del fideicomiso, no es indispensable la expresión de la voluntad del fideicomitente, aunque lo normal es que se le considere.
6. En el fideicomiso existe una transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, que la adquiere sujeta a la condición de cumplir con el fin del fideicomiso.
7. La titularidad o propiedad del fiduciario es absoluta, (unívoca, indivisible, exclusiva y perpetua) en su esencia aunque en su modo de ejercicio y en su goce sea temporal o limitada por la misma ley.
8. Para ejecutar la garantía en el fideicomiso, puede establecerse, (según lo acuerden las partes como norma suprema de los contratos, en el acto constitutivo, un procedimiento. De lo contrario, se aplicará el art. 341 de la L.G.T.O.C. referente a la ejecución judicial de la prenda, mismo que consideramos constitucional, ya que aunque es judicial porque interviene el órgano jurisdiccional y no un juicio; no viola los artículos 14, 16 y 17 Constitucionales, puesto que no hay desapoderamiento, porque el deudor no es propietario. El procedimiento extrajudicial pactado en el acto constitutivo, tampoco es inconstitucional, porque se trata de un procedimiento convenido por la voluntad de las partes, permitido por la ley, o en su defecto establecido en ésta. Por lo anterior, no es necesario que se oiga o venza en juicio a nadie,

ya que no se están dirimiendo las controversias derivadas de la obligación principal. En el fideicomiso de garantía, el procedimiento judicial (art. 341 L.G.T.O.C.) como el extrajudicial, para la ejecución de las garantías es válido y constitucional.

9. El acreedor pignoraticio y el fiduciario adquieren un derecho real sobre los bienes dados en garantía. En los fideicomisos de garantía, el fideicomisario tiene un sólo derecho personal frente al fiduciario, y no un derecho real sobre los bienes.
10. La jurisdicción se hace necesaria cuando existe una diferencia de partes. En el fideicomiso dada su naturaleza contractual, estamos en presencia de un supuesto contrario: de un acuerdo de voluntades, por el que se obliga al fiduciario a la venta del patrimonio en caso de incumplimiento, no siendo necesario acudir ante un juez, representando esto una ventaja respecto a otros contratos de garantía.
11. El fideicomiso de garantía no se asimila al pacto comisorio porque siempre se obliga a la venta de los bienes. El insistir en ello es quitarle legitimación a la prenda e hipoteca. En el fideicomiso no hay un apropiamiento de los bienes dados en garantía, y existen reglas para la venta de los bienes, que bien pueden ser pactadas y a falta de las mismas, de acuerdo con el art. 83 de la L.I.C., es supletorio el procedimiento establecido en el art. 341 de la L.G.T.O.C. relativo a la prenda mercantil.
12. Al constituirse un fideicomiso de garantía, el fideicomitente designa ciertos bienes para que pasen a formar el patrimonio fideicomitado y salgan del suyo.

El fin lícito aceptado por la ley y la Jurisprudencia, es que el fiduciario al constatar la mora en el cumplimiento de la obligación principal realice el patrimonio fideicomitado y destine los frutos de esa venta al pago de esa obligación sin efectuar ninguna función jurisdiccional, actuando conforme se obligó a sí mismo en el acto constitutivo, según el art. 356 de la L.G.T.O.C.

13. Respecto a que el fiduciario realiza funciones de jurisdicción, esto es erróneo, ya que la jurisdicción sólo la tiene el Estado. Hay casos como el arbitraje, en los que son los particulares quienes resuelven la controversia, pero en ningún momento se pretende que tengan jurisdicción por no ser órganos del Estado, y por tanto no tener capacidad coactiva para hacer cumplir sus resoluciones. En el supuesto de que el fiduciario resolviera alguna controversia, lo cual sabemos que no es cierto, no tiene capacidad para ejecutar en el sentido procesal, esa resolución. En el fideicomiso de garantía, el fiduciario sólo comprueba una situación de hecho consistente en el incumplimiento de una obligación garantizada por medio del fideicomiso, en cuyo caso determinará proceder conforme a lo que le obliga el acto constitutivo del fideicomiso.

14. El procedimiento pactado por las partes no tiene nada de parecido a un procedimiento judicial, y este procedimiento pactado se vuelve obligatorio para las mismas. Esto no se opone a que pueda surgir alguna controversia ventilable ante los tribunales, sólo que esta no puede versar acerca de la naturaleza de esa ejecución, sino sobre cómo fue llevada a cabo.

15. Es posible que se cometan violaciones al procedimiento establecido, o que el fiduciario no cumpla con todos los requisitos que se le piden antes de efectuar

la ejecución, o que surja cualquier otra irregularidad, en cuyo caso es válido acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para resolverlos.

16. Si el fideicomitente demuestra haber hecho el pago, el fiduciario no puede ejecutar; pudiendo ser materia de un juicio el determinar si el fiduciario debiera ejecutar dadas esas circunstancias.
17. El fiduciario no se arroga derechos del Estado ya que lo único que puede hacer es vender o no, una vez que sepa si se cumplió la obligación principal. No dirime controversias, ni ejecuta ninguna resolución. Sólo cumple con una obligación. Lo que deriva de ese cumplimiento del fiduciario podrá o no ser materia de jurisdicción, pero no en cuanto a la esencia de ese acto, sino a las circunstancias que lo rodean y que determinarán si el fiduciario actuó conforme a su obligación o no, proveniente de la voluntad de las partes.
18. Por no ser acto de autoridad, no es necesario que la ejecución del fideicomiso reúna los requisitos que menciona el art. 16 Constitucional. Tampoco hay necesidad de vencerlo en juicio para despojarlo de su propiedad ya que el fideicomitente había dejado de ser propietario del bien por haberlo transmitido voluntariamente en el acto constitutivo del fideicomiso a la fiduciaria. Así bien no se actualiza el supuesto del art. 14 de nuestra Constitución.
19. El fideicomiso de garantía es un contrato lícito y viable, en el que las partes acuerdan libremente un procedimiento de ejecución de garantía que les obliga a todos por igual, y que al momento de cumplirse esa obligación, no se invade la esfera de competencia del Estado ya que el fiduciario vende un patrimonio que es suyo en cuanto cumple con ciertos fines, sin afectar el del

fideicomitente. Al ceder su derecho de propiedad al fiduciario, el fideicomitente no puede alegar violación a sus garantías individuales por la venta de los bienes, pues ya no es el titular de esos derechos. Sin embargo puede exigir que esa venta se realice conforme a lo pactado, siempre y cuando ese proceso sea legal.

20. Tampoco se viola el art. 17 Constitucional, ya que el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, impone al fiduciario la obligación que éste acepta, de proceder a la venta de los bienes afectados, en caso de que se actualice la condición suspensiva a que está sujeta consistente en su propio incumplimiento ante el acreedor dentro del contrato principal. El fideicomisario no se hace justicia por propia mano, pues no interviene directamente en la venta de los bienes, sino que con el fin de contar con una realización imparcial de la garantía, se conviene que sea un tercero ajeno (fiduciario) a la obligación original quién se encargue de esto, quien al estar regulado por el Estado y sus leyes garantiza esa imparcialidad tan necesaria.

21. Si el fiduciario no cumpliera con sus obligaciones, el fideicomitente y fideicomisario se lo pueden exigir incluso judicialmente para que sus derechos les sean respetados.

22. El fiduciario no ejecuta en sentido procesal, pues la ejecución requiere de un acto previo de autoridad, y en este caso, su actuación deriva de un acuerdo de voluntades.

23. Aunque para evitar confusiones, preferiríamos llamar a la "ejecución fiduciaria" "cumplimiento", "realización", "trámite" etc.. no debería de haber problema

siempre y cuando tengamos presentes la definición procesal de ejecución, la cual no debe confundirse con la ejecución fiduciaria ya que esta no conlleva un acto de autoridad, ni de jurisdicción.

24. Por economía procesal, se requiere de una mejor y más clara regulación de los fideicomisos de garantía en la que se integren los principios contenidos en la jurisprudencia existente, y así evitar que para conocer la legalidad del procedimiento y fines del mismo haya que acudir a un juicio, y propiciar discusiones doctrinarias, que si bien no dejan de ser interesantes, y precisamente materia de esta tesis, llegan a obstaculizar el dinamismo que deben adoptar los fideicomisos de garantía y en general los contratos de esta índole.

25. Por el control y vigilancia del Estado sobre los fiduciarios, se asegura su imparcialidad y su actuación conforme a Derecho en la ejecución que se derive del fideicomiso de garantía, convirtiendo esta figura jurídica en un instrumento seguro y confiable.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Bancario*. Porrúa. México, 1978.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. "El secreto fiduciario" *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. "El comité técnico en fideicomisos" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.
- ALMAZÁN ALANÍS, Pablo Roberto. "Antecedentes Históricos del Fideicomiso en México" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.
- ÁLVAREZ HERREJÓN, Pablo. *El fideicomiso de garantía*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Universidad Panamericana. México, 1994.
- ÁLVAREZ MACOTELA, Oscar. *La naturaleza jurídica de la caución bursátil*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. UNAM. ENEP Acatlán, Naucalpan, México, 1995.
- ABASCAL ZAMORA, José María. "Fideicomiso de garantía, quiebra y suspensión de pagos" en *Actualidad y futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, 1997.
- BATIZA, Rodolfo. *El Fideicomiso, teoría y práctica*. 3a. Ed. Porrúa. México, 1976.
- BATIZA, Rodolfo. *Principios Básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Porrúa. México, 1976.
- BARRERA GRAF, Jorge. *Los negocios Fiduciarios*. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo XXIV, México, julio-septiembre 1950. Núm 144.
- BARRERA GRAF, Jorge. *Estudio de Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 1958.

BEDOLLA CRUZ, Jesús. *Fideicomiso*. Tesis profesional que para obtener el título de Contador Público y Auditor. IPN, México, 1955.

Boletín Fiduciario Bancomer, S.A.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Herro. México, 1979.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Porrúa. México, 1989.

CLARET Y MARTÍ, Pompeyo. *De la fiducia y del trust*. (Estudio de Derecho comparado). Bosch. Barcelona, 1946.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. *Títulos, Contratos de Crédito y Quiebras*. 2a Ed. Harla, México, 1992.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. "Prevención de posibles problemas procesales en la ejecución de fideicomisos" VII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, Cancun, Q.Roo, México. Octubre de 1997.

D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. EUNSA. 7a. Ed. Pamplona, 1991.

DE LA PEZA, José Luis. "El Fideicomiso en México" Banco de Bilbao. *El Fideicomiso en México y su viabilidad en España*. Jornadas de estudio organizadas por el Banco de Bilbao y el Banco Nacional de México, Banco de Bilbao y Banamex, Madrid, 1979.

DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. 8a Ed. Porrúa, México, 1993.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 18a Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1956.

DÍAZ CAMACHO, Miguel Ángel. "Régimen Fiscal del Fideicomiso" en *Actualidad y futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, 1997.

DÍAZ DE RIVERA, Guillermo. "La actividad fiduciaria de las casas de bolsa, registros informáticos y reorganización del fondo de apoyo al mercado de valores" en *Adiciones y reformas a la Ley del Mercado de Valores 1993*. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros, A.C. México, 1993.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. 3a Ed. Porrúa. México, 1975.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*. Porrúa, México, 1994.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería de Rosa, Bouret y Cía. París, 1852.

El fideicomiso en México. Memoria de Convenciones anuales del Centro Bancario de Monterrey A.C. IEESA. México, 1976.

ESPIÑOZA GÓMEZ, Alvaro. "El régimen Legal del Fideicomiso" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.

FRANCESCHELLI, Remo. *Il Trust' nel Diritto Inglese*. Pubblicazione dello Istituto de Diritto Commerciale Comparato dell' Università Bocconi di Milano. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1935.

FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Revista de Derecho Privado. 3a Ed. Madrid, 1953.

Fideicomiso: Reforma al artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, esquema general de garantía. Bancomer, 1996.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa, México, 1947.

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. 7a Ed. UNAM, México, 1987.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, "Consideraciones sobre la adición al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito" en *Actualidad y futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Angel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, 1997.

HERNÁNDEZ, Octavio. *Derecho Bancario Mexicano*. T.II. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México, 1956.

HERREJÓN ÁLVAREZ, Pablo. *El Fideicomiso de Garantía*. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, Universidad Panamericana, México, 1994.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Francisco. "Actuales problemas prácticos en la actividad fiduciaria en México" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S.A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.

LANDERRECHE OBREGÓN, Juan. *Naturaleza del fideicomiso en el derecho mexicano* Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo IX, México, septiembre de 1942. Núm 50.

LIZARDI ARBARRÁN, Manuel. *Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. UNAM. México. 1945.

LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Mercantil: Contratos*. 5a Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México, 1990.

LUCERO M, Miguel Ángel. "Reglamentación de la Actividad Fiduciaria en México" en *Actualidad y futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, 1997.

MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. 26a Ed. Porrúa, México, 1989.

MATORELL NAVARRO. Mariano. *La propiedad Fiduciaria*. Bosch. Barcelona, 1950.

"Modernización en internacionalización de los servicios fiduciarios" VII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, Cancun, Q.Roo, México. Octubre de 1997.

MORENO TRIPP, Carlos. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano*. Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho. Universidad Panamericana. México. 1992.

MOLINA PASQUEL, Roberto. *Los derechos del Fideicomiso: Ensayo sobre su naturaleza jurídica*. Jus. México, 1946.

MUÑOZ, Luis. *El Fideicomiso*. Cárdenas. México, 1973.

OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. 3a Ed. Harla. México, 1989.

PÉREZ SANDI, José Adolfo. "Ejecución o cumplimiento en los fideicomisos de garantía" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.

"Prenda" Debate realizado en Sesión Pública del Tribunal en Pleno, celebrada el Lunes 6 de noviembre de 1995. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 1996.

RIBA RINCÓN GALLARDO, José. "La personalidad jurídica y el Fideicomiso" en *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. coord. por

Miguel Acosta Romero. Banco Mexicano Somex S. A. Dirección Corporativa Fiduciaria. Libros de México, 1982.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, Porrúa. México, 1947.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *La separación de los bienes en la quiebra*. Imprenta Universitaria, México, 1951.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo III, 6a Ed. Porrúa, México, 1985.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los contratos Civiles*. 13 a Ed. Porrúa. México, 1994.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *El fideicomiso mexicano como acto sobre el patrimonio ajeno*, Revista de Derecho Notarial. México, junio 1973, año XII, Núm 51.

SERRANO TRASVIÑA, Jorge. *Aportación al Fideicomiso*. México, 1950.

SUAYFETA, Juan. *La reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Artículo. México, D.F., a 3 de junio de 1996.

URIBE MICHEL, José. *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho. ELD, México, 1948.

VIESCA TREVIÑO, Andrés. *El Fideicomiso Bancario en el Derecho Mexicano, Breve estudio comparativo con la fiducia y el trust*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Universidad Central de Madrid, 1952.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *Breve estudio sobre el Fideicomiso*. , UNAM, Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. México 1965.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. "Estado actual de la doctrina y la jurisprudencia mexicana en materia de fideicomiso" en *Actualidad y futuro del Fideicomiso en México*. Coord. por Jesús Rolandini. Edit. por Miguel Ángel Lucero M. Instituto Fiduciario Bancomer, 1997.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*. Asociación de Banqueros de México, México, 1988.

YARZA OCHOA, Carlos. *El derecho de propiedad en el Fideicomiso*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. UNAM. México, 1949.