

139
24

009075

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



CAMPUS "ACATLAN"

98 AGO 27 PM 12 58

**"VIABILIDAD DE LA GARANTIA FIDUCIARIA EN
OPERACIONES DE FACTORAJE FINANCIERO".**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

POLICARPO ALFREDO GUTIERREZ CARBAJAL

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JAVIER SIFUENTES SOLIS



SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

351



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI ESPOSA

A quien con su cariño y apoyo incentivó la culminación del presente trabajo.



A MIS HIJAS

Quienes en todo momento se han encontrado conmigo demostrando su *cariño y amor*.

A MIS PADRES

Que con su esfuerzo y esmero hicieron posible mi educación y por brindarme el cariño que se requiere para salir adelante.

A MIS HERMANOS Y FAMILIARES

Con el cariño que siempre nos ha unido, agradeciendo sus consejos de superación y responsabilidad.

✠ EN MEMORIA DE MI HERMANO FILIBERTO GUTIÉRREZ CARBAJAL ✠

Quien con su ejemplo de dedicación, deseos de superación y sentido de la responsabilidad me enseñó a valorar lo bueno de la vida, depositando en mí su confianza y apoyo; con la culminación de este trabajo cumplo la promesa que había entre los dos, aunque ya no estés aquí para verlo, pero sé que desde algún lugar lo estarás haciendo.

VIABILIDAD DE LA GARANTIA FIDUCIARIA EN OPERACIONES DE FACTORAJE FINANCIERO

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

Factoraje Financiero y Fideicomiso

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1	Factoraje	1
1.1.1	Etimología	1
1.1.2	Evolución Histórica	1
1.1.2.1	En México	3
1.2	Fideicomiso	5
1.2.1	Etimología	5
1.2.2	Evolución Histórica	5
1.2.2.1	En Roma	5
1.2.2.2	En México	8

CAPITULO II.

Aspectos Generales del Factoraje Financiero

2.1	Factoraje como Fuente del Financiamiento	14
2.2	Fuentes Internas del Financiamiento	15
2.3	Fuentes Externas del Financiamiento	17
2.4	Concepto	19
2.5	Marco Legal	19
2.6	Naturaleza	20
2.7	Elementos	20
2.7.1	Personales	21
2.7.2	Reales	21
2.7.3	Formales	22
2.8	Características	23
2.9	Derechos y Obligaciones de las Partes	24
2.9.1	Del Factor	24
2.9.2	Del Cliente	25
2.10	Tipos de Factoraje	26
2.10.1	Con Recurso	26
2.10.2	Sin Recurso o Puro	27
2.10.3	A Proveedores	28
2.10.4	Internacional	28
2.10.5	Refactoraje	29
2.10.6	Con Cobranza Delegada	30
2.10.7	Promesa de Factoraje	31
2.10.8	Sindicado	32

2.11 Documentación Necesaria para la Ralización de Operaciones de Factoraje	32
---	----

CAPITULO III.

Aspectos Generales del Fideicomiso

3.1 Concepto	34
3.2 Marco Legal	37
3.3 Naturaleza Jurídica	38
3.3.1 Teoría del Patrimonio de Afectación	38
3.3.1 Teoría de la Titularidad del Fiduciario	40
3.3.3 El Fideicomiso como Acto Mercantil	41
3.4 Elementos	43
3.4.1 Personales	43
3.4.1.1 El Fideicomitente	43
3.4.1.1.1 Derechos del Fideicomitente	44
3.4.1.1.2 Obligaciones del Fideicomitente	46
3.4.1.2 Fideicomisario	47
3.4.1.2.1 Derechos del Fideicomisario	47
3.4.1.2.2 Obligaciones del Fideicomisario	50
3.4.1.2.3 Características del Fideicomisario	51
3.4.1.3 El Fiduciario	51
3.4.1.3.1 Derechos del Fiduciario	53
3.4.1.3.2 Obligaciones del Fiduciario	55
3.4.1.3.3 Delegados Fiduciarios	57
3.4.1.3.4 Comité Técnico	57
3.4.2 Elementos Reales	57
3.4.3 Elementos Formales del Acta Constitutiva del Fideicomiso	60
3.4.4 Características	64
3.4.5 De Existencia y Validez	64
3.4.5.1 De Existencia	64
3.4.5.1.1 Manifestación de la Voluntad o Consentimiento	65
3.4.5.1.2 Objeto	65
3.4.5.2 Elementos de Validez	66
3.4.5.2.1 Licitud en el Objeto, en el Fin o en el Motivo o en la Condición del Fideicomiso	66
3.4.5.2.2 Capacidad	66
3.4.5.2.3 Forma	67
3.4.5.2.4 Ausencia de Vicios en la Voluntad	68
3.4.5.2.4.1 Error	69
3.4.5.2.4.2 Temor	70
3.4.5.2.4.3 Temor Vicio	71
3.4.5.2.4.4 Desesperación	71
3.5 Fideicomiso en Garantía	72
3.5.1 Antecedentes	72
3.5.2 Concepto	72

3.5.3	Características	73
3.5.4	Bienes que pueden ser afectados	73
3.5.5	Duración	73
3.5.6	Extinción	74
3.5.7	Efectos de la Extinción	74
3.5.8	Constitución del Fideicomiso de Garantía	74
3.5.9	Utilidad de la Garantía Fiduciaria en Operaciones de Factoraje Financiero	79
3.5.10	Ventajas del Fideicomiso de Garantía	79

CAPITULO IV

Ejecución de Garantía Fiduciaria para el Caso de Incumplimiento al Contrato de Factoraje Financiero		81
4.1	Causas	83
4.2	Efectos	85
4.3	Procedimiento de Ejecución de la Garantía Fiduciaria	85
4.4	Acciones Conexas	89

CONCLUSIONES	94
---------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	100
---------------------------	------------

ANEXOS

INTRODUCCION

El motivo del presente trabajo, es el analizar el aspecto fundamental de una de las figuras jurídicas que en nuestro país se han puesto en práctica a partir de la última década, y que ha adquirido gran importancia por la variedad y flexibilidad de operaciones que se pueden realizar, tal figura lo es el Factoraje Financiero, siendo el aspecto a estudiar la forma de garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones adquiridas al momento de firmar el Contrato de Factoraje por parte de los "CLIENTES".

En la práctica actual de las operaciones de Factoraje Financiero, las empresas dedicadas a la compra de Títulos de Crédito no vencidos y a cargo de proveedores de bienes o servicios, se han visto afectados en su economía, esto como resultado de una inadecuada forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de sus clientes, ya que al momento en que el cliente solicita una línea de crédito, la empresa le requiere entre otros documentos una relación patrimonial de los bienes que conforman su acervo financiero, misma que debe estar firmada al calce, pero no se cercioran de la veracidad de las manifestaciones contenidas en la misma, toda vez que el departamento crediticio no realiza las investigaciones pertinentes para determinar el grado de solvencia de los solicitantes, trayendo como resultado que al momento de existir incumplimiento en el pago del crédito solicitado por el cliente, y que esté sea requerido por la vía judicial, se carezca de bienes susceptibles de remate, y por ende se establezca la irrecuperabilidad del crédito.

En razón de lo anterior, se propone en el presente trabajo la figura del Fideicomiso en Garantía como forma de asegurar la recuperación de la línea de crédito otorgada a los clientes, como se podrá observar en el cuerpo del presente trabajo, se analizan las diversas teorías relacionadas con el tema, con lo cual se determina la viabilidad de garantizar el cumplimiento del Contrato de Factoraje Financiero con la afectación patrimonial sobre bienes propiedad del contratante o de un tercero, haciendo efectiva esta garantía por medio de un procedimiento que resulta ágil y económico.

Asimismo se indican las acciones legales correspondientes para el caso de que la garantía otorgada no baste para cubrir la suerte principal y los accesorios que se hubiesen generado.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1.- FACTORAJE.

1.1.1.- ETIMOLOGIA.

La palabra “FACTOR” proviene de la voz latina “FACERE”, que quiere decir “EL QUE HACE”. Esta acepción no tiene relación directa con la palabra factoring, puesto que esta es en realidad una adecuación al lenguaje anglosajón, impuesta por algunos juristas americanos.

En virtud de que en español “FACTOR” se define como el agente comercial encargado de hacer compras y ventas; tal y como lo encontramos previsto en el artículo 309 del Código de Comercio, al no contar con antecedentes reales, el término anglosajón “FACTORING” es aceptado por la dificultad de encontrar un vocablo que se adecue a la práctica que ésta operación implica.

Para el desarrollo de este tema usaremos la palabra factoraje, que es el término que actualmente prevalece en el Sistema Financiero Mexicano.

1.1.2.- EVOLUCION HISTORICA.

No existe precisión para situar el origen del comienzo de la actividad de los factores, se estima que su inicio aparece en la cultura Neo-babilónica de los Caldeos (en cuyo seno apareció también la actividad bancaria) y revestía la forma de un Comisionista que mediante el pago de una comisión garantizaba a su comitente el pago de los créditos.

En general, las primeras manifestaciones de los factores, hay que remontarlas a la época romana en forma de vendedores ambulantes que comercializaban en otras regiones los productos manufacturados de los productores y negociantes de zonas florecientes. Esto permitía un

incipiente principio de especialización y fue utilizado por lo general por los grandes propietarios romanos para la venta de sus productos.

En el siglo XVII cuando los peregrinos emigrantes a América del Norte firmaron su acuerdo comercial de asociación con James Sherley, John Beauchamp y Robert Andrews, estos hombres fueron denominados “Agentes y Factores”, a lo largo de la Era Colonial el término factor fue utilizado por profusión para designar a un agente personal y conocido que se ocupaba de los intereses financieros locales en uno o varios negocios de ultramar.

Hacia el siglo XIX en la Costa Este de E.U.A. y especialmente en Nueva Inglaterra surge la Industria Textil, que en un principio se veía denominada por el mercado de las importaciones, esto favorecía el desarrollo de los factores.

El factor financiaba la Industria Europea, tomando en garantía las *mercancías recibidas en depósito; en el momento que E.U.A. logró su independencia*, se dictaron normas proteccionistas dificultando la labor de los factores llegando a poner en peligro su existencia.

En consecuencia los factores comenzaron a prestar su ayuda a la Industria Textil Americana aprovechando su conocimiento del comercio y organización especializada de que disponían para resolver las dificultades de capital y las fluctuaciones a que se veían sometidos los industriales americanos, que obligaba a los mayoristas a adquirir sus inventarios meses antes de la estación de ventas.

Los factores dieron solución a las dificultades de liquidez que lo anterior provocaba, por medio de un adelanto de dinero contra la mercancía expedida al factor anticipadamente a la estación, garantizando el crédito de los compradores y haciendo adelantos a la fábrica contra asignación de recibos.

A finales del siglo XIX, la expansión industrial de E.U.A., toma gran auge, por lo que los fabricantes deciden realizar sus ventas directamente prescindiendo de los servicios del factor. Los factores al ver como desmejoraba su situación ofrecieron su experiencia en el tratamiento selectivo de los clientes enfocando su actividad hacia la necesidad de

financiamiento y crédito, tomando así forma de un banquero especializado y disminuyendo su función comercial.

A principios del siglo XX los factores dejan de realizar en gran medida sus funciones comerciales de comisionistas y se perfeccionan en funciones crediticias.

Para 1933 en consecuencia de la crisis bancaria el desarrollo de los factores es importante, toda vez que estos no son afectados por las reglas bancarias ni por las normas impuestas a los bancos por la Legislación Federal y pueden así fijar políticas más flexibles en otorgamiento de créditos.

Es a partir de ésta época en que los factores amplían su campo de trabajo a otras ramas de la industria.

1.1.2.1.- EN MEXICO.

Al finalizar la década de los años cincuentas, cuando el comercio internacional atraviesa nuevamente una etapa de normalidad, se plantea la introducción del factoraje en los países desarrollados y en vías de desarrollo.

En México sus inicios los tenemos en 1961, en la XVII Convención Nacional Bancaria y, en la cual, el Presidente de la Confederación de Cámaras Industriales, propuso que se introdujera en el país el negocio jurídico conocido en Norteamérica como "Factoring".

En esta época se fundaron simultáneamente dos empresas que se dedicarían al factoraje con recurso:

Walter E. Heller de México, S.A., con participación del grupo de Carlos Trouyet y Walter E. Heller Overseas Corp. de Chicago (división de la empresa de factoraje más grande del mundo, Walter E. Heller International, Corp.)

Corporación Interamericana, S.A., en la que participaron el Grupo Interamericana (Luis Echeverría Capo, Financiera Colon, Jack Fieshman y, posteriormente, Burton Grossman, Joaquín Casaus y otros), además del Chase Mannhatan, que al poco tiempo vendió su participación al Walls Fargo Bank.

En 1975, Heller de México, cierra sus puertas por la muerte de Trouyet y se asocian Walter E. Heller Overseas con el Grupo Interamericana para formar Factoring Interamericana, S.A.

En junio de 1988 se integró la Asociación Mexicana de Empresas de Factoraje, integradas hasta el año de 1989 por los siguientes miembros:

- ARKA FACTORING.
- BASE DE MEXICO.
- BURSAFAC.
- CITIBANK CORPORACION MUNDIAL DE SERVICIOS.
- FACTORING COMERMEX.
- FACTOR CREDIMEX.
- FACTOR DE CAPITALES.
- FACTOR DEL NORTE.
- FACTOR FINAMEX.
- FACTOR FIN.
- FACTORING INLAT.
- IPSO FACTORAJE ESPECIALIZADO.
- IMPULSORA MEXICANA DE FACTORAJE.
- LEASCO.
- LIQUIDEZ EMPRESARIAL FACTORIZADA.
- PROFALMEX.
- TECNICA PROFESIONAL DE INVERSIONES.
- PROFACTORING MEXICANA.

1.2.- FIDEICOMISO

1.2.1.- ETIMOLOGIA.

La palabra fideicomiso proviene del latín fideicommissus, formada por “FIDES” que significa fe y “COMMISSIS”, que tiene que ver con la transmisión testamentaria, cuando el testador manda al heredero que la herencia o parte de ella la transmita a otro, por ello “FIDEICOMISSUS” significa a la conciencia fiel.

1.2.2.- EVOLUCION HISTORICA.

1.2.2.1.- EN ROMA.

El fideicomiso tiene sus orígenes en las antiguas disposiciones romanas, creadas en virtud de la dificultad que representaba el transmitir bienes, debido al rígido formalismo del Derecho Romano y a la carencia jurídica para comprender y aceptar el concepto de responsabilidad civil como consecuencia directa de las obligaciones contraídas por medio de los contratos.

En el Derecho Romano, el fideicomiso surge de la necesidad que tenían ciertas personas de transmitir sus bienes a otras que no poseían la capacidad jurídica para recibirlos, utilizándose también para garantizar un crédito y en el supuesto de encontrarse en peligro de perder sus bienes o la vida.

En roma el fideicomiso se entiende como una figura jurídica que se encuentra revestida de confianza, que no se puede dar si no es porque una persona confía en otra y entrega sus bienes y ésta los administra en beneficio de un tercero

Villagordoa Lozano señala: “En Roma existieron dos instituciones que son antecedente del fideicomiso actual. Estas son: La fiducia y los fideicomisos testamentarios”. (1)

(1) - Villagordoa Lozano José. Doctrina General del Fideicomiso, 2ª Edición. Editorial Porrúa. México. 1989, p 16

Para nuestro tema únicamente estudiaremos lo relacionado con la fiducia.

1. La fiducia - Se encontraba constituida por dos elementos a saber que son:

a) Tradens: Es quien transmitía los bienes al fiduciario y podía hacer uso de ellos para un determinado fin, la transmisión de la propiedad era realizada a través de la “mancipatio” o la “in jure cessio” que eran formas solemnes de hacerlo.

b).- Accipiens: Era el fiduciario

La fiducia pertenecía al tipo de contratos reales, ya que se perfeccionaba con la simple entrega de la cosa materia del contrato que podía ser mutuo, comodato, prenda, depósito y la hipoteca

Menciona Villagordoa Lozano: “Existen dos formas de fiducia o pacta fiducia: La Fiducia Cum Creditore y La Fiducia Cum Amenco” (2).

a) La fiducia cum creditore.- fue de gran importancia porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones operando de la siguiente manera:

La persona que tenía una deuda para garantizar su cumplimiento, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez, se obligaba a devolverlos al deudor cuando hubiere cubierto su adeudo. Como se puede observar el objeto primordial de esta figura, era garantizar el crédito, sin embargo, el incumplimiento del deudor facultaba al acreedor para retener la cosa para sí o enajenarla y cuando el valor del bien excediera, no quedaba obligado a devolver la diferencia al deudor.

Esta figura reviste gran importancia para nuestro tema, toda vez que se trata de los orígenes del fideicomiso de garantía.

(2) - Op Cit p 21

b).- La fiducia cum amico.- se empleaba para que una persona de confianza guardara, a la vez usara, y disfrutara gratuitamente y en provecho propio, ciertos bienes que le transmitía el propietario, quien así se liberaba de algunas obligaciones, como se puede apreciar esta figura se identifica con el contrato de comodato, que era un préstamo gratuito de uso.

Los elementos de la fiducia se dividen en:

I.-PERSONALES.

a) Tradens.- Persona que transmitía la propiedad de los bienes de manera solemne para garantizar una obligación, liberarse de ciertos impuestos o de ciertas cargas impositivas, este es el que determina el fin y el tipo de fiducia.

b) Accipiens.- Es la persona que recibía la propiedad del bien transmitido, quien se obligaba a regresarlo una vez que se hubiere realizado el fin determinado al propio tradens o a un tercero beneficiario.

c) Beneficiario.- Que podía ser el propio tradens o un tercero al que regresaban el remanente del producto o bien una vez que se realizaba el fin de la fiducia.

II.- MATERIALES.- Se compone por los bienes y derechos del fideicomiso.

Bravo González dice: “La enajenación con fiducia presentaba grandes inconvenientes para el deudor, toda vez que se le quitaba el uso del objeto y se exponía a recuperarlo deteriorado por el hecho o negligencia del acreedor, más aún, se exponía a perderlo si el acreedor lo vendía antes del vencimiento; además, no podía emplear el objeto para conseguir más préstamos.” (3).

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

1.2.2.2.- EN MEXICO.

En nuestro Sistema Jurídico Mexicano, a principios del presente siglo, el Gobierno Mexicano celebró un convenio, con banqueros americanos, ingleses y alemanes, por medio del cual, la compañía Ferrocarriles Nacionales de México, lanzaba dos grandes emisiones de bonos de hipoteca preferente y bonos de hipoteca general, los cuales se encontraban garantizados por medio de dos hipotecas y escrituras de fideicomiso, otorgadas respectivamente, a favor de otras instituciones fiduciarias de la ciudad de New York, quienes recibirían en beneficio de los tenedores de bonos, las siguientes garantías hipotecarias:

- 1.- Todas las acciones y títulos de los ferrocarriles incorporados.
- 2.- Gravamen directo sobre todas las propiedades, muebles e inmuebles de los mismos ferrocarriles.
- 3.- Hipoteca o prenda de cualquier otra propiedad inmueble o mueble que adquiriera la citada empresa con los bonos emitidos.

Lo anterior, encuentra su apoyo en las palabras de Rabasa, quien expresa: “El antecedente más notable de la aplicación del trust o fideicomiso angloamericano, con efectos jurídicos en México... es indudablemente el caso de la constitución de los Ferrocarriles Nacionales de México... Así que, en la consolidación y fusión de los Ferrocarriles de México, por primera vez, se emplea expresamente el trust o fideicomiso angloamericano celebrado el 29 de febrero de 1908...” (4).

De lo antes mencionado se puede ver que en ese momento, se utilizó por vez primera en nuestro sistema jurídico mexicano el trust americano o fideicomiso anglosajón, otro punto que resalta es el hecho de que esta institución se comenzó a utilizar casi 25 años antes de que se legislara sobre el fideicomiso en nuestro país.

(4).- Vid Velasco Emilio, Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales, Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo II, México, 1987, p 11.

a).- PROYECTO LIMANTUR.

El Proyecto Limantur tuvo como finalidad establecer las instituciones fiduciarias y sus servicios especializados. La oposición que suscito ese proyecto y el turbulento periodo de la Revolución que se iniciara pocos años después, retardaron los esfuerzos para implantar esas instituciones; este proyecto fue redactado por el Licenciado Jorge Vera Estañol, mismo que no llegó a examinarse por la Cámara de Diputados, debido a la oposición del Licenciado Rosendo Pineda.

Este proyecto de ley constaba de ocho artículos en los que se establecían principalmente como objetivo impedir el estancamiento de la riqueza general, por lo que se hacía necesario consignar principios fundamentales sobre fideicomiso, no solo en cuanto a su funcionamiento sino también en cuanto a los requisitos esenciales para su constitución, surgiendo así por primera vez un proyecto de ley para encuadrar dentro del contexto legal del marco jurídico la figura del fideicomiso.

b).- PROYECTO CREEL O LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS

En la convención Bancaria celebrada en febrero de 1924, fue presentado el Proyecto Creel sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, por lo que se hacía menester establecer bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir una Ley General.

En este orden de ideas es como el Licenciado Creel propuso diecisiete bases de acuerdo a las cuales, las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro funcionarían en virtud de que dichos organismos podían recibir hipotecas, pagar cupones, amortizar bonos y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso, además de ejecutar cargos de albaceas, administrador, tutor sindico y perito, esta proposición no tuvo en realidad ningún resultado práctico en su momento, quedando tan sólo como un precedente histórico.

c).- PROYECTO VERA ESTAÑOL.

Fue presentado por el Licenciado Vera Estañol en 1926, constituye un desarrollo del llamado proyecto Limantour.

Este proyecto se sometió a la Secretaría de Hacienda, mismo que fue inspirado en las Instituciones fiduciarias norteamericanas y en el proyecto Alfaro de Panamá de 1920.

En esta exposición se mencionan las operaciones fideicomisarias, además de los fines que se persiguen al crearse un fideicomiso, entre los cuales se encontraban los de venta o adjudicación de los bienes materia del fideicomiso y el pago a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos. Estos fines concuerdan con los fines que persigue el actual fideicomiso de garantía.

d).- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

En esta ley se hace mención por vez primera en la historia de nuestro derecho de la palabra fideicomiso, en su artículo 6° fracción VII, que menciona: "...se consideran instituciones de crédito para todos los efectos legales los bancos de fideicomiso...", estableciendo: "Que los bancos del fideicomiso sirven a los intereses del público de varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos o al tiempo de su vigencia..." "...los bancos de fideicomiso se regirán por una ley especial a expedirse".(5)

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

(5).- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de Diciembre de 1924, publicada en el Diario Oficial del 16 de Diciembre de 1925, p. 6.

e).- LEY DE BANCO DE FIDEICOMISO Y LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

Este conjunto de leyes adoptaron fundamentalmente la doctrina del Lic. Alfaro, cuando en sus artículos 6º y 102, establece que “el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”. (6)

La diferenciación existente entre esta legislación y la mencionada en el numeral anterior, lo es que, en la ley dice que los bienes se entregaban y el jurista Molina Pasques, dice que se transmiten. En lo que respecta a las demás disposiciones existen varias que se conservan en la Ley de 1932, entre ellas que el fideicomiso deba tener un fin lícito, la separación patrimonial del fideicomitente del fideicomiso, su inscripción en el Registro Público, prohibición que se constituya verbalmente entre otras.

f).- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.

El 26 de agosto de 1932, se publicó en el Diario Oficial de la Federación esta ley, misma que entre en vigor el 15 de septiembre del mismo año.

Esta ley conserva en principio el espíritu de la ley de instituciones de 1926, salvo que su principal cometido lo es corregir errores y llenar lagunas, estableciendo una estructura acorde a la época. En el articulado de esta ley se incorporan conceptos de gran trascendencia en nuestros días, por lo que es de mencionarse algunos de ellos:

“Artículo 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destinará ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria.

(6) - Alfaro Ricardo, Adaptación del Trust Anglosajón, Rev. Jus, 1ª Edición 1946, p. 20

Artículo 347. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Artículo 350. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito...”(7)

g).- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 1990, y en la cual se establece que el servicio de Banca y Crédito sólo podrá prestarse por Instituciones de Crédito, que podrán ser: I.- Instituciones de Banca Múltiple y II: Instituciones de Banca de Desarrollo. También indica en su artículo 46 fracción XV, que solamente las Instituciones de Crédito podrán practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

Tales operaciones de fideicomiso se llevarán a cabo mediante delegados fiduciarios de las Instituciones de Crédito. Además establece en su artículo 83 lo siguiente: “ A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del funcionario”. (8)

El artículo 341, nos dice: “ El acreedor podrá pedir al juez 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...”. (9)

(7).- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, 59a Edición, México 1993 pp 330 a 331.

(8) - Ley de Instituciones de Crédito, Editorial Porrúa, 40a edición, México, 1993

(9) - Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, 19ª Edición, México, 1993, p 329

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

Esta regulación normativa es de gran importancia y trascendencia para el desarrollo de nuestro tema, y más adelante ampliaremos la información al respecto.

CAPITULO II.

ASPECTOS GENERALES DEL FACTORAJE FINANCIERO.

2.1. FACTORAJE COMO FUENTE DEL FINANCIAMIENTO.

La aparición del factoraje en el Sistema Financiero Mexicano viene a representar una de las mejores fuentes de financiamiento a corto plazo en el mundo empresarial, ya que ofrece un financiamiento ágil, inmediato y oportuno directamente relacionado con el volumen de ventas de las empresas transmitentes, además de las siguientes ventajas:

- a) Aprovechamiento de oportunidades de precio y descuento por pronto pago;
- b) Nivelación de flujos de efectivo;
- c) Nivelación de inventarios;
- d) No genera pasivo;
- e) No afecta la capacidad de financiamiento bancario;
- f) Liquidéz inmediata;
- g) Disminuye costos de crédito y cobranza;
- h) Permite obtener crédito de proveedores en épocas de poca liquidéz;
- i) Proteger el costo de los productos al contar con los insumos necesarios oportunamente;
- j) Se obtiene información de calidad crediticia.
- k) Mejor planeación de su tesorería al programarla en forma más eficiente,

l) Lograr una sólida estructura financiera y una rotación de sus activos monetarios;

Es importante mencionar que el factoraje también tiene desventajas como lo son:

a) No es a fin para las empresas que venden productos a corto margen comercial;

b) Las empresas que venden de contado o con plazos muy cortos, o bien, las que venden directamente al público;

c) La selectividad de los documentos por la empresa factor no repercute en reducción de gastos de cobranza;

d) El costo financiero puede resultar elevado cuando se otorgan plazos muy cortos, por efecto del porcentaje de comisión que cobra el factor;

e) Cobertura geográfica limitada.

Con el factoraje, el empresario logra el cobro inmediato de sus ventas, lo que origina mayor rotación de inventarios con igual inversión, ya que si bien facilita el incremento de demanda, por otra parte obliga a una mayor producción de bienes, que solo se logra con disponibilidad de efectivo.

2.2.- FUENTES INTERNAS DE FINANCIAMIENTO.

a).- Capitalización de Utilidades.

Las utilidades, desde luego, son el recurso interno natural de las empresas y, consecuentemente el más importante, de acuerdo con esto, es básica la fijación de una clara política de reinversión de utilidades y de pago de dividendos en función a las necesidades de expansión.

b).- Venta de Activos.

Una fuente de menor importancia en la obtención de recursos es la venta de activos fijos, que no son necesarios para la operación o que han sido reemplazados por un equipo más moderno.

Como ya se mencionó es una fuente mínima, puesto que los recursos que ofrece representan una menor proporción de las necesidades financieras que una entidad financiera pueda tener.

2.3.- FUENTES EXTERNAS DE FINANCIAMIENTO.

a).- Mutuo.

Es una operación de crédito por virtud de la cual una institución de crédito, entrega cierta cantidad de dinero a una persona llamada prestatario y esta se obliga mediante la firma de un pagaré, a devolver en fecha determinada la cantidad recibida y a pagar los intereses estipulados.

La institución de crédito puede exigir la firma de un aval para contar con una mayor garantía en la operación.

A estos préstamos se les denomina quirografarios, cuya característica principal es que no existe ninguna garantía real o tangible, sino solo la que representa la solvencia moral y económica de las personas que suscriben los pagarés, también conocido como préstamo en blanco.

b).- Aceptaciones Bancarias.

La aceptación bancaria comienza como un giro o letra de cambio en demanda de pago librada contra un banco mediante la cual se ordena a éste el pago de una cantidad especificada a una empresa determinada o a sus apoderados en una fecha definida. Cuando el banco contra el cual se libra la orden se encuentra de acuerdo en realizar el pago, escribe en el anverso de la letra "aceptado", junto con la firma de un funcionario del banco autorizado para ello, la letra de cambio se convierte en una aceptación bancaria, es decir, en una obligación del banco aceptante. Por

su puesto, el banco aceptará solo letras a nombre de clientes que hayan realizado con él los arreglos necesarios y lo hayan convencido de que a su vez ellos pagarán al banco el importe de la aceptación al llegar al vencimiento de la misma.

Actualmente esta fuente de financiamiento no es de uso común por el alto costo que representa.

c).- Descuento de crédito en libros

Es una operación exclusivamente bancaria, en que serán descontables los créditos que los comerciantes hayan abierto a sus clientes en sus libros, con los requisitos de que los créditos sean exigibles al término o con previo aviso y que el deudor manifieste por escrito su conformidad con la existencia del mismo.

El contrato deberá constar en póliza y a ella deberán anexarse las notas o relaciones que especifiquen los créditos descontados.

El descontatario deberá entregar al banco descontador letras giradas a la orden de este, a cargo de los deudores en los términos convenidos para cada crédito.

El descontador no quedará obligado a presentar tales letras para aceptación o pago. Estas letras solo tienen por finalidad una acción preventiva, pues el descontador, no podrá endosarlas sino sólo en el caso de que para ello haya sido autorizado por el descontatario y si éste no le entrega en cada vencimiento el importe de los respectivos créditos descontados.

d).- Prestamos con garantía de cuentas por cobrar.

Son prestamos efectuados por los bancos en las que se utilizan las cuentas por cobrar como base para obtenerlos; se posesiona de estas cuentas sobre un plan de notificación o no notificación. Si se utiliza el primer plan, el banco le notificará al deudor que las cuentas por cobrar han sido asignados al banco, y que estas las habrá de cobrar a su

vencimiento. El banco acreditará en la cuenta del solicitante del crédito después de que se deduzcan los cargos por servicios e intereses.

Si se opta por el segundo plan, el solicitante del crédito cobra sus cuentas como de costumbre y le paga al banco. El costo de este tipo de crédito es elevado, por lo que se requiere de un gran volumen de cartera.

e).- Aumento de Capital.

Una fuente de financiamiento por las empresas es el aumento de capital a través de la emisión de acciones (títulos de crédito representativos de la cuota social, que otorga un derecho al socio, emanado de la aportación).

Generalmente estos aumentos se dan cuando la empresa muestra un movimiento económico positivo y promete ser generadora de utilidades atractivos para los accionistas.

f).- Papel Comercial.

El papel comercial está representado por pagarés de empresas grandes y se venden principalmente a otras empresas comerciales, compañías de seguros, fondos para pensiones y bancos.

La utilización de ésta fuente de financiamiento, se limita a empresas que cuentan con un gran prestigio crediticio. Los efectos vendidos en el mercado de papel comercial típicamente están suscritos con vencimientos de uno a tres meses. Algunos negocios venden papel comercial sobre una base continuada otros toman prestado por medio de sus ventas únicamente para cubrir necesidades estacionales y otras con un carácter meramente temporal.

La venta de documentos por cobrar a inversionistas o corredores de papel comercial aceptando el riesgo de cobro, es la fuente de financiamiento en sí. Lo más común es que los posibles compradores

sean los bancos que cuentan con excedentes de efectivo para intervenir rentablemente a corto plazo aún cuando el interés es realmente bajo, el público inversionista también se encuentra facultado para intervenir en la adquisición de papel comercial.

2.4.- CONCEPTO.

El factoraje financiero ha sido objeto de numerosas definiciones, como lo son:

Según Gavalda: “La operación consiste en una transferencia de deuda comercial de su titular a un factor que se encarga de efectuar su cobro y que garantiza un buen fin, lo mismo en el caso de insolvencia provisional como definitiva del deudor mediante la retención de unos gastos de intervención”. (10)

Según Christian: “En su forma más clásica, el factoring consiste en el pago por el factor a un industrial o a un comerciante de las facturas que ellos tienen sobre sus compradores, mediante la transferencia de los créditos y la entrega de ciertas comisiones y hace cuestión propia la falta de pago eventual de la factura por el deudor”. (11)

Según De Angeli: “ Actividad de una institución financiera que adquiere los créditos derivados de suministros o de la prestación de servicios, asumiendo todas las incumbencias correspondientes a su contabilidad y cobro, sin acción de regreso sobre el cedente en caso de insolvencia y con notificación de la cesión del deudor”. (12)

(10).- Gavalda, El Contrato de Factoring, Editorial Semanario Jurídico, Paris, Diciembre de 1966, p 17

(11).- Christian, El Contrato de Factoraje, Editorial Juris, Paris, p.29

(12) - De Angeli Sergio, Factoraje, Milan, 1965, p. 1893

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, en su artículo 45-A lo define como: “Contrato mediante el cual una empresa de factoraje financiero adquiere de sus clientes, derechos de crédito derivados de la proveeduría de bienes, servicios ó de ambos”. (13)

De las anteriores definiciones podemos deducir la dificultad de reducir a un sólo concepto el complejo y variado campo de acción del factoraje, por ello me inclino a definir al factoraje como un contrato en virtud del cual la empresa de factoraje conviene con el cliente, ya sea personas físicas o morales, que realicen actividades empresariales, en adquirir derechos de crédito que tengan en su favor, derivados de la proveeduría de bienes, servicios o ambos, que se encuentren documentados en facturas, contrarecibos, títulos de crédito o cualquier otro documentos denominado en moneda nacional o extranjera, que acredite la existencia de dichos derechos de crédito, por un precio determinado o determinable, mismos que deben encontrarse no vencidos, pactando la empresa de factoraje en anticipar parte del pago o cubrir su totalidad menos una comisión, siendo factible pactar que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero, o que el cliente quede obligado solidariamente a responder por el pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos y en caso de que el cobro de tales derechos se realice por terceras personas, se deberán observar las reglas de carácter general, emitidas por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, que determinan los requisitos, condiciones, y límites que las empresas de factoraje deberán cumplir para al supuesto.

2.5.- MARCO LEGAL.

Desde los inicios del factoraje en México, la naturaleza jurídica del mismo era considerada sui géneris, debido a que las características del mismo, no encajaban en forma definida en ninguna de las figuras jurídicas existentes en nuestro Sistema Financiero.

Es hasta el 3 de enero de 1990, en que por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, se determina que las Empresas de Factoraje Financiero son consideradas como Organizaciones Auxiliares

(13).- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Editorial Porrúa, p.412

del Crédito. Por consiguiente las operaciones de factoraje quedan regidas por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

2.6.- NATURALEZA.

El Contrato de Factoraje se integra dentro del campo del Derecho Mercantil; se trata de un contrato de empresa surgido como consecuencia de las nuevas necesidades económicas.

El factoraje comprende prestaciones de variada índole: transmisión de créditos y prestaciones de servicios, además según la modalidad, varían las prestaciones estipuladas.

Los servicios del factoraje tienen por objeto liberar a las empresas productoras y a las suministradoras de los problemas que plantea el cobro de los documentos transmitidos, los riesgos de insolvencia y los problemas administrativos derivados de la necesidad de investigar la solvencia de la clientela y de llevar una contabilidad especializada problemática.

Se trata de una figura alrededor de la que puede estipularse variedad de cláusulas, según las funciones que desde un prisma económico realiza el factoraje, y que la conforman como una compleja mezcla de elementos y características propias de otras de diversa naturaleza como la Comisión Mercantil, el descuento comercial o el seguro de créditos.

2.7.- ELEMENTOS:

2.7.1.- PERSONALES.

Tres son los elementos que figuran en el Contrato de Factoraje: La empresa Factor, el Cliente y el Deudor.

1.- Empresa Factor. Institución que presta servicios financieros a través de las cuales adquiere derechos de crédito a cargo de terceros,

anticipando al cliente un porcentaje del valor de los mismos, llevando implícitamente la prestación de servicios de custodia, administración y cobranza de cartera.

2.- Cliente: Industrial o comerciante que como resultado de sus operaciones de producción o venta de bienes y/o servicios, obtiene derechos de cobro y contrata con la empresa factor la transferencia de los mismos para allegarse de recursos frescos, procurándose de esta forma, capital de trabajo.

3.- Deudor: Es la persona físico o moral adquirente de bienes o servicios del cliente y que contrae una obligación futura de pago de un precio y que se convierte en deudor precisamente del crédito transmitido al factor.

4.- Factor Exportador: También llamado Factor Nacional, es la Empresa de Factoraje Financiero que tiene su sede en el país donde el cliente lleva a cabo sus operaciones.

5.- Factor Importador o Factor Extranjero: Es aquel que tiene su sede en el país donde el deudor desarrolla sus actividades.

2.7.2.- REALES.

Son todos los objetos de transmisión, es decir todos los derechos de crédito susceptibles de transmitirse de uno a otro acreedor, no vencidos que se encuentren documentados en facturas, contrarecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento que acredite la existencia de dichos derechos de crédito y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

2.7.3.- FORMALES.

Por cuestión de política de las empresas de factoraje financiero, así como por cuestiones procesales, los Contratos de Factoraje Financiero se ratifican ante Corredor Público debidamente autorizado para el ejercicio profesional, para los efectos de que los contratantes no objeten la validez

y contenido del contrato al momento de entablarse la correspondiente demanda, ya que al ratificarse ante Fedatario Público, el documento se eleva a categoría de instrumento público, haciendo prueba plena.

Es también un hecho formal la notificación del cliente en carta dirigida a cada uno de sus deudores de que los créditos han sido objeto de transmisión a la empresa factor, tal y como lo dispone el artículo 45-K, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y que a la letra dice:

“ART. 45-K.- La transmisión de los derechos de crédito deberá ser notificada al deudor por la empresa de factoraje financiero, en términos de las disposiciones fiscales, a través de cualquiera de las formas siguientes:

I.- Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en los que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contrarecibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción;

II.- Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, telex o telefacsímul, contraseñados o cualquier otro medio donde se tenga evidencia de su recepción por parte del deudor, y.

III.- Notificación realizada por fedatario público.

En los casos señalados, la notificación deberá ser realizada en el domicilio de los deudores, pudiendo efectuarse con su representante legal o cualquiera de sus dependientes o empleados.

Para los efectos de la notificación a que alude el párrafo anterior, se tendrá por domicilio de los deudores el que se señale en los documentos en que consten los derechos de crédito objeto de los contratos de factoraje...” (14)

2.8.- CARACTERISTICAS.

a) Consensual.

Es consensual ya que se perfecciona con el consentimiento de las partes, presupone un acuerdo de voluntades, sin embargo por sus características de adhesión y en masa, en la práctica se celebra por escrito.

b) Bilateral.

Es bilateral o recíproco porque compromete a los dos contratantes;

c) Oneroso.

El factor esta obligado a comprar las cuentas por cobrar, y la empresa deberá pagar honorarios por ello, que será un porcentaje del total de las sumas transmitidas.

d) Conmutativo.

Ya que se relaciona con el cambio de una prestación por otra; ambas partes conocen de antemano sus obligaciones tanto como sus derechos estipulados precisamente en el contrato.

En cuanto al factoraje con recurso, el factor se limita a realizar servicios de cobranza y administración.

En el factoraje sin recurso, tampoco se dá la nota de aleatoridad debido a que en el momento de la transmisión de crédito, el factor está adquiriendo una cosa cierta y determinada, y el no pago del crédito no es suficiente para darle el carácter de aleatorio.

e) De tracto sucesivo.

A partir de la firma del contrato y durante la vigencia del mismo, se comenzarán a transmitir cuentas por cobrar generadas por la empresa deudora, las cuales la empresa de factoraje irá adquiriendo.

f) De adhesión.

La empresa de factoraje fija todas las condiciones y lo entrega al cliente en formato impreso, y este únicamente se sujeta a las mismas.

2.9.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

2.9.1.- DEL FACTOR.

Las obligaciones y derechos del factor pueden asumirse en las siguientes:

a) Las empresas de factoraje financiero deberán obtener información sobre la solvencia moral y económica de los deudores en el contrato de factoraje.

En sus decisiones, deberán tener en cuenta preferentemente la seguridad, liquidéz y rentabilidad de las operaciones que realicen y *deberán hacer análisis de los derechos de crédito que vayan a adquirir.*

Cuando se trate de factoraje con recurso, las operaciones deberán ser congruentes con la capacidad económica real de los clientes.

b) Efectuar revisión de los registros contables del cedente.

c) Previamente a la celebración de los contratos de factoraje, las empresas de factoraje financiero podrán:

- Celebrar contratos de promesa de factoraje.

- Celebrar contratos con los deudores de derechos de créditos, constituidos a favor de sus proveedores de bienes o servicios, comprometiéndose la empresa de factoraje financiero a adquirir bienes derechos de crédito en el caso de aceptación de los propios proveedores.

d) Las empresas de factoraje financiero podrán delegar la cobranza al cedente cuando éste quede obligado solidariamente con el deudor, siendo necesario que se incluya en el contrato de factoraje, la relación de

los derechos de crédito transmitidos con los datos de identificación de los documentos (importe, fecha de vencimiento, nombre de los compradores, etc.).

2.9.2.- DEL CLIENTE.

En lo que respecta a las obligaciones y derechos del cliente pueden mencionarse los siguientes:

a) Los clientes estarán obligados a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato de factoraje financiero.

b) Responderán del detrimento en el valor de los derechos de créditos objeto de los contratos, que sean consecuencia del acto jurídico que les dio origen, salvo los que estén documentados en títulos de crédito, aún cuando en el contrato de factoraje se haya celebrado sin recurso.

c) Los clientes que celebren contratos de factoraje con recurso, deberán suscribir a la orden de la empresa de factoraje, pagarés por el importe total de las obligaciones asumidas por ellos, haciéndose constar en dichos títulos de crédito su procedencia, estos pagarés deberán ser no negociables, en los términos del artículo 25 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

d) Reembolso inmediato de los pagos que recibió sobre créditos transmitidos.

e) No constituir gravámenes sobre su cartera.

f) Recibir anticipos sobre créditos transmitidos según el porcentaje convenido.

g) Entregar todos los documentos y comprobantes necesarios al factor, en el caso de que este último efectúe la cobranza.

h) Recibir información verás y oportuna del factor, respecto de la cartera transmitida.

2.10.- TIPOS DE FACTORAJE.

2.10.1.- QUE EL CLIENTE QUEDE OBLIGADO SOLIDARIAMENTE CON EL DEUDOR A RESPONDER DEL PAGO PUNTUAL Y OPORTUNO DE LOS DERECHOS DE CREDITO TRANSMITIDOS A LA EMPRESA DE FACTORAJE FINANCIERO.

Es a través de ésta modalidad que el factor adquiere de clientes de cualquier magnitud, comerciales o industriales, las cuentas por cobrar que generan en el desarrollo de sus operaciones y en la cual estos clientes se responsabilizan solidariamente con los deudores, de la existencia y legitimidad, así como del pago puntual y oportuno de los derechos de cobro originados por dichas cuentas transmitidas a la empresa factor en caso de incumplimiento del deudor.

De lo anterior encontramos su fundamento legal en el artículo 45-B Fracción II de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, que a la letra dice:

“ART. 45-B.- Por virtud del contrato de factoraje la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

I.....

II.-Que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero.” (15)

2.10.2.- QUE EL CLIENTE NO QUEDE OBLIGADO A RESPONDER POR EL PAGO DE LOS DERECHOS DE CREDITO TRANSMITIDOS A LA EMPRESA DE FACTORAJE FINANCIERO.

Consiste básicamente en la compra en firme de la cartera de un cliente por parte de la empresa factor, en donde ésta anticipa un porcentaje determinado sobre el importe total de la operación; la esencia de esta modalidad estriba en que el factor absorbe el riesgo de insolvencia de las cuentas por cobrar, esto significa que el transmitente no está obligado a responder por el pago de los derechos de crédito por parte del deudor.

De lo mencionado podemos encontrar su fundamento legal en el artículo 45-B, Fracción I de la Ley antes mencionada y que a la letra dice:

“ART. 45-B.- ...

I.- Que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidas a la empresa de factoraje financiero.”(16)

2.10.3.- A PROVEEDORES.

En este tipo de operación la empresa factor adquiere los documentos a través de los cuales sus clientes asumen el compromiso de allegarse de bienes o servicios de sus proveedores a crédito.

Principalmente estos proveedores son de grandes cadenas comerciales o industriales y los títulos que generalmente expiden son letras de cambio o pagarés con diferentes vencimientos. Opera esta modalidad con una línea de crédito otorgada al comprador (cliente) y no al proveedor, puesto que este se desprende de la obligación de pago al transmitir al factor su documento. Se le cubre a tal proveedor anticipadamente el 100% del valor de la cuenta por pagar deduciendo únicamente la comisión pactada entre el cliente y la empresa factor.

(16) - Op Cit. p. 413.

De lo manifestado encontramos su fundamento legal en el artículo 45-C, Fracción II, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, que a la letra dice:

“ART. 45-C.- Previamente a la celebración de los contratos de factoraje, la empresa de factoraje financiero podrán:

I....

II.- Celebrar contratos con los deudores de derechos de crédito, constituidos a favor de sus proveedores de bienes o servicios, comprometiéndose la empresa de factoraje financiero a adquirir dichos derechos de crédito para el caso de aceptación de los propios proveedores” (17).

2.10.4. INTERNACIONAL.

Esta modalidad en nuestro país esta teniendo una relevante importancia en la actualidad, acorde con la tendencia mundial hacia la apertura comercial.

Ante toda una voluntad política por parte de las empresas mexicanas de intensificar nuestro comercio con el exterior y sobre todo de encontrar una actividad exportadora de otros productos que los primarios y el petróleo, el factoraje en su modalidad internacional en nuestros días viene a complementar los instrumentos financieros existentes en el comercio internacional, ya que sus principales ventajas son:

Realiza por el cliente la evaluación del riesgo de compradores que son investigados por analistas de crédito profesionales y que conocen su mercado local, apoyando la administración de la cobranza y financiando la cartera generada (cabe hacer mención de que en la operación real, el factor exportador subcontrata con el factor importador, el riesgo de crédito del importador y la obligación de pago de las facturas después de un tiempo de entre 90 y 130 días máximo después de su vencimiento normal, así como la administración del cobro y la transferencia de fondos en moneda nacional al factor exportador).

2.10.5. - REFACTORAJE.

Es un contrato mediante el cual una empresa de factoraje financiero adquiere de otra, las cuentas por cobrar otorgadas en transmisión a esta última.

De lo aquí vertido encontramos su reglamentación en la **Décimocuarta regla para la operación de las Empresas de Factoraje Financiero**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de enero de 1991, que a la letra dice:

“Décimocuarta.- Las empresas de factoraje financiero podrán celebrar operaciones de refactoraje financiero, es decir transmitir con o sin responsabilidad los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje a otras empresas de factoraje financiero, sujetandose en todo momento a las disposiciones aplicables.” (18)

2.10.6. - CON COBRANZA DELEGADA.

El cliente transfiere los créditos aprobados al factor pero queda dispensado de indicar en las facturas que el pago de las mismas debe ser realizado al factor. Formula utilizada principalmente en los Estados Unidos.

La mecánica consiste en que el cliente se encarga directamente del cobro de dichas facturas y deberá remitir de forma inmediata su importe al factor. Se excluye de las prestaciones tradicionales del factor la prestación del servicio de cobro, conservando sus demás obligaciones de la cobertura de riesgo, contabilidad y en su caso anticipo financiero.

La figura es aplicable en casos especiales en que exista una relación de confianza entre cliente y factor, o que los compradores tengan un alto grado de solvencia.

Lo anterior se encuentra reglamentado en la Décimotercera regla básica de operación de empresas de Factoraje Financiero, que a la letra dice:

(18) - Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero, Legislación Bancaria, Editorial Porrúa, 40a Edición, México, 1993. p. 459

“Décimo Tercera.- Las empresas de factoraje financiero podrán delegar a terceros la administración y cobranza de los derechos de crédito provenientes de los Contratos de Factoraje Financiero de conformidad con lo siguiente:

1.- Sólo podrá delegarse a los clientes de quienes adquieran los derechos de crédito, la administración y cobranza de dichos derechos de crédito provenientes de los Contratos de Factoraje Financiero en los que el propio cliente de la empresa de factoraje quede obligado solidariamente con el deudor a responder del pago puntual y oportuno de los propios derechos del crédito.

2.- En el Contrato de Factoraje deberá incluirse la relación de los derechos del crédito que se transmiten, misma que por lo menos deberá consignar los nombres, denominaciones o razones sociales del cliente y de los deudores, así como los datos necesarios para identificar los documentos que amparen los derechos del crédito, sus correspondientes importes y sus fechas de vencimiento.

3.- La relación jurídica que tendrán las empresas de Factoraje Financiero con las personas que realizarán la administración y cobranza de los derechos de crédito, deberá documentarse mediante contrato ante Fedatario Público.

4.- Durante la vigencia de los contratos mencionados en el inciso 3 de ésta regla, la empresa de Factoraje Financiero deberá convenir con su cliente que podrá realizar visitas de inspección en los locales de las personas que realizarán la administración y cobranza de los derechos de crédito, con el objeto de verificar la existencia y vigencia de dichos derechos de crédito, así como que los mismos se encuentren libres de toda limitación de dominio o gravamen. Al efecto las empresas de Factoraje Financiero deberán levantar actas en las que asentarán el procedimiento utilizado durante las inspecciones y los resultados mediante el cual documenten la relación jurídica respectiva.

5.- El cliente que realice la administración y cobranza de los derechos de crédito deberá entregar a la empresa de factoraje la cobranza que realice, dentro de un plazo que no podrá exceder de los diez días hábiles siguientes a aquel en que se efectúe la cobranza”. (19)

2.10.7.- PROMESA DE FACTORAJE.

Es la operación que permite anticipar hasta el 40% de un pedido, orden de compra o contrato a un plazo de hasta 90 días, fecha en la cual deberá convertirse en un contrato de factoraje financiero a clientes, puesto que en ese plazo habrá producido y entregado el bien o servicio y, *habrá obtenido un contrarecibo a cambio o habrá expedido una factura.*

2.10.8.- FACTORAJE SINDICADO.

Es aquella operación que por su cuantía se convoca a participar a otras empresas de factoraje financiero, distribuyéndola entre ellas conforme a su capacidad.

2.11.- DOCUMENTACION NECESARIA PARA LA REALIZACION DE LA OPERACION DE FACTORAJE.

Los documentos que el cliente debe proporcionar específicamente son legales y financieros de su empresa, como lo son: nombre de sus clientes y/o deudores, declaración de impuestos, así como datos generales del aval si el caso lo requiere y si se habla de una garantía, determinar el tipo de garantía, y se deberá presentar la siguiente documentación:

a) Solicitud escrita presentada por el cliente en su papel membretado, en la que indique tipo de factoraje, monto, plazo, destino y avals o garantías que ofrece;

b) Propuesta de importe de línea de factoraje por parte del Gerente de Sucursal o Funcionario de Promoción, la cual deberá contener, las razones por las cuales desea que se atienda;

c) Detalle de referencias bancarias y comerciales (como mínimo cinco), señalando nombre, domicilio y número telefónico;

d) Balance y estado de resultados, preferentemente dictaminados, de los 3 últimos ejercicios fiscales o en su defecto, que contengan nombre, puesto y firma autógrafa del representante legal de la empresa;

e) Balance y estado de resultados, con una antigüedad no mayor de 3 meses y relaciones analíticas de las principales cuentas de balance también debidamente firmados por el representante de la empresa;

f) Relación de clientes por transmitir;

33

g) Información del aval;

h) Cuando se trate de personas físicas se deberá presentar relación patrimonial con datos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, de los inmuebles que reporte y fotocopia de su identificación oficial con fotografía y firma, acta de nacimiento y de matrimonio en su caso;

i) Cuando se trate de personas morales, se presentara balance y estado de resultados, copia de la escritura constitutiva, copia de las escrituras de otorgamiento de poderes y copia de las actas de modificaciones a los estatutos de sociedad (aumentos al capital, cambio de denominación de la sociedad, etc.).

Una vez recibida la documentación, el área de análisis de crédito de la institución, procede a elaborar el estudio de crédito para establecer la línea de factoraje financiero y posteriormente presentarlo al Comité de Crédito correspondiente, dependiendo del monto solicitado.

La empresa de factoraje debe cerciorarse de que el cliente cuenta con la solvencia necesaria y suficiente para respaldar los contratos a celebrarse, este punto es de gran importancia para nuestro estudio, ya que como acontece en la práctica, las empresas de factoraje no realizan un estudio adecuado sobre la solvencia de sus clientes, motivo por el cual, en la actualidad se ha elevado el número de fraudes a estas empresas, no obstante que el artículo 45-R, que a la letra dice:

“ART. 45-R.- Las empresas de factoraje financiero deberán obtener información sobre la solvencia moral y económica de los deudores en los contratos de factoraje. En sus decisiones deberán tener en cuenta preferentemente la seguridad, liquidéz y rentabilidad de las operaciones que realicen y deberán hacer el análisis de los derechos de crédito que vayan a adquirir.” (20).

Las operaciones a que se refiere el artículo 45-B, Fracción II, deberán ser congruentes con la capacidad económica real de los clientes y con la naturaleza y clase de los derechos de crédito que se hayan transmitido.

(20).- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Editorial Porrúa, 40ª Edición. México, 1996, pág. 416

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DEL FIDEICOMISO.

3.1. CONCEPTO.

En nuestro sistema jurídico, muchos autores se han preocupado por definir y explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, han tratado de incluir los elementos que constituyen al fideicomiso propiamente dicho, tomando como base su significado etimológico y los sucesos que en la práctica se suscitan, sin que hasta la fecha se haya dado una definición que reúna todas las características de los diversos fideicomisos que hoy en día se elaboran en nuestro país, y no está sujeto a una reglamentación, siendo su única limitación, que los fines que se persiguen no estén fuera de la ley, o vayan contra la moral y las buenas costumbres.

A continuación señalaremos algunas de las definiciones que los juristas han elaborado al estudiar el fideicomiso, así como tesis jurisprudenciales sostenidas por la Suprema Corte de Justicia:

El Lic. Joaquín Rodríguez, dice: “El fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido”. (21).

Para Ricardo Alfaro: “El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmite al fiduciario, determinados 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”. (22).

(21).-Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II. 19a Edición, México, Porrúa, 1988, pag. 122

Para el Licenciado Raúl Cervantes Ahumada, el fideicomiso “es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado”. (23).

El Licenciado Domínguez Martínez, lo define como: “negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello”. (24)

Por otro lado la jurisprudencia lo define de la siguiente forma:

“434. 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, encomendándole su realización a una institución bancaria denominada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del 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 las que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.

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

SALA AUXILIAR Séptima Época, Volumen Semestral 97-102, Séptima parte, pág. 71.” (25).

(23).-Cervantes Ahumada, Raúl, Titulos y Operaciones de Crédito, 14a Edición, México, Herrero, 1988, pag. 295.

(24).-Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, El Fideicomiso ante la Teoría General de Negocio Jurídico, 2a Edición, México, Porrúa, 1975, pag 188.

(25) -Jurisprudencia, Poder Judicial de la Federación, Cuarta Parte 3ª Sala, 1917-1975, 1ª Edición, Editorial Francisco Barrueta, S. de R.L., México, 1975, pag. 640

Villagordoa Lozano nos dice: “El fideicomiso es un 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 bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario” (26).

Este autor parte del principio de que el fideicomiso es un negocio fiduciario, toda vez que se encuentran dos relaciones, una relación real con efectos erga omnes mediante la transmisión del fideicomitente al fiduciario, de la titularidad de los derechos que constituirán la materia del fideicomiso para la realización del mismo, surgiendo en estos términos la relación obligatoria. Además, en su concepto, el patrimonio es autónomo, sin olvidar que todo patrimonio tiene un titular de conformidad con los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.

Rafael de Pina Vara manifiesta: “El fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual una persona física o moral, denominada fideicomitente, designa bienes o derechos a la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular del patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos”. (27)

Se puede apreciar que la citada definición, establece los fines de dicho negocio, así como la situación jurídica de los bienes dados en fideicomiso, debido a que éstos pasen a integrar el patrimonio fiduciario, teniendo la titularidad la institución fiduciaria.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala en su artículo 346 lo siguiente: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”. (28)

(26).-Villagordoa Lozano, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México 1989, , pag. 119.

(27).-Depina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, Tomo II, pag. 815

(28).-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, 59ª Edición, México, 1993

Como se desprende de esta definición, se refiere al fideicomitente más no al fideicomisario o beneficiario y la expresión “a un fin determinado”, deja una laguna en la ley en donde ese fin determinado es una variedad múltiple de supuestos.

Lo que podemos agregar, es que el fideicomiso es una figura mercantil que se encuentra someramente regulada por la legislación mexicana, tripartita y el único negocio en donde existe un patrimonio de afectación.

De todo lo antes expuesto, es procedente dar una definición de fideicomiso, tomando como base los distintos conceptos que se han venido analizando: Es una figura jurídica mercantil, por medio de la cual, una persona física o moral llamada fideicomitente entrega ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria encomendándole la realización de determinados fines en beneficio de una tercera persona llamada fideicomisario, que también puede ser el propio fideicomitente.

3.2.- MARCO LEGAL.

Las disposiciones que reglamentan de manera primordial el fideicomiso mexicano, son las siguientes:

a) Por lo que se refiere a la sustantividad del contrato del fideicomiso: la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

b) Por lo que se refiere a la organización de los sujetos activos del fideicomiso (fiduciarias): Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.

c) Por lo que se refiere a los fideicomisos en los que participe como fiduciario o fideicomitente el Gobierno Federal: la Ley Federal de Entidades Paraestatales.

d) Los fideicomisos en los que participe la inversión extranjera: Resolución General N° 9 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, del 2 de octubre de 1975, sobre la autorización e inscripción de fideicomisos; en su recopilación de 1985, y el reglamento de la ley para

promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de mayo de 1989.

3.3. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

En la doctrina jurídica mexicana, se ha venido especulando prácticamente desde que se introdujo la figura en comento, sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso y a partir de ésta, sobre varios temas, a saber: si implicaba una forma especial de propiedad, la existencia de un acto traslativo de dominio, personalidad jurídica, patrimonio sin dueño o afectación, desdoblamiento de la propiedad, la causa o ausencia de ésta en el fideicomiso, la naturaleza personal o real del derecho del fiduciario o del fideicomisario, etc. Analizaremos al respecto diferentes teorías que pueden sustentar ante todo el criterio de su estructura jurídica por las bases para que una vez cimentado pueda introducirse el fideicomiso como garantía en operaciones de factoraje financiero siendo para lo cual los conceptos que se expresan a continuación, recogen las tesis que en nuestra opinión pueden establecer y fortalecer la viabilidad de una garantía fiduciaria en el factoraje financiero.

3.3.1.- TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION.

La Teoría de Patrimonio de Afectación parte de la idea de que se dá un patrimonio para un fin determinado. La transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino para que sea afectada y se consiga o se logre el fin para lo cual fue constituido el fideicomiso.

La afectación del patrimonio, se lleva a cabo mediante un desprendimiento de la propiedad, semejante al usufructo en que la nuda propiedad se separa del usufructo. Dentro de esta teoría, encontramos dos puntos de trascendencia que son: 1.- El derecho de aprovechamiento que se destina al fideicomiso sin que exista una persona titular del derecho; 2.- La facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a realizar el fin del fideicomiso. Las consecuencias de la afectación son:

a) El constituir un patrimonio especial; b) El patrimonio del fideicomiso que se integra con los bienes afectados.

Sin embargo, la principal falla que tiene esta teoría es aceptar la existencia de un patrimonio sin titular, porque no puede existir un derecho sin titular, como no habrá obligación sin obligado; también se deduce de esta teoría la posibilidad de que exista un nuevo tipo de derecho, semejante al usufructo, esto nos parece poco posible porque en esa operación (fideicomiso), no solo se afectan bienes, sino también derechos personales, por lo que no se puede pensar que existiera un derecho de usufructo sobre un crédito.

Si bien es cierto, que al momento en que el fideicomitente entrega sus bienes al fiduciario éste deja de ser propietario y los bienes pasan a ser parte del fideicomiso donde el fiduciario es el titular de dichos bienes más no es el propietario, y en el caso que nos ocupa se tendría que proseguir un procedimiento de adjudicación o enajenación convenido por las partes, para que el fideicomisario pase a ser el propietario de los bienes fideicomitados.

Nuestra jurisprudencia considera al fideicomiso como un patrimonio de afectación, tal y como se puede apreciar en la siguiente ejecutoria:

“FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.- Según puede advertirse en 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 ilícito encomendado.

Amparo directo 4391/69. Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Precedente:

Sexta Epoca:

Volumen CXXXV, Cuarta Parte, Pág.77

3ª Sala, Séptima Epoca, Volumen 23, ---

Cuarta Parte, Pág. 27.” (29)

3.3.2.- TEORIA DE LA TITULARIDAD DEL FIDUCIARIO.

En esta teoría, se sostiene que el titular de los bienes o derechos fideicomitidos es el fiduciario, ya que este adquiere el derecho de propiedad sobre bienes o créditos y puede hacer de su derecho lo que considere conveniente para el mejor cumplimiento de los fines, y no importan las limitaciones impuestas por la ley o por las partes, para que se le considere como un verdadero propietario con todos sus efectos jurídicos más no para los efectos económicos.

Carlos Yarza Ochoa se inclina por esta postura, pues menciona: “El fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto que se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin, objeto del fideicomiso”. (30)

Esta teoría establece que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real traslativo de dominio que opera frente a terceros, en este sentido la ley señala que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes, o sea inscribirlo en el Registro Público de

(29).-Tellez Ulloa, Marco Antonio, Jurisprudencia sobre Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial del Carmen, 3ª Edición, México 1988, pag. 828.

(30).-Yarza Ochoa, Carlos, “El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso”, Asociación de Banqueros de México, 1ª Edición, México 1949, pag. 120.

la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles, o notificación de la propiedad cuando se trate de bienes muebles, esa traslación de dominio produce efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño con las limitaciones que marca la ley en sus artículos 346, 348, 351, 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Es de hacer notar, que también en los negocios fiduciarios existe otro aspecto interno de naturaleza obligatorio, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo en efectos inter-partes, “puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico pero no económico, ejerce facultades dominicales pero en provecho ajeno”. (31)

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado pero dominio al fin y al cabo es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario o sea es dueño en función del fin que debe cumplir, normalmente temporal.

En la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de dicho fin. A mayor abundamiento, el negocio fiduciario se caracteriza en que se elige por las partes una forma jurídica, los efectos de la cual exceden con conocimientos de las partes, de lo exigidos, para el fin práctico que se persigue, por ejemplo, si con el objeto de dar una garantía a un acreedor, se inscribe a su nombre en el Registro Público de la Propiedad, tendremos un negocio fiduciario, puesto que dicha inscripción es más de lo que es necesario para garantizar el cumplimiento adeudado.

3.3.3.- EL FIDEICOMISO COMO ACTO MERCANTIL.

Podemos afirmar que el fideicomiso, es un acto mercantil, en donde el legislador, para ajustar la institución a la realidad del medio jurídico mexicano, quiso interponer al fideicomiso determinados requisitos, principalmente para revestirlos de seguridad y legalidad, evitando abusos que pudieran derivarse de una amplia libertad en la práctica de la

(31).-Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, 20ª Edición, Editorial Porrúa, México 1990, pag. 118

institución. Por eso se mercantilizó la operación a un acto de una institución de crédito, misma institución crediticia que por su propia naturaleza ofrece seguridades tanto a los fideicomitentes, como a los fideicomisarios, Ferrara señala “ los particulares no pueden ser por sí solos crear instituciones que la ley no ha establecido, por tanto, si los particulares quisieran crear un fideicomiso sin la intervención de la institución de crédito, tal operación carecería de eficacia frente a terceros y dejaría de ser fideicomiso; toda vez que no se cumplen con las formalidades que exige el fideicomiso; por lo tanto se niega la existencia de los fideicomisos civiles donde la fiduciaria sea un particular”. (32)

En razón de lo anterior el fideicomiso fue adoptado en la legislación bancaria y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y no en el Código Civil, convirtiéndolo en un acto de comercio.

Rodríguez y Rodríguez contempla su apreciación del fideicomiso, “al Considerarlo desde el tipo de actividad que es, por lo que señala que es una operación bancaria, en virtud de que en México, solo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito y agrega, que al ser una operación bancaria, es un acto de comercio”. (33)

Basa esta idea en las leyes que regulan al fideicomiso, al respecto debemos hacer las siguientes consideraciones:

1.- En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece que “solo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito”.

2.- La Ley de Instituciones de Crédito, autoriza a las instituciones de crédito, a practicar las operaciones del fideicomiso.

3.- Al estar reglamentado el fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se debe considerar un acto mercantil.

(32).-Ferrara, Francisco, La Simulación de los Negocios Jurídicos, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1929, pag. 49.

(33) -Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit. pag. 112

4.- Conforme a lo establecido en el artículo 75 del Código de Comercio, las operaciones que practiquen los bancos, son considerados actos de comercio.

3.4. ELEMENTOS.

En el fideicomiso intervienen tres partes: El fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, pudiendo ser éste último, el mismo fideicomitente.

La constitución del fideicomiso no está condicionada a la aceptación del fiduciario, puesto que nuestra legislación establece que la institución fiduciaria no podrá excusarse sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia (Art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); siendo la adhesión del fiduciario al acto constitutivo, sólo una condición jurídica de ejecución y no de su perfección jurídica. Asimismo el fideicomiso es válido aunque al momento de constituirse no se señale fideicomisario. (Art. 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Además de los requisitos de existencia y de validez en que debe constar el fideicomiso, los cuales estudiaremos más adelante, existen otros elementos que lo conforman y que son: los sujetos de la relación fiduciaria, patrimonio autónomo y titularidad o propiedad fiduciaria.

3.4.1. ELEMENTOS PERSONALES

3.4.1.1.- EL FIDEICOMITENTE:

Es quien transmite al fiduciario, la titularidad de los bienes, el que se desprende de sus bienes y los entrega al fiduciario, se hace notar que no es necesario que el fideicomitente sea el propietario de los bienes, sino que basta que pueda disponer de ellos para realizar la afectación.

Es decir es la persona titular de los bienes o derechos que transmite al fiduciario para el cumplimiento de una finalidad lícita, desde luego debe tener la capacidad jurídica de ejercicio para obligarse a disponer de los bienes, tiene los siguientes derechos y obligaciones:

tener la capacidad jurídica de ejercicio para obligarse a disponer de los bienes, tiene los siguientes derechos y obligaciones:

Antes de entrar al análisis de los derechos y obligaciones del fideicomitente, analizaremos la capacidad del fideicomitente: señala el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: “Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen”. (34)

Como se puede apreciar del anterior precepto, se desprende que el fideicomitente puede ser:

- a) Persona Física;
- b) Persona Moral;
- c) Autoridades Judiciales;
- d) Autoridades Administrativas;
- e) La Secretaría de Hacienda, que tendrá el carácter único del fideicomitente del gobierno federal tal y como lo establecen: La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 47, segundo párrafo; la Ley Federal de Entidades Paraestatales en su artículo 41; y la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 85.

3.4.1.1.1.- DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE

I.- Tiene la facultad de designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 359 fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala “Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas, sucesivamente que deban sustituirse por

(34).- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 59ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993, pag. 331

muerte del anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas y a la muerte del fideicomitente” (35).

2.- Puede designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o separadamente, desempeñen el fideicomiso.

Esta facultad la encontramos contenida en el artículo 350 de la ley antes mencionada, último párrafo, que a la letra dice: “El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo en orden y las condiciones en que hayan de sustituirse salvo lo dispuesto en el acta constitutiva del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse a otra, para que lo substituya, sino fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”. (36)

Dependiendo de la capacidad fiduciaria y la finalidad del fideicomiso, el fideicomitente tiene la facultad de nombrar varias instituciones fiduciarias.

3.- El fideicomitente puede reservarse derechos y acciones sin que afecte la validez del fideicomiso.

Facultad que se encuentra contenida en el artículo 351 que en su segundo párrafo dispone: “los bienes que se den en fideicomiso, se consideran afectados al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se referirán, salvo los que expresamente se reserve al fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso o a los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso, o por terceros”. (37)

4.- La facultad del fideicomitente, de revocar el fideicomiso.

(35).-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Op.Cit. pag. 334.

(36).-Idem. pag. 331.

(37).-Idem. pag. 331.

El artículo 357, fracción VI señala: “El fideicomiso se extingue: por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso”. (38)

5.- Exigir al terminar el fideicomiso, el que se devuelvan los bienes, cuando así se ha pactado en el fideicomiso de acuerdo al artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Entre otras facultades del fideicomitente, encontramos las de:

6.- Señalar los fines del fideicomiso.

7.- Nombrar Comité Técnico y fijar facultades.

8.- Modificar el fideicomiso.

9.- Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación que tiene de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo.

10.- En concepto de Molina Pasquel en el caso de los fideicomisos onerosos, “exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho”. (39)

3.4.1.1.2.- OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

1.- La principal obligación del fideicomitente, consiste en transmitir al fiduciario los bienes o derechos, materia del fideicomiso, artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.- Pagar comisiones del fiduciario.

3.- Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.

(38).-Idem. pag. 333.

(39).- Molina Pasquel, Roberto, Los Derechos del Fideicomisario, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 1975, pag. 155.

4.- Responder del saneamiento en caso de evicción.

5.- Otra obligación consiste en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.

3.4.1.2.- EL FIDEICOMISARIO:

Este recibe los beneficios del fideicomiso, de acuerdo con la voluntad del fideicomitente, que a su vez, puede ser fideicomisario, más el fiduciario no puede ser el fideicomisario, ya que el fideicomiso sería nulo.

De acuerdo con el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden ser fideicomisarios las personas físicas o morales que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso. Pocos son los casos de excepción, por ejemplo, no puede designarse fideicomisario a un extranjero cuando el fin del fideicomiso consista en transmitirle la propiedad de un inmueble ubicado en la zona prohibida (artículo 27 constitucional).

3.4.1.2.1.- DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

Doctrinariamente conviene establecer los derechos y obligaciones que corresponden, bajo las siguientes distinciones:

1.- Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece sin su intervención, mediante el acta que celebran el fideicomitente y fiduciario, en el cual designen al fideicomitente, y se establecen los derechos y obligaciones a su cargo.

2.- Cuando se trate de fideicomisos cuya constitución es el resultado, no sólo del acuerdo del fideicomitente y fiduciario, sino que, en ella también interviene la voluntad del fideicomisario, pudiendo establecerse una contraprestación a cargo de él.

3.- Respecto a los fideicomisos, cuya constitución no requiere la intervención del fideicomisario y que obedecen a una liberalidad del

fideicomitente, el fideicomisario únicamente tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso y en ningún caso se establecen obligaciones a su cargo, aclaramos que, en algunas ocasiones, pueden establecerse diversos cargos pero únicamente consistirán en una mera modalidad, como la tienen el legado o las donaciones onerosas.

4.- Por lo que se refiere a los fideicomisos que han sido constituidos por el expreso acuerdo de las tres partes, estamos en presencia de obligaciones para cada una de las partes, en cuyo caso, el fideicomisario tiene a su cargo una serie de derechos y obligaciones, las cuales comienzan con el de realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo.

Conforme a lo establecido en el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomisario tiene los siguientes derechos:

1.- Derecho de Propiedad, señala Batiza: “ El beneficiario tiene una especie de propiedad, mucho más que una simple reclamación contra el trustee, que un simple derecho de crédito”. (40)

De lo anterior se desprende que el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, y por lo tanto, el propietario del bien, si así lo establece el propio fideicomiso.

2.- También el artículo 355 de la Ley en comento nos señala un derecho al mencionar:

“El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria”.

3.- El otro derecho del fideicomisario, es la anulación de actos del fiduciario, que se desprende de la segunda parte del artículo antes citado, que señala: “el de atacar la validez de los actos que este cometa en su perjuicio de mala fé o en exceso de las facultades por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda y cuando ello sea procedente, el de

(40) -Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 1976, pag 165

4.- El fideicomisario puede nombrar a la fiduciaria, de acuerdo al artículo 350 de la citada Ley: “En caso de que al constituirse el fideicomiso, no se designe normalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario”.

5.- Protección de los bienes, es otra de las facultades del fideicomisario, ya que tiene el derecho de entablar providencias conservatorias que el juez debe dictar, previa investigación de los hechos en juicio sumario.

6.- Reivindicación de los bienes; señala el artículo 350 de la Ley en mención: “y cuando ella sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso”. Esto es válido en el supuesto de que la fiduciaria en su carácter de titular del bien, enajene dichos bienes, en consecuencia el fideicomiso puede hacer valer la acción reivindicatoria y si bien la jurisprudencia de la corte señala que para ejercer la acción reivindicatoria se requiere ser propietario del bien, se entiende que con apoyo en el artículo 355 de la Ley en comento transcrito, se dá el carácter de propietario al fideicomisario para que pueda ejercer tal vía.

7.- Una facultad más del fideicomisario, es la de requerir cuentas, esto es, la facultad de exigencia de responsabilidad y remoción del fiduciario.

Al respecto Batiza comenta: “Estos derechos, salvo el de remoción, aparecen en la Ley Bancaria de 1932, por primera vez, de la cual pasaron casi a la vigencia, casi sin modificación, al establecer que cuando la institución fiduciaria al ser requerida no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada culpable de la pérdida o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción. Dispone la Ley que dichas acciones corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y a falta de éstos, al Ministerio Público, sin perjuicio de que al fideicomitente pueda reservarse tal derecho, para ejercitar esta acción”. (41)

Por lo que podemos concluir que los derechos del fideicomisario, podemos agruparlos de la siguiente forma:

- Los derechos que a su favor se deriven del acto constitutivo del fideicomiso.

- Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso, concluyendo que todos son derechos personales, con la característica esencial que sobre los bienes no posee un derecho real, sino una acción pauliana.

3.4.1.2.2.- OBLIGACIONES DEL FIEICOMISARIO.

La doctrina jurídica ha establecido que depende del tipo de fideicomiso que se trate, será la obligación, por lo que encontramos dos distinciones:

1) Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece unilateralmente por parte del fideicomitente, con la intención de hacer una liberalidad al fideicomisario, ya sea en vida del fideicomitente, o después de muerto.

2) Cuando sea un fideicomiso que se realiza con el acuerdo expreso del fideicomitente y del fideicomisario, estableciendo una contraprestación en favor del fideicomitente, por la enajenación que realiza el fiduciario, en provecho del fideicomisario.

En el primer grupo, por su naturaleza, se establece una causa donandi, en este caso, el fideicomisario únicamente tiene el derecho de recibir beneficios del fideicomiso y en ningún caso se establecen obligaciones.

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

Asimismo, se establece que deberá de realizar el pago de comisiones y gastos. La Ley Bancaria anterior, señalaba que en forma subsidiaria pagará a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor.

La Ley Bancaria vigente, no señala al respecto éste concepto.

3.4.1.2.3.- CARACTERISTICAS DEL FIDEICOMISARIO

- 1.- Podrá ser una persona física o moral.
- 2.- Debe tener capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.
- 3.- La figura del fideicomisario podrá ser indeterminada.
- 4.- Podrán ser más de dos fideicomisarios.
- 5.- Cuando sean más de dos fideicomisarios, podrán recibir simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso que el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, que deben sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

3.4.1.3.- EL FIDUCIARIO:

Es la institución bancaria que recibe los bienes del fideicomitente para destinarlos a los bienes indicados por el mismo, que en todo caso, sería la entrega de estos bienes a un tercero o a un beneficiario.

Es la persona que tiene la titularidad de los bienes y derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

El artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos dice: “solo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas para ello”. (42)

(42).- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, 59ª Edición, México 1996, pag. 331

De lo anterior se desprende que sólo pueden ser fiduciarios las instituciones de crédito, ya sea de Banca Múltiple o de banca de desarrollo, el que actúen como fiduciario, en algunas leyes, se ha establecido la posibilidad de que otro tipo de instituciones pueda desempeñar el cargo de fiduciario.

Estas excepciones no son muchas y a continuación las comentamos:

1.- Banco de México, que es un organismo público descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya función principal es ser el Banco Central de la Nación, está facultado para actuar como fiduciario, conforme a lo que establece el artículo 6º de su Ley Orgánica, que entro en vigor el 1º de Enero de 1985, en la que señala:

“Artículo 6º: El Banco de México, para la realización de sus funciones, podrá efectuar las operaciones siguientes:

“XI.- Actuar como fiduciario cuando por la ley se le asigne esa encomienda, o cuando se trate de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de las funciones del banco o este podrá canalizar recursos a los fideicomisos en que tenga carácter de fiduciario, a través de las operaciones que ésta ley le autoriza a realizar”. (43)

2.- Patronato del Ahorro Nacional, que también es un Organismo Público descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad y patrimonio propios, que forma parte del sistema financiero y está encargado de fomentar el ahorro nacional.

Este organismo también está autorizado para actuar como fiduciario, ya que así lo establece su Ley Orgánica de fecha 16 de diciembre de 1986, en la que señala:

“Artículo 5º: Para el cumplimiento de su objeto el Patronato del Ahorro Nacional podrá:

(43).- Ley Orgánica del Banco de México, Legislación Bancaria, Editorial Porrúa, 40a edición, México 1993, pag. 243.

VIII.- Practicar las operaciones del fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones”. (44)

Artículo 21.- En las operaciones fiduciarias, el Patronato del Ahorro Nación estará facultado para ejercer todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso”... (45)

Estas excepciones generan confusión, pero resultan ser comprensibles hasta cierto punto, si consideramos que la actividad del fiduciario en muchos casos, está relacionada con la administración e inversión de recursos financieros y éste la realiza en base a su infraestructura y atribuciones aunque cabe hacer la aclaración, que precisamente, por las actividades en desventaja en relación a la actuación de un fiduciario que es una institución de crédito, ya sea de banca múltiple o desarrollo, además de que la inversión de recursos, no es sólo la función que desempeña un fiduciario en un fideicomiso, sino que ésta es más amplia que compleja.

3.- La más reciente de las excepciones, son las contenidas en las reformas que han tenido las leyes del Mercado de Valores y de Seguros y Fianzas que permiten tanto a las Casas de Bolsa, como a las Compañías de Seguros, actúen como fiduciarias en las actividades que realizan.

3.4.1.3.1.- DERECHOS DEL FIDUCIARIO

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece: “La Institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto

(44)-Ley Orgánica del Patronato de Ahorro Nacional, Legislación Bancaria, 49ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993, pag 351.

(45).-Idem. pag 353.

constitutivo, no podrá excusarse a renunciar su encargo, sino por causas graves, a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa”. (46)

Del artículo anterior, se desprende que los derechos del fiduciario son los siguientes:

1.- Ser titular del bien, no significa ser propietario, sino solamente es titular el que maneja o administra el bien.

2.- Podrá ejercer todos los derechos y acciones que se requieran para cumplir con su obligación.

3.- Con base al anterior inciso tiene facultad de enajenar, permutar o donar el bien, siempre y cuando estos actos se realicen para el cumplimiento del fin del fideicomiso y no para su propio beneficio; podemos encontrar una diferencia radical entre titular y propietario, toda vez que el propietario puede enajenar, permutar o donar sus bienes en su propio beneficio a un tercero, que el mismo señale; El fiduciario lo hará sólo en beneficio y cumplimiento del fideicomiso. Al respecto Rodríguez y Rodríguez afirma: “Aunque no podemos decir que el fideicomiso tenga características de mandato, si podríamos equiparar las funciones de la fiduciaria como las funciones de un mandato general”. (47)

4.- Facultad de obtener créditos y gravar, si para el mejor desempeño de su labor y para el beneficio del trust puede obtener créditos o gravar un bien, aunque la ley no lo regula, pero sí está facultado en el acto constitucional del fideicomiso, podrá hacerlo.

5.- El fiduciario puede ser mandatario para pleitos y cobranzas, es decir tendrá la facultad de representar al fideicomiso, en caso de un litigio podemos identificar al fiduciario, como el albacea de una sucesión, es un representante legal.

(46) -Lev General de Títulos y Operaciones de Crédito, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993, pag. 333.

(47) -Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 1ª Edición, Editorial Porrúa 1988, pag. 538.

6.- Facultad de arrendar, en cuanto que la ley señala que la fiduciaria tiene todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, el fiduciario tiene una facultad muy amplia, tal y como lo tendrá el propietario del bien, salvo el caso que expresa la ley, las normas o limitaciones que establezcan al efecto al constituirse el mismo.

7.- Empleo de Auxiliares, en la fiduciaria, tiene la facultad de requerir a abogados, agentes de bolsa u otros auxiliares, en la medida que ello sea razonable, señala Batiza: “Nuestra Ley Bancaria, permite el empleo de auxiliares al disponer que el personal que las instituciones fiduciarias utilicen directa y exclusivamente para el desempeño de mandatos o comisiones a la realización de fideicomisos, formará parte de la institución, sino que según los casos, se considerará al servicio del mandante o comitente o del patrimonio dado en el fideicomiso” (48)

8.- Facultad de erogar; El fiduciario tiene la facultad implícita de efectuar gastos que sean necesarios y adecuados para llevar a efecto las finalidades del fideicomiso y el derecho a ser reembolsado, aunque no hay una ley precisa, es de entenderse con apoyo en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que ésta es una de sus facultades.

3.4.1.3.2.- OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

1.- La obligación más relevante, es la de aceptar el fideicomiso, toda vez que es una obligación de la fiduciaria aceptar el fideicomiso y sólo podrá excusarse del desempeño del cargo, por causa grave que calificará el C. Juez Civil.

2.- Así también, es una obligación de la fiduciaria, inscribir el bien en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio cuando se trate de bienes inmuebles.

(48).-Batiza, Rodolfo, Op.Cit. pag. 239.

3.- Control y conservación de los bienes.- señala la ley, que será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, por lo cual tiene la obligación de controlar y conservar el bien.

4.- Registro Contables.- Señala el artículo 60 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito “ en las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales para cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente, deberán coincidir los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución de crédito, con las contabilidades especiales. En ningún caso, estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia o las que contra ellas correspondan a terceros, de acuerdo a la ley.” (49)

5.- Separación e identificación de los bienes.- La fiduciaria no puede mezclar sus bienes con los del fideicomiso, en forma que su identidad se pierda, si los utiliza como si fueran propios, comete abuso de confianza, aún cuando su intención no haya sido de apropiárselos, si los emplea para fines personales, es culpable de incumplimiento del fideicomiso.

6.- Cuidado y pericia.- La fiduciaria tiene la obligación de cumplir con su función, como un buen padre de familia, con el cuidado y pericia de un hombre prudente emplearía en sus propios negocios.

7.- Reparación y mejoras.- Tendrá la fiduciaria la obligación de realizar la reparación y mejoras que sean necesarias para que la cosa no se pierda por su negligencia.

8.- Llevar y rendir cuentas.- Debe llevar cuentas claras y exactas, debe mostrar lo que ha recibido y erogado, las utilidades obtenidas y en su caso, las pérdidas sufridas por el patrimonio.

(49)-Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, Legislación Bancana, Editorial Porrúa, 40ª Edición, México 1993, pag. 72.

3.4.1.3.3.- DELEGADOS FIDUCIARIOS:

Las instituciones desempeñan sus funciones en los fideicomisos a través de funcionarios designados especialmente para ello, y de cuyo comportamiento responden directa e ilimitadamente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran en lo personal. A dichos funcionarios se les conoce como “Delegados Fiduciarios”.

La Comisión Nacional Bancaria podrá vetar, en todo tiempo, la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución, o acordar se proceda a la remoción de los mismos.

3.4.1.3.4.- COMITE TECNICO:

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

3.4.2. ELEMENTOS REALES:

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

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, 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 el fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario por terceros.

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

Landerreche menciona: "... Una vez que se realiza la afectación en fideicomiso de los bienes que entrega el fideicomitente y se cumplen los requisitos necesarios para que esta entrega surta sus efectos contra terceros (Arts. 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no se pueden ejecutar en el patrimonio así formado las responsabilidades a cargo del fideicomitente, del fiduciario, ni del fideicomisario a quienes sólo se podría embargar, en su caso, los derechos resultantes a su favor de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso. Así por ejemplo, al fideicomitente se podría embargar los derechos que expresamente se hubiere reservado sobre los bienes entregados, o el derecho de recuperarlos cuando el fideicomiso se extinguiere, si está sujeto a extinción; al fiduciario se podría embargar los honorarios o comisiones que les correspondieran por el desempeño de su cargo, y al fideicomisario los beneficios establecidos en su favor en el fideicomiso, cuando fueren embargables, pero el patrimonio de éste no sería embargable sino por obligaciones contraídas por el fiduciario en ejecución del fideicomiso o, en su caso, por gravámenes anteriores a su constitución". (50)

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

El patrimonio u objeto del fideicomiso, está conformado por los derechos y bienes que el fideicomitente afecta a la realización del fin del fideicomiso.

Al constituirse todo fideicomiso, el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de los derechos que constituirán la materia del fideicomiso.

Ahora bien, los derechos transmitidos al fiduciario, en virtud del fideicomiso, en el que interviene, no ingresan al propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada fideicomiso.

(50).-Landerreche Obregón, Juan, Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Publicación Quincenal, México, Septiembre 1942, pag. 230 y 204.

Francisco Ferrara, considera al patrimonio autónomo: “Como aquel que tiene deudas, en el que se localizan las obligaciones y las responsabilidades que de el mismo nacen, y que no resisten los efectos de las obligaciones diferentes que gravan el resto del patrimonio del sujeto. En las manos de un mismo titular, se tienen dos esferas jurídicas separadas: el patrimonio general de la persona y otro centro patrimonial que tiene sus propios derechos y obligaciones”. (51)

En consecuencia, cada fideicomiso, considerado como una operación individual, constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad corresponde al fiduciario y se diferencia de su patrimonio personal. Más aún, dicho patrimonio autónomo, con sus derechos y obligaciones, puede ser declarado en quiebra por los acreedores del mismo, sin que esto implique la quiebra del fiduciario.

El fideicomiso será titular de tantos patrimonios autónomos, como fideicomisos en los que intervenga.

Debemos recordar que el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de los derechos, porque en el fideicomiso se pueden afectar cualquier especie de bienes o derechos, siempre y cuando los primeros se encuentren dentro del comercio y los segundos no sean de carácter estrictamente personal del fideicomitente.

En el fideicomiso, el fideicomitente puede transmitir la propiedad de un bien inmueble, o únicamente el usufructo de dicho bien, reservándose la nuda propiedad, no solamente el fideicomitente puede transmitir derechos reales, que se requieran para los fines del fideicomiso.

Es decir, el patrimonio del fideicomiso no es un patrimonio sin titular, sino que esa titularidad corresponde, como ya dijimos, al fiduciario, en los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.

La fundamentación doctrinal de lo anterior, la fincamos en el pensamiento de Francisco Ferrara, quien a este respecto sostiene que: “las

(51).-Ferrara, Francisco, La Simulación de los Negocios Jurídicos, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª Edición, Madrid 1929, pag. 87 y 88.

personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales, de las cuales cada una tiene un tratamiento y finalidad jurídica diferente; si así es como hace la figura del patrimonio separado, es decir, del patrimonio jurídicamente distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones y deudas propias y además ser completamente ajeno a las fluctuaciones y vicisitudes que gravan al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe. El patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene otras relaciones con el patrimonio vecino, que la liga extrínseca de tener al mismo sujeto... Los dos patrimonios tienen un sujeto común. Pero el patrimonio no es una persona jurídica, porque si la autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes”. (52)

3.4.3.- ELEMENTOS FORMALES DEL ACTA CONSTITUTIVA DEL FIDEICOMISO.

“El proyecto Alfaro disponía que puede constituirse el fideicomiso entre vivos por escritura pública, documento privado o aún verbalmente”. (53)

El artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prescribe “ la Constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso”.

A continuación señalaremos de manera general los requisitos de forma que debe revestir el acto constitutivo del fideicomiso:

1.- Escritura Pública o Escrito Privado. El artículo 60, de la Ley del Notariado, define a la escritura pública como el instrumento público que en original se asienta en el libro autorizado del notario para hacer constar un acto jurídico, o bien el documento original donde conste éste, que ya firmado por las partes, se agregue al apéndice con sus anexos y en el libro del notario se asiente un extracto donde se contengan los elementos esenciales.

(52).-Idem. pag. 118.

(53).-Bernal Molina, Julian, Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso, Editorial Miguel Angel Porrúa, 1ª Edición, México 1984, pag. 24.

Sobre la forma escrita, el artículo 1834, del Código Civil, expresa que deben firmar todas las personas a las cuales se les imponga esa obligación y, si no saben, lo hará otra persona a su ruego y estampará su huella digital, en todo caso firmarán testigos del acto, cuando menos dos.

Se considera en general que la falta de forma no es requisito indispensable de validez sino de prueba, y es subsanable o convalidable (artículos 1795, fracción IV, 1796, 1832, 2231 y 2232 Código Civil). En cuanto a los requisitos, se deberá ajustas a lo que disponga la legislación común (Código Civil) sobre transmisión de derechos en la transmisión de la propiedad (artículo 352 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Si se trata de inmuebles y su valor excede de \$ 500.00 constará en escritura pública e inscribirse en el Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicado. El registro es importante porque la transmisión surte efectos contra terceros a partir de la fecha de la inscripción (artículo 353 LTOC).

En lo que se refiere a bienes muebles, el artículo 354 LTOC dispone que surtirá efectos contra terceros si es crédito no negociable o derecho personal, cuando fuere notificado al deudor si es título nominativo desde que se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor; y si es cosa corpórea, desde que esté en poder fiduciario.

2. Antecedentes o declaraciones. Se deben mencionar los datos relativos a la propiedad y las declaraciones de las partes que indiquen los motivos o fines del fideicomiso.

3. Identificación de las partes. Nombre, domicilio social, razón social, domicilios del fideicomitente o fideicomitentes, fiduciario o denominación del fideicomisario, nacionalidades.

La nacionalidad tiene importancia ya que si se trata de extranjeros, requeriría permiso de la Secretaría de Gobernación para adquirir bienes, y tratándose de sociedades anónimas, que no tengan la cláusula de exclusión de extranjeros, la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

4. Encomienda a un fiduciario. Se dice en el artículo 346 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es indispensable expresarlo para que exista el fideicomiso, aunque no se señale específicamente la institución fiduciaria. Sería causa de extinción si no fuera posible sustituir al fiduciario cuando no aceptara el designado, aplicando el artículo 357, fracción VII, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que remite al párrafo final del artículo 350 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En esa encomienda siempre existe una relación real, que consiste en una transmisión de bienes o derechos. Sin ésta, no existiría el fideicomiso.

5. Revocable o irrevocable. los fideicomisos pueden ser total o parcialmente revocables y debe establecerse la forma y términos de revocación. Por supuesto, corresponde hacerla al fideicomitente y siempre que se tomen en consideración los derechos a favor del fideicomisario, según la naturaleza o los fines del fideicomiso. De otra manera, puede ser sin expresión de causa.

6. Aceptación. Es la del fiduciario, que debe ser expresa, indispensable, pues si no se manifiesta, el fideicomiso no existe; no ha producido efectos de ninguna clase. No existiría la transmisión de bienes, que es un elemento esencial. La del fideicomiso también se requiere para perfeccionar el contrato, pero ésta no necesariamente debe figurar al momento de celebrarse el negocio.

7. Comité técnico. Lo establece el fideicomitente. Es conveniente señalar quiénes lo integran, cómo se suplen las ausencias temporales, definitivas, facultades, quórum, votación y todo lo relativo a las actas, designación de secretario, juntas, etcétera.

8. Delegado fiduciario. Sus facultades y obligaciones. Se puede establecer que la institución señale un delegado fiduciario especial para atender los asuntos relacionados con el fideicomiso. La designación del delegado fiduciario la hace el consejo de administración.

9. Directores, gerentes, secretarios técnicos o ejecutivos. En fideicomisos que tienen cierta complejidad y un trabajo intenso, se previene la designación de un funcionario de tiempo completo, que también puede ser delegado fiduciario.

Su designación y contratación la hace la institución fiduciaria, muchas veces a proposición del comité técnico o del fideicomitente.

10. Honorarios, comisiones y gastos. Es conveniente señalar su cuantía, fecha de cobro, revisión periódica, efecto de su falta de pago, quién debe hacerlo, facultad de cargarlo al patrimonio fideicomitado, etcétera.

11. Regla especial sobre la venta de los bienes del fideicomiso. Tiene importancia si se trata del fideicomiso de garantía.

12. Responsabilidad de resultados. Es una cláusula obligatoria que debe incorporarse en los contratos en que se señala que el fiduciario no incurre en responsabilidad por el incumplimiento de los deudores o los emisores con motivo del otorgamiento de créditos o de las inversiones que en títulos se hubieran efectuado con los recursos del fideicomiso.

13. Defensa del patrimonio. En general se establece la obligación del fiduciario de notificar al fideicomitente o fideicomisario de cualquier acto que pueda dañar a los bienes fideicomitados y para el efecto de que éstos designen apoderados que se encarguen de su defensa.

14. Poderes especiales para pleitos y cobranzas. En ciertos fideicomisos se le otorgan al fiduciario mandatos para el ejercicio de ciertos derechos.

15. Información y rendición de las cuentas. Es causa de responsabilidad no rendir las cuentas dentro de los quince días de haber sido requeridas.

16. Jurisdicción y competencia. Siempre se debe señalar el domicilio y los jueces que han de conocer y, en su caso, las renunciaciones al fuero que tuvieran las partes, si es el caso.

17. Término y condición. Se refiere al plazo al que el fideicomiso puede estar sujeto y a una condición resolutoria o suspensiva.

18. Causas de extinción. Generalmente se señalan como causas de extinción las que están en el artículo 357 Ley General de Títulos y

Operaciones de Crédito, pero pueden establecerse otras, de acuerdo con las conveniencias de las partes o de la naturaleza del contrato. Se debe tener presente quién la puede invocar y cómo se llega al caso de que exista la causa de extinción.

19. Cláusulas especiales. Son las que pueden convenir las partes. Se debe resolver la situación si son varios los fiduciarios, fideicomitentes, fideicomisarios.

3.4.4.- CARACTERISTICAS:

- a) Formal, es requisito indispensable que obre en escritura pública.
- b) Típico y nominado, ya que bajo el nombre que se le conoce queda regulado en la ley mercantil.
- c) Trilateral, ya que intervienen tres partes: El Fideicomitente, El Fideicomisario y el Fiduciario.
- d) Oneroso o gratuito, ello depende del tipo de fideicomiso del que se trate.
- e) Principal o Accesorio, ello depende del tipo de fideicomiso del que se trate, para el estudio de nuestro tema, será accesorio, toda vez que se trata del fideicomiso en garantía.
- f) De tacto sucesivo o instantáneo, ello depende del número y naturaleza de las operaciones para las que se constituya.

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

3.4.5.- DE EXISTENCIA Y VALIDEZ.

3.4.5.1.- REQUISITOS DE EXISTENCIA.

3.4.5.1.1.- MANIFESTACION DE VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO.

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

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

“Así pues, uno es el acto constitutivo del fideicomiso por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que está afectos dichos bienes, a cambio de las compensaciones a que por él tiene derecho conforme a la Ley.

Debemos reconocer sin embargo, que la afectación de los bienes correspondientes a un fin determinado y la solicitud de encomienda por parte del fideicomitente, aún cuando esta última tenga lugar sin dirigirse a una institución fiduciaria en concreto, son actos que se verifican concomitantemente, en consecuencia parece también aceptable que el fideicomiso pueda concebirse como un todo que se encuentra compuesto de una fase constitutiva y otra ejecutiva; la primera como acto jurídico unilateral y la segunda como contrato, esto es, el elemento psicológico del primero lo es la manifestación de voluntad, y el consentimiento del segundo.” (54)

3.4.5.1.2.- OBJETO

Existen dos clases de objetos: uno directo y otro indirecto. El objeto directo de todo negocio jurídico es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. El objeto indirecto

(54).-Dominguez Martinez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoria General del Negocio Juridico. 2a edición. Mexico, Porrúa, 1975, pag. 50 y 51

es la prestación a cargo del obligado que puede consistir en un hacer o no hacer, pudiéndose entender también como la cosa, el hecho o la abstención en sí mismos, que se relacionan con la conducta del deudor.

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

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

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

3.4.5.2.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL FIDEICOMISO.

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

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

3.4.5.2.2.- CAPACIDAD.

La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se

refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad.

“La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.” (55)

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

Por lo tanto, puede ser fideicomitente cualquier persona con capacidad jurídica para hacer la afectación de bienes, y que no se encuentre en los supuestos indicados en el artículo mencionado, excepto en los dos siguientes casos: 1) Cuando un menor de edad pero mayor de 16 años, constituya un fideicomiso por testamento (Artículo 1306 Código Civil); y 2) Cuando un enajenado mental otorga testamento en un momento de lucidez (Artículo 1307).

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

3.4.5.2.3.- FORMA.

La forma es la manera en que la ley establece que se debe de

(55) -Rojuna Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introduccion. Personas y Familia, 14a edicion. México, Porrúa, 1977, pag. 158-160

manifestar la voluntad o el consentimiento, que como ya se mencionó, puede ser expresa o tácita.

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

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

Se considera que los actos pueden ser:

1°.- Solemnes, que son aquellos actos para los cuales la ley establece que se manifiesten de una forma especial, por escrito y ante un funcionario especial, que en caso de no hacerlo, será declarado inexistente.

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

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

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

3.4.5.2.4.- AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD

Para el Lic. Dominguez Martinez, “el dolo y la mala fé no pueden ser vicios del consentimiento, ya que, como lo establece el art. 1815 del Código Civil, “se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir al error, o a mantener en él a

alguno de los contratantes; y por mala fé, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.” (56)

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

3.4.5.2.4.1.- ERROR

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

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

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

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

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

(56).-Dominguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. pag. 61 y 62.

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

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

3.4.5.2.4.2.- TEMOR

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

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

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

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

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

· La razón por la que el fideicomiso no se ve afectado en su validez, por este tipo de temores es la naturaleza lícita de su origen, que es la advertencia del ejercicio de un derecho.

3.4.5.2.4.3.-TEMOR VICIO

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

3.4.5.2.4.4.- DESESPERACION

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

3.5 FIDEICOMISO EN GARANTIA

3.5.1.-ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

Este tipo de fideicomiso ha recibido el reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante dos ejecutorias en las que expresamente se hace referencia al fideicomiso de garantía (amparos promovidos por Hernández Hurtado Guillermo y Domínguez Martínez

Roberto, el 9 de marzo de 1973 y el 20 de octubre de 1975, respectivamente), y de los cuales se hará mención más adelante.

3.5.2.- CONCEPTO:

Es un contrato mediante el cual el deudor o un tercero como fideicomitente, transmite al fiduciario determinados bienes o derechos para garantizar con ellos el cumplimiento de una obligación, como puede ser el pago de un crédito al acreedor, que quedara como fideicomisario.

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

3.5.3.- CARACTERISTICAS.

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

3.5.4.- BIENES QUE PUEDEN SER AFECTADOS.

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

3.5.5.- DURACION.

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

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

3.5.6.- EXTINCION.

. El fideicomiso se extingue por las siguientes causas: 1.- Por la realización del fin para el cual fue constituido; 2.- Por hacerse éste imposible; 3.- Por la expiración del término; 4.- Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario; 5.- Por revocación; 6.- Por ejecución de los bienes debido al incumplimiento; y 7.- Por falta de fiduciario.

3.5.7.-EFECTOS DE LA EXTINCION.

Los efectos que produce la extinción del fideicomiso de garantía son en primer lugar que el fiduciario revierta los bienes fideicomitados al fideicomitente, y por lo consiguiente deberá girar las instrucciones necesarias para proceder a la cancelación del fideicomiso en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio; y la obligación de rendir cuentas por parte del fiduciario.

3.5.8.- CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

El fideicomiso de garantía es aquél que en forma irrevocable, constituye en deudor sobre determinados bienes ya sean muebles o inmuebles o derechos de su propiedad, para garantizar a su acreedor el pago oportuno de un crédito o el cumplimiento de una obligación, que en nuestro caso concreto es el cumplimiento del Contrato de Factoraje Financiero.

En este tipo de fideicomiso, el fideicomitente deudor, transmite al fiduciario en forma irrevocable, los bienes o derechos que servirán para garantizar el cumplimiento de su deuda, siendo importante tomar en consideración que esta transmisión o el acto constitutivo del fideicomiso

debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio para que surta efectos contra terceros, pues se entiende que a partir de dicha inscripción, los bienes fideicomitidos salen formalmente del patrimonio del fideicomitente, y, materialmente, una vez que la institución fiduciaria acepta fungir como tal.

En relación con lo antes manifestado, transcribiremos el siguiente criterio jurisprudencial:

“FIDEICOMISO, SU INSCRIPCION 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, será 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, surtirá 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.

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.

Semanario Judicial de la Federación. Octava Epoca. Noviembre de 1992. Pag. 259. (57).

Es de uso común que al constituirse el fideicomiso de garantía, se establezca un procedimiento de ejecución tal y como lo establece el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, similar al siguiente:

“CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA.- (Procedimiento de ejecución).- Las partes acuerdan expresamente que en caso de falta de pago o dé el incumplimiento de las obligaciones contraídas por “EL FIDEICOMITENTE” en el contrato de Factoraje Financiero que se agrega a la presente escritura, que se garantizan con el bien fideicomitado en este contrato, consistente en (detallar el bien fideicomitado) “LA FIDUCIARIA” procederá a la adjudicación del mismo en favor de “ LA FIDEICOMISARIA” o bien a la venta del bien fideicomitado, de acuerdo al siguiente procedimiento:

A).- “LA FIDEICOMISARIA” deberán notificar por escrito a “LA FIDUCIARIA” el incumplimiento en las obligaciones garantizadas contraídas por medio del Contrato de Factoraje Financiero, girando instrucciones precisas para que adjudique a su favor o bien para que proceda a la venta a terceros, del bien fideicomitado.

B).- “LA FIDUCIARIA”, una vez recibida la notificación, procederá a notificar la solicitud de adjudicación o venta del bien fideicomitado en este contrato a “ EL FIDEICOMITENTE”, por medio de Fedatario Público.

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

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

E).- Transcurrido el plazo indicado en el inciso C) anterior sin que “EL FIDEICOMITENTE” cumpla con las obligaciones garantizadas, “LA FIDEICOMISARIA” en su caso, harán la provisión de los fondos

necesarios para el inicio de las gestiones de ejecución respecto del bien fideicomitido, observando lo siguiente:

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

DOS.- “LA FIDUCIARIA”, previa instrucción que reciba de “LA FIDEICOMISARIA”, deberá solicitar la práctica de un avalúo del bien fideicomitido a una institución de banca múltiple por ella designada.

TRES.- Una vez cumplido lo establecido en el punto que antecede “LA FIDUCIARIA”, procederá a la venta inmediata del bien fideicomitido mediante pública oferta de venta, dando la publicidad necesaria para lograr dicha venta a través de la publicación del aviso correspondiente, en el Diario Oficial de la Federación, si en la primera fecha no se logra la venta, se procederá a convocar a otras cuatro ofertas de venta, una cada tres días hábiles, reduciendo en un diez por ciento en cada ocasión el precio base de la oferta de venta.

“LA FIDEICOMISARIA” se reserva el derecho de pedir la adjudicación del bien a su favor en cualquier momento, siempre y cuando no exista ningún comprador que haya cumplido con lo establecido en el punto CUATRO siguiente.

Si no se logra la venta del bien fideicomitido a la quinta fecha, “LA FIDUCIARIA” procederá a adjudicar el mismo a “LA FIDEICOMISARIA” en el valor que resulte de restar el cincuenta por ciento del avalúo a que se refiere el punto DOS anterior, dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días, contados a partir de la fecha de la última subasta.

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

Si existen varios interesados en la compra, “LA FIDUCIARIA” sin responsabilidad, elegirá por sorteo al comprador y llevará a cabo la venta del bien fideicomitido ante notario público.

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

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

Una vez realizada la venta o en su caso la adjudicación, "LA FIDUCIARIA" dará las instrucciones necesarias para elevar a escritura pública la compraventa o adjudicación del bien fideicomitado, misma que se otorgará ante el notario público de su elección, con la comparecencia y previa instrucción de "LA FIDEICOMISARIA".

Todos los costos y gastos en que incurra "LA FIDUCIARIA" aún los gastos de policitación serán cubiertos por "LA FIDEICOMISARIA" y restados del remanente que, en su caso, hubiere en favor del "FIDEICOMITENTE", una vez que se hubiere cumplido con el pago de las obligaciones aquí garantizadas en favor de la "LA FIDEICOMISARIA", y en caso de que con el numerario obtenido por el remate o la adjudicación no alcanzará a cubrir la totalidad del adeudo, "LA FIDEICOMISARIA" se reserva sus derechos para hacerlos valer en la vía y forma que sea procedente.

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

3.5.9.- UTILIDAD DE GARANTIA FIDUCIARIA EN OPERACIONES DE FACTORAJES FINANCIERO.

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

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

Entre otras ventajas podemos encontrar las siguientes:

3.5.10.- VENTAJAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA PARA LA EMPRESA DE FACTORAJE.

* Convenir entre las partes un procedimiento de ejecución pronto y expedito en caso de incumplimiento, legalmente sustentado.

* Poder exigir de inmediato la ejecución de la garantía o el pago del crédito vencido, en caso de incumplimiento por parte del deudor.

* Evitar un procedimiento judicial que por regla general es lento y costoso, ajustándose a un procedimiento de ejecución, convenido por las partes en el propio contrato.

* En el caso de garantía con inmuebles, se sustituye y reemplaza en forma más favorables a la hipoteca.

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

* Seguridad tanto para el deudor como para el acreedor de que el fiduciario cumplirá imparcialmente las finalidades de garantía perseguidas.

* El bien sale del patrimonio del fideicomitente deudor, lo que imposibilita que el deudor pueda enajenarlo o gravar la garantía.

* Bajo costo.

CAPITULO IV

EJECUCION DE LA GARANTIA FIDUCIARIA PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO AL CONTRATO DE FACTORAJE FINANCIERO.

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

Previendo esta situación el acreedor le ha pedido al deudor que transmita como garantía un bien determinado que asegurará el cumplimiento de su obligación hasta el momento de cubrirla, pero de no hacerlo, en las cláusulas del contrato se ha previsto un procedimiento acorde a lo dispuesto por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el cual el fiduciario al recibir del fideicomisario acreedor la demostración del incumplimiento, que podrá ser hecha ya sea mediante la exhibición del título de crédito vencido o por cualquier otro medio que haya sido previsto en el contrato, también recibirá la petición para que proceda a la venta de los bienes, el fiduciario notificará al fideicomitente deudor, para que éste en un plazo previamente establecido acredite haber dado cumplimiento a la obligación garantizada o la cumpla si es que no lo ha hecho, y en tal situación procederá al remate o adjudicación.

A continuación detallaremos algunos criterios jurisprudenciales sostenidos en relación con el fideicomiso de garantía:

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

directos acumulados 169/65/1ª. y 171/65/1ª., promovidos respectivamente, por José Refugio Dévora Mojarro y James Clarence Clower, mediante ejecutorias de trece de abril de mil novecientos sesenta y siete, que pueden ser consultadas en el archivo de este Alto Tribunal. Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza.” (58)

b).- “FIDEICOMISO DE GARANTIA, EFECTOS PARA EL FIDEICOMITENTE.- Una vez constituido y registrado un fideicomiso de garantía el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados.

Amparo directo 3285/1970. Guillermo Hernández Hurtado. Marzo 9 de 1973. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mtro. Rafael Rojina Villegas. Disidentes: Mtros. Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López.

3ª. SALA Séptima Epoca. Volumen 51, Cuarta Parte, Pág. 29. Tesis que han sentado presente:

Amparo directo 171/1965. José Refugio Dévora Mojarro. Abril 13 de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mtro. Mariano Azuela.

3ª. SALA Sexta Epoca, Volúmen CXXVI, Cuarta Parte, Pág. 20.

Amparo directo 2064/1952/2ª. Francisco Acosta Sierra. Octubre 26 de 1953, Unanimidad.

Quinta Epoca, Tomo CXVIII, Pág. 1083.” (59)

c).- “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.

A.D. 4391/69.- Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970.- 5 votos.- Ponente: Mariano Azuela.

Precedente:

Sexta Epoca, Volúmen CXXXV, Cuarta Parte, Pág. 77.” (60)

(58).-Tellez Ulloa, Marco Antonio, Jurisprudencia sobre Títulos y Operaciones de Crédito, Op. Cit. pag. 827

(59).-Idem. pag. 844.

(60).-Idem. pag. 842

CIRCULAR DE LA COMISION NACIONAL BANCARIA.

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

“A LAS INSTITUCIONES Y DEPARTAMENTOS FIDUCIARIOS.

En relación con las facultades que asumen las instituciones fiduciarias en los fideicomisos de garantía que celebran, para determinar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía haciendo pago con su producto a los acreedores, nos permitimos comunicarles que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito, en oficio número 351C-1327, expediente 011/34576, de fecha 27 de mayo del año en curso, resolvió que al ejercitar tales facultades, bajo la responsabilidad de las propias fiduciarias, deberán observarse el procedimiento y las formalidades establecidas en las fracciones III y V del Art. 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares . (61)

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

4.1 CAUSAS

El incumplimiento en alguna de las obligaciones estipuladas en el Contrato Normativo De Fectoraje Financiero trae como consecuencia que el fideicomitente solicite al fiduciario proceda a iniciar los trámites correspondientes a la ejecución de fideicomiso en garantía, en términos

(61).-Actualmente artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en cumplimiento de los dispuesto por el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito

del procedimiento que las partes previamente pactaron, dentro de algunas de las causas originales de la ejecución son las siguientes.

a) Que los derechos de crédito sean inexistentes ó apócrifos; de conformidad con el artículo 45-E de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, el cliente se obliga a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al momento de celebrarse la transmisión de los documentos en que éstos constan, así como la documentación necesaria y suficiente para su cobranza.

b) Transmitir, gravar o enajenar a persona alguna, derechos de crédito vigentes a cargo de sus compradores, que el factor acepte adquirir, sin la autorización previa y dada por escrito del factor.

De conformidad con el artículo 45-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que éste tenga en su favor, por lo cual se debe interpretar que el cliente al momento de celebrar el contrato de factoraje financiero, firma una exclusividad con la empresa de factoraje, en tal razón se encuentra impedido para transmitir gravar o enajenar a otra persona los derechos de crédito que el factor haya elegido para adquirir.

c) Que los derechos de crédito transmitidos no se deriven de operaciones de proveeduría de bien y servicios, dentro del desarrollo normal de sus operaciones.

El artículo 45-D, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, señala que “sólo podrán ser objeto del contrato de crédito no vencidos que se encuentran documentos en facturas, contrarecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento, denominado en moneda nacional o extranjera, que acredite la existencia de dichos derechos de crédito y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras”.

d) Que el cliente sea declarado en estado de quiebra, concurso o suspensión de pagos, resultase insolvente, independientemente de la forma

en que se pruebe la insolvencia, fuese intervenido o embargado la totalidad o parte sustancial de sus activos, a si en cualquier forma y causa se viera impedido a realizar sus actividades normales.

e) En caso de encontrarse vencidas las cuentas por cobrar a favor del cliente.

f) En caso de que el cliente hubiera transmitido al factor derechos de crédito a cargo de sus propias sucursales, subsidiarias, filiales o matrices.

4.2 EFECTOS

Los efectos que produce el incumplimiento del cliente o deudor en relación a lo convenido en el Contrato de Factoraje Financiero, es que el fideicomisario solicite al fiduciario inicie los trámites del procedimiento de ejecución convenido, al momento de constituir el fideicomiso, consistentes en la enajenación o adjudicación del bien fideicomitado.

4.3 PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LA GARANTIA FIDUCIARIA

ARTICULO 83 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

La Ley de Instituciones de Crédito, señala en su artículo 83 lo siguiente: “A falta de procedimiento convenido en forma expresa de las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el

juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones”. (62)

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

De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. (63)

EJECUCION EN CASO DE INCUMPLIMIENTO EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

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

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

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

1.- En caso de que el deudor pague, revertirá el patrimonio fideicomitado al fideicomitente.

(62).- Ley de Instituciones de Crédito, Editorial Porrúa, 40ª Edición, México, 1993, pag. 28

(63).- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, 59ª Edición, México 1993, pag. 329

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

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

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

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

Y en cuanto a que si hay violación de las garantías constitucionales, porque la fiduciaria vende en pública subasta un bien dado en fideicomiso de garantía, puesto que se suprime la posibilidad del sujeto de ser oído y vencido en juicio, y que se desposee al fideicomitente sin mandamiento de autoridad, opina el Licenciado Zepeda: “es decir es una polémica que carece totalmente de significado y sentido, porque simplemente no hay ejecución en el fideicomiso, lo que hay es cumplimiento. (64)

En apoyo de lo antes manifestado transcribimos el siguiente criterio jurisprudencial:

FIDEICOMISO. NATURALEZA.- El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio

(64). Las instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Publicación de Banco Mexicano Somex, S.A. I.B.M., 1ª Edición, México, 1982, pag. 360.

fiduciario autónomo; cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, osea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario”.(65)

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

“No es exacta la aseveración de la quejosa, en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitados 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 quien como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, es decir, a ser vendidos o rematados para que con el producto de la venta, se haga el pago debido al fideicomisario acreedor: por lo que si la institución fiduciaria, sujetándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma, términos convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque en ello no hay controversia que ventilar y decidir.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la constitucionalidad, tanto del remate de los bienes en el fideicomiso de garantía, en la intervención del órgano jurisdiccional, como de la sentencia reclamada que en definitiva declaró infundada la oposición de la fideicomitente deudora a dicho remate, por parte de la institución a la que expresamente le encomendó su realización, para que con el

(65).- Tellez Ulloa, Marco Antonio, Jurisprudencia sobre Títulos y Operaciones de Crédito, op. cit., pag 841

producto de los bienes pagara la suma debida al fideicomisario acreedor. (Amparo Directo 2618/74.- Roberto Domínguez Martínez).

4.4 ACCIONES CONEXAS.

Para el caso en que al momento de haber ejecutado el fideicomiso en garantía, el fideicomitente (factorado) no alcance a cubrir el monto total de lo adeudado, este como consecuencia del detrimento que sufra la venta de los bienes al momento de realizar el remate en Pública Almoneda, la empresa de factoraje financiero, en el ejercicio de la acción que el artículo 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que a la letra dice:

“ART. 48.- El contrato o documento en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros o factoraje financiero que otorguen las organizaciones auxiliares del crédito correspondientes, así como los documentos que demuestren los derechos de crédito transmitidos a empresas de factoraje financiero, notificados debidamente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta a que se refiere el artículo anterior, serán título ejecutivo mercantil, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito alguno.” (66).

En tales condiciones la empresa de factoraje puede demandar del factorado (fideicomitente) en la Vía Ejecutiva Mercantil el pago de las cantidades adeudadas, que quedaran insolutas y que se encuentran pendientes de cubrir.

La procedencia del Juicio Ejecutivo Mercantil se funda en lo dispuesto por el artículo 1391 del Código de Comercio el cual establece:

“ART. 1391. El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

(66).-Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Editorial Porrúa, 40a Edición, México, 1993, pag. 417.

Traen aparejada ejecución:

I.- La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;

II.- Los instrumentos públicos;

III.- La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288;

IV.- Las letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y demás efectos de comercio en los términos que disponen los artículos relativos de este código, observándose lo que ordena el artículo 534 respecto a la firma del aceptante;

V.- Las pólizas de seguros, conforme al artículo 441;

VI.- La decisión de los peritos designados en los seguros fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en el artículo 420;

VII.- Las facturas cuentas corrientes y cualquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor". (67)

Lo establecido en éste precepto legal, en relación con el artículo 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, nos dan el fundamento para ejercitar la vía ejecutiva mercantil, y del análisis del artículo inicialmente mencionado se desprende que se deben cubrir determinados requisitos para promover tal vía, como lo son:

a) Exhibir el contrato o documento en el que se haga constar el factoraje financiero que otorgó la empresa Auxiliar del Crédito.

Es básico que al demanda ejecutiva mercantil se anexe original de documento base de la acción que trae aparejada ejecución.

En términos del artículo 1391 del Código de Comercio, cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución, debe acompañarse el documento ejecutivo con el cual se ejercita la acción.

- De manera expresa el artículo 1392 del Código de Comercio apunta la exigencia de que a la demanda se acompañe el documento con fuerza ejecutiva.

b) Exhibir los documentos que demuestran los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero.

Asimismo a la demanda deben anexarse los documentos que fueron transmitidos a la empresa de factoraje por el cliente, de conformidad con el artículo 45-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, estos deberán ser derechos de crédito no vencidos y documentos en facturas, contrarecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento, denominado en moneda nacional o extranjera que acredite la existencia de dichos derechos de crédito, y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes o servicios o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

c) Exhibir la notificación que previamente fue realizada al deudor de la transmisión de los derechos de crédito en favor de la empresa de factoraje financiero.

Prescribe el artículo 45-K de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito:

“La transmisión de los derechos de crédito deberá ser notificada al deudor por la empresa de factoraje financiero, en términos de las disposiciones fiscales, a través de las formas siguientes:

I.- Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en las que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contrarecibo o cualquier otro signo inequívoco de su recepción;

II.- Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, telex o telefacsimil, contraseñados o cualquier otro medio donde se tenga evidencia de su recepción por parte del deudor, y

III.- Notificación realizada por fedatario público.

En los casos señalados la notificación deberá ser realizada en el domicilio de los deudores, pudiendo efectuarse con su representante legal o cualquiera de sus dependientes o empleados.

Para los efectos de la notificación a que alude el párrafo anterior, se tendrá por domicilio de los deudores el que se señalan en los documentos en los que conste los derechos de crédito objeto de los contratos de factoraje.

El pago que realicen los deudores al acreedor original o al último titular después de recibir la notificación a que éste precepto se refiere, no lo libera ante la empresa de factoraje financiero.

La notificación se tendrá por realizada al expedir los deudores contraseña, sello de cualquier otro signo inequívoco de haberla recibido por alguno de los medios señalados en el presente artículo.”(68).

d) Exhibir la Certificación del Estado de Cuenta hecha por el contador de la empresa auxiliar.

Señala el artículo 47 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito en cita que “en los contratos de arrendamiento financiero, factoraje financiero y en las demás operaciones que celebran las organizaciones de crédito en que se parte que el acreditado o el mutuario puedan disponer de la suma acreditada o del importe del préstamo en cantidades parciales o estén autorizados para efectuar reembolsos previos al vencimiento del término señalado en el contrato, el estado de cuenta certificado por el contador de la organización

(68).-Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Op. Cit. pag. 414.

auxiliar del crédito acreedora hará fe, salvo prueba en contrario, en el juicio respectivo para la fijación del saldo resultante a cargo del deudor. (69)

Nos sirve como soporte y complemento a lo antes indicado lo establecido en el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito que establece:

“Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado para la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta a que se refiere éste artículo hará fé, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuarios...” (70)

Una vez cumplidos estos requisitos se tendrá el título ejecutivo para poder ejercitar en la vía ejecutiva el pago de los adeudos que se encuentran insolutos a esa fecha, más los accesorios que se sigan devengando.

(69).-Idem pag. 417.

(70).-Ley de Instituciones de Crédito, Editorial Porrúa, 40ª Edición, México 1993, pag. 24.

CONCLUSIONES

- 1.- La palabra Factor proviene de la voz latina Facere, que quiere decir “ el que hace”, no teniendo relación directa con la palabra Factoring.
- 2.- La palabra Factoring es aceptada en virtud de la dificultad de encontrar un vocablo que se adecue a la práctica que ésta operación implica.
- 3.- En el Sistema Financiero Mexicano se utiliza el término Factoraje.
- 4.- Los inicios más tempranos de la práctica del factoraje aparece en la cultura neo-babilónica de los caldeos.
- 5.- En México los inicios del factoraje se manifiestan en 1961, en la XVII Convención Nacional Bancaria, en donde se propuso introducir el negocio jurídico conocido en Norteamérica como factoring, y en esa época se fundan dos empresas dedicadas al factoraje con recurso, la Walter E. Heller de México, S.A. y la corporación interamericana S.A., mismas que posteriormente se asociaron y configuraron la empresa Factoring Interamericana, S.A.
- 6.- La acepción fideicomiso, proviene del latín fideicommissus que significa a la conciencia fiel.
- 7.- El fideicomiso tiene sus orígenes en el derecho romano en la fiducia y en los fideicomisos testamentarios, y surge de la necesidad de transmitir bienes a personas que no poseían la capacidad jurídica para recibirlos; esta figura se encuentra revestida de confianza, en donde una persona confía y entrega sus bienes a otra quien los administra en beneficio de un tercero.
- 8.- La fiducia Cum Croditae, es la fuente del origen del fideicomiso de garantía, la cual tenía como objetivo el garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones.
- 9.- En México se utiliza por primera vez el trust o fideicomiso angloamericano, en la consolidación y fusión de los ferrocarriles de México, celebrado el 29 de febrero de 1908.

10.- En México, la práctica de factoraje financiero importa para los empresarios en todos los niveles, una de las mejores fuentes de financiamiento a corto plazo, ya que a través de ésta figura mercantil, ellas pueden obtener beneficios inmediatos a bajos costos, disminuyendo con ellos costos de crédito y cobranza, entre otros.

11.- La naturaleza de la figura del factoraje financiero, es meramente de carácter mercantil, ya que se encuentra regulada por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, surgiendo ésta de las necesidades económicas del país.

12.- El factoraje financiero es el contrato por medio del cual el factor anticipa al cliente el importe de créditos netos contra terceros, menos una comisión determinada, mismos que deben encontrarse no vencidos, mediante la transmisión de los derechos de Crédito respectivos, asumiendo el factor los riesgos de que no sean pagados por insolvencia de los deudores y encargándose también del cobro de esos créditos.

13.- El objeto esencial del contrato de factoraje financiero, es liberar a las empresas productoras y a las suministradoras de los problemas que representa el cobro de los documentos transmitidos, los riesgos de la insolvencia y los problemas administrativos derivados de la necesidad de investigar la solvencia de la clientela y de llevar una contabilidad especializada.

14.- Los elementos personales que integran el contrato de factoraje financiero lo son: la Empresa Factor, el Cliente o Factorado, y el Deudor o Cedido.

15.- Los elementos reales del contrato de factoraje financiero lo son todos los objetos de transmisión, es decir todos los derechos de crédito susceptibles de transmitirse de uno a otro acreedor, no vencidos y que encuentran documentados en facturas, contrarecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento que acredite la existencia de dichos derechos de crédito y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambas, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

16.- La formalidad que reviste la celebración del Contrato de Factoraje financiero, lo es que debe constar por escrito y por cuestión de política de la empresa, así como por cuestiones procesales, estos se deben ratificar ante corredor público; asimismo es elemento formal la notificación que debe realizarse a los cedidos en términos de lo establecido por el artículo 45-R, de la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares de Crédito.

17.- En términos de lo establecido en el artículo 45-K de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el factor se encuentra obligado a obtener información sobre la solvencia moral y económica de los deudores antes de la celebración del contrato de factoraje financiero, debiendo tomar en cuenta al momento de las decisiones la seguridad, rentabilidad y liquidez de las operaciones que realizan, debiendo hacer el análisis de los derechos de crédito que vayan a adquirir.

18.- Los clientes o factorados se encuentran obligados a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato de factoraje financiero, esto por seguridad propia de la empresa de factoraje al momento de la adquisición de los créditos cedidos, y con la finalidad de evitar el adquirir documentación apócrifa que represente un quebranto para el factor.

19.- Dentro de la diversidad de clases de contrato de factoraje, nos inclinamos en favor del factoraje con recurso, ya que a través de esta modalidad el factor adquiere de sus clientes las cuentas por cobrar y estos clientes se responsabilizan solidariamente con los deudores o cedidos, de la existencia y legitimidad, así como del pago puntual y oportuno de los derechos de cobro originados por las cuentas transmitidas a la empresa de factoraje en caso de incumplimiento del deudor; mientras que en el factoraje sin recurso o puro el factorado queda liberado de la obligación de responder del pago en caso de incumplimiento por parte del deudor.

20.- Es de gran importancia que la empresa de factoraje determine cuáles son las garantías que el cliente debe otorgar para el debido cumplimiento de la obligación contraída, toda vez que en la práctica tan sólo la empresa de factoraje financiero se limita a requerir al cliente una relación patrimonial signada por éste, con lo cual evidentemente no

quedan gravados los bienes manifestados en su relación patrimonial, por lo que el cliente puede disponer de los bienes contenidos en tal relación, conducta que va en detrimento de la empresa de factoraje, situación que no hace posible una verdadera garantía para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas; para evitar que estas situaciones se generen, más adelante proponemos una forma más tangible de garantizar el cobro de los créditos adquiridos.

21.- El fideicomiso es una figura jurídica tripartita por medio de la cual una persona física o moral llamada fideicomitente entrega ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria, encomendándole la realización de determinados fines en favor de una tercera persona llamada fideicomisario, que también puede ser el propio feicomitente.

22.- Para la constitución del fideicomiso es importante la manifestación de la voluntad de los sujetos que constituyen el fideicomiso para que surta sus consecuencias jurídicas, es decir, el consentimiento por parte del fideicomitente y del fiduciario deben existir y constar por escrito a través del acta constitutiva del fideicomiso.

23.- En el fideicomiso existe un patrimonio de afectación en donde el fideicomitente desprende de su masa patrimonial un bien o determinada cantidad de bienes y las transmite a la institución fiduciaria, los cuales no ingresan al propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada fideicomiso, ya que la fiduciaria no puede disponer de los bienes ni se confunde con su patrimonio, pues en caso de quiebra no entra en los bienes de su masa activa.

24.- La figura jurídica del fideicomiso se adopta a las necesidades e imaginación del fideicomitente, en cuanto a su campo es ilimitado, pues cualquier actividad jurídica que señale el fideicomitente puede ser el fin del fideicomiso, siempre que sea lícita, posible y determinada.

25.- Dentro de las características del fideicomiso, destaca precisamente la labor del fiduciario, la que distingue un negocio de otro, ya que, es él quien realiza las actividades que tienen como consecuencia el que el fideicomiso surta todos sus efectos.

26.- La finalidad del fideicomiso de garantía es que la parte que queda

compelida a cumplir las obligaciones estipuladas en el fideicomiso, dé debido cumplimiento a las mismas, garantizando con bienes que basten a cumplir el monto de la obligación contraída.

27.- Las ventajas de la constitución del fideicomiso en garantía en operaciones de factoraje financiero son las siguientes:

a) El fideicomitente transmite al fiduciario en forma irrevocable los bienes que servirán para garantizar el debido cumplimiento de la obligación contraída por el deudor.

b) El deudor o fideicomitente no puede disponer de los bienes dados en garantía.

c) En caso de que el deudor incumpla en el pago de la línea de crédito otorgada por la empresa de factoraje financiero, el fiduciario procede a efectuar la venta de los bienes fideicomitados mediante el procedimiento que se haya convenido.

d) Con el producto de la venta de los bienes fideicomitados se pagará al acreedor o fideicomisario el crédito otorgado más los intereses que se hayan generado a razón de las tasas pactadas.

e) Por este medio se evita la empresa de factoraje financiero instaurar un procedimiento judicial que por regla general es lento y costoso.

f) La empresa de factoraje financiero recupera en forma más ágil el monto de los créditos otorgados, sin necesidad de la interpelación judicial.

g) Con la constitución de un fideicomiso en garantía, la empresa de factoraje queda asegurada de que el cliente no le está transmitiendo documentos por cobrar apócrifos.

h) En cuestión de gastos notariales representa una erogación muy baja, toda vez que el volumen de trabajo disminuiría los costos.

28.- En caso de incumplimiento por parte del fideicomitente en las obligaciones contraídas en el contrato de factoraje financiero, el

fideicomisario se encuentra facultado para solicitar a la fiduciaria proceda conforme al procedimiento previamente establecido, o en términos de lo dispuesto por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

29.- En la ejecución o cumplimiento del fideicomiso no se necesita la intervención judicial, ya que la fiduciaria al rematar o adjudicar los bienes fideicomitados, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones contraídas por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

30.- En la ejecución del fideicomiso no hay controversia que ventilar y decidir, toda vez que en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor quien como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes, transmitiendo la titularidad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, es decir, a ser vendidos o rematados para que con el producto de la venta, se haga el pago debido al fideicomitente acreedor.

31.- El fideicomiso de garantía, protege de manera legal y real el debido cumplimiento del deudor fideicomitente en las obligaciones contraídas tanto en el contrato de factoraje financiero, como en el acto constitutivo del fideicomiso, trayendo como consecuencia seguridad tanto económica como jurídica a la empresa de factoraje, y con ello garantiza la recuperación de los créditos otorgados así como las comisiones e intereses devengados.

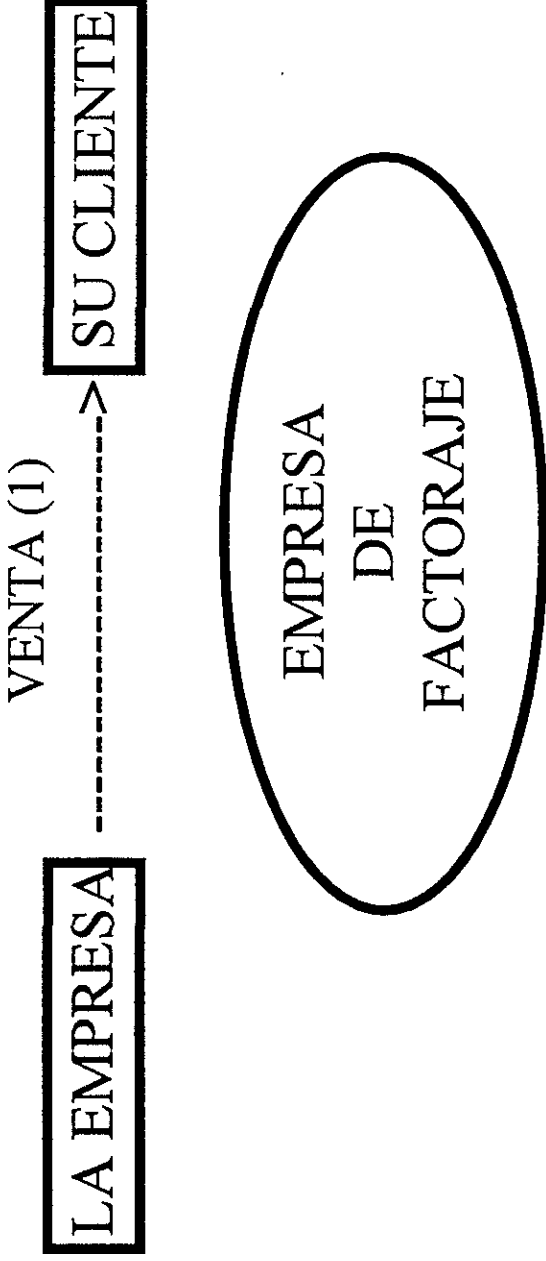
BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALFARO, Ricardo. Adaptación del Trust Anglosajón. Rev. Jus., 1ª Edición, México 1946.
- 2.- BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, 3ª Edición, México 1976.
- 3.- BERNAL MOLINA, Julian. Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso. Editorial Miguel Angel Porrúa, 1ª Edición, México 1984.
- 4.- BRAVO GONZALEZ, Agustin y BRAVO VALDES Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano. 12ª Edición, Editorial Pax-México. 1987.
- 5.- Código de Comercio. Editorial Porrúa, 59ª Edición, México. 1993.
- 6.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14ª Edición, Editorial Herrero, México. 1988.
- 7.- CHRISTIAN. El Contrato de Factoraje. Editorial Juris, 1ª Edición, Paris 1989.
- 8.- DEPINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. Tomo II.
- 9.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General de Negocio Jurídico. 2ª Edición. México. Editorial Porrúa. 1975.
- 10.- DE ANGELI, Sergio. Factoraje. Editorial Juris, 1ª Edición Milan. 1965.

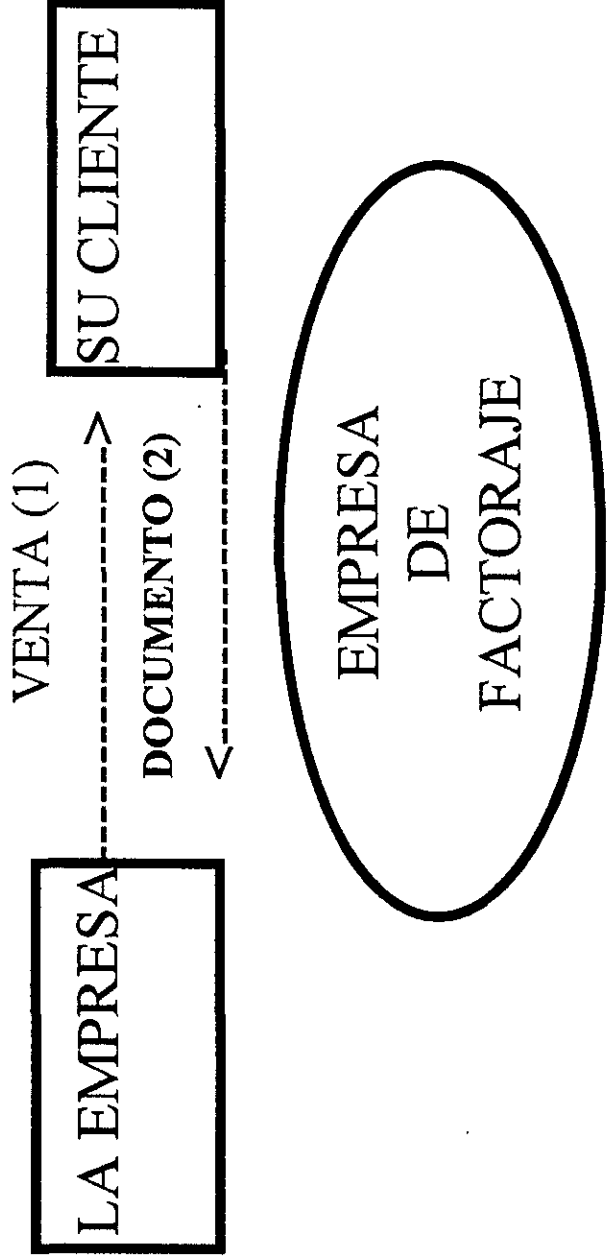
- 11.- FERRARA, Francisco. La Simulación de los Negocios Jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado. 2ª Edición, Editorial Reus, Madrid 1929.
- 12.- GAVALDA. El contrato de Factoring. Editorial Semanario Jurídico, 1ª Edición, París, Diciembre de 1966.
- 13.- Jurisprudencia. Poder Judicial de la Federación, Cuarta Parte, 3ª Sala, 1917-1975, 1ª Edición, Editorial Francisco Barrueta, S. de R.L., México 1975.
- 14.- LANDERROCHE OBREGON, Juan. Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, Jus, Revista de Derecho Ciencias, Sociales. Publicación Quincenal. México. Septiembre. 1942.
- 15.- Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Publicación de Banco Mexicano Somex, S. A. I.B.M. 1a Edición. México. 1982.
- 16.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de Diciembre de 1924. Publicada en el Diario Oficial del 16 de Diciembre de 1925.
- 16.- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito. Editorial Porrúa. 40ª Edición. México. 1993.
- 17.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Porrúa, 59ª Edición, México 1993.
- 18.- Ley de Instituciones de Crédito. Editorial Porrúa, 40ª Edición, México. 1993.
- 19.- Ley Orgánica del Banco de México. Legislación Bancaria. Editorial Porrúa. 40a Edición. México. 1993.
- 20.- Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional. Legislación Bancaria, 40ª Edición, Editorial Porrúa, México. 1993.

- 21.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Legislación Bancaria, 40ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- 22.- MOLINA PASQUEL, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 1975.
- 23.- Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero. Legislación Bancaria, Editorial Porrúa, 40ª Edición, México 1993.
- 24.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 20ª Edición. Editorial Porrúa. México 1991.
- 25.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II, 19ª Edición, Editorial Porrúa, México. 1988.
- 26.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia. 14ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1997.
- 27.- TELLEZ ULLOA, Marco Antonio. Jurisprudencia sobre Títulos y Operaciones de Crédito. 3ª Edición, Editorial del Carmen, México 1988.
- 28.- VID VELASCO Emilio. Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales. Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo II, México 1987.
- 39.- VILLAGORDOA LOZANO, José. Doctrina General del Fideicomiso. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1989.
- 30.- YARZA OCHOA, Carlos. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México. 1ª Edición, México 1949.

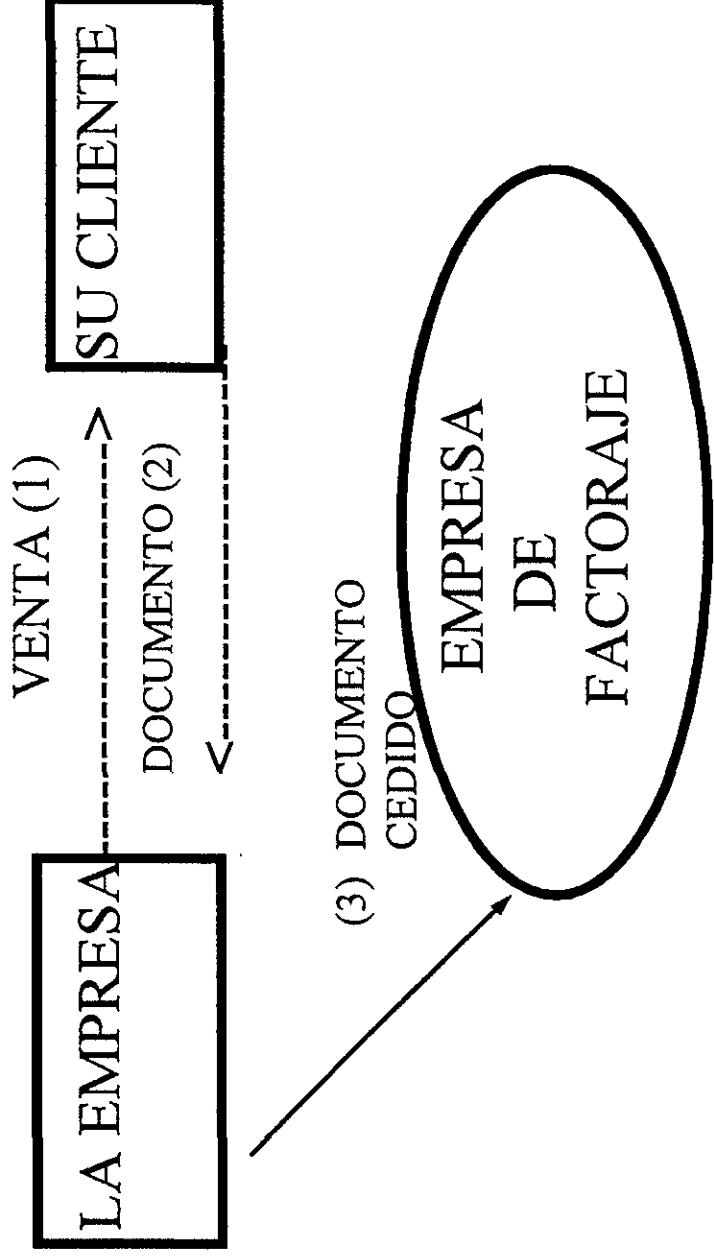
FACTORAJE A CLIENTES



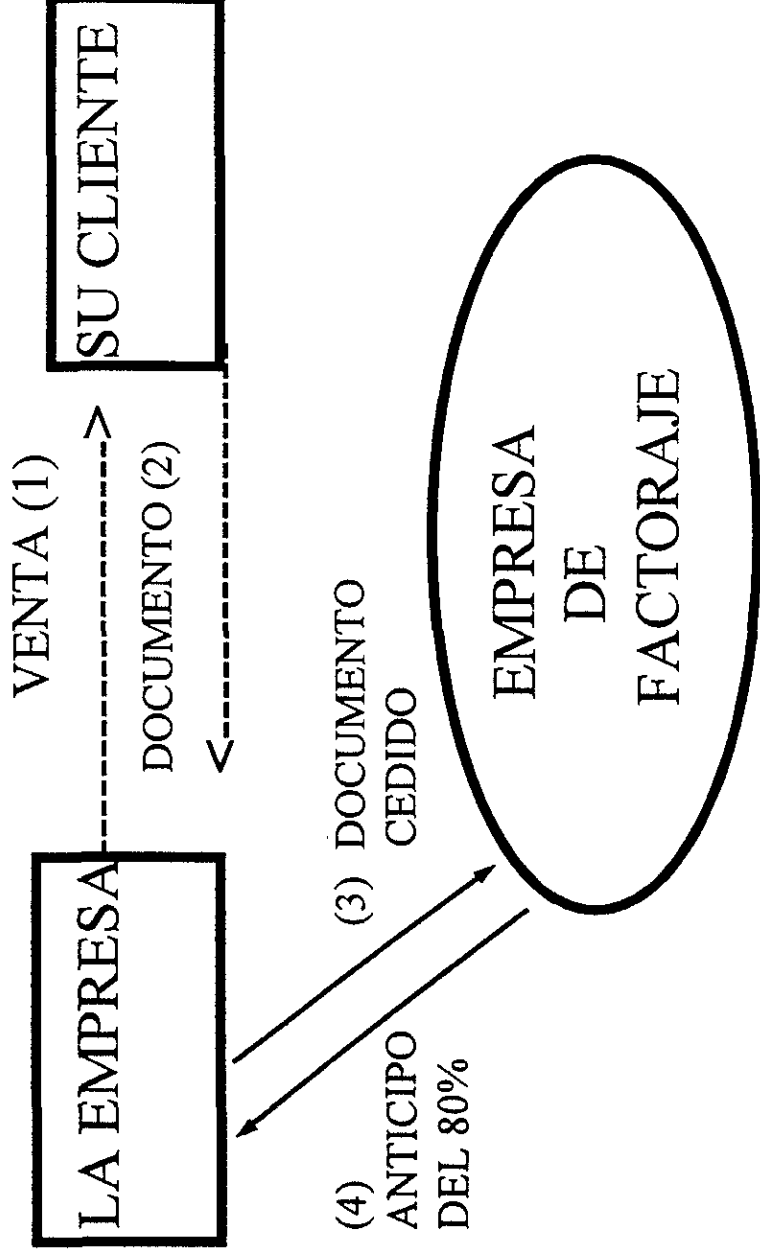
FACTORAJE A CLIENTES



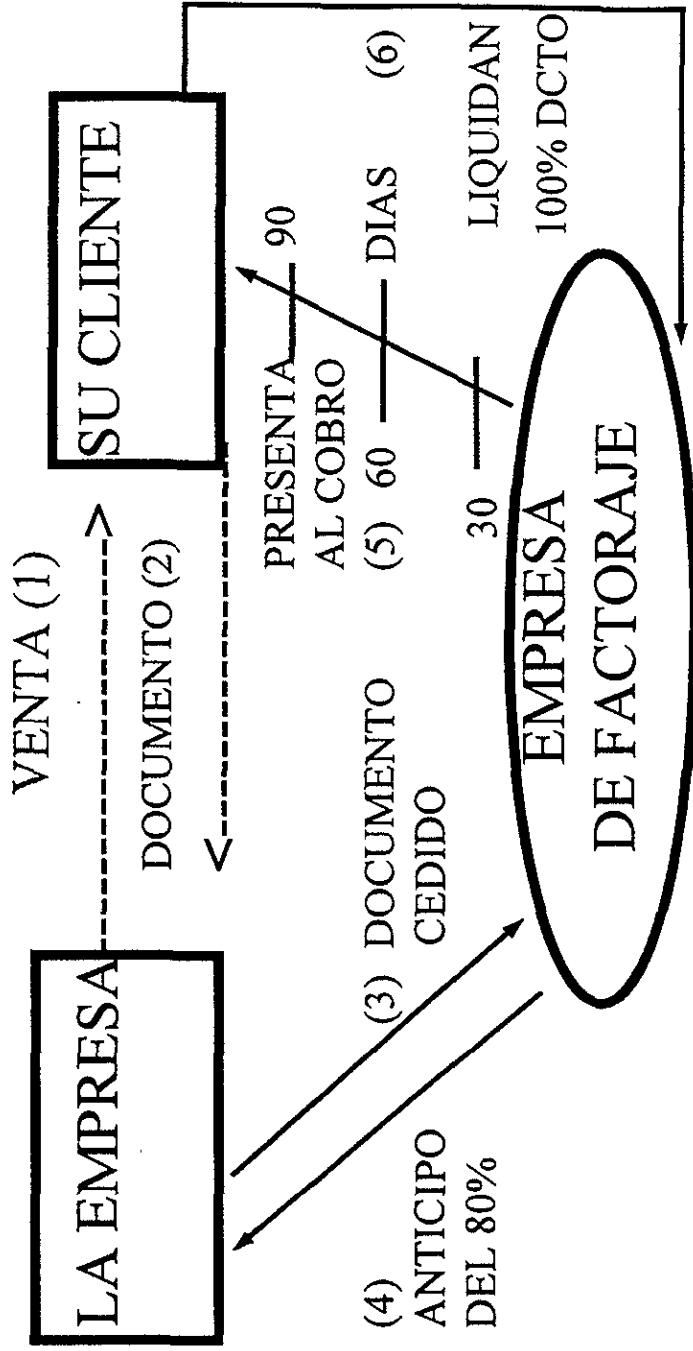
FACTORAJE A CLIENTES



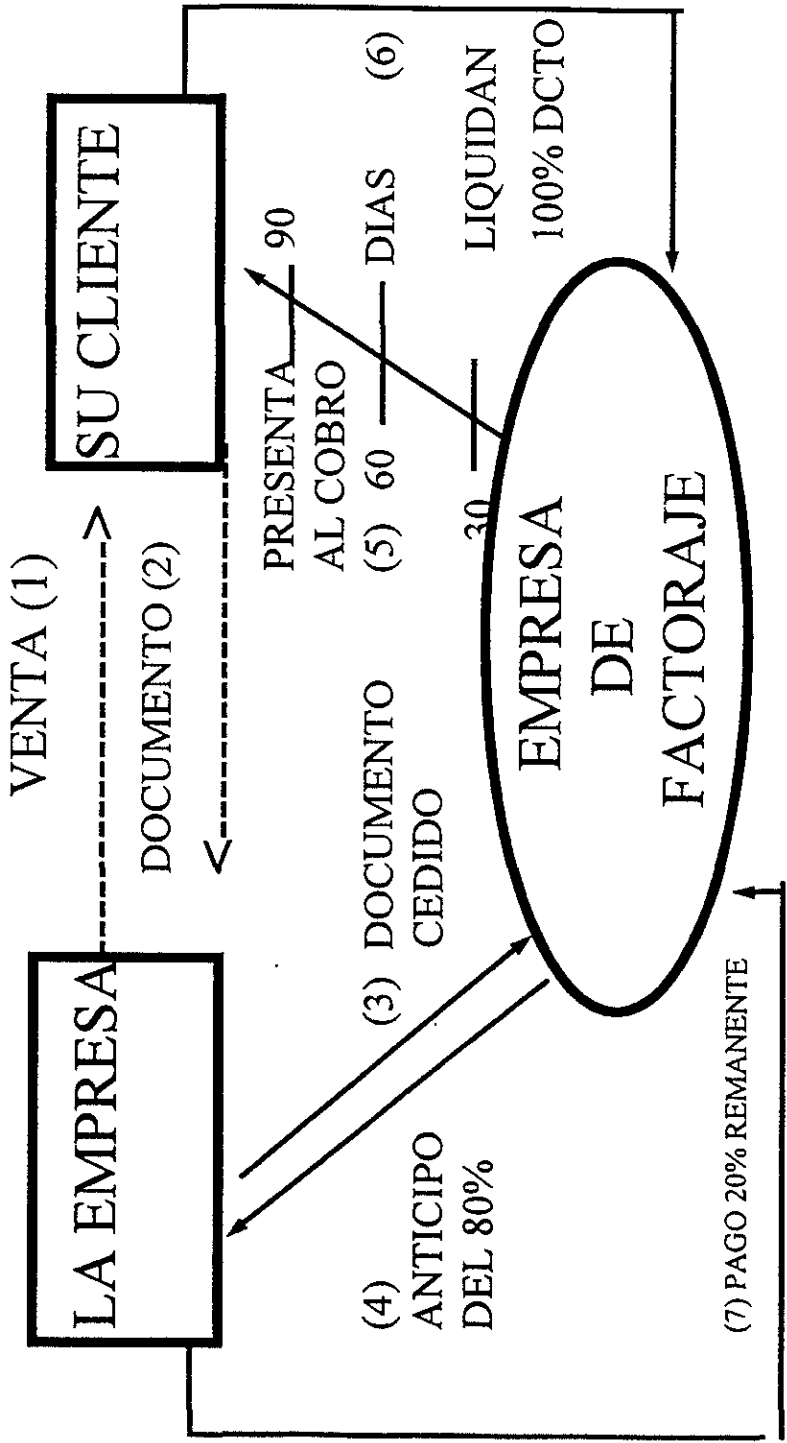
FACTORAJE A CLIENTES



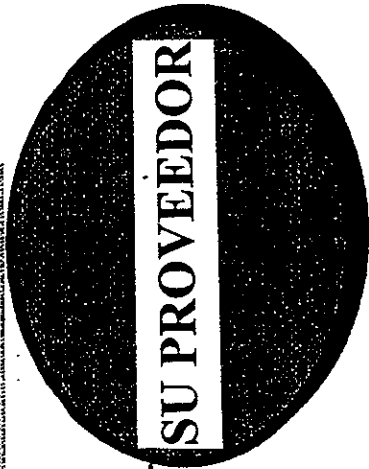
FACTORAJE A CLIENTES



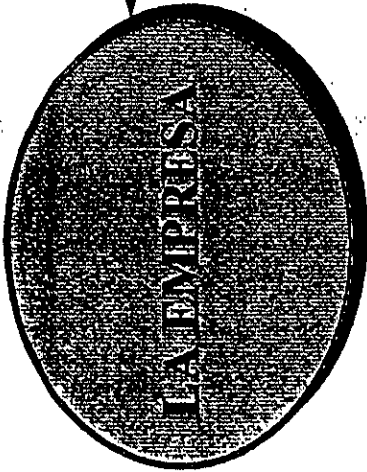
FACTORAJE A CLIENTES



FACTORAJE A PROVEEDORES

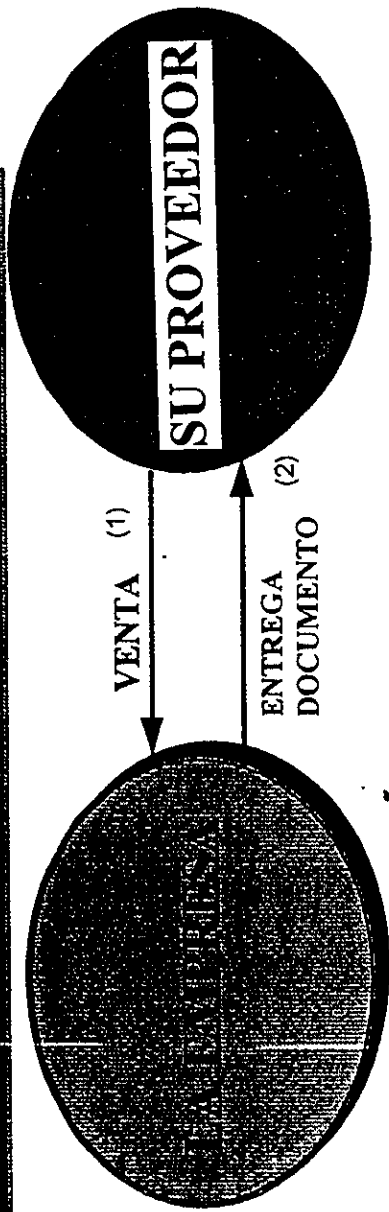


VENTA (1)



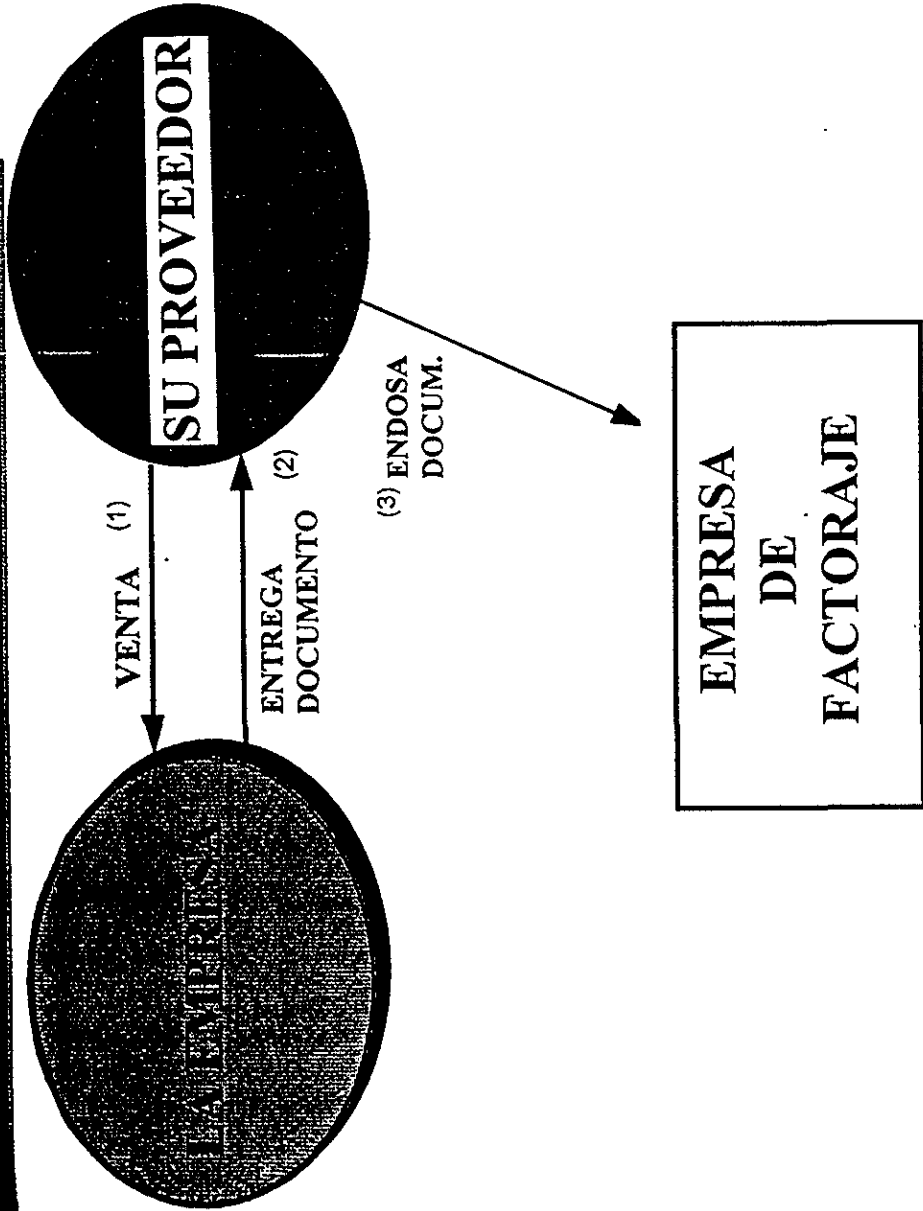
EMPRESA
DE
FACTORAJE

FACTORAJE A PROVEEDORES

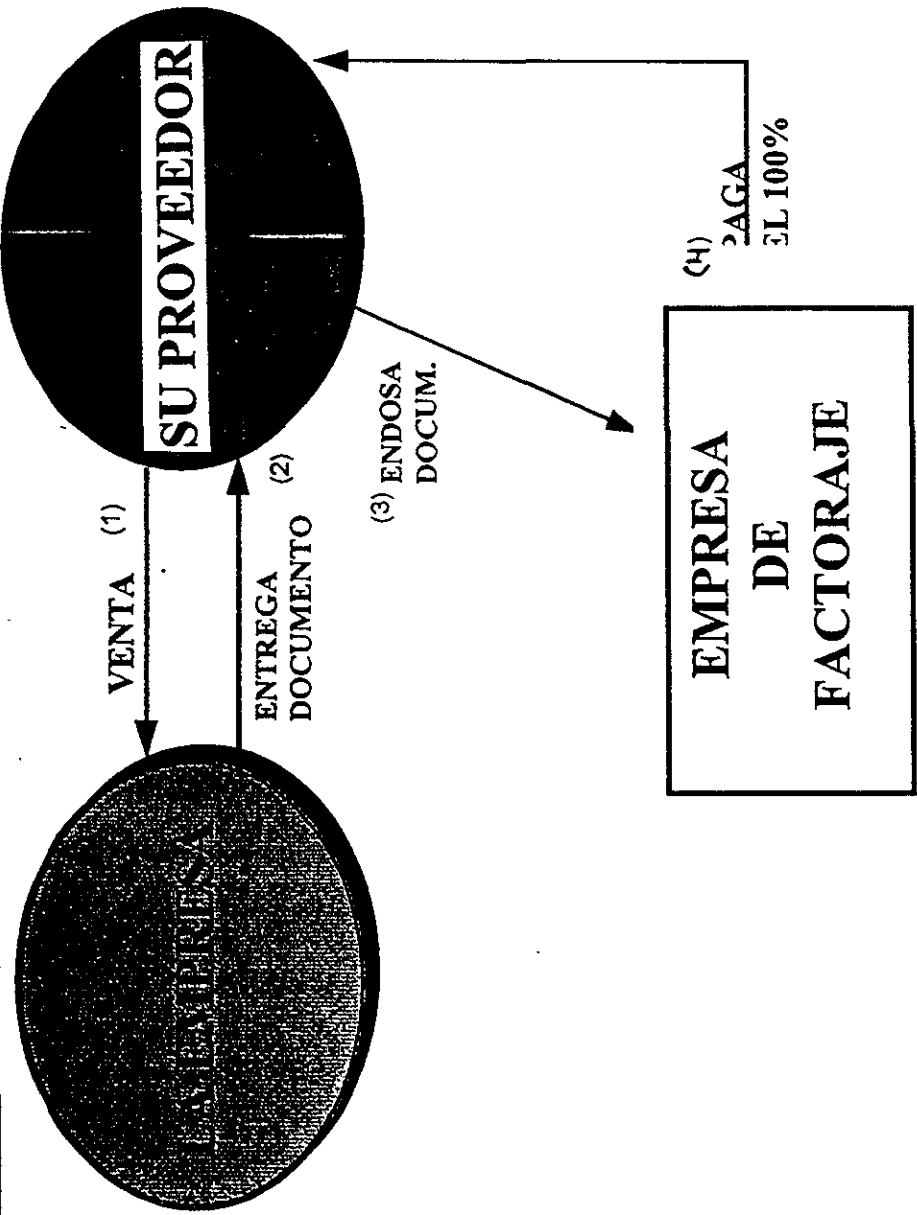


EMPRESA
DE
FACTORAJE

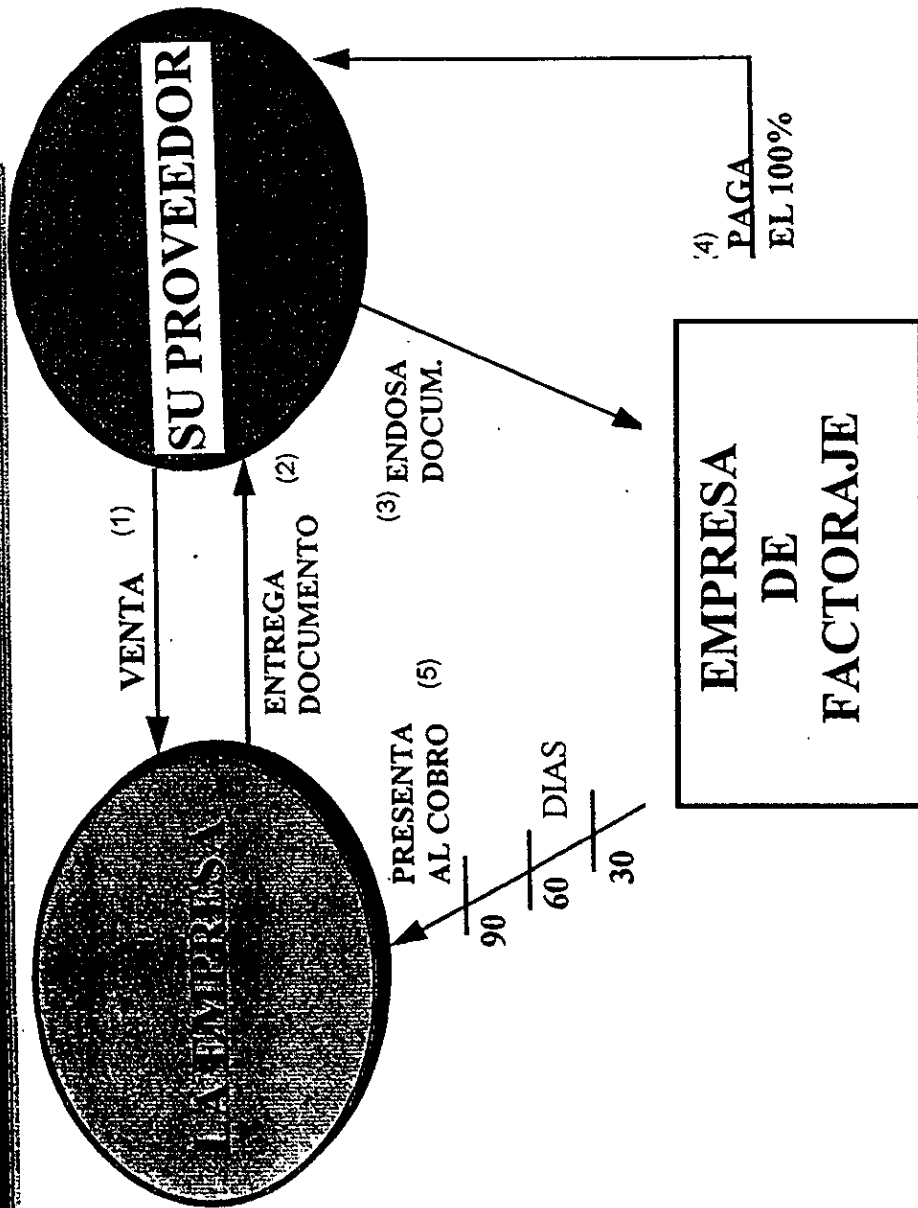
FACTORAJE A PROVEEDORES



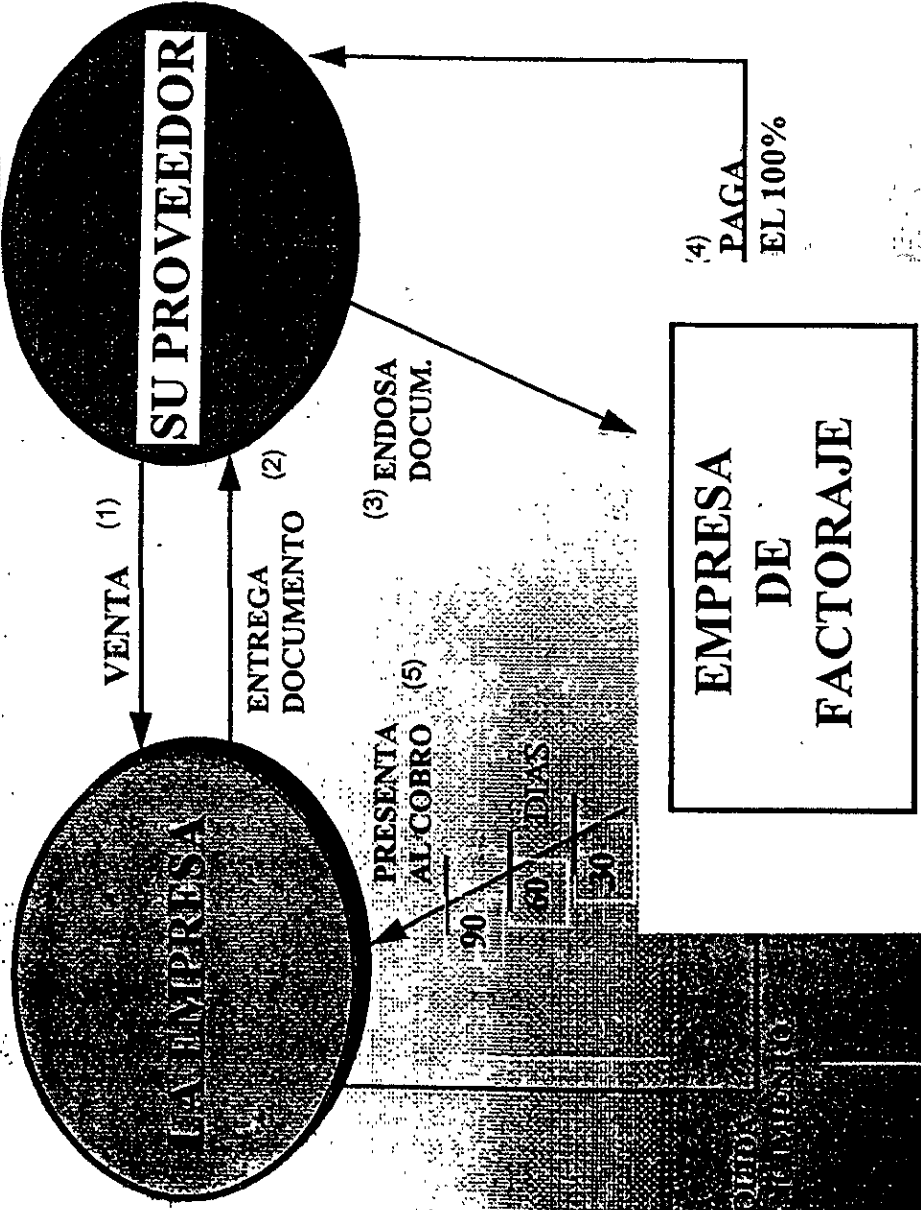
FACTORAJE A PROVEEDORES



FACTORAJE A PROVEEDORES



FACTORAJE A PROVEEDORES

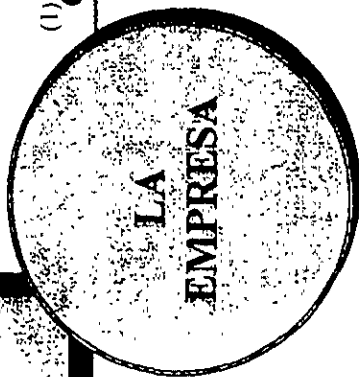


© FIDOP
S.A. DE C.V.

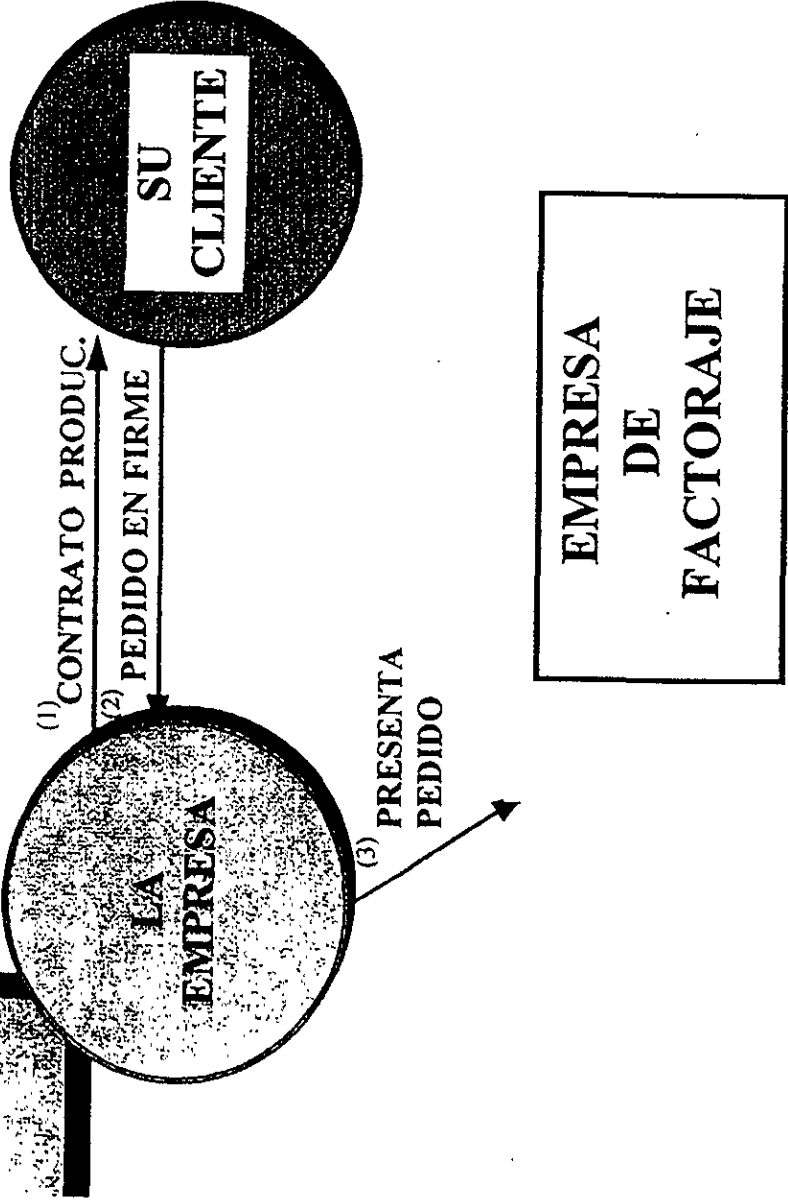
FACTORAJE A PEDIDOS



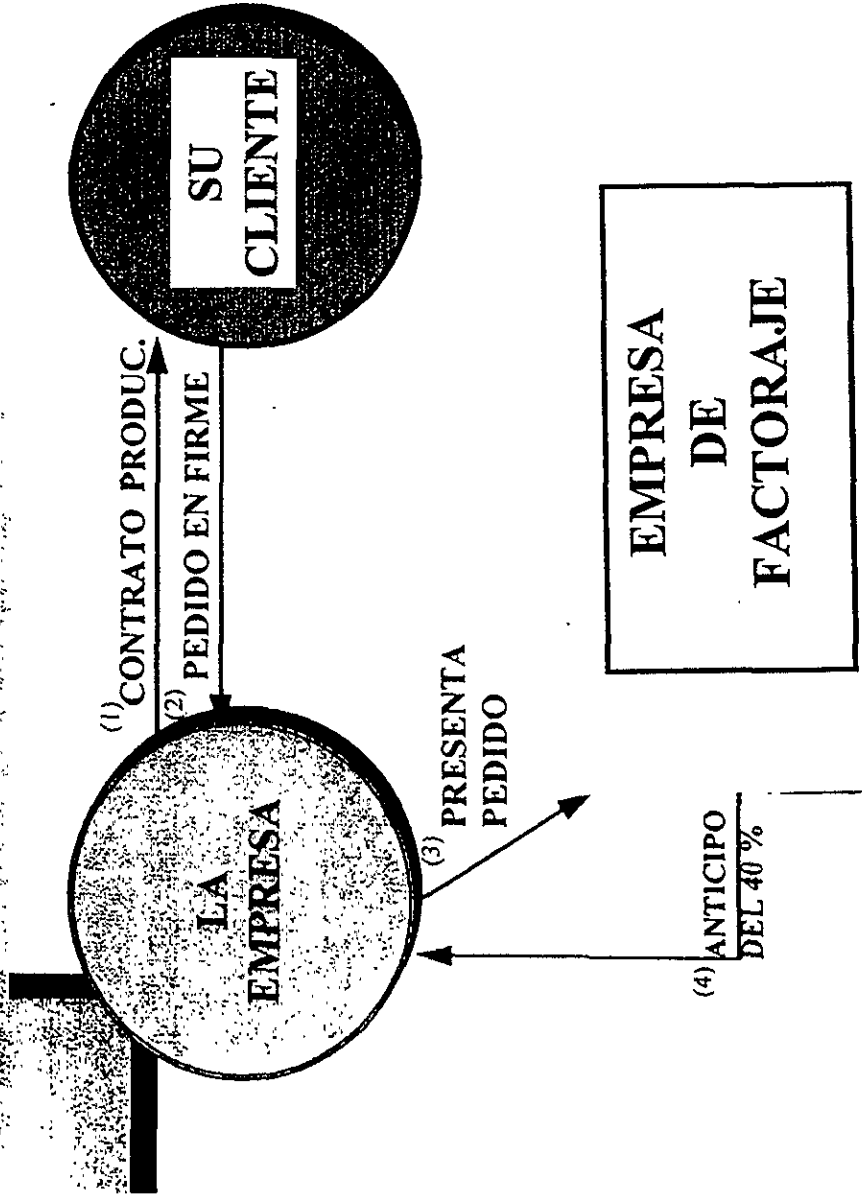
(1) CONTRATO PRODUC.



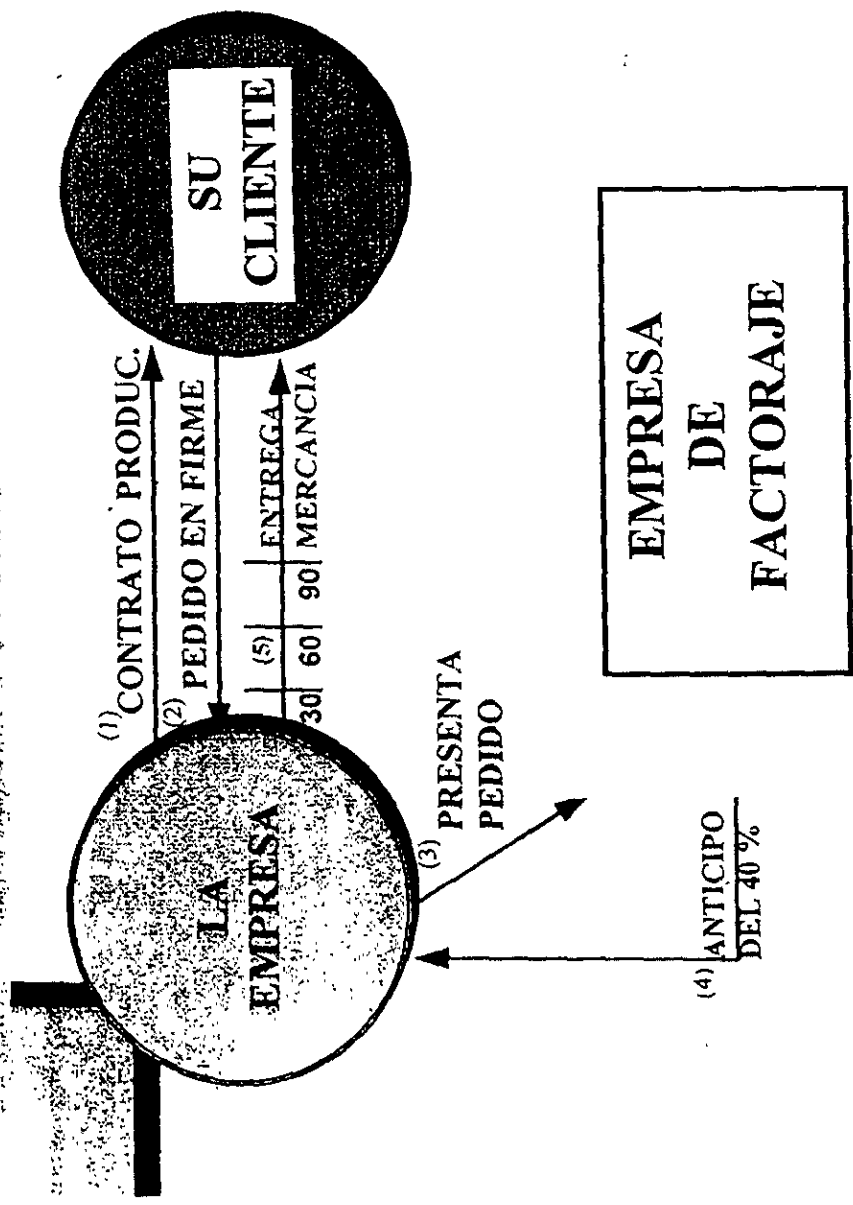
FACTORAJE A PEDIDOS



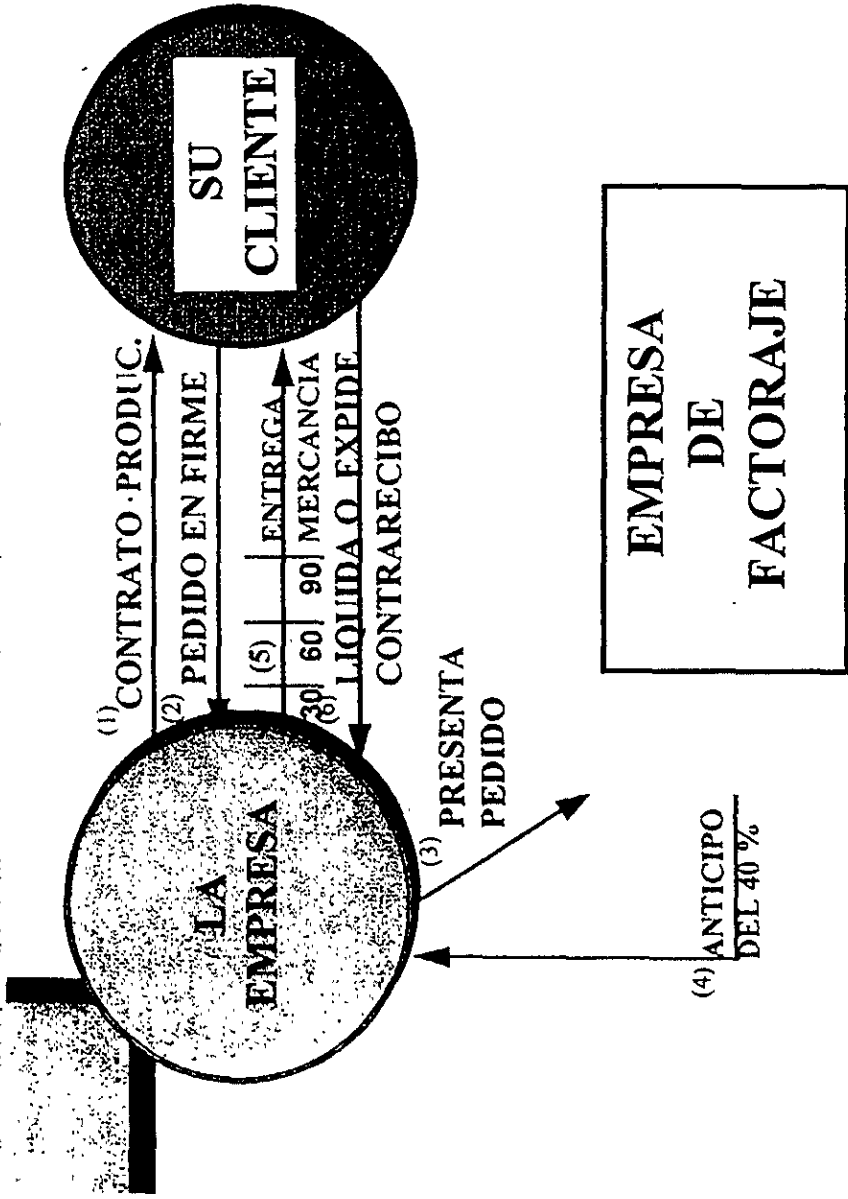
FACTORAJE A PEDIDOS



FACTORAJE A PEDIDOS



FACTORAJE A PEDIDOS



FACTORAJE A PEDIDOS

