

384



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

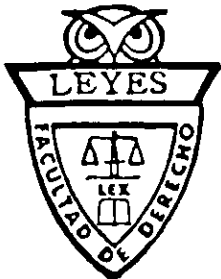
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

FIDEICOMISO EN GARANTIA PARA EL
CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CREDITICIAS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
K A R L A M O T T A F L O R E S

ASESOR: LIC. ERICK CARVALLO YAÑEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2000

281925



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA 1 E
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

La alumna KARLA JULIETA MOTTA FLORES, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "FIDEICOMISO EN GARANTIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CREDITICIAS", con la asesoría del LIC. ERICK CARVALLO YAÑEZ, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 17 de julio del año 2000.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PENA
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.
"mrc.

Gracias a Dios, por darme la oportunidad de realizar esta tan anhelada meta.

A mi esposo, por compartir conmigo este momento y brindarme todo su amor.

A mi madre y a mi padre, por su fortaleza, por su gran cariño y por darme la gran capacidad de la existencia.

Hermanos, gracias por su apoyo y comprensión sigan luchando y siempre alcanzarán sus metas.

A mi abuelo, te regalo este trabajo con todo mi amor y agradecimiento.

A mi abuela y tía Otilia, gracias por siempre estar a mi lado y por las increíbles vivencias que me regalaron.

Amigos, amigas, gracias por vivir, existir y compartir.

Al Lic. Erick Carvallo Yáñez, por ser un gran guía y por compartir sus apreciados conocimientos.

A toda la gente que ha confiado en mí, no los defraudaré.

FIDEICOMISO EN GARANTIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CREDITICIAS

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO. GENERALIDADES	4
1. Antecedentes Extranjeros del Fideicomiso	4
2. Antecedentes en México	11
2.1 Evolución histórica	12
2.2 Antecedentes legislativos	14
2.3 Régimen Legal Actual	17
3. Naturaleza Jurídica	20
4. Definición	26
CAPITULO SEGUNDO. EI FIDEICOMISO EN PARTICULAR	30
1. Constitución	31
2. Elementos Esenciales	36
3. Requisitos de Validez	44
4. Elementos Personales	60
4.1 Fideicomitente	61
4.2 Fiduciario	67
4.3 Fideicomisario	73
5. Características del Fideicomiso.....	76
6. Clasificación	83

CAPITULO TERCERO. EL FIDEICOMISO EN GARANTIA.....90

1. Definición 94

2. Elementos 96

3. Patrimonio Fideicomitado Y Propiedad Fiduciaria 104

CAPITULO CUARTO. MEDIO PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CREDITICIAS.....113

1. Procedimiento de Ejecución 114

2. Contrato Principal 121

 1.1 Apertura de Crédito 121

 1.2 Crédito de Habilitación o Avío 124

 1.3 Crédito Refaccionario 125

3. Reformas legales aplicables al Fideicomiso de Garantía 128

4. Garantía segura, sencilla y eficaz 135

5. Práctica y utilidad 143

CONCLUSIONES146

BIBLIOGRAFIA149

INTRODUCCION

En la historia moderna de la vida jurídico - comercial, uno de los fenómenos de mayor importancia es el desarrollo y adaptación que tienen figuras como el fideicomiso.

Su flexibilidad ha permitido históricamente superar en forma creativa numerosas limitaciones operacionales, y es así como después de algunos intentos, el fideicomiso fue introducido en el ordenamiento mexicano hasta alcanzar la gran difusión que ha logrado en la práctica.

El fideicomiso actual tiene ya su fisonomía particular, no obstante de que en sus orígenes fue importante la influencia extranjera.

El fideicomiso no manifiesta un simple "estado jurídico" entre dos personas, sino que es un concepto que manifiesta las relaciones que en ocasiones se suscitan entre cientos de personas, con derechos y obligaciones más o menos equivalentes y todas concertadas por una sola idea que es precisamente la del fideicomiso.

Así, el fideicomiso no tiene un fin predeterminado o preorganizado por la ley, no tiene un fin propio, sino es el tipo idóneo para desahogar otro fin más; en teoría su fin es facilitar otro fin.

En este sentido, el fideicomiso se utiliza en la actualidad sustituyendo con ventajas a las formas tradicionales de disposición de bienes.

Ha sido muy usado en los negocios inmobiliarios; para la protección de intereses familiares; con propósitos de beneficencia, cultural, educacional, y en general, de interés social o público.

Para los negocios se ha usado para fines de administración, inversión, garantía, etcétera.

Se ha aplicado para fines de los más diversos, y la cuantía a la que ha llegado hace que se presente como una realidad indiscutible.

Ahora bien, una de las aplicaciones mas recurridas e importantes por su trascendencia en la actualidad es el de utilizar al fideicomiso como medio para el cumplimiento de obligaciones.

Mediante este instrumento, las personas o empresas que por cualquier circunstancia hayan contraído o estén por contraer obligaciones de cualquier índole o se constituyan en deudores en favor de terceros por alguna clase de financiamiento o simplemente sin serlo tengan algún interés en garantizar por otro, pueden otorgar una garantía suficiente y de máxima seguridad en el cumplimiento de dichas obligaciones a su cargo, novedosa y distinta de las tradicionales y que deriva, en algunos casos de administración financiera, en un mejor manejo fiscal.

Ahora bien, este fin específico de garantía se logrará con la debida intervención y actuación de cada parte integrante del fideicomiso y en donde la

intervención de la Fiduciaria resulta vital como una parte investida de seriedad, capacidad, experiencia y en donde las personas "depositan" su confianza para la realización de un fin específico.

De esta manera, tenemos que el fideicomiso de garantía y varias operaciones y servicios fiduciarios en nuestros días han alcanzado un gran auge y tienen una enorme relevancia en la actividad económica de nuestro país.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

1. ANTECEDENTES EXTRANJEROS DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso ha evolucionado en todos los países hasta tener actualmente gran difusión e importancia a nivel mundial.

Esta evolución se ha dado de diferentes maneras a lo largo del mundo, siendo nuestro país uno de los más experimentados en esta materia.

Parte de esta importancia y evolución se ha dado por sus mismos antecedentes que a continuación trataremos brevemente para lograr una mejor concepción del tema.

Si bien el fideicomiso mexicano deriva fundamentalmente del trust del derecho norteamericano e inglés sin existir una conexión directa con antecedentes romanos; a mi parecer y con el fin de considerar la institución desde un punto de vista genérico es importante remitirnos al Derecho Romano, no sólo por su trascendencia histórica y universal, sino como antecedente de instituciones jurídicas básicas.

Derecho Romano

El fideicomiso , dentro del Derecho Romano, normalmente se utilizaba con el único fin de permitir que ciertas personas que no tenían capacidad para heredar, pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa , para disfrutar post mortem de la misma.

Dentro del antiguo Derecho Romano encontramos que la figura del fideicomiso es una súplica, una persona (fiduciario) debía entregar a un tercero (fideicomisario) algunos bienes de la herencia, al efecto el profesor Margadant señala: "El fideicomiso era una súplica, dirigida por un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario.

La forma normal que tomó el derecho romano era el del fideicomiso mortis causa, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o legatario; y el fideicomisario, un tercero."¹

Inicialmente el fideicommissum careció de todo tipo de protección legal, pero como la facultad de cumplir con el fideicommissum estaba a cargo del fiduciario, hubo la necesidad de constreñir al fiduciario a cumplir con su obligación, lo que podríamos considerar como la primera regulación del fideicomiso, creando para estos efectos al Pretor Fideicomisario.

En el Derecho Romano existió una especie de fideicomiso con relación a las diversas formas de crédito, pues el florecimiento económico requería de figuras jurídicas que permitieran la certeza del cumplimiento de la obligación contraída, el Profesor Margadant así lo explica: "Originariamente, el acreedor que quería tener una garantía real exigía tener como garantía, durante la existencia del crédito, la propiedad de algún bien del deudor (fiducia cum reditore) o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor, obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio,

¹MARGADANT S, Guillermo Floris.Derecho Romano.15a.ed.Esfinge, México, 1998.p.504

después de que éste hubiera pagado la deuda"... "Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa."²

Esta fue de las primeras formas de garantía real que surgieron en Roma "la fiducia", que incluso apareció mucho tiempo antes que la prenda y la hipoteca; la fiducia consistía en entregar al acreedor una cosa con el fin de garantizar el crédito, la cosa se entregaba por *mancipatio* o *in jure cessio* (modos de adquisición a título particular, *ius civiles*), a su vez, el acreedor adquiría el compromiso de devolverla cuando se hubiere logrado la finalidad de la transacción, el compromiso del acreedor se realizaba mediante una cláusula de *pactum fiduciae*, que no era más que el compromiso de devolver la cosa; una vez que el deudor cumplía con su obligación podía exigir mediante una acción denominada "acto *fiduciae* la retroventa".

En realidad en esta operación de crédito aparece una transmisión de la propiedad de la prenda para luego ser devuelta al deudor; actualmente en el fideicomiso encontramos también que la propiedad del bien fideicomitado queda afectada para el fideicomitente, pues no puede disponer de la cosa hasta que haya cesado el fideicomiso y se le hayan entregado los remanentes.

Existía además la *fiducia cum amico*, mediante la cual se transmitía el dominio de la cosa a un depositario o mandatario. Otorgando el dominio, se comprometía a destinar la cosa a una finalidad específica (parece que esta figura tiene una gran similitud con el fideicomiso, ya que, como veremos más adelante, en el fideicomiso actual una persona entrega a otra un bien con el objeto de cumplir con una finalidad lícita y determinada).

Podemos observar como en cada posible antecedente de nuestra figura con el Derecho Romano se dieron una serie de modificaciones que fueron restringiendo su evolución y desarrollo.

²MARGADANT S, Guillermo Floris. Op. cit. p.501

Por un lado existían personas deshonestas que nunca cumplieron con el cargo del autor de la herencia, y hasta se llegaba a comentar que para la época "el dinero valía más que la buena reputación". Por otro lado tanto deudores como acreedores sufrieron grandes fraudes causados no sólo por la falta de publicidad del negocio, la mala fe o el descuido de la persona, sino por la poca o nula regulación de las figuras en esos momentos.

Así, se aprecian las limitaciones del fideicomiso en el Derecho Romano, así como sus orígenes para burlar a la ley y evitar problemas que nada tienen en común con nuestro fideicomiso moderno.

Algunos autores han citado otras instituciones como el mayorazgo, las capellanías, el treuhand alemán entre otras, que si bien existe afectación de bienes por parte de una persona que los entrega a otra para que ésta realice una finalidad lícita, distan mucho de ser antecedentes del fideicomiso.

El Use y el Trust

El fideicomiso, aun cuando de acuerdo a su terminología deriva de la antigua "fiducia" romana, encuentra el mayor sustento para su base, formación y desarrollo en figuras inglesas como son el use y el trust.

El use y el trust no surgen perfectamente definidos sino que hubieron de pasar por años de crecimiento y evolución antes de que devinieran instituciones legales y figuras centrales del sistema de equidad en Inglaterra.

Es difuso el origen del use, pero puede afirmarse que en cierta forma fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas del sistema feudal y los señores feudales sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época fue una respuesta al injusto sistema imperante, un instrumento de defensa muy flexible,

el cual no sólo servía para asuntos de sucesiones testamentarias, sino para muchas finalidades, entre otras fue una fórmula para que corporaciones religiosas gozaran y poseyeran tierras, eludiendo así la prohibición que para ello imponían las leyes (estatuto de manos muertas).

Así es como nace el use que "consistía fundamentalmente en que una persona (settlor) propietario de una tierra, traspasara a otra (feoffee to use) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (cestui que use) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien.

El cesionario (feoffee) recibía la plena propiedad de la cosa pero no para que la aprovechara en su propio beneficio sino con el encargo, confiando a su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo del cestui que use, que podía ser el mismo settlor".³

Los uses se creaban por convenio verbal; el feoffee aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al cestui que use tomar las utilidades; se obligaba además a transferir la propiedad o el título de ella tal como se le instruyera. Todo esto quedaba a su total arbitrio, debido a que no eran razones más que de índole moral y religioso las que lo instaban a ello.

La utilización del use también trajo como consecuencia el florecimiento del desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia, el sistema de justicia de equidad en contraposición con el sistema rígido, estricto y lleno de formalidades del Common Law.

El use era muy común, más sin embargo, debido a sus orígenes y aparejados inconvenientes y fraudes hicieron que para 1535 se promulgara el Statute of Uses con la finalidad de abolir los uses y eliminar la existencia de los feoffees of uses, así como dar al cestui que uses la propiedad legal.

³Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 7a.ed. Porrúa, México, 1997. p.78

Tiempo después, este Statute of Uses fue revocado y los tribunales permitieron la continuidad de algunos uses, como eran los que se referían a bienes muebles y los que implicaban una labor positiva o de administración, siendo éstos a los que se les da el nombre de "trust" por considerarse una palabra más adecuada y para evitar confusiones con el antiguo use.

Estos uses ahora trusts no fueron excluidos por no considerarse dañinos y tuvieron gran evolución en el sistema inglés hasta ser adaptados a condiciones actuales.

La transformación de use en trust acarreó como consecuencia que una obligación meramente moral conforme al common law devino en una obligación dotada de juridicidad según el sistema de equidad.

Señala Maitland citado por Sánchez Sodi, que el trust es una figura jurídica única, ya que los fines para los cuales se puede emplear "son tan ilimitados como la imaginación de los abogados".⁴

Las personas que intervienen en esta figura son: settlor, quien realiza el acto de disposición y da los bienes en trust; el trustee, a quien se le confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución del fin que es en provecho de una tercera persona, el cestui que trust.

En Inglaterra gran parte del derecho de los trusts ha sido codificado a partir de 1850 para estar de acuerdo con las cambiantes condiciones de la sociedad, de los negocios y de la ley de propiedad. En efecto, se expidió la ley de fiduciarios y otras disposiciones aplicables a los trusts.⁵

⁴SANCHEZ SODI, El Fideicomiso en México. 1a. ed. Greca Editores, México, 1996. p.15.

⁵ACOSTA ROMERO, Miguel. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. 2a. ed. Porrúa, México, 1997. pp.10 y 11.

Trust en Estados Unidos de Norteamérica

El sistema de equidad fue introducido en la mayor parte de las colonias inglesas de América; sin embargo fue visto con cierta desconfianza, porque al igual que en Inglaterra, durante alguna época, la equidad fue considerada con recelo en razón de su relación con las prerrogativas del rey, por lo cual provocaba sospechas en los habitantes de algunas colonias. Poco a poco este sistema se fue aceptando y se fue adoptando la práctica del trust

Norteamérica tuvo una gran contribución en el desarrollo del trust y es el empleo del Trustee Corporativo; en Inglaterra, todavía en 1743, el procurador general argumentaba que ninguna corporación podía actuar como trustee.

Para Scott, autor estadounidense y docto en la materia, la primera noticia que existe en Estados Unidos de Norteamérica sobre la actuación como trustee de una corporación es la que se otorgó a The Farmer's Fire Insurance and Loan Company en Nueva York en 1822; esta fue la pauta y cada vez se hicieron más comunes.

Surge entonces la división entre el trust inglés y la enorme evolución que se empezaba a dar en Estados Unidos. Así, se da una situación muy diferente, en donde en Estados Unidos el trustee recibe compensación, tiende a ser profesional y los trust companies o los bancos que actúan como trustees entran en el campo de los negocios de administración de trusts; mientras que en Inglaterra el trustee individual no recibe compensación por su trabajo salvo que se pacte lo contrario.

A pesar de que en Estados Unidos han habido escasos ensayos para modificar la ley de trust, se han adoptado una serie de principios por medio de la Conferencia Nacional de Comisionados para uniformar leyes estatales, lo cual ha realizado una relevante labor, demostrada con el hecho de que, parte

de sus recomendaciones, han sido aceptadas como leyes en algunos Estados

Así mismo, se han seguido estudiando a fondo instituciones legales de importancia, como es el trust, logrando hacer cada día una mejor adaptación de estas instituciones a la vida actual.

Es en Estados Unidos donde en el último siglo ha incrementado su aplicación en muchas ramas y toma su gran impulso al extender su aplicación a la actividad bancaria.

Es importante destacar que si bien la mayoría de los países regulan esta institución, no todos han adquirido tanta importancia.

Destacan además de Inglaterra y Estados Unidos; México, Venezuela y recientemente Colombia como países en donde el fideicomiso ha tenido gran desarrollo y un impacto económico-jurídico de trascendencia.

2. ANTECEDENTES EN MEXICO

Aunque el origen del fideicomiso se puede relacionar con instituciones de derecho romano de hace más de dos mil años, principalmente en aquellas encargadas de regir cuestiones crediticias, la herencia y las relaciones que se entablan entre las personas que necesitaban transmitir un bien y no podían hacerlo a través de otras figuras jurídicas que prevalecían en dicha época, el fideicomiso moderno y en este caso, el fideicomiso mexicano, encuentra sus antecedentes más directos en el trust anglosajón.

Cabe aclarar que el fideicomiso romano se extinguió cuando la legislación de la época otorgó una mayor facilidad para heredar, a diferencia

⁶ACOSTA ROMERO, Miguel. Op.cit. pp.11.

del trust que al paso del tiempo sobrevivió y se enriqueció.

También se debe resaltar que si bien el fideicomiso mexicano es el trust norteamericano, en realidad el legislador mexicano estructuró, de acuerdo a nuestro medio, una institución completamente diversa al trust, sirviendo este último como fondo de interpretación doctrinal e indirectamente auténtico.

2.1 Evolución Histórica

La Colonia - Nuestro sistema jurídico se vio influenciado por el derecho español además del derecho romano, en cuanto al fideicomiso, en relación con las herencias o sucesiones, esto se puede observar a través de las sustituciones fiduciarias, con las llamadas "manos muertas", las cuales fueron prohibidas.

Hay quienes consideran que las instituciones del mayorazgo y las capellanías que prevalecieron en la España medieval y aún hasta el siglo XVIII, son antecedentes del fideicomiso, en mi opinión no sólo distan mucho de serlo sino actualmente están prohibidas.

Las Leyes de Reforma - Con éstas, se intenta desaparecer la propiedad religiosa, lo que obliga a la iglesia a la práctica de poner a nombre de personas de absoluta confianza sus propiedades, con el uso y disfrute de los bienes por parte de la iglesia, condicionándose además al propietario a transmitir, en su caso, los bienes a la persona que el clero le designara. En realidad estos actos nunca tuvieron eficacia jurídica, y al ser descubiertos por el gobierno, los bienes pasaron a formar parte de la nación.

Antecedentes Modernos - El más importante antecedente moderno de la institución del fideicomiso mexicano lo constituye el use o trust del derecho británico y del estadounidense, que a través de más de siete siglos de evolución, adquirió perfiles muy definidos.

Fue la salida para la prohibición de las "manos muertas", que surgió en el Common Law y la Equity en Inglaterra, entre los siglos XIII y XV y posteriormente se desarrollo en Estados Unidos; aunque basado en los antecedentes anglosajones que le dan vida al trust y al adaptarse a nuestro medio surge con características muy distintas. Hablando estrictamente, se puede decir que antes de 1900 no hubo antecedentes históricos del fideicomiso en nuestro país.

Los autores citan como primer antecedente, un trust constituido en Estados Unidos que tenía bienes raíces ubicados en México a favor de las instituciones fiduciarias norteamericanas, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinadas a financiar la construcción de ferrocarriles.

Se opina que este trust tuvo ciertos efectos en México, por el hecho de que intervinieron personas morales mexicanas; pero se tiene muy poca información al respecto.

Este trust, llamado trust deed, fue otorgado en el extranjero y surtía efectos en nuestro país al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley para Ferrocarriles del 29 de abril de 1899 y que para algunos autores fue considerado como un contrato de préstamo, mandato e hipoteca.⁷

⁷RABASA, Oscar. El Derecho Angloamericano, Estudio Expositivo y Comparado del Common Law. Fondo de Cultura Económica, México, 1994. p.448.

Así pues, es importante establecer que el fideicomiso se inicia con un acto de fe, de confianza, que adquiere vida jurídica por medio de un contrato, primordialmente bancario.

2.2 Antecedentes Legislativos

Es hasta el presente siglo cuando surge la necesidad y es regulada adecuadamente esta institución tomada del sistema angloamericano.

Como antecedentes doctrinarios mexicanos anteriores a la creación de la Ley de 1926 es importante destacar algunos, que si bien, como ya se mencionó son sólo antecedentes, sirven todos de base para llegar a la concepción actual.

En 1905, el Secretario de Hacienda, Sr. José Yves Limantour, envía al Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud podían constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios". Este proyecto, del cual era autor el Lic. Vera Estañol, nunca llegó a discutirse. Tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo en el mundo para adaptar "el trust" a un sistema de tradición romanista.

Para 1924, en la Convención Bancaria celebrada en México, el Sr. Enrique C. Creel presentó un proyecto para la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorro. El Sr. Creel proporcionó algunos informes sobre el funcionamiento de este tipo de instituciones (Trusts and Saving Banks) en Estados Unidos; particularmente se refirió al procedimiento seguido en la práctica y a lo que él observó en aquel país durante nueve años.

La principal operación que regulaba su proyecto, era la aceptación de hipotecas, contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc.; así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

También proponía diecisiete bases para expedir la ley, en donde se pretendía regular capital, objeto y tipo de operaciones que podrían realizar. Este proyecto tampoco tuvo ningún resultado, pero se sentó otro importante precedente.

El Lic. Vera Estañol también preparó un Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, presentado a la Secretaría de Hacienda en marzo de 1929, el cual mantuvo básicamente las ideas expuestas por su autor en el de 1905. La primera ley sobre fideicomisos data de 1926, pero cabe destacar la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, la cual introdujo en su contenido por primera vez al fideicomiso en nuestro derecho. Esta ley menciona a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para todos los efectos legales y sirviendo al interés público en varias formas, y previene que los mismos se regirán por la ley especial que habría de expedirse.

Es en julio de 1926 cuando se publicó la Ley de Bancos de Fideicomiso. Su articulado de ochenta y seis preceptos, se distribuía en cinco capítulos: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones, departamentos de ahorro, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales. En esta ley se define al fideicomiso erróneamente como un mandato irrevocable y es abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

Esta nueva ley tiene gran semejanza con la anterior e incorpora varios de sus preceptos importantes, como son la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México; la concesión por parte del Ejecutivo para el establecimiento de bancos de fideicomiso como instituciones de crédito; necesidad de una sociedad anónima, capital, duración, etc. Se continúa con la misma definición y sólo incorpora aspectos de organización, funcionamiento y causas de extinción en cuanto al fideicomiso.

Casi seis años después aparece publicada la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. En su exposición de motivos destaca la gran importancia del fideicomiso, señalando que podría ser mucho más grande si se suplen las deficiencias de la ley anterior; como era el no precisar su carácter sustantivo dejando gran vaguedad en torno a la misma institución.

Añade que para una prosperidad en el medio se requiere una definición y una reglamentación adecuada. Queda el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y efectos de ese instituto.

Asimismo, esta nueva ley sigue con precedentes de la anterior en cuanto a constitución, prohibiciones, etc., así como régimen de las fiduciarias, y destruye toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros, asegurando a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción.

Antes de cumplirse un mes de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 se publica la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, vigente en la actualidad y donde se regula al fideicomiso como institución substantiva.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 fue la que abrogó a la Ley de 1932 y estuvo vigente hasta 1985.

Quedan entonces la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 y la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 complementándose la una a la otra. La Ley de Títulos tiene como campo propio la estructuración del Fideicomiso y la de Instituciones, la regulación de las fiduciarias que habrán de desempeñarlo.

La Ley de 1941 fue derogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito la primera de diciembre de 1982 y la segunda de 1985, ordenamiento, este último, que se abrogó por la Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

Esta Ley de Instituciones de Crédito de 1990, vigente en la actualidad, así como leyes y reglamentos han ido configurando el fideicomiso mexicano actual.

2.3 Régimen Legal Actual

La figura del fideicomiso es por demás compleja a la vez de interdisciplinaria; aparentemente su forma de acción es simple, pero en su operativa y relacionándola con los diversos actos jurídicos que implica se hace de una complejidad extrema.

Es la LGTOC. actual donde se encuentra su fundamento legal .

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Capítulo V Del Fideicomiso

Art. 381 En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito, determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

El fideicomiso ha sido considerado como una operación de crédito, sin embargo tiene propiedades que le dan una característica muy propia. Tal es el caso si tomamos en cuenta tanto la amplitud de su utilidad para conseguir ciertos objetivos a condición de que sean lícitos, como lo son los sujetos del fideicomiso en virtud de la multitud de leyes aplicables de acuerdo con el fin propuesto y con la actividad que deba desarrollar el fiduciario.

Sin embargo, el fideicomiso como institución y figura jurídica, y con independencia de los fines u objetos que persiguen los interesados, está de igual manera enmarcado dentro de lineamientos legales referentes a su estructura y a los sujetos que intervienen en su nacimiento, desahogo y extinción y al ejercicio de las instituciones que gozan de autorización para operar como fiduciarias.

Como dijimos se trata de una operación de crédito que si bien no da lugar a la apertura o concesión de un crédito en su acepción de contrato de préstamo, sí, en cuanto se apoya en la fe, en la confianza y en el crédito de que disfrutan las personas a quienes la ley permite su ejercicio.

Así mismo, la propia LGTOC. (art. 1º segundo párrafo) lo ubica como un acto de comercio absolutamente mercantil, sujeto a las normas de esta índole, y sólo excepcional y supletoriamente por el derecho común; coincidiendo con lo expresado por el artículo 75 fracción XV, del Código de Comercio, que reputa como actos de tal naturaleza las operaciones de bancos y el fideicomiso.

Capítulo V Del Fideicomiso

Art. 381 En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito, determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

El fideicomiso ha sido considerado como una operación de crédito, sin embargo tiene propiedades que le dan una característica muy propia. Tal es el caso si tomamos en cuenta tanto la amplitud de su utilidad para conseguir ciertos objetivos a condición de que sean lícitos, como lo son los sujetos del fideicomiso en virtud de la multitud de leyes aplicables de acuerdo con el fin propuesto y con la actividad que deba desarrollar el fiduciario.

Sin embargo, el fideicomiso como institución y figura jurídica, y con independencia de los fines u objetos que persiguen los interesados, está de igual manera enmarcado dentro de lineamientos legales referentes a su estructura y a los sujetos que intervienen en su nacimiento, desahogo y extinción y al ejercicio de las instituciones que gozan de autorización para operar como fiduciarias.

Como dijimos se trata de una operación de crédito que si bien no da lugar a la apertura o concesión de un crédito en su acepción de contrato de préstamo, sí, en cuanto se apoya en la fe, en la confianza y en el crédito de que disfrutan las personas a quienes la ley permite su ejercicio.

Así mismo, la propia LGTOC. (art. 1º segundo párrafo) lo ubica como un acto de comercio absolutamente mercantil, sujeto a las normas de esta índole, y sólo excepcional y supletoriamente por el derecho común; coincidiendo con lo expresado por el artículo 75 fracción XV, del Código de Comercio, que reputa como actos de tal naturaleza las operaciones de bancos y el fideicomiso.

En 14 artículos la LGTOC regula la figura del fideicomiso. En el art. 381 se percibe la existencia de cuando menos dos sujetos al momento de realizar el acto constitutivo y un elemento esencial más que son los bienes que se traducen en el patrimonio fiduciario, así el fideicomisario no es necesario que se mencione. Se menciona en estos preceptos la capacidad de los sujetos, así como de la instituciones fiduciarias quienes necesitan autorización expresa y su regulación estará remitida a la Ley de Instituciones de Crédito. También requisitos para la constitución del fideicomiso, derechos y obligaciones de los sujetos, causas de extinción y casos de prohibición.

El fideicomiso por su amplitud podría llegarse a regular por la mayor parte de nuestras leyes pero al no ser este nuestro objetivo vamos a ver las disposiciones que nos conciernen en este tema y que reglamentan de manera primordial al fideicomiso mexicano.

Desde el punto de vista de la figura del fideicomiso y refiriéndose a la sustantividad del mismo: La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los artículos del 381 al 414.

Por lo que se refiere a la organización de los sujetos activos del fideicomiso (fiduciarias): Ley de Instituciones de Crédito.

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

Los fideicomisos en los que participe la inversión extranjera: el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras.

Por último cabe hacer el comentario de la jurisprudencia aplicable a la naturaleza del fideicomiso, así como la importancia de circulares y otras disposiciones aplicables.

Si bien la jurisprudencia llega a producir vínculos con fuerza de ley que pueden servir de precedentes; también al ser la actividad fiduciaria, vigilada y controlada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Banco de México, son sus diversos oficios y circulares bases para el funcionamiento del fideicomiso.

3. NATURALEZA JURIDICA

Muy diversos criterios han sustentado los autores y acogido las legislaciones en cuanto a la noción y naturaleza jurídica del fideicomiso.

Así, se ha asimilado a un mandato, a una institución, a un negocio fiduciario, a una declaración unilateral de voluntad, y también a un contrato.

Es un concepto jus-mercantil relativamente fácil de explicar y entender, que al mismo tiempo es difícil ubicar de manera teórica en los cuadros legales tradicionales, ya sean bonapartistas, germánicos o anglosajones ⁸

El fideicomiso se originó en un sistema en el cual las clasificaciones y definiciones ocupan un papel secundario y la prioridad correspondía a la práctica diaria del comercio: el derecho anglosajón.

No obstante la similitud que en esencia guarda con el estadounidense, el fideicomiso se arraigó a tal grado en el derecho y la práctica mexicana que se convierte en uno de los instrumentos más útiles; esto a pesar de que en la

⁸SANCHEZ SODI. Op. cit. p.22.

doctrina no hay acuerdo respecto a su naturaleza y definición.

Por lo que cabe hacer mención a algunas de las teorías más aceptadas sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Fideicomiso - mandato.

Según el tratadista panameño Ricardo J. Alfaro, el fideicomiso es un contrato que crea "un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"⁹

Esta posición doctrinal ciertamente influenció la legislación mexicana, al grado de que las leyes de 1924 y de 1926 consideraban al fideicomiso, precisamente, como un mandato.

Puede haber acierto en esta opinión, en el sentido de que tanto en el mandato como en el fideicomiso alguien acepta a comprometerse a hacer algo que otro le encomendó, sin embargo en el mandato no hay transmisión real de bienes, por lo que se hace una diferencia tal entre otras, que resulta incierto ver al fideicomiso como un mandato.

Fideicomiso - Institución

Ledesma Uribe trata de encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso atribuyéndole a ésta el carácter de institución. Para esto, se basa en la concepción de institución de Harriou. Harriou señala que las características de una institución son la permanencia, la idea de comunidad institucional y los órganos sujetos a un régimen estatutario.

⁹DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Op. cit.p.165.

Ledesma ve que en el fideicomiso concurren las características que Harriou señala para la institución; la permanencia por el plazo máximo de 30 años que para la duración del fideicomiso fija la ley; hay vínculos entre las partes por el propósito que los inspiró pues todo acto contrario a él, rompería esa especie de comunidad que relaciona a todos los miembros de una institución, lo que satisface la segunda característica de ésta y, por último, existe una sujeción al régimen previsto en el acto constitutivo.

Podría pensarse que el fideicomiso adquiere el carácter de empresa, pues existe la intervención de cuando menos dos sujetos, uno que aporta bienes o derechos (fideicomitente), otro que ejercita los bienes fideicomitidos (fiduciario) y un tercero que necesariamente aparece aunque no se señale nominalmente que es el beneficiario (fideicomisario).

Sin embargo es importante señalar que en la institución se crea una persona distinta a los fundadores, con un nombre y patrimonio propio; elemento diferencial fundamental con el fideicomiso, el cual no crea una personalidad jurídica propia.

Fideicomiso como negocio jurídico

Varios son los autores que siguen esta teoría, entre otros están: Garcíadiego, el doctor Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Jorge Serrano Trasviña. Si bien encontramos cierta unanimidad al considerar al fideicomiso como negocio jurídico, el que más explicación da del tema es el doctor Domínguez Martínez.

Este autor concluye que el fideicomiso es un negocio jurídico debido a la diversidad tan grande de fines que puede perseguir, al campo tan amplio en el que actúa la autonomía de la voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece esta figura.

Define al fideicomiso de la siguiente manera: "un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, en virtud de la cual, destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, y la ejecución de los actos que tiendan a ese fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiera obligado contractualmente a ello."

En esta definición se perciben dos momentos (declaración unilateral-animus fiducia y el contrato que se perfecciona con la aceptación del fiduciario-causa fiduciae) diferentes del perfeccionamiento del fideicomiso, situación no coincidente con nuestra figura, ya que estos momentos lejos de ser distinguibles son coincidentes, indispensables y constitutivos de uno mismo y no de dos.

Negocio Fiduciario

Esta teoría se ha dado siguiendo la doctrina anglosajona y habla de un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios.

En mi opinión dista mucho de compararse el fideicomiso como figura típica, lícita y legal con figuras como ésta, ya que no tienen relación alguna.

Declaración Unilateral

En estas corrientes los autores basan la constitución del fideicomiso en una declaración unilateral de voluntad hecha por el fideicomitente. Muchos apoyan esta idea tomando en cuenta el art. 387 de la ley que en su primer párrafo prescribe que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o

por testamento. Sin embargo la pretendida naturaleza de acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y esta declaración no pasa de ser una simple intención que fácilmente quedaría impracticable, si no hubiera un previo acuerdo de voluntades.

Naturaleza Contractual

Esta es sin duda la teoría más aceptada desde el punto de vista de su regulación por el derecho positivo, como por su uso y práctica bancaria en nuestro país.

Para calificar al fideicomiso mexicano como contrato, debemos considerar que es una relación jurídica entre dos o más personas puesto que siempre debe de haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes, y por lo tanto, debe concebirse como una relación bilateral.

El fideicomiso es un acuerdo que crea, transfiere, modifica e incluso extingue obligaciones y para su existencia y validez requiere consentimiento, objeto, capacidad, licitud y formalidad.

Apoyando esta tesis, están autores como el doctor Batiza, quien afirma que la naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica en el género de contrato bilateral, sinalagmático y perfecto, se confirman por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas. Esto se hace presente en los arts. 80 y 84 de la LIC. en donde la fiduciaria queda tácitamente obligada, de forma contractual al cumplimiento de la obligación o en su caso se crea responsabilidad de daños y perjuicios, da la opción de exigencia de cuentas y en su caso remoción en favor del fideicomisario, que es claramente correlativa al art. 390 LGTOC, que permite al fideicomisario exigir el

cumplimiento del fideicomiso.

Por otra parte es importante también resaltar el uso bancario normal en la experiencia mexicana en donde se utiliza el término contrato de fideicomiso.

El uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato.

Otros aspectos que nos llevan más a la naturaleza contractual de esta figura son los fideicomisos del gobierno federal, ya que en la práctica mexicana son establecidos todos mediante contrato y las posturas que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tomado en este sentido. La Suprema Corte durante las últimas dos décadas ha sostenido una postura jurisprudencial que puede verse como constante al considerar al fideicomiso como contrato en sus discursos resolutivos.

Asimismo, el gobierno federal en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, hace alusión al contrato de fideicomiso; tal es el caso de la Ley Federal de Entidades Paraestatales en su capítulo relativo a fideicomisos públicos en donde claramente hace la definición de éstos como contratos.

Independientemente de si es contrato bilateral o plurilateral, si tiene características de operación de crédito o de contrato bancario todo el conjunto de razonamientos y disposiciones legales nos acercan cada vez más a la naturaleza contractual del fideicomiso.

4. DEFINICION

El contrato de fideicomiso no es uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de definirlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además, entraña una serie de actos que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.

El fideicomiso por su propia definición puede servir para la más variada gama de finalidades, como lo diría Scott; la única limitación es la imaginación de los abogados, con la condición de que esas finalidades sean lícitas y se encomiende su realización a una institución fiduciaria.

La LGTOC proporciona una aproximada definición del fideicomiso de la siguiente forma:

Art. 381 "En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Art. 382 "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario".

Como se observa de encontrar una definición en estos dos artículos, sería una de tipo deductivo, pues no define ni clasifica, sino que más bien expone sus consecuencias"... Se destinan ciertos bienes a un fin..."

Cabe recordar que esta figura ha adquirido su importancia de una manera sorpresiva y que para 1932, época en la que tanto el legislador como la práctica carecían de experiencia en el fideicomiso la ausencia de tal definición llega a ser entendible.

Asimismo, el fideicomiso en México se ha creado y está perfeccionándose en una figura jurídica con características propias, que tiene una estructura y tratamiento desconocido en otros países, particularmente en los sistemas legislativos de origen latino en contraposición del sistema anglosajón, en el cual se inspiró y del que ya dista mucho.

Al ir desarrollándose esta figura, nuestras autoridades se han percatado de que los preceptos contenidos en la LGTOC. son un poco insuficientes para regular algo tan dinámico.

Sin embargo de nuestra aproximación definitoria surgen las características esenciales de la institución.

Por virtud del fideicomiso: esta primera parte del artículo señalado, hace mención a que es lo que sucede cuando existe un fideicomiso, de ahí la expresión "por virtud del fideicomiso"; *el fideicomitente destina ciertos bienes:* aquí ya aparece un primer elemento personal del fideicomiso quien es el fideicomitente, el cual en forma expresa destina algunos bienes (los que le son disponibles, no así los personalísimos), con el objetivo de que se realice *un fin lícito y determinado* pero la realización de ese fin no lo hace el fideicomitente, sino que le entrega los bienes a una institución autorizada para ello, pero no sólo los entrega, se requiere que dicha institución acepte el cargo de fiduciario,

con lo que surge el segundo elemento personal e indispensable para poder constituir un fideicomiso; agregando que toda la operación tiene como objetivo la realización de un fin lícito nos da un elemento objetivo necesario que es la realización material de la finalidad; por último se necesita que se señale el fin en forma determinada pues esto subsana la ausencia del tercer elemento personal del fideicomiso quien es el fideicomisario(beneficiario).

De esta definición se puede desprender que para la existencia de un fideicomiso se requiere no sólo la voluntad del fideicomitente de dar determinados bienes para un fin lícito y determinado, también se requiere de la participación de un fiduciario, pues éste no puede ni debe faltar en todo fideicomiso, así en el art. 385. de la LGTOC se otorga la facultad a la institución fiduciaria de aceptar o no su participación en el fideicomiso, destacándose la concurrencia de otra voluntad (institución autorizada por la ley, para desempeñar el cargo fiduciario).

Por un lado existe una manifestación de voluntad la cual puede ser expresa o tácita, el contenido de esa manifestación es precisamente la intención de constituir un fideicomiso, mas no la propia constitución; la manifestación de voluntades un primer elemento del fideicomiso a partir del texto del artículo 381; un segundo elemento es el fin lícito y determinado para el cual se destinan los bienes y por último el encargado de hacer que esa finalidad se realice (institución fiduciaria) lo que hace una relación bilateral con obligaciones y derechos para las partes.

Asimismo, al analizar la definición se pueden observar las siguientes características del fideicomiso:

- Consiste en el desprendimiento y afectación de parte de un patrimonio, a la realización de un fin.

- En consecuencia, implica una transmisión real de los bienes afectados.
- El fin perseguido debe ser lícito y determinado.
- La realización del fin no queda a cargo de aquel que se desprendió de los bienes, sino de aquel a quien se transmitieron, en todo caso una institución fiduciaria.
- La obtención de tal fin podrá o no tener un destinatario específico que sería el fideicomisario.

El fideicomiso como podemos observar no es de los conceptos que manifiestan un simple "estado jurídico" no es en esencia vinculatorio, sino es un concepto que manifiesta no sólo las relaciones entre dos personas, sino también las que en ocasiones se suscitan entre cientos de personas, con derechos y obligaciones más o menos equivalentes y todos concertados por una sola idea que es precisamente la de fideicomiso.

Concluimos entonces reafirmando que si bien el fideicomiso al ser una institución tan compleja y amplia, difícil ha sido llegar a tener una definición o concepto preciso de este.

Asimismo, en cuanto al precepto que más se acerca a una definición se hacen patentes elementos básicos y claros que dan al fideicomiso una forma para actuar dentro de nuestro mundo jurídico y además seguir con un gran desarrollo.

CAPITULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO EN PARTICULAR

En el capítulo que antecede vimos como hasta la fecha y pese a la gran importancia que día a día adquiere la figura del fideicomiso, sus antecedentes, así como su naturaleza y definición han causado tanto en la doctrina como en la práctica posturas diversas sin llegar a una unificación.

Observamos también, como a pesar de la similitud que en esencia guarda con el sistema estadounidense, el fideicomiso en la práctica mexicana se ha arraigado a tal grado en nuestro derecho que se convierte en base del fomento económico comercial tanto público como privado.

Así, en este momento se puede notar que cualquiera que sea su definición, naturaleza y marco doctrinal, el fideicomiso es y continua prestando invaluable utilidad, debido a la enorme adaptación que ha presentado. Esta adaptación si bien por su estructura, objeto o cualquier otra característica, se ha dado tanto a nivel particular como institucional y siempre cumpliendo con diversas necesidades.

A continuación para comprender mejor la figura y posteriormente ratificar su utilidad e importancia veremos como nacen, la diversidad de elementos y requisitos para su constitución, formación y validez, así como sus características.

También todo esto nos servirá de punto de partida para la clasificación del fideicomiso en cuanto al tema que nos compete y así referirnos a nuestro

punto clave que es el fideicomiso de garantía.

1.CONSTITUCION

Para la constitución de toda figura jurídica, es necesario la concurrencia de varios elementos, requisitos y formalidades que logran hacer que la figura sea lo que es.

Así, en el fideicomiso esta constitución si bien por un lado va a tener caracteres indispensables en cada nacimiento, por otro lado va a poder ser tan versátil y única como fines lícitos y determinados puedan existir.

Como hemos visto el fideicomiso es un contrato o negocio fiduciario, por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejecutar los derechos de acuerdo únicamente con las estipulaciones pactadas y en beneficio de un tercero que es el fideicomisario.

Únicamente de esta concepción podemos destacar la importancia de ciertos elementos para la constitución del fideicomiso y que se pueden agrupar de la siguiente forma:

Personas - En el fideicomiso normalmente intervienen tres personas: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, siendo éstas las partes en el contrato.

Objeto Material - Es el conjunto de bienes o derechos que el fideicomitente transmite al fiduciario para la realización de los fines estipulados.

Pueden ser materia del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con la

única limitación de que los bienes estén dentro del comercio y los derechos puedan ser transmisibles.

Fines - Los fines del fideicomiso los determina el fideicomitente en beneficio de un tercero que es el fideicomisario. Estos pueden ser ilimitados siempre y cuando sean lícitos, posibles y determinados.

Forma - Los elementos formales son las diversas manifestaciones con las que se puede expresar el fideicomiso.

Estos elementos concurrentes en la formación del contrato, deben reunir a su vez, determinados requisitos. Para esta determinación cabe referirnos por aplicación analógica y supletoria al Código Civil en lo que se refiere a elementos de existencia y validez de los contratos.

En estas condiciones, a reserva de analizar su contenido, se considera con el carácter de elementos esenciales al consentimiento, que es el acuerdo de las voluntades para la creación o transmisión de derechos y obligaciones y al objeto.

Asimismo toda manifestación de voluntad ha de provenir de un sujeto al que el ordenamiento legal le reconozca capacidad para celebrar esa clase de operaciones, y no sólo eso, sino además dicha manifestación habrá de realizarse libre, conscientemente y en acatamiento a la forma establecida en la ley para el fideicomiso.

Por lo que al objeto se refiere y tomando en cuenta que sea física y jurídicamente posible, no deberá contrariar las prescripciones impuestas por las leyes de orden público y las buenas costumbres. Idéntica coincidencia deberán observar como requisito tanto el fin o motivo del fideicomiso.

Al cumplir con estos elementos se estará observando lo dispuesto en el Código Civil en cuanto a los requisitos de validez.

Entonces, para poder constituir de manera legal y completa un fideicomiso, debemos atender a cada uno de los elementos de existencia o esenciales y a los requisitos de validez.

Ahora, con los elementos ya mencionados podremos referirnos al mecanismo de constitución del fideicomiso. Una persona que es el fideicomitente, decide unilateralmente desprenderse de parte o la totalidad de los bienes que forman su patrimonio, para que con ellos se llegue a un objetivo concreto que también será el que señale su voluntad.

El objetivo que persigue el fideicomitente con esos bienes, es transmitirlos al fiduciario, quien se convierte no en su propietario en términos del abuso absoluto de la propiedad civil, porque "no adquirió" esos bienes, sino en el titular, tanto del patrimonio afectado como de las obligaciones y derechos activos necesarios para la realización del fin.

En este momento volvemos a resaltar que para la constitución del fideicomiso es necesaria la concurrencia de voluntades de por lo menos el fideicomitente y el fiduciario, ya que sin el fiduciario no hay fideicomiso.

Ahora, los bienes de los cuales se desprende el fideicomitente formarán, a su vez, otro patrimonio más, pues ya no forman parte del patrimonio del fideicomitente ni del fiduciario, sino que quedan sometidos a la simple titularidad de éste, porque la persona especializada en la labor de llevar a cumplimiento en todos los casos los fines de cualquier fideicomiso es un fiduciario.

Constituido el fideicomiso, el fideicomitente suspende su dominio real sobre los bienes afectados - a no ser que se designe fideicomisario o que se pacten derechos de esta índole a su favor - y el fiduciario se erige en el nuevo titular y él es el que se encargará de la ejecución y consecución del fin.

Podemos observar como se da en el fideicomiso una transmisión de propiedad pero no agota ésta el contrato, pues se realizan mediante ella, por el fiduciario, múltiples finalidades, según lo haya determinado el fideicomitente.

Por lo general del cumplimiento del fideicomiso se desprenden beneficios, como tales deben tener un destinatario; es decir, por lo común del cumplimiento de los fines fiduciarios se beneficia un tercero (fideicomisario), quien también puede ser el fideicomitente. En su carácter de beneficiario, en determinados casos el fideicomisario puede exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero no el fideicomitente, por no ser el beneficiario.

Es también importante advertir que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso. Así como también se podrán designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, debiéndose establecer el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Cumplido el fin del fideicomiso -si éste no era el de transmitir al fideicomisario, por el motivo que sea, la propiedad del patrimonio- las cosas vuelven a su estado original tal cual se encontraban antes de constituirse.

Así vemos como debido a la naturaleza contractual del fideicomiso su constitución va a derivar en una serie de derechos y obligaciones para las partes que lo celebran y la misma ley va a otorgar a las partes una libertad contractual, siempre y cuando no vaya en contra de la ley, la moral, las buenas costumbres o el interés público y social.

Por último cabe hacer referencia al art. 387 de la LGTOC que a la letra dice: "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”.

En cuanto al fideicomiso constituido por acto entre vivos se seguirá el mecanismo que el derecho común prevé para los contratos, iniciándose por tanto con una oferta o policitud y una debida aceptación que en este caso siempre debe de ser expresa.

Ahora, es de observarse que la realidad es bastante más compleja en el caso del fideicomiso. Esto, ya que es una figura en la que hay de por medio una diversidad de relaciones por lo que, generalmente, se necesita una etapa preliminar de intercambio de impresiones y puntos de vista en que las partes interesadas exponen sus puntos a fin de llegar a soluciones satisfactorias. Puede haber también un intercambio de dictámenes u opiniones jurídicas para preparar el documento final en que se incorpore el acto constitutivo del fideicomiso.

Por lo que se refiere al fideicomiso testamentario y afirmando que el testamento es un “acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos para después de su muerte...” surgen algunos puntos muy importantes.

Primero:

La voluntad del testador es que con parte o la totalidad de sus bienes se constituya un fideicomiso pero el cual surtirá efectos después de su muerte.

Segundo:

El patrimonio del testador en ese momento quedará intacto sin haber ninguna transmisión de bienes.

Tercero:

Está pendiente el acuerdo de voluntades ya que el fiduciario no ha aceptado la constitución del fideicomiso.

Con estas ideas llegamos a concluir que el testador no está realmente

constituyendo el fideicomiso mediante el testamento.

El testador está manifestando su voluntad de destinar esos bienes a un fin determinado y lícito, a través de un fideicomiso que habrá de constituirse cuando ocurra su muerte.

Entonces el albacea o ejecutor, al ocurrir la muerte del testador, en los términos pactados, concurrirá ante notario o en contrato privado suscribiendo con el fiduciario para darle forma al fideicomiso.

Es interesante advertir como en la constitución de un fideicomiso, si se cumplen con todos sus elementos y requisitos, viene a ser sencilla al compararse con la flexibilidad y trascendencia que nos permite superar numerosas limitaciones operacionales en la práctica.

2. ELEMENTOS ESENCIALES

Los elementos esenciales, estructurales o de esencia son indispensables para el nacimiento de cualquier contrato y para el fideicomiso éstos serán el consentimiento y el objeto.

Voluntad

Consentimiento

La amplitud de libertad jurídica en nuestro Derecho privado da por consecuencia la creación de voluntades tendientes a la formación de figuras tan extensas como el fideicomiso.

Esta voluntad se creará tendiente a la consecución de un fin y deberá manifestarse siguiendo con una serie de requisitos y elementos que la ley establece.

A su vez, esta manifestación de voluntad tendrá que concordar con otra y otras manifestaciones y así el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario en su caso estarán conformando el consentimiento.

Es muy importante señalar que la manifestación de voluntades en este caso debe exteriorizarse, para cumplir con la forma legal, de manera escrita, así como ajustarse en los términos de la legislación común a las formas de transmisión de derechos o de propiedad que se den en fideicomiso.

El consentimiento que es el acuerdo de dos o más voluntades es el elemento clave que va a decidir entre un amplio campo de posibilidades sobre un objeto jurídico y material para la realización de un fin. Por lo tanto podemos decir que el fideicomiso es un contrato bipartito cuya constitución depende del consentimiento que a su debido tiempo deba dar cada una de las partes, sin embargo el beneficio que de él se obtenga recaerá sobre una tercera persona que es el fideicomisario.

En este sentido vemos como es una figura que tiene varias diferencias notables con la mayoría de los contratos. Mas si la característica esencial parte del consentimiento para producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocas, esa característica no falta en el fideicomiso constituido, en el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos.

Cabe señalar que el fideicomiso no requiere de la manifestación de tres voluntades, la misma ley aclara la validez del fideicomiso aún sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. Ahora, esta falta del fideicomisario se tendrá que reponer a lo largo o al final del fideicomiso para que, efectivamente exista alguien que reciba los beneficios del contrato. Este beneficiario como ya se había apuntado puede ser igualmente el fideicomitente o bien puede haber pluralidad de fideicomisarios como la ley establece.

Por lo tanto tanto la manifestación del fideicomitente como la del fiduciario serán elementos principales e indispensables para el fideicomiso desde su constitución.

Así, la LGTOC. en su artículo 385 señala que en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones autorizadas conforme a la ley. El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución cesará el fideicomiso, aunque en realidad lo que acontece es que el negocio no ha llegado a ser.

Ahora bien, estas voluntades han consentido y han acordado llegar a un fin y para esto actuarán sobre "el objeto material" del fideicomiso mediante las condiciones y el clausulado que ellos mismos pactaron y que deberán cumplir.

Objeto Material	Fin	Patrimonio
-----------------	-----	------------

Como afirmamos anteriormente, la manifestación de voluntad, o el consentimiento en su caso, primer elemento esencial, proponen un objeto para dar lugar al nacimiento de efectos jurídicos los cuales consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones y estados jurídicos.

Para alcanzar esta finalidad el objeto primeramente tendrá que ser física y jurídicamente posible existiendo en la naturaleza, siendo determinado o determinable y encontrándose en el comercio, todo esto para que los efectos nacidos del objeto, consecuencia de una o varias declaraciones de voluntad, sean reconocidos por el derecho, al no existir una norma jurídica que sea un

obstáculo insalvable para su realización.

Ahora bien, nuestro objeto formado por bienes y derechos que integran el patrimonio fideicomitado salen del patrimonio del fideicomitente, pero para colocarse en una situación de patrimonio de afectación, del que será titular el fiduciario, el cual podrá ejercer esa titularidad en la medida del acto constitutivo y de la ley, y en cuanto se refiere a la realización de la finalidad prevista. Y por lo que se refiere a ésta, el fideicomitente es libre para establecer el fin a cuya realización debe destinarse el patrimonio fideicomitado, pero en todo caso, ese fin debe ser lícito y determinado.

Como podemos notar tanto objeto como patrimonio y fin están tan íntimamente ligados entre sí que cabe hacer la distinción de cada uno de ellos a continuación.

Objeto Material

Resulta claro que un fideicomiso no puede establecerse a menos que al tiempo de su creación exista un bien que sea objeto, o que pueda llegar a serlo.

Ahora, pueden ser objeto material del fideicomiso de acuerdo al art. 386 de la LGTOC, toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. En este caso y al hacer referencia la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a que pueden ser objeto del contrato determinados bienes se está haciendo alusión al patrimonio.

Por lo tanto el objeto material del fideicomiso no es cumplir con el fin lícito al que se destinan los bienes que los constituyó, como lo es el objeto elemento del contrato. Cosas muy diferentes son, por una parte el fin del fideicomiso y de cuya consecución generalmente se beneficia el fideicomisario; y otra el objeto material, que de conformidad con el artículo antes mencionado son los bienes y derechos que se hayan afectados.

De conformidad con el derecho común los requisitos que debe cumplir la cosa objeto como patrimonio del contrato son:

1° Existir en la naturaleza 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y 3° Estar en el comercio

Es evidente que en nuestro derecho mexicano es posible constituir un fideicomiso sobre cosa futura, ya que al tenor del art. 1826 del Código Civil, las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato.

Ahora algo que es muy importante establecer, es como en el fideicomiso tanto los bienes como los derechos pueden ser objeto del contrato. Estos derechos van a tener la limitante de no ser estrictamente personales de su titular, y por lo tanto intransmisibles, como lo son las garantías individuales, los derechos de familia, el derecho político de voto, el uso y la habitación, etc..

En cuanto a los derechos que pueden aportarse en contrato de fideicomiso, son aquellos que derivan como contraprestación de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, incluyendo los que se desprenden de la propiedad, posesión, uso o usufructo de bienes muebles e inmuebles.¹⁰

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

El art. 386 de la LGTOC, ordena que los bienes o derechos transmitidos al fiduciario, se considerarán afectos al fin al que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos

¹⁰Carvalho, Yáñez, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. 3a ed. Porúa. 1998.p.122

legalmente respecto a tales bienes por el fideicomisario o por terceros con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

“Por ejemplo, en un fideicomiso de garantía el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad del bien fideicomitado, para que proceda a su venta, solamente en el supuesto de que el fideicomitente deudor incurra en mora; en este caso, el fideicomitente puede haberse reservado la posesión del inmueble fideicomitado, que pierde en el acto de hacerse efectiva la garantía.

Puede también suceder que únicamente se afecte a un fideicomiso de garantía, el usufructo de que es titular el fideicomitente, pues un tercero, o quizás el propio fideicomisario, pudieran con anterioridad al fideicomiso, adquirir la nuda propiedad de esos bienes; en este caso sólo será materia del fideicomiso el derecho de usufructo, sin afectarse al mismo la nuda propiedad.¹¹

Con todo esto, volvemos a advertir la flexibilidad y amplitud que nos proporciona la figura del fideicomiso, en este caso, al abarcar en nuestro objeto material no solo bienes sino derechos y afectados a un fin en donde se da una transferencia temporal y limitada al cumplimiento de las finalidades.

En suma, las cosas susceptibles de afectarse en fideicomiso son cualesquiera bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular; de manera específica los siguientes:

- Bienes inmuebles por naturaleza o por destino
- Cosas corpóreas (bienes muebles por su naturaleza)
- Bienes muebles por determinación de la Ley, a saber
- Créditos no negociables
- Derechos personales
- Títulos nominativos
- Títulos al portador

¹¹Villagordoa, Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 2a. ed. Porrúa, 1982. p. 178-179.

Cosas cuya transmisión a la fiduciaria surte efectos entre las partes, y ante terceros, según las reglas que se acaban de enunciar.¹²

Fin

El fin del fideicomiso es el objetivo que se busca con la celebración del contrato. Son los intereses privados o públicos que se buscan satisfacer con el establecimiento del fideicomiso.

La LGTOC al efecto establece:

artículo 381 "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

artículo 382 "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado."

Ambos preceptos, al referirse al fin del fideicomiso, no señalan específicamente cual habrá de ser éste, sino que indican tan solo que deberá ser lícito y determinado.

Tanto la licitud como demás requisitos del fin serán analizados en cuanto a elementos de validez de nuestro contrato, de conformidad con el artículo 1795 del Código Civil, y que se verán más adelante.

Patrimonio Fideicomitado

¹²Dávalos, Mejía, Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. 6aed. Harla, 1995 p. 885-886.

Los bienes y derechos dados en fideicomiso entran a formar parte de un patrimonio, el patrimonio fiduciario, constituido por los bienes y derechos afectos en forma temporal y con la limitación, para el fiduciario, de realizar con ellos solamente aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para cuya realización se hayan destinado.¹³

Así, constituido el fideicomiso, la parte del patrimonio de la que se desprendió el fideicomitente, que es el objeto material del fideicomiso, se erige como un patrimonio sujeto a reglas especiales cuyo destino no puede ser otro que el fin señalado por el fideicomitente en el contrato.

Este patrimonio en nuestro fideicomiso es un patrimonio autónomo, esto es en el aspecto jurídico, independiente de cualquier otro -incluidos en primer lugar, el del fideicomitente y el fiduciario-; pero se encuentra bajo la titularidad y dirección exclusiva del fiduciario, que es al que se transmitió su propiedad, tan solo con el interés de que llegue a un fin ulterior.

En cuanto a la transmisión de propiedad, ésta es sólo un medio para llegar a un fin y estará sujeta a reglas especiales de la propiedad fiduciaria.

Por lo mismo, no se da una transmisión de propiedad absoluta entendida en términos del Código Civil, sino una propiedad de tipo fiduciaria la cual está fuertemente restringida por las limitaciones y reglas establecidas en el acto constitutivo y a su vez vigilada en cuanto a su cumplimiento por órganos como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Ahora, esta transmisión fiduciaria se considerará en muchos casos como cualquier otra transmisión de propiedad en caso de bienes inmuebles en el sentido de que se necesitará su debida inscripción en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros y la misma deberá hacerse en la sección primera, o sea, sección de propiedad y surtirá sus efectos en las mismas condiciones que otra transmisión.

¹³Rodríguez, Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 21a. ed. Porrúa. 1996 p 87

En cuanto al fiduciario que será el titular del patrimonio se verá restringido para ejercer su titularidad fiduciaria.

Esta titularidad fiduciaria tendrá su sustento normativo al referirnos a los artículos 386 en su párrafo segundo y 391 primera parte de la LGTOC. El primer artículo dispone que... sólo podrá ejercitarse respecto de los bienes que se den en fideicomiso, las acciones y derechos que a ellos se refieran...

El segundo, que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligado a cumplir dicho fideicomiso conforme a lo pactado.

Así, como podemos percibir el objeto material de nuestro fideicomiso que pasará a ser un patrimonio fiduciario está restringido y limitado por la misma voluntad de las partes, las cuales también dieron su consentimiento para que se ejercieran todos los actos necesarios relativos a alcanzar ese punto clave para nuestra figura que será el fin del fideicomiso.

3. REQUISITOS DE VALIDEZ

Para la constitución de un fideicomiso, como hemos visto los elementos esenciales se hacen presentes para su nacimiento, ahora bien, estos elementos deben reunir a su vez, determinados requisitos.

Estos requisitos, llamados de validez si bien no dan el nacimiento de la figura, si van a ser también muy importantes ya que su ausencia puede invalidar el contrato, y analizados a contrario sensu nos van a dar la eficacia del mismo.

Ya habíamos hecho referencia a que la doctrina y los ordenamientos legales de la materia afirman que los elementos de validez son: la capacidad de las partes o de una de ellas; la ausencia de vicios en el consentimiento; la licitud en el objeto y la manifestación del consentimiento en la forma legal establecida.

Estos elementos serán los que le den la validez dentro del mundo jurídico, permitiendo así, llegar con todas las formalidades necesarias a la consecución del fin y al cumplimiento de voluntades.

Capacidad

Como ya se hizo notar, entre los elementos de validez de todo contrato se encuentra la capacidad de las partes.

Esta capacidad para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato.

Acerca de la capacidad para contratar es de advertir que la regla general es que "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

De modo que de forma general en cuanto a la capacidad, se siguen las reglas del derecho común más los casos específicos de cada una de las partes del fideicomiso, que veremos a continuación.

Capacidad jurídica del fideicomitente

El fideicomitente es la persona física o jurídica que otorga determinados bienes de su patrimonio para constituir un fideicomiso para un fin lícito y determinado.

De acuerdo a la LGTOC en su art. 384 pueden ser fideicomitentes "las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

De acuerdo a este artículo, pueden ser fideicomitentes en primer lugar, las personas físicas o las personas morales; la ley establece como requisito indispensable que tengan "la capacidad necesaria para la afectación de bienes".

Así, es necesario que el fideicomitente tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato y en caso de que dicha capacidad se encuentre limitada, que se llenen los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercitar tal derecho.

Tal sería el caso del emancipado, menor de edad, que si quiere formar parte de un fideicomiso como fideicomitente requerirá o de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces; o de un tutor para negocios judiciales.

Cabe mencionar que en cuanto a las personas jurídicas o morales sus representantes o apoderados se regirán de acuerdo al acto constitutivo y los respectivos ordenamientos.

En segundo lugar, se establece que para ser fideicomitente es necesario ser titular de los bienes o de los derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso, sin olvidar los bienes susceptibles de esa afectación.

Este requisito es indispensable para poder realizar la transmisión de los bienes o derechos fideicomitados al fiduciario que será el único titular del patrimonio del fideicomiso.

Ahora bien, como ya dijimos, las autoridades judiciales o administrativas también pueden ser fideicomitentes.

Esto permite a las autoridades que puedan cumplir mejor con el cargo que se les ha conferido para la conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación de determinados bienes. Este beneficio se pone de manifiesto al considerar que en determinadas circunstancias esas autoridades no cuentan con los medios adecuados para poder realizar directamente los fines que se les han encomendado.

Capacidad jurídica del Fiduciario.

El fiduciario es "La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados"¹⁴

En el artículo 385 de la LGTOC se establece que "Sólo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente señaladas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito."

Al respecto es muy importante aclarar por un lado que la Ley que regula actualmente el ejercicio de la banca y del crédito es la Ley de Instituciones de Crédito y por otro, que en la actualidad también pueden ser fiduciarias las aseguradoras, afianzadoras y las casas de bolsa de conformidad con sus leyes respectivas y con las excepciones respectivas.

De lo anterior se deduce que en México no podrán ser fiduciarias las personas físicas, sino solamente las morales o jurídicas colectivas constituidas en forma de instituciones de crédito, de seguros, de fianzas o casas de bolsa con arreglo a sus leyes y en el caso de los fideicomisos de garantía sólo las

¹⁴Cervantes, Ahumada, Raul. Títulos y Operaciones de Crédito. 14a. ed. Herrero. 1994. p. 292

Instituciones de Crédito, seguros, fianzas, sociedades de objeto limitado y almacenes generales de depósito.

Sin embargo, cabe mencionar algunas excepciones a este principio. Una de ellas sería la del Patronato del Ahorro Nacional al que se le permite la actuación como fiduciario y la del Banco de México en donde en su ley también se menciona su actuación de fiduciario.

En cuanto a las instituciones de crédito, cabe distinguir su importancia ya que de acuerdo con nuestro sistema legal, en la República Mexicana, hasta 1993, eran las únicas instituciones autorizadas para ser fiduciarias. Entonces, sólo podían ser fiduciarias las bancas de desarrollo y las bancas múltiples. Ahora, como vimos, esta posibilidad se ha ido ampliando de manera positiva para que se abra el mercado a otras instituciones y se de un mejor servicio.

Lo que no ha cambiado es la supervisión y vigilancia por parte del Estado a partir de la SHCP, con la colaboración de Banco de México, y la participación de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, a partir de 1993 para las Casas de Bolsa, e Instituciones de Fianzas y de Seguros.

Toda esta regulación se ha dado por la gran importancia que tiene esta actividad fiduciaria y para que se de en forma profesional y mantenga seriedad, responsabilidad, solvencia, estabilidad y sobre todo confianza para el público.

El fiduciario tendrá todos los derechos y las acciones que se requieran para cumplir con lo fines del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que al efecto sean establecidas en el acto de constitución del contrato, deberá cumplir con sus funciones en estricto apego a las instrucciones insertas en el acto constitutivo del contrato, no pudiendo renunciar el sino por causas graves que deberá calificar un juez de primera instancia del lugar de su domicilio social, y deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de

las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes por su culpa.¹⁵

Existen también varias prohibiciones legales que no solo les prohíbe determinada actividad sino que obliga a que algunas sean insertadas y con declaración expresa de que las demás partes son sabedoras de dicha prohibición, el artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito en su fracción XIX consagra:

Art. 106 -A las Instituciones de Crédito les está prohibido:

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

-celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento del fideicomiso.

-el Banco de México podrá autorizar algunas operaciones siempre que no represente un conflicto de intereses.

-responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del cumplimiento de los deudores, por los valores que adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la LGTOC.

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

-si al término del fideicomiso constituido para el otorgamiento de créditos estos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, absteniéndose de cubrir su importe. Cualquier pacto en contrario no producirá efecto legal alguno.

-en el contrato de fideicomiso se insertarán las prohibiciones anteriores y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quien haya recibido bienes para su inversión.

-utilizar fondos o valores del fideicomiso destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional.

-otorgar créditos en los cuales resulten o puedan resultar deudores sus

¹⁵Carvallo, Yáñez, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. op.cit.p118.

delegados fiduciarios, los miembros del consejo de administración o consejo directivo, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones los empleados o funcionarios de la institución, los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones, los auditores externos de la institución, los miembros del Comité Técnico del fideicomiso respectivo, los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, etc.

Capacidad jurídica del Fideicomisario

La capacidad del fideicomisario no es esencial en estricto sentido, ya que como veremos a continuación en varias ocasiones los que reciben el beneficio del fideicomiso pueden ser personas incapaces y es ahí donde es de suma importancia la actuación de los representantes legales, tutores, apoderados, etc.

En este sentido el fideicomisario es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso, dicha persona puede ser un organismo público o privado, o bien, una persona física o simplemente ser determinable.

Como hemos visto del cumplimiento del fideicomiso por lo general se derivan beneficios en favor de un tercero, y de ser así, el único que los puede recibir es el fideicomisario.

De conformidad con el artículo 383 fracción 1 de la LGTOC el fideicomisario debe de tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, aunque como ya dijimos esta capacidad no es trascendente en el sentido de que los beneficios si son recibidos aún por las personas que no tienen esa capacidad específica.

Esta capacidad va a ir íntimamente relacionada con el fin del fideicomiso y variará de acuerdo a él. Así, por ejemplo la finalidad era la adquisición de un

bien, el fideicomisario necesitará tanto la capacidad de goze como la de ejercicio en cuanto a adquisición de bienes y en caso de faltar la segunda, y si así lo permite el caso, podrá adquirir el bien por medio de un representante legal.

En este último sentido se encuentra lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 390 de la LGTOC, que señala que cuando no existe fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

En suma, el fideicomisario tendrá capacidad para serlo, si la tiene para recibir los provechos del fideicomiso, y así ser beneficiario.

También deberá tomarse en cuenta que si bien esta capacidad limitará en cierta forma el fin mismo del fideicomiso el cual no bastará que sea lícito y determinado, sino también que el que vaya a recibir los provechos que el fideicomiso le otorga, tenga la capacidad necesaria o bien la debida representación.

Ausencia de vicios en el consentimiento.

La declaración de voluntad de cada parte en el fideicomiso y luego el consentimiento deben de darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona como en el objeto y en las formalidades del fideicomiso.

Por lo tanto aunque exista el consentimiento, este puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad. En este caso estaríamos en presencia de un vicio que afecta a la inteligencia (error o dolo) o un vicio que afecta a la voluntad (violencia) o por un vicio que afecta a una y a otra facultad (la lesión).

La presencia de cualquiera de estos vicios puede invalidar el contrato y lo hiere de nulidad relativa.

Entonces el fideicomiso se puede convalidar una vez que han cesado los vicios y se ha ratificado la voluntad. Por lo tanto, el fideicomiso debe, además de cumplir con una serie de requisitos y elementos, estar libre de cualquier vicio que pueda afectar el consentimiento para que pueda tener plena validez.

Licitud en el Fin.

El fin va a ser la meta, el resultado de un fideicomiso en cuyo acto constitutivo se expresa lo que el fiduciario debe hacer para alcanzar ese fin que tiene que ser lícito y determinado.

"No debemos soslayar en ningún momento, que el cumplimiento de los fines del contrato de fideicomiso son competencia exclusiva del fiduciario del contrato, ya que el propio contrato de fideicomiso carece de personalidad jurídica para poder ejecutar por sí actos o hechos jurídicos."¹⁶

De tal suerte, cualquier objetivo puede ser señalado como fin del fideicomiso, con tal de que no transgreda las limitaciones que en la propia LGTOC se señalan y son la licitud y la determinación.

Frecuentemente, y como ya hemos visto, es común que se confunda al objeto material con el fin del contrato, siendo realmente diferentes ya que los bienes que forman el objeto material del fideicomiso no son el fin lícito al que se destinan. El objeto material o patrimonio es cualquier clase de bienes y derechos que se afectan para el fideicomiso y el fin sería aquel al que se destina el patrimonio, que debe ser lícito y determinado, y al que sólo puede llegar la fiduciaria.

¹⁶Carvallo, Yáñez, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. op. cit. p.132

La misma LGTOC, va a señalar dentro de sus artículos relativos al fideicomiso, la diferencia entre el fin y el objeto material o patrimonio, así como los requisitos básicos del fin en cuanto a la licitud y determinación.

Así en su art. 381 de la citada ley dice "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

Art. 386 "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan..."

Ahora, como hemos mencionado el fin puede ser sumamente extenso pero siempre debe de ser lícito y determinado.

En cuanto a la licitud consiste en que no vaya en contra de las leyes del orden público o las buenas costumbres. "Será entonces la autoridad judicial, como intérprete de las concepciones del orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, la que resuelva en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones".¹⁷

Asimismo el fin debe de ser determinado, es decir especificarse concretamente en que ha de consistir la conducta, en este caso del fiduciario, para la realización de lo que se persigue con la constitución del contrato. No será válido el fideicomiso si no se determina en forma concreta, el fin que se persigue a través de su constitución.

Por lo tanto y para referirnos enteramente al fin, también se deben de tomar en cuenta otros requisitos que si bien no son intrínsecos del fin, como la licitud y determinación, si van íntimamente relacionados a él, y su falta puede provocar que el fideicomiso no llegue a su fin.

¹⁷ Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. 7a.ed. Pomúa. 1995. p.74

Así, de conformidad con la LGTOC el fin del fideicomiso puede ser cualquiera siempre que :

- El fideicomisario tenga capacidad jurídica necesaria para recibir el provecho que implica el fin (artículo 383, 1er párrafo).
- No implique una simulación que defraude a terceros (art. 386, 3er párrafo).
- Su desahogo no convierta al fiduciario en fideicomisario.
(art. 383, 4º párrafo y con la excepción del fideicomiso en garantía).
- No debe de ser secreto, es decir, no debe ser un fin oculto para la fiduciaria, que la dejará reducida a ser titular de un patrimonio cuyo fin desconoce.
- No deberá conceder beneficios a personas que deban sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior (art. 394, II) salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.
- Su desahogo no debe de demandar una duración mayor de 30 años.
(art. 394, III).
- No debe de consistir en condiciones y términos que se aparten significativamente de las prevalecientes en el mercado en la fecha de la celebración, de las políticas generales del banco y de las sanas prácticas y usos bancarios (art 106 V Ley de Instituciones de Crédito).
- No debe de implicar para la fiduciaria la obligación de responder ante los fideicomitentes por el incumplimiento de las personas con las que contrate por virtud del fideicomiso sean deudores de créditos o emisores de títulos. Tampoco debe implicar garantía de rendimiento de los fondos que se confíen en los fideicomisos de inversión (art. 106, XIX, b) - Ley de Instituciones de Crédito) (Esto con excepción de su negligencia o culpa grave).

- El patrimonio no debe ser una finca rústica, con excepción de los fideicomisos con fines testamentarios; los de garantía en los que la finca sea la garantía; y los de pago en los que la dación sea la finca; siendo que en los tres la administración no puede exceder de dos años (art. 106, XIX d) - Ley de Instituciones de Crédito).

Con estas referencias legales, los fines del fideicomiso van a tener pocos límites los cuales serán en beneficio de las partes y así este fin podrá ser tan amplio como la imaginación lo sea.

Forma.

La forma es otro de los elementos de validez exigido para que el fideicomiso sea perfecto y es la manera o modo en que se exterioriza la voluntad de las partes.

Esta manifestación de voluntad, o consentimiento en su caso, deberá expresarse en observancia a lo que la ley establece para el fideicomiso y tomando en cuenta la legislación común.

El formalismo permitirá brindar a las partes mayor oportunidad de reflexionar acerca del acto mismo y será vital para dar seguridad a las operaciones y precisión en las obligaciones y derechos.

La constitución del fideicomiso, según lo previene el artículo 387 de la LGTOC puede ser por acto entre vivos o por testamento, debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o a la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Analizando este artículo vemos primero que el fideicomiso puede ser

constituido por acto entre vivos o por testamento.

Cuando el fideicomiso conste en un testamento, dicho fideicomiso deberá sujetarse a las formalidades propias al tipo especial de testamento de que se trate. Por lo que se refiere a la constitución misma ésta no se efectuará sino hasta después de la muerte del testador y con la aceptación del fiduciario la cual debe constar en un instrumento público, ya sea ante notario o ante la autoridad judicial que conozca de la sucesión del fideicomitente.

El segundo punto dentro del artículo referido menciona la regla general de que el acto constitutivo debe constar por escrito. Luego en materia fiduciaria no hay pactos tácitos ni verbales.

Por otra parte cada fideicomiso debe cumplir, además de la regla genérica de forma escrita, con los requisitos que cada género de transmisión exija de conformidad con la legislación común sobre transmisión de derechos o de propiedad. Las reglas especiales de forma varían pues, según el tipo de bienes objeto del contrato.

Así, vemos como hay dos clases de contratos escritos, los que se celebran en escrito privado y los que se celebran en escritura pública dependiendo del patrimonio del contrato.

Se celebran en escrito privado los fideicomisos cuyo patrimonio esté constituido únicamente por bienes muebles y sólo en algunos casos cuando se trate de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos.

1. Cuando el valor de avalúo del inmueble no exceda al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación.
2. Cuando el Departamento del Distrito Federal enajene inmuebles para el patrimonio familiar, sin que exceda lo que resulte de multiplicar 365 veces el

importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en la época de constitución.

3. Tratándose de bienes ya inscritos en el Registro, cuyo valor no exceda de 365 veces el salario mínimo general diario en el momento de la operación y que la venta sea al contado.

4. Los contratos y operaciones relacionadas con inmuebles que celebre INFONAVIT.

En escritura pública se requerirá de un notario público y tendremos los siguientes fideicomisos:

a) Todos aquellos cuya materia este constituida por bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos.

b) Todos aquellos que por disposición de la Ley deban revestir esa formalidad.

El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes están ubicados. El registro es importante porque la transmisión surte efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción.

En caso de que los bienes fideicomitados sean bienes muebles, para que el fideicomiso surta efectos contra tercero, deberán seguirse las formalidades que previene el artículo 389 de la LGTOC.

1 Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor. En este caso se refiere a las obligaciones, derechos o acciones que tengan por objeto cosas muebles, o cantidades exigibles en virtud de acción personal. Por tratarse de cesión mercantil la transmisión de un crédito no negociable surte efectos ante terceros

a partir de que se notifique al deudor.

II Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.

III Si se tratare de una cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Ahora además de referirnos a nuestra regla general en donde el fideicomiso debe constar por escrito también va a ser importante señalar algunos de los requisitos que debe contener ese escrito.

Participación de Extranjeros.- En este supuesto en que participen extranjeros en el fideicomiso, o bien se deriven derechos a favor de ellos es importante cumplir con otro requisito, según sea el caso, como sería la inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras y el permiso de la Secretaría de Gobernación en cuanto a adquisición de bienes. También cuando mediante el fideicomiso se otorguen derechos de fideicomisario a extranjeros para que usen y/o disfruten bienes inmuebles en franjas fronterizas o playas de nuestra nación, se deberá obtener la previa aprobación de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Efectos Fiscales.- También es necesario inscribir algunos fideicomisos en el Registro Federal de Contribuyentes y presentar tanto los avisos como las manifestaciones de pago que las leyes fiscales establecen.

Fideicomisos del Gobierno Federal.- Deberán de ser registrados en el registro que al efecto lleve la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como necesitarán de permisos y autorizaciones previas.

En este documento deberán quedar anotados los requisitos subsecuentes:

1. Declaraciones que incluyan los motivos por los que se constituye el

contrato y acreditamiento de la personalidad de las personas que intervienen, incluyendo los datos de las escrituras notariales en donde consten los poderes que para representar tienen las personas que intervienen en el otorgamiento, inclusive, los del Delegado de la institución que fungirá como fiduciaria.

2. Relación de bienes que se entregan en fideicomiso que debe ser exageradamente detallada incluyendo las escrituras o facturas que amparen la propiedad o los derechos sobre los bienes muebles e inmuebles que se entregan (afectan) en el contrato.

3. Designación de fideicomitente, fiduciario y fideicomisarios.

4. Fines específicos que se persiguen con la constitución del contrato de fideicomiso.

5. En su caso, nombramiento de los miembros del Comité Técnico que girará instrucciones al fiduciario para el cumplimiento del contrato y en general, en todo lo no previsto en el contrato; los miembros de este Comité tendrán las funciones y las facultades que se hayan pactado en el contrato conforme lo describe el último párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, pudiendo o no recibir emolumentos por su desempeño como tales, lo que también deberá quedar debidamente plasmado. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité estará libre de toda responsabilidad.

El aludido Comité puede o no existir, de acuerdo con las instrucciones que indique el fideicomitente pero en los casos en que sea prevista su existencia en el contrato, también carecerá de personalidad jurídica siguiendo el principio general de derecho que expresa que lo accesorio (Comité Técnico), sigue la suerte de lo principal (Contrato de Fideicomiso).

6. Honorarios que la fiduciaria percibirá por su actuación.

a) Por estudio y aceptación del contrato de fideicomiso.

b) Por administración y control de los bienes o derechos entregados, los que generalmente serán cobrados mensualmente y preferentemente contra el patrimonio fideicomitado o los productos o intereses que de él se generen.

c) Por ejecución de los fines del contrato, honorarios que no siempre se pactan.

d) Los que se pacten por cada firma que deba otorgar el fiduciario en el cumplimiento del contrato de fideicomiso.

7. Las prohibiciones legales en las que no debe incurrir la fiduciaria.

8. La expresión de si el contrato será o no revocable por el fideicomitente.

En caso de que no sea revocable el fideicomitente no podrá variar ni los fines ni excluir o incluir a otros fideicomisarios, por lo que recomendamos que el fideicomitente se reserve el derecho de poder revocar o modificar en cualquier momento el contrato, en uso de la facultad que le confiere la fracción VI del artículo 357 de la LGTOC.¹⁸

En el escrito ya sea público o privado también se deben de incluir los datos de identidad de las partes, antecedentes o declaraciones, la respectiva encomienda al fiduciario, así como la mención del delegado fiduciario y, términos, extinciones, regla sobre la venta de los bienes del fideicomiso (en caso de fideicomisos de garantía) y cláusulas especiales y demás requisitos necesarios. Por supuesto debe de contener la aceptación de la fiduciaria y las firmas respectivas de los contratantes.

Todo esto va a conformar al fideicomiso sin olvidar que para cada caso serán necesarios requisitos especiales, dependiendo del tipo de bien y el negocio que será su consecuencia.

Ahora teniendo presentes no sólo los elementos esenciales, sino también los que condicionan su validez estaremos ante un fideicomiso válido.

4. ELEMENTOS PERSONALES

¹⁸Carvallo, Yáñez, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano.op. cit.p.125 y 126

Los elementos personales son quienes le dan nacimiento a una figura, le permiten su crecimiento y también lo llevan en su momento a la extinción o término.

Estos elementos en el fideicomiso son tres, de los cuales dos son indispensables.

Fideicomitente - Elemento creador e indispensable conforme a la ley.

Fiduciario - Elemento realizador y también indispensable. De acuerdo a la Ley , las fiduciarias deben de ser siempre personas morales y por lo mismo quedan obligadas indirectamente a ser representadas por una persona física en cada fideicomiso, por lo que la obligatoria participación de una fiduciaria implica, a su vez la obligatoria participación de otro elemento que se llama:

Delegado Fiduciario - Persona física encargada de representar a la fiduciaria materialmente en la obtención de cada uno de los fines.

Fideicomisario - No es indispensable, mas en la práctica, a la hora del desahogo del fideicomiso invariablemente habrá alguien que reciba el beneficio.

4.1 Fideicomitente

Es la persona física o moral titular de los bienes o derechos y que teniendo la capacidad jurídica para obligarse y disponer de ellos, los transmite a la fiduciaria para el cumplimiento de un fin lícito y determinado.

El fideicomitente va a ser indispensable para la constitución del fideicomiso ya que será quien afecte los bienes o derechos a un fin que encomendará a la institución fiduciaria.

Así, el fideicomitente como elemento personal contará con ciertas facultades y derechos para lograr una mejor observancia y realización del fin, así como obligaciones para cumplir en los términos pactados o de conformidad con la ley.

Como veremos algunos de estos derechos o facultades serán concedidas por la propia ley y por lo tanto aplicables a todos los fideicomisos.

Más sin embargo, otras serán dadas por voluntad de las partes y deberán mencionarse de manera expresa en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones para que se puedan tomar como concedidas.

Por lo tanto, en cada acto variarán las facultades o derechos del fideicomitente dependiendo de las circunstancias.

Derechos y facultades

1. Señalar los fines del fideicomiso.

2. Designación.

- De un fideicomisario o de varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso.

Con la excepción de que quedan prohibidos aquellos fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, las cuales deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

- El fideicomitente tendrá la facultad de constituir un fideicomiso sin señalar en ese momento quien será el beneficiario.

- Designación de un fiduciario o varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

No hay límite de fiduciarios, pero en la práctica un número excesivo en vez de beneficiar podría perjudicar la buena marcha y agilidad tanto de toma de decisiones como de procedimientos a seguir.

- Designación de Comité Técnico. Este nombramiento se puede hacer tanto en la constitución como en reformas posteriores, siendo en la práctica cada vez más frecuente e importante.

3. Reserva de Derechos

- El fideicomitente tiene la facultad de reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.

Esta reserva de derechos se vuelve de suma importancia en aquellos fideicomisos en los cuales el fideicomisario es persona distinta del fideicomitente, puesto que mediante la reserva que éste haga, continúa vinculado con el fideicomiso; ello desde luego en la medida y alcances de los derechos que se reserve.

Un ejemplo en este sentido sería en los fideicomisos de garantía sobre bienes inmuebles, cuya propiedad se transmite al fiduciario únicamente con el fin de garantizar una obligación principal y el fideicomitente puede reservarse el uso o goce de dichos bienes o de sus productos, según los ocupe directamente o los tenga arrendados a tercera persona.

4. Supervisión del Fideicomiso.

Es un derecho que el fideicomitente se puede reservar en la constitución del fideicomiso. Y no obstante que no se haga esta reserva lo puede ejercitar si se reservó el derecho de requerir cuentas, puesto que ambos derechos se

encuentran íntimamente relacionados.

5. Requerimiento de Cuentas.

Es otro derecho que se puede reservar ya sea en el acto constitutivo o en modificaciones posteriores. Consiste en solicitar del fiduciario cuenta de su gestión y debe hacerse de manera expresa.

6. Remoción del Fiduciario.

Esta facultad también podrá reservársela el fideicomitente en el acto constitutivo o en modificaciones. Consiste en que si el fiduciario al ser requerido no rinde cuentas de su gestión en un plazo de 15 días hábiles o si es declarado por sentencia ejecutoriada culpable o responsable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso, procederá su remoción.

7. Modificación del Fideicomiso.

Es un derecho que se debe de reservar expresamente y con el cual puede modificar o reformar el fideicomiso. En el caso de que este nombrado un fideicomisario será menester recabar su consentimiento, así como el del fiduciario en caso de no se haya reservado el derecho.

8. Transmisión de Derechos.

El fideicomitente podrá transmitir los derechos que se haya reservado al constituir el fideicomiso, así como los que se deriven de él, siempre y cuando no vaya en contra de alguna ley.

9. Revocación.

El fideicomitente podrá, previa reserva de ese derecho en el acto constitutivo, revocar el fideicomiso causando con esto su extinción.

10. Reversión de Bienes.

Si a la extinción del fideicomiso quedan en poder de la fiduciaria todos o parte de los bienes a él destinados, el fideicomitente tiene el derecho legal de que se le restituyan, ya sea directamente o a sus herederos.

Obligaciones

La obligación fundamental del fideicomitente consiste en la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos materia del fideicomiso. Se obliga a desprenderse de la totalidad o parte de su patrimonio para constituir otro, autónomo del primero y de cualquier otro, respecto del cual queda obligado al saneamiento para el caso de evicción en los términos del derecho privado.

Asimismo, el fideicomitente está obligado a pagar al fiduciario los honorarios que se hayan pactado a la fecha de la constitución del fideicomiso o en las reformas del mismo, así como a reembolsarle los gastos que éste hubiera erogado por cuenta de aquél.

Esta obligación no sólo puede corresponder al fideicomitente, sino a sus causahabientes o al fideicomisario, en su caso, y de no ser cumplida, faculta al fiduciario para renunciar al desempeño de su cargo.

COMITE TÉCNICO

Es muy importante referirnos a esta figura que en la práctica es cada vez más importante.

El Comité Técnico en el fideicomiso es una figura que se ha ido desarrollando y se estima que es muy propia de la experiencia mexicana dentro de la práctica de las instituciones fiduciarias.

Sus orígenes y desarrollo es brumoso y esporádico pero se cree que sus antecedentes vienen del derecho anglosajón en donde se buscaron personas conocedoras en ciertas áreas y expertas para ayudar al fiduciario en forma prudente.

En la actualidad los comités técnicos de los fideicomisos son órganos colegiados que se designan en el acto constitutivo, o en reformas, si es que el fideicomitente se reservó esas facultades y cuyo objeto será el coadyuvar con el fiduciario en el desempeño del fideicomiso y determinar la distribución de los fondos conforme a las reglas y facultades que en dicho acto se señalaron para el Comité.

Tiene su fundamento legal en la Ley de Instituciones de Crédito en donde se establece además de que en el acto constitutivo o en reformas se formará el comité y se darán sus reglas para funcionar y sus facultades, que "cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité estará libre de toda responsabilidad".

Por lo tanto su formación es potestativa para el fideicomitente, así como las reglas para su funcionamiento, aunque en la práctica estimamos necesaria la voluntad tanto del fiduciario como del fideicomisario cuando así lo amerite el caso.

Ahora, este Comité Técnico no va a existir en todos los fideicomisos, sino en aquellos cuyo manejo lo haga necesario y cuyo patrimonio fiduciario sea de tal manera importante que el fideicomitente considere conveniente el establecerlo.

En la práctica este Comité no va a ser muy común en los fideicomisos privados en parte por sus grandes cargas administrativas y de costos operacionales y también por no ameritarlo.

Por lo tanto es una figura difícil de analizar la cual lleva inmersa una gran discreción por parte de los interesados haciéndose con esto, fuente de información inaccesibles.

Finalmente cabe señalar que esta figura como la mayoría de las del fideicomiso tiene posibilidades infinitas y que en los fideicomisos paraestatales tiene un rango de la mayor importancia.

4.2 Fiduciario

Es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados".¹⁹

El fiduciario se convierte en titular del patrimonio constituido por los bienes o derechos, pero únicamente destinados a la realización de tal finalidad.

En la LGTOC. se establece que sólo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley de Instituciones de Crédito. Y por su parte, el art. 46 de la Ley de Instituciones de Crédito faculta a

¹⁹ Cervantes, Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. op. cit. p.292.

las instituciones de crédito para practicar las operaciones de fideicomiso.

Actualmente las únicas instituciones autorizadas para ser fiduciarias son: Instituciones de Crédito, las aseguradoras, las afianzadoras y las casas de bolsa atendiendo a sus leyes respectivas.

Ahora, es importante hacer referencia a las excepciones de este principio:

- a) De acuerdo a la Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional, dicho patronato puede llegar a actuar como fiduciario.
- b) También Banco de México de conformidad con su Ley (art. 7° fracción XI) llega a actuar como fiduciario si así se lo encomiendan o en el entendido de que coadyuve al desempeño de sus mismas funciones.

En cuanto a los Fideicomisos de garantía sólo podrán actuar como fiduciarias las siguientes entidades:

- I. Instituciones de Crédito;
- II. Instituciones de Seguros;
- III. Instituciones de Fianzas;
- IV. Sociedades Financieras de Objeto limitado;
- V. Almacenes Generales de depósito.

Esta restricción en cuanto a las fiduciarias ha permitido un buen control y vigilancia y esto a la vez la confianza y estabilidad de esta figura.

En cuanto a la designación de fiduciario corresponde al fideicomitente y debe hacerse constar en el acto constitutivo del fideicomiso. Puede haber un fiduciario o varios para que conjunta o sucesivamente desempeñen su cargo. Pero si no se designare la institución fiduciaria, se tendrá por nombrada la que escoga el fideicomisario o, en su defecto, la que designe el Juez de Primera Instancia en que estuvieran ubicados los bienes.

La institución fiduciaria no puede excusarse de aceptar el encargo, o renunciar a él sino por causas graves a Juicio del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio.

Todo esto está establecido en la ley, siendo en la práctica un poco diferente, ya que la aceptación es voluntaria y es difícil que se obligue a un banco a aceptar un fideicomiso en contra de su voluntad.

La institución fiduciaria podrá ser removida de su encargo: a) cuando, al ser requerido, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días. b) cuando sea declarado, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabos de los bienes. c) cuando en los mismos términos, sea declarada responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave.

Las acciones para exigir la rendición de cuentas, la responsabilidad de las instituciones fiduciarias y para pedir su remoción, corresponderán al fideicomisario y a falta de éste, al Ministerio Público, en el caso de que el fideicomitente no se haya reservado este derecho en el acto constitutivo o en modificaciones posteriores.

Las instituciones fiduciarias como sociedades mercantiles necesitan de un representante legal. La naturaleza del fideicomiso requiere que tal representante sea una institución especial; quien recibe el nombre de delegado fiduciario y quien es la persona física en la que descansa la responsabilidad de llevar a cabo, material y físicamente, los fines del fideicomiso, es el ejecutor, por lo que su designación y actuación están sujetas a fuertes requisitos. No cualquier persona puede ser delegado, al grado de que cada fiduciaria debe solicitar que sus prospectos sean autorizados por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y sólo hasta que lo sean, adquieren capacidad jurídica y pueden actuar como tales.

La fiduciaria tiene todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso; esos derechos y acciones están restringidos

por las normas o limitaciones establecidas en el pacto y por la regla legal de que sólo se pueden ejercitar en función del fin, del objeto y de las consecuencias del fideicomiso.

Derechos o Facultades de la Fiduciaria

Estos se pueden precisar en cada caso concreto, y se debe de tener en cuenta por una parte la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen el objeto del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación.

Por lo tanto, en cuanto a los derechos que pueda tener la fiduciaria sobre los bienes, ya sea ejercer con ellos actos de dominio, gravarlos, administrarlos, etc., sólo lo podrán hacer dado el caso respectivo y si así se estipuló en el acto constitutivo o reformas posteriores.

Obligaciones del Fiduciario

El cumplimiento de las obligaciones es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercitarlos para lograr los fines del fideicomiso. De esta manera también las obligaciones irán de acuerdo al fideicomiso de que se trate y de manera general se encuentran las siguientes, que serán afines en la mayoría de los fideicomisos.

1. El exacto y fiel cumplimiento del fin pactado en el acto constitutivo. Esta viene a ser la obligación principal y en torno a la cual girará todo el desarrollo del fideicomiso.

Debe realizar su gestión además de con apego al contrato, la ley y los reglamentos aplicables, con apego a prácticas sanas que propicien la seguridad del negocio.

Asimismo actuar como “buen padre de familia” de acuerdo a lo señalado en el artículo 391 de la LGTOC. Un buen padre de familia de acuerdo a la doctrina es el hombre recto, honesto, diligente y que actúa siempre de buena fe.

2. En caso de imprecisión en cuanto a las instrucciones del fideicomiso, está obligada a consultar a los fideicomisarios, o en su caso al Comité Técnico.

3. Acatar las órdenes del Comité Técnico. Debe cumplir fielmente sus instrucciones en la medida de las facultades del Comité.

4. Conservación del Patrimonio.

En ningún caso podrá utilizar las cosas fideicomitidas para fines distintos a los pactados.

Debe rendir cuentas respecto de su gestión fiduciaria dentro de los 15 días hábiles siguientes a aquel en el que se le hayan pedido.

Es responsable por las pérdidas, menoscabos, daños y perjuicios que sufran los bienes, por su culpa o por su negligencia grave.

5. Registros Contables.

Debe de abrir una contabilidad especial por cada fideicomiso, debiendo registrar en las mismas, el dinero y demás bienes, valores o derechos cuya titularidad se le haya confiado.

6. Secreto Profesional.

De acuerdo al artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, la fiduciaria debe de respetar el secreto propio de las operaciones fiduciarias que realice en todos los casos, ya que de no hacerlo así, podrá incurrir en responsabilidades civiles o penales. Estableciéndose como única salvedad la información solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

7. No delegar funciones.

La función encomendada a la fiduciaria en virtud del fideicomiso, es indelegable.

8. Autoridades fiscales. Avisos. Impuestos.

La fiduciaria tendrá obligación de retener los impuestos correspondientes dado el caso, así como pagar los impuestos respectivos.

También si se requiere dar los avisos e inscripciones necesarias cuando el caso lo amerite.

Prohibiciones a la Fiduciaria

- No se puede obligar a responder ante los fideicomisarios por las consecuencias de los siguientes asuntos:

- a) Por el incumplimiento de los deudores de los créditos que conceda.
- b) Por el incumplimiento de los emisores de los títulos que adquiera.
- c) No se puede garantizar el rendimiento de fondos en fideicomisos de inversión. (Salvo que sea responsable)

- No se pueden celebrar fideicomisos en los que el objeto sean fincas rústicas, con excepción de los fideicomisos de garantía, los fideicomisos con fines testamentarios, y los translativos de dominio por pago en los que el objeto de la dación sea, una vez más, la finca. No se puede exceder la administración de dos años en cualquiera de los casos antes mencionados.

- No pueden celebrar fideicomisos en los que se pacten condiciones y términos que disten de las condiciones prevalecientes en el mercado en la fecha de celebración, de las políticas generales del banco y de las sanas prácticas y usos bancarios.

- No pueden utilizar bienes o derechos de los fideicomisos, con el fin de

otorgar créditos, para realizar operaciones de las que puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; miembros del consejo de administración o directivo; sus empleados y funcionarios; sus auditores externos; los miembros del comité técnico, o los ascendientes o descendientes en primer grado, los cónyuges, o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría las personas citadas.

- Finalmente, dentro de otras prohibiciones que serán vistas con posterioridad ya que vendrían siendo más bien prohibiciones del fideicomiso en general, la fiduciaria como tal, no puede ser fideicomisaria de el mismo fideicomiso.

A este particular caso cabe mencionar que en los fideicomisos de garantía sí se permite y es útil que la fiduciaria sea también fideicomisaria. Esto ha causado gran contradicción y está establecido con anterioridad a que se reunieran en la banca múltiple todas las bancas especializadas (ahorro, depósito, hipotecarias, etc.). Es ahora que existen tan pocas opciones de bancos (sólo dos), y dado que los bancos se encuentran dentro de las pocas instituciones facultadas para actuar como fiduciarios, que un mismo banco se ubique con frecuencia en la instancia de que, siendo fiduciario se convierta en fideicomisario, cuando además de que se le solicite dinero prestado se le ofrezca un inmueble en garantía.

Esto al ser tema fundamental de mi tesis se verá ampliamente detallado en capítulos posteriores, pero queda hacer referencia que estos fideicomisos de garantía mencionados se han vuelto tan útiles en la práctica por su facilidad y eficacia, que han substituido a muchos otros métodos de garantía.

4.3 Fideicomisario

Es la persona física o moral que teniendo la capacidad necesaria para el caso concreto recibe el beneficio derivado de un fideicomiso.

Este beneficio lo puede recibir por él mismo o a través de su representante legal, tutor, quien ejerza la patria potestad o el Ministerio Público, según el caso.

Respecto de la capacidad, siempre se deben de tomar en cuenta algunas excepciones que imposibilitan a determinadas personas o sector de personas para ser fideicomisarias y por ende, para aprovechar el beneficio del fideicomiso.

Un claro ejemplo de esto serían los extranjeros, ya que tienen por un lado prohibición para actuar en empresas cuyo objeto social esté dentro de algunas áreas estratégicas o en actividades y sociedades determinadas por la ley, así como límite en el porcentaje de acciones de que pueden ser accionistas en una sociedad y las propias limitaciones que al efecto prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a la adquisición de bienes.

Por lo tanto se deben de tomar en cuenta estas limitaciones tanto de extranjeros como de cada posible beneficiario, para que se designen adecuadamente a los fideicomisarios.

Derechos

Los derechos legales o institucionales del fideicomisario son muy importantes.

1) Desde luego, es el que tiene los derechos que concede el acto constitutivo del fideicomiso.

2) Cumplimiento del Fideicomiso.-

Sólo él tiene el derecho de exigir el cumplimiento a la fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta comenta en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que le conceda el acto constitutivo o la ley; y también cuando proceda, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos

hayan salido del patrimonio fiduciario. La reivindicación sería en favor de la fiduciaria a la que, una vez reivindicada del bien, se le exige la entrega.

3) Cuando el fideicomitente no haya designado fiduciaria, corresponde al fideicomisario esa facultad de designación.

4) Derecho a modificar el fideicomiso.

Podrá el fideicomisario efectuar las modificaciones que considere pertinentes salvo la prohibición expresa en tal sentido o cuando se atentara contra los fines del propio fideicomiso o cuando se afecten derechos de terceros.

Obligaciones del Fideicomisario.

Una obligación del fideicomisario podría ser pagar los honorarios de la institución fiduciaria, así como los gastos que la misma hubiere erogado, y todos los impuestos y derechos que se pudieran generar por la ejecución del fideicomiso. Asimismo, pueden establecerse en el contrato obligaciones de muy diversa índole, tales como pago de contraprestaciones a favor del fideicomitente o de terceros; obligaciones de no hacer o de hacer, etc.

En lo convencional generalmente si tiene obligaciones concretas. Las condiciones suspensivas o resolutorias a las que la LGTOC en su artículo 392 fracción tercera y cuarta como formas de extinción son algunas de las obligaciones convencionales que puede tener el fideicomisario dependiendo de cada caso.

El fideicomisario también puede extinguir el fideicomiso por convenio expreso con el fideicomitente. De esta manera y por otras causas deja de ser beneficiario de los bienes. Es factible, sin embargo, que el fideicomisario deje de tener tal carácter, pero que subsista, el fideicomiso, como son los casos de cesión de derechos de fideicomisario, muerte del mismo, o cualquier otra causa

que imposibilite al beneficiario para seguir recibiendo los beneficios que implica el fideicomiso.

5. CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso como hemos estado viendo, tiene una gama infinita de finalidades y posibilidades. Esto ha hecho que en la práctica tenga cada día más auge y los fideicomisos se incrementan notoriamente.

Sus elementos tanto de existencia como de validez, así como los personales tienen características totalmente propias y por lo mismo deben de estar perfectamente establecidas y apegarse no sólo a la ley y los respectivos ordenamientos, sino al acto constitutivo mismo de cada fideicomiso.

La seguridad y confianza brindada por este acto, se ha tratado de proteger de diversas maneras, de manera interna con organismos como el Comité Técnico y de forma externa con vigilancia tanto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. También por el hecho de que son específicas las instituciones que pueden actuar como fiduciarias, han dado en nuestro país ventajas en este sentido.

Así también, encontraremos prohibiciones en cuanto a la realización de fideicomisos, las cuales están expresamente señaladas en la ley, por lo cual son institucionales y por lo tanto en referencia a todos los fideicomisos. Existiendo también la posibilidad de prohibiciones convencionales para cada caso y para una mejor protección.

Todo esto es en protección no sólo de las personas físicas o morales, sino de una mejor regulación y observación de las figuras en el derecho.

Ahora, no obstante todas esas protecciones hay ocasiones no muy idóneas en las que el fideicomiso cesa o se extingue no por su forma ideal que es la consecución del fin, sino por causas especiales que impiden cumplir normalmente con la finalidad pactada.

Las prohibiciones señaladas como las causas de extinción del fideicomiso, son características muy importantes y a las que dedicaré el siguiente apartado.

Prohibiciones

En nuestro derecho, de acuerdo al artículo 394 de la LGTOC, está prohibida la celebración de los siguientes tipos de fideicomiso:

- Secretos
- Sucesivos
- Que tengan una duración mayor de 30 años
- Ilícitos

Los fideicomisos no pueden tener un fin secreto (art. 394 I). La contravención a este dispositivo no trae como consecuencia la simple nulidad, sino la responsabilidad que se deriva de haber incumplido una prohibición expresa impuesta por un no hacer. El fideicomiso secreto no debe confundirse con el secreto profesional a que está obligada toda institución de crédito.

El secreto profesional regulado en el art. 117 de la Ley de Instituciones de Crédito consiste en no proporcionar información acerca de un caso particular a nadie que no sea directamente interesado, con excepción de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en su caso la autoridad judicial. El secreto en este caso es del banco hacia terceros y existe en favor del usuario.

La prohibición en cuanto a los fideicomisos secretos consiste en el

deliberado ocultamiento del bien o del fin del fideicomiso, y que queda desconocido para la fiduciaria, el secreto es del fideicomitente a la fiduciaria y se prohíbe en favor de la seguridad del negocio.

El fideicomiso sucesivo es el que desde la constitución designa beneficiarios (fideicomisarios) seriados uno tras otro, que pasarán a ser beneficiarios sólo al fallecimiento del anterior. Este tipo de designación fideicomisaria está prohibido cuando los que se deben sustituir todavía no nacen o no están concebidos a la fecha de la constitución; pero en materia sucesoria sí se permite el pacto sucesivo cuando las personas designadas de manera sucesiva como fideicomisarias (unas después de otras) ya estén vivas, al momento de la constitución.

En nuestro derecho están prohibidos los fideicomisos que tengan una duración mayor a 30 años, cuando el beneficiario (fideicomisario) sea una persona moral que no sea de orden público o de beneficencia.

Sin embargo, cuando el fideicomisario sea una persona moral de orden público o de beneficencia, la regla general de una plazo menor de 30 años se deroga en favor de cualquier plazo.

Asimismo, la LGTOC establece una regla especial en favor de los fideicomisos cuyo fin sea de carácter científico o artístico, cuando no tenga fines de lucro o cuando estén dedicados al mantenimiento de museos los que también podrán tener un plazo mayor a 30 años.

Finalmente, existe toda una gama de fideicomisos que están prohibidos en la medida que son ilícitos, entendiendo por ilícito "el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Dentro de estos fideicomisos quedarían los ya mencionados en capítulos anteriores como serían el fideicomiso que cede la propiedad de un inmueble en zonas prohibidas a un extranjero, el que concede el uso de una patente sin la

autorización del titular; el que contiene la renuncia de un derecho privado que perjudique los derechos de un tercero; el que tiene por objeto la explotación de una finca rústica, etc. y así una enorme variedad podrían caer dentro de esta categoría de fideicomisos prohibidos por un fin ilícito, es decir contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Extinción del Fideicomiso

Existen varias causas por las cuales un fideicomiso se extingue. En cualquier caso, al extinguirse el fideicomiso, el Fiduciario tiene la obligación de cuidar que se garanticen las responsabilidades que, originadas por el fideicomiso, pueden presentarse a favor de terceras personas.

Causas de extinción

a) Realización del fin.

Porque la fiduciaria llegue y obtenga el fin para el que fue constituido y celebrado, es decir por cumplimiento

b) Por hacerse el fin imposible.

El fin como se ha estado viendo debe de ser lícito, determinado y posible al constituirse el fideicomiso. Por lo tanto, si en el transcurso del fideicomiso o por sus modificaciones este fin se vuelve imposible, el fideicomiso se extingue. Lo mismo sucedería si se volviera ilícito o indeterminado.

c) Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva.

En caso de que el fideicomiso esté sujeto a una condición suspensiva y ésta no pueda darse por volverse imposible el fideicomiso se extinguirá. También si esta condición no se ha verificado dentro del término señalado en el contrato o transcurridos 20 años desde su constitución, se debe extinguir.

d) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

En estos casos se pactó una condición resolutoria para que al producirse terminara la vida del fideicomiso procediendo a la extinción de éste.

e) Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

Siendo el fideicomitente el creador del fideicomiso y el fideicomisario el beneficiario del mismo, parece lógico que el fideicomiso pueda extinguirse si ambas partes manifiestan su voluntad en este sentido.

f) Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

g) Por la imposible sustitución del fiduciario.

En este caso, de acuerdo al artículo 385 de la LGTOC, si el fiduciario no acepta su designación o cesa su desempeño por renuncia o remoción debe nombrarse a otra institución fiduciaria para que la sustituya. Si no es posible nombrar a otra fiduciaria que sustituya o nombrándosele esta nueva fiduciaria no acepte el cargo, procede la extinción del fideicomiso.

Debemos tomar en cuenta que la extinción como tal se llevará a cabo sólo en caso de renuncia o remoción, es decir, cuando el fideicomiso ya existe y no haya sustituto para el fiduciario.

h) Por cumplimiento del término o plazo al que se sujeta un fideicomiso.

En la constitución de un fideicomiso se puede haber señalado un término para su duración. Cumplido este término, procederá la extinción del mismo.

- i) Por destrucción de los bienes fideicomitidos.

En cuanto a destrucción del bien este debe de ser totalmente destruido, perdiendo por ende la totalidad de su valor sin existir posibilidad de recuperación. En caso de destrucción parcial o de que exista recuperación total o parcial del bien, el fideicomiso podrá continuar salvo lo dispuesto en el mismo contrato. Así, si se produce la destrucción total de la cosa y no hay recuperación de su valor, o se produce la destrucción parcial pero la recuperación no permite la continuación del fideicomiso, o también tratándose de bienes que no son sustituibles, o si así se pacto en el contrato, cesará el fideicomiso y se procederá a la extinción del mismo.

- j) Por renuncia del fideicomisario.

El fideicomisario puede renunciar a los beneficios que el fideicomiso le otorgue y en caso de que éste sea único se procederá a la extinción.

- k) Por expropiación de los bienes fideicomitidos.

La expropiación producirá el efecto de privar al fiduciario de la propiedad de parte o la totalidad de los bienes fideicomitidos y dependiendo del caso en algunas veces el fideicomiso continuará y otras se extinguirá.

- l) Por quiebra del fiduciario.

- m) Por revocación de la autorización o por disolución o liquidación del fiduciario.

En estos casos y si no se nombra sustituto del fiduciario se extinguirá el fideicomiso.

- n) Por confusión de la calidad del fideicomisario y fiduciario.

Este caso se llega a dar cuando el fiduciario teniendo ese carácter en un negocio concreto, adquiere además, posteriormente en el mismo negocio el carácter de fideicomisario. Y se procederá a la extinción si el fiduciario no se sustituye o en su carácter de fideicomisario cede a una tercera persona sus derechos, es decir, si no se encuentra una solución el fideicomiso se extinguirá. (Salvo en las excepciones donde se prevé que el fiduciario puede a su vez ser fideicomisario).

Efectos de la extinción del Fideicomiso.

Hay varios efectos en relación a la extinción de esta figura. Uno de los más importantes es la reversión de bienes. Esta reversión consiste en la devolución de los bienes que quedan en favor de la fiduciaria. En la ley se menciona que será a favor de los fideicomitentes o de sus herederos, aunque conviene señalar que en algunos casos al producirse la extinción, los bienes que forman el patrimonio son entregados al fideicomisario, puesto que el fideicomiso se creó, precisamente para su beneficio y solo en el caso de que se hubiere cumplido el fin.

Tampoco es muy claro lo que señala la ley acerca del procedimiento de devolución en donde menciona que bastará -si se trató de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos- que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo. En la práctica y en casi todos los casos, el fiduciario celebra con el fideicomitente o con el fideicomisario, o con ambos, un convenio de extinción en documento por separado, en el cual se incluye la entrega de los bienes, o bien, además se levanta una acta especial de entrega de los mismos, en donde también lo libera de responsabilidad. El fiduciario podrá exigir un finiquito liberatorio de responsabilidad y pago de honorarios y gastos que se le adeuden, debiendo cerciorarse, además de cualquier otra responsabilidad fiscal, civil, laboral y que avisos y cancelaciones queden cubiertas.

Como consecuencia de la extinción, la persona que reciba los bienes

tendrá el derecho de inspeccionarlos para cerciorarse del buen estado de los mismos.

6. CLASIFICACION

Una vez señalado el fin del fideicomiso lícito y determinado, la amplitud de posibilidades para llegar a su realización, así como su realización misma puede ser tan diversa que hace que existan varios criterios de clasificación. En función de estos fines u objetivos se proponen diversas clasificaciones.

En realidad, los actos jurídicos que se derivan de un fideicomiso pueden ser de garantía, de custodia o depósito, mandatos y administración, intermediación o mediación. También pueden realizarse los fines a través de compraventa, permuta, depósito, mandato, prenda, hipoteca, etcétera. Las clasificaciones diversas van dando idea de las características de los fideicomisos: públicos y privados, condicionales, revocables y no revocables, de administración, garantía o inversión, onerosos y gratuitos, traslativos de dominio y los que no son, de beneficencia, expresos e implícitos, etc..

Por todas estas razones se ha dicho que el fideicomiso es un recipiente en el que se acomodan para su realización otros negocios jurídicos o contratos y de ahí que pueda decirse que hay de por medio una combinación de contratos.

Es muy importante ver porque muchas veces se usa el fideicomiso para resolver situaciones que pueden ser atendidas por otras formas jurídicas, ya que el fideicomiso implica en ocasiones costos excesivos y actividades muy elaboradas que necesitan grandes esfuerzos. Esto tendrá respuesta clara en cuanto a la libertad contractual que tienen las partes y el correcto y debido asesoramiento de los profesionales que intervienen, sean los funcionarios

bancarios o los abogados.

Como hemos estado viendo es tan versátil y adaptable la figura del fideicomiso, tanto para las necesidades civiles como mercantiles e incluso públicas que abundan diversos criterios de clasificación.

Clasificaciones

En función de la forma que adopta el fideicomiso:

a) Expreso o tácito. En legislaciones extranjeras que tienen figuras similares, basta con expresar de forma indubitable la voluntad, o que la misma derive de un acto de voluntad tácito para que se de el nacimiento de dicha figura. En el fideicomiso mexicano siempre la constitución debe constar por escrito, por lo tanto debe de ser expreso, es decir, la voluntad de las partes se hace patente en un acto concreto en el cual se da origen al fideicomiso.

En función de la naturaleza del fideicomitente.

a) Públicos. Son aquellos en donde el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados o los Municipios, a través de sus dependencias tienen el carácter de fideicomitentes. Dichos fideicomisos han adquirido una gran importancia y tienen características y elementos especiales.

b) Privados. Son fideicomisos privados aquellos donde los sujetos que intervienen y los bienes fideicomitados son particulares.

En función de quien ordena su constitución:

a) Por mandato de ley. Son aquellos que su constitución y funcionamiento están señalados en una ley especial, así por ejemplo el Fideicomiso Para el Fondo Nacional del Turismo, "FONATUR", que está establecido en la Ley

Federal de Turismo en donde se establece su objetivo de participar en el fomento y desarrollo del turismo.

b) Por testamento. Son aquellos en donde el testador solicita que sus bienes sean fideicomitados con un fin lícito y determinado. Esta tarea será de la albacea de la sucesión y contratará con la institución fiduciaria.

c) Por acuerdo de voluntades. La constitución en este caso se hará por un acuerdo entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario quienes pactarán un fin lícito y determinado.

En función del origen de los bienes:

a) De fondos públicos. Cuando sean bienes del dominio público de la Federación, Estados o Municipios.

b) De fondos privados. Son aquellos donde los bienes fideicomitados son del dominio privado.

c) Mixtos. Estos tienen una mezcla en su fondo, parte de bienes públicos y parte de bienes de dominio privado.

Del provecho obtenido:

a) Onerosos - Se estipulan provechos o gravámenes recíprocos.

b) Gratuitos - Aquel en el que el provecho es de una parte.

A su vez estos se relacionan con los revocables e irrevocables ya que muchas veces la revocabilidad es consecuencia del acto gratuito y por otro lado si existe o va a existir una contraprestación no será tan fácil revocarlo.

Así, puede haber infinidad de clasificaciones, pero en este caso no es nuestro objetivo y resultaría exhaustivo y difícil mencionar todas, por lo que a continuación referiremos a una clasificación que ha tenido gran éxito en la práctica y que será de gran utilidad como punto de partida para nuestro tema.

Clasificación para efectos contables de las Instituciones de Crédito.

La práctica bancaria originó esta clasificación tripartita que ha sido reconocida, al menos parcialmente, por vía legislativa y administrativa: Fideicomiso de Inversión, Fideicomiso de Administración y Fideicomiso de Garantía.

Esta clasificación ha sido criticada por reflejar un criterio pragmático y no científico, sin embargo, ha arraigado entre nosotros y no puede negarse que corresponde a las variedades más usuales en la realidad bancaria por lo que al principio se le conservó como una referencia cómoda a situaciones conocidas en la práctica y nada más, pero poco a poco, como veremos, va siendo más reconocida.

Así, con fines solamente utilitarios destinados al control de la contabilidad interna de las fiduciarias la Comisión Nacional Bancaria, ahora Comisión Nacional Bancaria y de Valores, clasificó el fideicomiso de acuerdo con sus probables objetos contractuales. Todo esto con el fin de facilitar el registro y coordinación contables y financieros de cada institución.

A partir de entonces, de acuerdo con las particulares necesidades de cada banco, se ha realizado una diferenciación bastante clara, que si bien cambia de uno a otro, son esencialmente los mismos desde el punto de vista de los criterios de clasificación.

Fideicomiso de Inversión.

Es aquel en el que una persona (fideicomitente) destina cierta cantidad en efectivo o en títulos de crédito, a la constitución de un fideicomiso.

La fiduciaria se compromete, durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en "mesas de dinero" de otros bancos, con objeto de obtener con ellos un máximo rendimiento.

El fideicomitente puede ser cualquier persona capaz; dinero o títulos de crédito conforman el objeto para llegar al fin que es invertirlos en máximos rendimientos y el beneficiario puede ser el mismo fideicomitente o sus beneficiarios. Al término o periódicamente dentro de él, el fiduciario entrega parcialidades o la totalidad tanto del capital como de los rendimientos, al fideicomisario. Este tipo de fideicomiso es el régimen desde el cual funcionan las llamadas "mesas de dinero" de los bancos, los que son fiduciarios de sus clientes -fideicomitentes y fideicomisarios a la vez- respecto de un fideicomiso que es múltiple porque está diseñado para invertir el dinero de múltiples clientes.

En estos fideicomisos el fideicomitente tendrá la posibilidad de elegir donde serán colocados sus fondos siendo la función del banco invertir los recursos recibidos y custodiar su rendimiento.

Fideicomiso de Administración

Esta clase de fideicomisos consiste en que el fideicomitente transmite al fiduciario determinados bienes, generalmente inmuebles, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

Es conveniente que en el acto constitutivo del fideicomiso, se precise el

tipo de bienes que deba adquirir el fiduciario y las operaciones que deba realizar con el patrimonio fideicomitido, señalándose en cada caso las reglas correspondientes a las que deba sujetarse.

Los fideicomisos en referencia son convenientes en la práctica, porque a través de su operación se protegen determinados patrimonios cuando su titular es una persona, que por cualquier tipo de incapacidad no sólo por razones de carácter legal, sino de inexperiencia en los negocios, puede exponerlos a que sufran menoscabo.

Cabe señalar que dentro de este tipo de fideicomisos están los que recaen sobre inmuebles y se ubican en la zona prohibida, de fronteras o costas, a fin de que los extranjeros con carácter de fideicomisarios puedan tener la utilización o provecho y siempre que sean para actividades industriales o turísticas. En general, la función fiduciaria de administración está en relación con el destino de los capitales o sus productos, pues el fiduciario se obliga a hacerlo en muchos casos de fideicomisos, como son los de vivienda y toda clase de desarrollos inmobiliarios, pensiones, primas de antigüedad, tecnología, fondos de ahorro, etcétera. También ocurre en los que son para fines asistenciales o de beneficencia, educacionales, hospitales, asilos, becas, etcétera.

Fideicomiso de Garantía

Mediante este fideicomiso se asegura el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero.

El mecanismo de este tipo de fideicomisos es muy útil y simple, pues el acreditado pondrá en fideicomiso un bien con el objeto de que en cierto tiempo realice el pago al acreditante, en caso de no verificarse el cumplimiento de la obligación, la institución fiduciaria procederá a vender de acuerdo a un

procedimiento convencional los valores o derechos que se den en garantía. En caso de que el acreditado cumpliera con su obligación, la institución fiduciaria devolverá el bien fideicomitado a éste.

Poco a poco a través de los siguientes capítulos veremos como este tipo de fideicomiso tiene muchas ventajas, pues permite una rápida transacción económica e incluso suplirá eficazmente otras formas de garantía.

CAPITULO TERCERO

EL FIDEICOMISO EN GARANTIA

A lo largo de los capítulos anteriores he referido básicamente el surgimiento y a la teoría del fideicomiso. Hemos enfatizado en su flexibilidad y alcance como figura jurídica ya que está llena de posibilidades y tiene infinidad de aplicaciones tanto en la vida comercial como civil.

Considero que el fideicomiso, a diferencia de otras figuras, no tiene un fin predeterminado y preorganizado por la ley. En el fideicomiso el tipo se reduce a "...destinar bienes a un fin lícito determinado...". Entendiendo que hay tantos fines posibles a los que se pueden destinar los bienes como FINES pueda diseñar la imaginación. Dicho de otra forma, hay tantos fines como contratos, convenios y operaciones existan en el ámbito legal; más aún, tantos como existan sólo en la mente, con la condición de que sean lícitos.

El fideicomiso no tiene un fin propio, sino que es un tipo idóneo para desahogar otro fin más; en teoría, su fin es facilitar otro fin.

En esta orden de ideas todo esto nos pone frente a una figura que solamente se podrá apreciar en su máxima expresión al verla en la realidad cotidiana, es decir en práctica. Esta práctica, ahora tan común, puede ser tan amplia como fines existan por lo que en relación a las clasificaciones anteriormente señaladas del fideicomiso, partiremos de una que va relacionada básicamente con un fin deseado.

En este caso ese fin particular y específico al que nos abocaremos va a ser el de: garantía.

Este fin surgirá por la necesidad o el deseo de garantizar una determinada obligación y el fideicomiso de garantía va a ser en estos casos el medio idóneo para satisfacer o cumplir esta necesidad de garantía.

Ahora, es preciso distinguir que este fideicomiso puede garantizar gran cantidad de obligaciones como serían el pago de un crédito, la entrega puntual de mercancía, la conclusión sin vicios de una obra civil, la devolución de un título reportado, etc. Asimismo, el tipo de garantía puede ser muy diverso entendiéndose, acciones de sociedades anónimas, inmuebles, dinero, etc..

En cuanto al tema y para poder particularizar y abundar sobre el mismo nos referiremos básicamente a obligaciones de crédito garantizadas por bienes inmuebles y en donde las instituciones de crédito fungirán siempre como fiduciarias.

Mediante nuestro fideicomiso de garantía, las personas o empresas que por cualquier circunstancia hayan contraído o estén por contraer obligaciones de crédito o se constituyan en deudores en favor de terceros pueden otorgar una garantía suficiente y de máxima seguridad en el cumplimiento de dicha obligación a su cargo, novedosa y distinta a las tradicionales.

Ahora bien, dada la gran importancia y desarrollo que ha tenido el fideicomiso en esta modalidad al garantizar adecuadamente diversas obligaciones, el legislador ha actualizado esta figura en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo del 2000.

Esta ley define, fundamenta y regula al fideicomiso de garantía dentro de una de las diversas posibilidades dentro de los fines de figuras como el fideicomiso.

Se adiciona una nueva sección con 20 artículos que abarcan directamente al fideicomiso de garantía.

Estas adiciones surgen de la necesidad de protección y seguridad tanto del acreedor como del deudor, como se verá posteriormente.

El surgimiento, así como el desarrollo del fideicomiso de garantía como veremos a continuación, ha sido muy controvertido.

Si bien es necesario y útil que ha sido de los primeros en existir, ha tenido varias limitaciones y restricciones a lo largo del tiempo para llegar a ser lo que ahora es.

Varias de estas limitaciones fueron creadas para protección de alguna de las partes que intervienen en el fideicomiso, pero muchas veces a lo único que llegaban, era a desvirtuar la esencia misma del contrato, por lo que con el tiempo se han reformado varios preceptos para atender más a lo pactado en el contrato; es decir a la suprema voluntad de las partes.

Es desde la época del Imperio Romano donde el fideicomiso tuvo, entre otras aplicaciones prácticas, la de ser utilizado como instrumento de garantía en operaciones de crédito, bajo la figura que se denominó "FIDUCIA CUM CREDITORE."

Con el surgimiento del Trust anglosajón en el siglo XIII, se le da un carácter profesional a esta figura, equivalente al fideicomiso en los países de tradición romanista como el nuestro ya que las empresas dedicadas a esta actividad lo hacen como negocio, utilizándolo en diversos campos.

En México el fideicomiso de garantía, como variedad de esta figura, fue uno de los primeros en practicarse. Esta creencia viene de los libros del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal correspondiente al año de 1931, en donde el primer fideicomiso registrado consistía en la venta de inmuebles para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores.

El fideicomiso de garantía tuvo una amplia aplicación en un principio, cuando los bancos otorgaban créditos que quedaban garantizados ante sí mismos, hasta que esto último fue prohibido con una reforma del 30 de agosto de 1933, que agregó un párrafo al artículo 348, de la entonces Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, declarando nulo el fideicomiso que se constituía a favor del fiduciario.

Esta disposición prohibitiva estuvo vigente hasta la reforma del 24 de mayo de 1996, en donde tal prohibición se excepciona tratándose de los fideicomisos que al constituirse, transmitan la propiedad de bienes con la finalidad de ser fuente de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgado por la propia institución, para la realización de actividades empresariales.

También para el año de 1971 la anterior Comisión Nacional Bancaria giró una circular en donde se expresaba que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público limitaba las facultades de las fiduciarias en estos fideicomisos, obligándolas al momento de ejecución del fideicomiso en caso de incumplimiento, a observar algunas disposiciones y procedimientos que realmente venían a ser ajenos y en donde se establecía la intervención judicial lo que desvirtuaba la razón de ser del fideicomiso y causó que esta circular quedara en suspenso.

Actualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha confirmado la licitud en el actuar de las instituciones fiduciarias en cuanto a la venta de los bienes afectos al contrato, sin embargo siguen existiendo obligaciones y restricciones en cuanto al actuar de estas instituciones fiduciarias a la hora de ejecutar el fideicomiso, en el caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, pero como se verá posteriormente, las fiduciarias son muy bien defendidas, ya que representan un elemento de imparcialidad en el fideicomiso y su actuar únicamente tiende al cumplimiento de un fin el cual fue pactado por las mismas partes que intervinieron.

1. DEFINICION

En esta orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, proporciona una de las mejores definiciones en cuanto al fideicomiso de garantía:

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

(Fideicomiso en garantía, concepto de, AD45177, Sala Auxiliar, Séptima época, vol. semestral 97-102, séptima parte pag. 107)

En efecto, el fideicomitente garantiza preferentemente el pago del crédito solicitado en virtud de que si no se cumple con este pago en el plazo y condiciones estipuladas, el fiduciario ejecuta el fideicomiso previa comprobación del incumplimiento y sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para demandar la ejecución. Toda vez que las partes hayan pactado en detalle la forma en que el fiduciario ejecutaría el fideicomiso.

Cabe destacar que los fideicomisos de garantía, por su propia naturaleza son contratos accesorios porque siempre se ligan al contrato principal que los motiva.

En esta virtud, los fideicomisos de garantía siguen la misma suerte que el negocio principal, ya que una vez que se cumple dicho negocio, el fideicomiso concluye y como consecuencia de dicha extinción, el fiduciario retransmite al fideicomitente deudor los bienes fideicomitados, una vez que el acreedor fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente.

Otro aspecto importante de señalar, es que no se deben considerar a

estos contratos como reales en vista de que en ningún caso generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor, quien tiene el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes fideicomitados, para que de su producto se pague el crédito.

Por lo tanto, con el fideicomiso de garantía el fideicomitente avala un compromiso a su favor o a favor de un tercero obteniendo oportuna protección, en primera instancia, además de una eficiente administración de sus bienes y seguridad en el cumplimiento de las instrucciones acordadas entre las partes gracias a la institución misma y a los elementos que intervienen.

En las adiciones a la LGTOC del 23 de mayo del 2000, se contemplan artículos referentes exclusivamente a la figura del fideicomiso de garantía que, además de definir esta figura la fundamentan y regulan operacionalmente.

Así, el artículo 395 de la citada ley a la letra dice: **Artículo 395.-** En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

2. ELEMENTOS

Parte fundamental del éxito que se encuentra en el fideicomiso en garantía se debe a los elementos de éste, ya que si bien son elementos comunes para todos los fideicomisos, en este caso y gracias a las posibilidades tan amplias de la figura adquieren características muy propias.

Así, los elementos personales con capacidad jurídica necesaria, se conforman para cumplir con toda una serie de requisitos y formalidades y todo ello encaminado a la realización de un fin establecido, que en este preciso caso es el de garantía.

En este sentido los elementos principales son:

Fideicomitente. Es la persona propietaria del inmueble que se ofrece como garantía, y a la vez quien obtiene el préstamo y es el deudor de la prestación garantizada.

Fiduciario. La institución que recibe la titularidad del bien dado en garantía, y quien lo ejecutará ya sea transmitiéndolo al fideicomisario o subastándolo o vendiéndolo para entregarle su producto, en caso de incumplimiento.

Fideicomisario. El acreedor al cual el fideicomitente le debe alguna prestación, y en favor del cual redundarán los beneficios del fin del fideicomiso. Es la persona o institución que prestó el dinero y cuyos intereses son protegidos y garantizados mediante el contrato de fideicomiso.

Patrimonio Fideicomitado. El inmueble propiedad del fideicomitente, que se transmite a la fiduciaria y que durante el plazo servirá de garantía.

Fin. Garantizar el cumplimiento de la obligación que tiene el fideicomitente en favor del fideicomisario. En caso de incumplimiento la fiduciaria lo verifica y, si lo constata, ejecuta el fideicomiso, lo cual puede ser la transmisión directa al fideicomisario, o la venta o subasta del bien para que su producto se transmita a éste.

Ahora, en este contrato también se debe de cumplir con todos los elementos de existencia y validez generales y algunos especiales dependiendo de cada caso y del interés y voluntad de las partes.

El fideicomitente debe de tener la capacidad general y la especial para disponer y transmitir el bien que entrará en el patrimonio fideicomitado, así como para obligarse en el contrato principal y con el fiduciario.

Así, la LGTOC a la letra dice:

Artículo 396.- Podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios, cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique. Los fideicomitentes, además, deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica.

Artículo 397.- El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios, a cuyo efecto deberá estipularse el orden de la prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.

De esta forma el fideicomitente puede designar a uno o varios fiduciarios para que "guarden" el bien y designar también al beneficiario o fideicomisario. En muchos casos y conforme a la ley, en los fideicomisos de garantía se permite que el fiduciario y el fideicomisario sean la misma persona en los fideicomisos que al constituirse, transmitan la propiedad de bienes con la finalidad de ser fuente de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de

crédito otorgado por la propia institución, para la realización de actividades empresariales. Esto viene a dar una enorme seguridad al acreedor fiduciario ya que ejecutará, en caso de incumplimiento, a su favor, y también se facilitarán muchos trámites para el fideicomitente. En estos casos las partes deberán designar a un fiduciario sustituto para el caso de que se presenten conflictos de intereses.

En relación a los derechos del fideicomitente, éste goza de varios, entre los que destaca el derecho de reserva que consiste en que éste puede reservarse ciertos derechos a su favor sin afectar al acreedor y con acuerdo de la fiduciaria. Un claro ejemplo en estos fideicomisos es que el fideicomitente se puede reservar la posesión, el uso y hasta el usufructo de los bienes fideicomitados. En estos casos de reserva se establece que dicho fideicomitente perderá tales derechos, en el supuesto de que no cumpla con su obligación principal. Si el fideicomitente deudor cumple con la obligación garantizada, se extinguirá el fideicomiso y el fiduciario devolverá los bienes fideicomitados al propio fideicomitente.

Hay que señalar que éste, al igual que otros derechos que el fideicomitente se reserve, deben estar perfectamente establecidos en el contrato constitutivo o en reformas posteriores.

El fideicomitente normalmente cumple con sus obligaciones derivadas del fideicomiso, ya que es el creador del mismo por su interés en garantizar la obligación de crédito. El fideicomitente transmite pues, parte de su patrimonio al fiduciario para que se forme otro patrimonio totalmente autónomo y del cual no podrá disponer.

En cuanto al fiduciario, ya se ha dicho que es la institución a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados. Tiene el fiduciario el deber de desempeñar su cargo de buena fe "como un buen padre de familia". No puede ni apropiarse de los bienes fideicomitados, ni usarlos en

su propio provecho. Sus percepciones se reducirán al honorario y a las comisiones que se establezcan en el acto constitutivo o que se pacten posteriormente. El fiduciario deberá mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso, y deberá rendir cuentas al fideicomisario y al fideicomitente, si éste se reservó el derecho de exigir las, o si tal derecho resulta de las características concretas del fideicomiso.

Así en un fideicomiso de garantía conceptos como "titularidad " y "transmisión" de un bien cobran gran sentido. El fiduciario, como se comentaba, adquiere la titularidad del bien, pero restringida esa titularidad a fin de garantizar al fideicomisario un crédito que tiene frente al fideicomitente. El fideicomitente no conserva el dominio, en ocasiones, pero sí puede tener la posesión, la puede ceder, arrendar y aún volver a gravar o ampliar el gravamen y el fideicomisario también puede efectuar distintos actos jurídicos. El fiduciario entonces adquiere la titularidad porque se le transmite la facultad de ejercicio de un derecho, obligando a dicho fiduciario para que ese ejercicio tienda a cumplir como garantía, generalmente en interés del fideicomitente.

En este sentido, la actividad del fiduciario que se desarrolla a través del ejercicio de los bienes fideicomitados tiene dos aspectos diferentes en el fideicomiso de garantía: el fiduciario ejercitará tales derechos, en el supuesto de que incurra en mora el deudor , o bien desde un principio y como medio de pago el fiduciario ejercitará esos derechos para dar cumplimiento a la obligación garantizada.

Mucho se ha atacado la validez de estos fideicomisos por la actuación del fiduciario, en cuanto a la ejecución y por equiparar a un pacto comisorio en perjuicio del deudor. Estos criterios distan mucho de la realidad ya que si bien por un lado el fideicomiso de garantía se celebra con sujeción a reglas y formalidades, por otro lado y como se verá posteriormente, la ejecución que lleva a cabo el fiduciario es totalmente válida y apegada a derecho.

En esta forma cabe señalar algunas de las prohibiciones referidas en

cuanto a la actuación de las fiduciarias ya que nos permiten ver la evolución que se ha logrado y como muchas ya no son efectivas en la actualidad.

En 1971 se giró por parte de la entonces Comisión Nacional Bancaria una circular con apego a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en donde manifestaban que, en relación con las facultades que las instituciones fiduciarias asumen en los fideicomisos de garantía que celebran, para determinar el incumplimiento a cargo de los deudores y para ejecutar los bienes dados en garantía, debían observarse una serie de procedimientos y formalidades.

Dichos procedimientos aludidos se referían básicamente a créditos hipotecarios de habilitación o avío, o refaccionarios con garantía inmobiliaria a favor de instituciones de crédito, situación ajena a la prevista en la circular citada, además que desvirtuaba la razón de ser del fideicomiso ya que mencionaba la intervención judicial. Sin duda inspirada en la protección del deudor, desconoce el elemento de imparcialidad del fideicomiso, y como consecuencia de la gestión realizada por la Asociación de Banqueros, la aplicación de la circular queda en suspenso." ²⁰

Posteriormente, en lo que era la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se mencionó que en los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones. Este precepto señala que el acreedor podrá pedir al juez la venta de los bienes o derechos cuando se venza la obligación garantizada y siguiendo un procedimiento establecido.

Por otra parte en este fideicomiso destaca una prohibición en donde no se podía reunir en sí mismo las calidades de fiduciario y fideicomisario. La actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su art. 348 último

²⁰Batiza, Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso, op. Cit. p. 92

párrafo, señala nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario. Pese a esta afirmación, reitero que la actual redacción del citado artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito permite al fiduciario ser también fideicomisario en los contratos de fideicomiso que al constituirse, transmitan la propiedad de bienes con la finalidad de ser fuente de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de crédito otorgado por la propia institución, para la realización de actividades empresariales a las que ya nos referimos, haciendo notar que únicamente tratándose de esa clase de actividades procederá la doble función de fiduciario y fideicomisario.”²¹

Reforma muy atinada a mi parecer, ya que atañe la naturaleza del fideicomiso de garantía reconociendo su validez legal y su utilidad.

Reiterando y fundamentando lo anterior, las adiciones a la LGTOC en lo referente a las instituciones que pueden actuar como fiduciarias así como el reunir las calidades de fiduciarias y fideicomisarias dicen a la letra:

Artículo 399.- Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que dispone al efecto el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito, las entidades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Sociedades financieras de objeto limitado, y
- V. Almacenes generales de depósito.

Artículo 400.- Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, salvo por aquellas actividades u operaciones distintas a

²¹Carvallo Yáñez Erick, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano, op.Cit. p.119

las establecidas en el artículo 402 de esta Ley.

Actualmente también existen otras limitaciones tanto legales como institucionales que son pactadas por voluntad de las partes y de conformidad al interés de los contratantes.

En cuanto al tercer elemento personal, o sea el fideicomisario, o beneficiario en estos casos es quien prestó el dinero en el crédito y en favor de quien se constituye la garantía.

Puede ser fideicomisario el mismo fideicomitente y en algunos fideicomisos de garantía, también el fiduciario, como hemos visto anteriormente.

El acreedor o fideicomisario además de los derechos asignados en cada caso, tiene un derecho personal contra el fiduciario para exigirle la ejecución del fideicomiso en caso de falta de pago de la obligación y tiene ese alcance porque el fiduciario asume la obligación de guarda, conservación y, en su caso enajenación en la vía de ejecución. En otras palabras, no tiene la acción persecutoria o reivindicatoria para el efecto de que sea restituido el bien al patrimonio fiduciario cuando le haya sido sustraído al fiduciario o éste lo haya hecho para sí mismo. Asimismo el fideicomisario también puede efectuar distintos actos jurídicos como enajenar su derecho o darlo a su vez como garantía, etcétera.

Es muy interesante ver como cada elemento personal se adapta específicamente a las necesidades del caso, en éste el de garantía, sin salir del ámbito legal y de acuerdo a la voluntad de las partes, todo ello encaminado a un fin que como veremos cumple perfectamente con sus requisitos.

Gran parte del arraigo del fideicomiso de garantía en la práctica se debe a que se ha utilizado como sustituto de otras garantías. Al igual que otros contratos el fin que se persigue con este fideicomiso es el de garantizar la

devolución de un préstamo con un inmueble, entregándose éste precisamente, en calidad de bien fideicomitado, a una institución fiduciaria. Por consiguiente, el fin que se persigue con la celebración de un contrato de fideicomiso de garantía, por una parte es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en "garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble". El consentimiento otorgado en este caso se ha encaminado a un fin específico, determinado. Además, el hecho consistente en que se haga o no efectiva la garantía otorgada, es irrelevante para concluir que el fin cuestionado sea indeterminado, toda vez que tal hecho es una cuestión absolutamente ajena al fin que se persigue con el fideicomiso de garantía. Una cosa es garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, y otra cosa muy distinta es realizar o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor.

Para finalizar, se debe mencionar un elemento básico que es la forma y que en este fideicomiso al igual que en los demás es un elemento necesario y que dará validez al contrato.

En cuanto a este tipo de fideicomisos podría realizarse en documento privado pero tratándose de bienes inmuebles se requiere siempre de escritura pública. También deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de inmuebles y por consiguiente surtirá efectos ante terceros cuando queden inscritos en el Registro Público de la Propiedad del domicilio de su ubicación.

Así, el clausulado del contrato contiene generalmente disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras que la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales. Se debe fijar el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; establecer el trámite a seguir para la venta si la

obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, y así una serie de especificaciones y elementos que variará no sólo en el caso concreto sino en cuanto a las políticas bancarias.

Todos estos elementos darán existencia con la integración del consentimiento y manejo del objeto y validez al fideicomiso de garantía el cual cumplirá su finalidad al servir, durante el plazo señalado, como garantía y posteriormente si se cumplió la obligación regresar a la situación inicial.

3. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO Y PROPIEDAD FIDUCIARIA

En la doctrina jurídica mexicana la figura del fideicomiso ha suscitado gran especulación, prácticamente desde que se introdujo la figura, primero sobre su naturaleza jurídica y, a partir de ésta, sobre varios temas, a saber: si implica una forma especial de propiedad, la existencia del acto traslativo de dominio, personalidad jurídica, patrimonio sin dueño o afectación, etcétera.

Todo esto debido a que se adoptó esta nueva figura en nuestro sistema legal y se ha creado la necesidad de su reglamentación ya que sin antecedentes en nuestra tradición jurídica se importaba con ella un nuevo concepto de la propiedad hasta entonces desconocido por completo.

En todos estos temas se debe de reconocer siempre el principio de autonomía de la voluntad o la libertad que tienen de contratar los individuos en la forma y términos que les convenga, con tal de que el fin sea lícito y determinado.

Se ha visto en varias ocasiones que el fideicomiso a pesar de tener su

regulación en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no se resuelven todas las situaciones que se dan en la práctica y de ahí la relevancia de la supletoriedad que en este tema del patrimonio y propiedad fiduciaria será elemental para comprender totalmente estos conceptos en el fideicomiso.

El fideicomiso es una forma reglamentada que por razones prácticas se resuelve en la transmisión de los bienes o derechos sin que se busque un beneficio a los inmediatos adquirentes, con las consecuencias o finalidades que son propias de otros contratos tradicionales como la compraventa, mutuo, hipoteca, etcétera.

En el fideicomiso se da una transferencia temporal, limitada en el tiempo al cumplimiento de las finalidades, sin que el bien aumente el patrimonio del fiduciario al disminuir el del fideicomitente, ya que como veremos se hablará de un patrimonio autónomo.

“La aportación que se realiza de bienes o derechos a un contrato de fideicomiso, se produce mediante la entrega de ellos en propiedad o titularidad fiduciaria, es decir, transmitiendo la propiedad virtual de los bienes o derechos entregados para que el fiduciario, como titular de los mismos, los destine exclusivamente a los fines que le indicó el aportante o fideicomitente, por ende, sólo podrán ejercitarse sobre ellos las acciones o derechos que al mencionado fin se requieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceras personas, como lo señala el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.”²²

El efecto traslativo de dominio será característico de la transmisión de propiedad la cual es plena y surte efectos entre las partes y contra terceros en cuanto es objeto de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad

²²Carvallo Yáñez Erick, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano, Op.Cit. p.122 y 123

tratándose de inmuebles.

No cabe hablar de una forma especial de propiedad ni de un desdoblamiento de la propiedad porque no acrece el patrimonio del fiduciario.

Sólo se puede hablar de propiedad fiduciaria en un sentido patrimonial o de titularidad, y de un patrimonio autónomo afecto única y exclusivamente a un fin determinado y lícito.

Así, veremos una vez más como en el fideicomiso de garantía rige básicamente la autonomía de la voluntad, y la libertad de las partes que se obligarán en la forma y términos para conformar una garantía plena y suficiente por medio de un patrimonio fiduciario y su transmisión.

Constituido el fideicomiso, la parte del patrimonio de la que se desprende el fideicomitente, que es el objeto del fideicomiso, se erige como un patrimonio sujeto a reglas especiales cuyo destino no puede ser otro que el fin señalado por el fideicomitente en el contrato.

Así, el artículo 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su segunda fracción menciona que :“Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y las acciones referidos al mencionado fin, salvo los que se deriven para el fideicomitente del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente por terceros, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

El patrimonio del fideicomiso constituye una universalidad patrimonial y será un patrimonio independiente, sujeto a un fin que en el fideicomiso referido será el de garantizar una obligación crediticia.

En nuestro estudio de fideicomiso de garantía el patrimonio será cualquier inmueble propiedad del fideicomitente y será transmitido a la fiduciaria

para servir de garantía durante el plazo. Ahora, este inmueble deberá cumplir con los requisitos del objeto material, es decir, deberá existir en la naturaleza, estar en el comercio, ser susceptible de apropiación y su titularidad no debe encontrarse afecto a un tercero. Hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos anteriores y que no pueden ser transmitidos al fiduciario, por encontrarse afectos a algún gravamen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario conservan dicho gravamen y además, se requiere el consentimiento expreso del tercero a favor de quien se encuentran afectos tales bienes o derechos.

En cuanto al fin será aquel al que se destine el patrimonio, que en el caso específico será garantizar el cumplimiento de la obligación que tiene el fideicomitente en favor del fideicomisario, y ya en caso de incumplimiento se procederá a la ejecución del fideicomiso.

Este fin será la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

A través de esa actividad el fiduciario realiza los actos jurídicos concretos que se requieren para el exacto cumplimiento de la garantía, la cual deberá desde un principio y como fin del fideicomiso ser lícita, posible y determinada.

Partiendo entonces de un patrimonio y un fin determinados éstos tendrán íntima relación ya que el patrimonio estará afecto al mismo fin y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto a los bienes, los derechos y acciones que el mencionado fin refiera, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes por el fideicomisario o por terceros con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

Así, en el fideicomiso de garantía el fideicomitente puede haberse

reservado la posesión del inmueble fideicomitado, que perderá en caso de incumplimiento y de hacerse efectiva la relación, o bien puede suceder que únicamente se afecte el usufructo de que es titular el fideicomitente, pues un tercero pudiera con anterioridad al fideicomiso adquirir la nuda propiedad de esos bienes y en este caso sólo será materia del fideicomiso el derecho de usufructo, sin afectarse al mismo la nuda propiedad.

Entonces, de la afectación al patrimonio se da un patrimonio que se creó voluntariamente del desprendimiento que hizo el fideicomitente de parte del suyo. 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 cumplimiento del fin previsto en el texto del propio contrato de fideicomiso.

Esta transmisión será plena más no absoluta, ya que el fiduciario como titular no puede disponer de los derechos transmitidos en su propio provecho. La fiduciaria es pues, la titular del patrimonio autónomo conformado por el bien inmueble en el fideicomiso de garantía.

De acuerdo a lo anterior, resulta que ser el titular del patrimonio implica, en exclusiva, detentar todos los derechos y acciones que se requieran para obtener el cumplimiento de garantizar una obligación, así como los necesarios para la conservación del bien.

Esto resulta en la medida que, dado el contenido de confianza y crédito de que está impregnado el fideicomiso mexicano, la manera más sencilla de obtener una mejor eficiencia en esa titularidad es transmitiendo la propiedad a la fiduciaria, pero no como una transmisión absoluta entendida en términos del Código Civil, sino una propiedad de tipo fiduciaria que, como ya comentamos está limitada en cuanto a su actuación y sólo realizará los actos encaminados a la realización de un fin. Es por lo mismo que esta llamada propiedad fiduciaria tiene fuertes restricciones y reglas establecidas no sólo en la ley sino en el mismo acto constitutivo, además de estar vigilada por organismos diversos como lo es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

En esta orden de ideas hay que distinguir las diferencias de la titularidad fiduciaria con la propiedad civil para entender claramente los límites y alcances de aquella. La diferencia existe, ya que en la propiedad civil se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, sólo con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio en la titularidad fiduciaria no tiene el derecho de gozar del bien, porque no puede disponer en su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que por lo normal tales derechos se destinan al fideicomisario en caso de incumplimiento de la obligación garantizada y por ejecución del fideicomiso. También la titularidad fiduciaria sólo puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso.

En el derecho Civil una vez adquirida la propiedad se autoriza al propietario a que pueda hacer con ella lo que sigue:

- * Puede enajenar la cosa (vender, donar, gravar, etc.)
- * Puede desmembrarla (servidumbre, usufructo, condominio, etc.)
- * Puede aprovecharse de ella (rentarla, explotarla, etc.)
- * Puede usarla (habitarla, etc.)
- * Puede ejercitar su derecho de propiedad

En cuanto a la titularidad fiduciaria, ya es evidente que, a partir del día en que se hizo la afectación de sus bienes al fin fiduciario, el fideicomitente no puede vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar la cosa, ya que, a partir de dicho momento, dejó de ser propietario. Pero el fiduciario a partir de que recibe la cosa tampoco podrá vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar a no ser que el fideicomitente le haya dado, de manera específica, ese fin, caso en el cual la fiduciaria podrá hacer única y exclusivamente, eso, y nada más.

Nadie en este caso tendrá entonces la propiedad civil como tal, por lo tanto, volvemos a referirnos al patrimonio fiduciario autónomo.

La titularidad sustituye a la propiedad civil y tendrá en la misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito su ámbito de facultades y deberes:

-artículo 386

“sólo podrán ejercitarse respecto de los bienes que se den en fideicomiso, las acciones y derechos que al mismo fin se refieran.”

-artículo 391

“la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme a lo pactado.”

-artículo 401 fracción segunda

“Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y las acciones referidos al mencionado fin, salvo los que se deriven para el fideicomitente del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente por terceros, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.”

Esta titularidad como claramente se aprecia va encaminada a un fin, y en cuanto a su realización tendrá todas las facultades necesarias pero a su vez estará obligada y limitada no sólo por las reglas mismas del fideicomiso, sino por lo pactado en el acto constitutivo.

Por lo tanto podemos destacar tres elementos básicos derivados de esta propiedad fiduciaria:

Derechos Todos los derechos reales y personales, pero sólo los que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.

Restricciones (en cuanto a esos mismos derechos) :

a) Sólo pueden ejercitarse respecto de los bienes fideicomitados.

b) Se sujetan, en su caso, a las limitaciones y reglas establecidas respecto de dichas acciones y derechos en el acto de constitución.

c) En todo caso queda obligada a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Transmisión real. Es la única forma de que la fiduciaria disponga de la libertad, capacidad y habilidad jurídicas que requiere el desahogo de estos derechos y restricciones, por lo que se transmite el dominio real de la cosa para que se convierta en propietaria fiduciaria. No siendo esta transmisión el fin primordial en lo absoluto, sino sólo un medio para llegar a él, que es el de garantizar una obligación.

De esta forma, estamos hablando de que el fideicomitente transmitirá los bienes necesarios al fiduciario para que sirvan como garantía de una obligación; este fiduciario a su vez ejercerá los derechos y acciones referidas para hacer efectiva la garantía, así como deberá actuar en sus funciones de guarda y conservación del bien, mientras así lo disponga el plazo, y a su vez transcurrido ese plazo se encargará de la ejecución de la garantía.

Esa ejecución podrá tener dos supuestos: uno en caso del total y adecuado cumplimiento de la obligación en donde se procederá a restituir los bienes al fideicomitente, dado el caso; y otro supuesto cuando exista incumplimiento se procederá a cubrir el crédito al acreedor de acuerdo a lo pactado, lo cual se realizará mediante la venta de los bienes fideicomitados.

Para finalizar, cabe mencionar que todos estos conceptos, nuevos en muchos casos y exclusivos de la figura del fideicomiso han tenido gran dificultad para su aceptación e incorporación en nuestro Derecho. Esto, no sólo por tener orígenes diversos en el derecho anglosajón, sino por contraponerse en algunos sentidos con nuestros conceptos básicos.

Precisamente porque el problema de la propiedad en el fideicomiso es el eje alrededor del cual gira el concepto mismo de la institución, se plantea la necesidad de reformas e incorporación de estos nuevos conceptos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido el efecto traslativo de dominio en el fideicomiso y ha dado un apoyo a la libertad de contratación en la creación de una nueva modalidad de la propiedad y al desarrollo del fideicomiso mismo.

Pero ni el apoyo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus obras de jurisprudencia ni la doctrina, han sido suficientes y el desarrollo de esta figura no sólo sigue latente, sino evolucionando, siendo un pena que falte mucha de su regulación.

La realidad es clara y el fideicomiso, en este preciso caso, es el que se utiliza como garantía en el ámbito bancario y está substituyendo a otras figuras por sus ventajas y alcances.

CAPITULO CUARTO

MEDIO PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CREDITICIAS.

Este capítulo abarca uno de los temas más característico, importante y controvertido del fideicomiso en garantía: su ejecución.

Esta ejecución que por un lado le da al fideicomiso en garantía gran parte de su ventaja, sencillez y flexibilidad, por otro lado es uno de los aspectos más polémicos.

Para una mejor comprensión del tema es importante hacer referencia de lo primordial que es hoy en día tanto el otorgamiento de créditos como a la vez su restitución al acreedor. En tal virtud, las garantías son accesorios que protegerán a ese acreedor en cuanto a la obligación de crédito.

Varias son las posibles garantías que se puedan aportar al contrato de crédito y en este caso hemos estado refiriendo al fideicomiso no sólo como una posibilidad, sino como una muy adecuada en cuanto al cumplimiento de esas obligaciones crediticias. Repetidas veces hemos hecho incapié en la finalidad del fideicomiso en garantía: "Garantizar una obligación por medio de la afectación de un bien a un patrimonio fiduciario autónomo."

Ahora bien, es posible contemplar dos posibles maneras de actuar por parte del deudor en la obligación crediticia: que se cumpla la obligación en todas las condiciones y términos pactados o el incumplimiento.

En ambos casos la garantía fue eficaz permitiendo el financiamiento deseado, pero su resultado no va a ser igual.

Cuando el fideicomitente deudor ya cumplió; nuestra garantía no tiene razón de ser y el fiduciario tiene la obligación de regresar el bien objeto del fideicomiso a su propietario.

Pero, en caso de que no se cumpla con esa obligación, el fiduciario también deberá actuar y esa actuación irá encaminada a la ejecución del fideicomiso conforme a lo pactado en beneficio del acreedor.

1. PROCEDIMIENTO DE EJECUCION

Como hemos visto ya por medio del fideicomiso de garantía se le asegura al acreedor el cumplimiento de la obligación que con él contraiga el deudor.

Este fideicomiso se constituye por una persona deudora o un tercero a solicitud de él, mediante el cual afectan bienes inmuebles o derechos para que en el supuesto caso de que el deudor no cumpla su obligación, el fiduciario proceda a la venta o realización de la materia o patrimonio fideicomitado y en el supuesto caso de que el deudor cumpla oportunamente con la obligación contraída, el fiduciario revierta el patrimonio fiduciario a favor del fideicomitente y se cancele el fideicomiso.

En esta clase de fideicomisos el fideicomitente por lo general conserva la posesión, el uso e incluso el usufructo de los bienes fideicomitados; en caso de incumplimiento del deudor, el fideicomitente pierde esos derechos y es cuando se inicia el llamado proceso de ejecución fiduciaria.

“En caso de que el fiduciario tenga que hacer efectiva la garantía, por incumplimiento del fideicomitente, es conveniente que se observen las

siguientes reglas, con el fin de evitar que se cause alguna lesión a los intereses del deudor:

a) Para que el fiduciario pueda proceder a la venta de patrimonio fideicomitado, es necesario que exista solicitud previa del fideicomisario acreedor y que se compruebe el incumplimiento de la obligación principal garantizada, con la exhibición de los documentos que acrediten la existencia de la obligación, y de los cuales se desprenda el vencimiento anterior a la fecha de dicha solicitud;

b) Que el fiduciario proceda a requerir al deudor del pago de las prestaciones adeudadas, fijándole un plazo razonable para que dicho deudor cumpla con sus obligaciones, pues en caso contrario, el fiduciario procederá a la ejecución de la garantía.

c) Que se fije en el acto constitutivo del fideicomiso el precio al que se debe realizar la garantía y en su defecto, que se establezcan las bases para fijar ese precio.

Por ejemplo en cuanto a bienes inmuebles se puede estipular que el precio se fije mediante avalúo que practique alguna institución de crédito, la cual debe ser distinta y ajena a la institución fiduciaria.

d) Que se determine el procedimiento que debe seguir el fiduciario para la venta de la garantía.

e) Que se establezca que el deudor tendrá derecho al tanto, quien podrá ejercitarlo en su propio beneficio o en provecho de la persona que señale, y que en todo caso será preferido en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que desee adquirir los bienes o derechos fideicomitados²³

²³Villagordoa, Lozano, Jose Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 2a Ed. Porua.1982. p191 y 192

En este sentido con el producto de la venta se harán los siguientes pagos:

- a) Gastos, impuestos y derechos originados con motivo de la venta o remate.
- b) Honorarios de la institución fiduciaria.
- c) Importe del crédito garantizado, incluyendo los intereses del acreedor o fideicomisario.
- d) Si existiere algún remanente será entregado al fideicomitente.

Muchos autores critican el proceso o procedimiento que el fiduciario utiliza para dar cumplimiento a su obligación, una vez que se cumple la condición suspensiva del incumplimiento del deudor para con el acreedor, en el plazo establecido.

- Al respecto, el licenciado Octavio Hernández, dice: "...es posible que no pueda, dada nuestra estructura constitucional, concederse llanamente facultad a la fiduciaria para que venda el patrimonio fideicomitado dado en garantía, pues es esta atribución de carácter jurisdiccional..."²⁴

- Por otro lado, el doctor Raúl Cervantes Ahumada, también considera violatoria de las garantías constitucionales la llamada ejecución fiduciaria y establece que: "...la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía, en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional..."²⁵

No estando de acuerdo con dicha posición, se tratará de demostrar el porqué a lo largo del capítulo.

En virtud de haberse tratado en otro capítulo la situación jurídica del patrimonio fideicomitado, nos limitaremos a sostener que el bien fideicomitado

²⁴ Hernández, Octavio, A. Derecho Bancario Mexicano. t.11 Ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas.1976. p70

²⁵Cervantes, Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito.op. cit. p.295.

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 fideicomitado que garantiza su cumplimiento, debe ser vendido para que con el producto de la venta se pague al acreedor.

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

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

Esa es la obligación de la fiduciaria y si ésta actúa conforme a la voluntad que las partes expresaron al momento de la constitución del fideicomiso, estamos ante un caso de cumplimiento de una obligación contraída. El fideicomitente, como ya dijimos antes, 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 citado por Rodolfo Batista opina:

"La fiduciaria no es una autoridad pero, ahora bien, si pensamos que el fideicomitente ya no es propietario y que la fiduciaria no es autoridad, concluiremos que por lo tanto no actúa como autoridad; que el fideicomiso no es un título de ejecución; que el procedimiento de venta fiduciaria no es equiparable a la ejecución judicial; simplemente nos encontramos 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".²⁶

"Tal parecer es, un principio inexacto, si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una simple situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y en caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente".²⁷

También en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido múltiples tesis. Muchas tratan sobre la ejecución, por la fiduciaria y no por un juez, del bien fideicomitado, que aparentemente implica un exceso de facultades por invasión de la esfera judicial.

"Es oportuno considerar que al efecto, en una de las tesis mencionadas la Sala sostuvo que incluso la subasta pública como manera de ejecutar un bien dado en garantía de una obligación que no se cumplió, es un fin perfectamente determinado y lícito, pero además legítimo, ya que así se pactó en el contrato."²⁸

Pero no sólo lo anterior, sino que la Corte ha sostenido directamente que para la ejecución de un fideicomiso no es necesario solicitar, a no ser que así se haya convenido en el contrato, la intervención de un órgano judicial, de la forma siguiente:

²⁶Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica.op. cit.p.144 y 145

²⁷Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica.op. cit.p.145 y 146

²⁸Dávalos,Mejía,Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito.op.cit. p.870

"Fideicomiso, no es necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional para la realización del fin. Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si como ya se dejó asentado al analizar su esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico, se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria, que será la única titular de los bienes fideicomitidos...(AD 45/77, Informe 1977, segunda parte, pag. 36)..."²⁹

"Sobre este tipo de fideicomiso el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito menciona que a falta de procedimiento consignado en el contrato, a petición del fiduciario, se podrá acudir ante el juzgado que corresponda para que éste autorice la venta de los bienes respectivos. Tal comunicación se le correrá vía traslado al deudor, quien podrá oponerse a la venta de los bienes mediante exhibición y entrega de las cantidades que garantizan con la existencia del contrato.

Terminado este contrato, solamente acreditando el cumplimiento de la obligación garantizada o la autorización del fideicomisario, se podrán revertir los bienes o derechos entregados por el fideicomitente, de hecho existe también tesis jurisprudencial aplicable:

Instancia: Tercera Sala.-Fuente: Seminario Judicial de la Federación.-Época 7a.-Volumen 51.-Página 29.

Fideicomiso de Garantía. 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 fideicomitidos."³⁰

Ahora bien, cabe mencionar que las adiciones al actual Código de Comercio incomprensiblemente establecen procedimientos extrajudiciales y

²⁹Dávalos, Mejía, Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito.op.cit.p.870 y 871

³⁰Carvalho, Yáñez, Erick.Nuevo Derecho Bancario y Bursátil.op.cit.p.123 y 124

judiciales para la ejecución de los contratos de fideicomisos de garantía siendo innecesaria su inclusión además que únicamente retardan la ejecución de los contratos.

Es por esto vital la inclusión en los contrato de fideicomiso de garantía de los procedimientos de ejecución ya que de no existir un procedimiento establecido seguiríamos los anteriormente comentados. Al efecto, el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito prevee:

Artículo 83.- 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 aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario.

Con base y en apoyo a las opiniones y tesis antes mencionadas, podemos verificar la autenticidad de la actividad fiduciaria al proceder a la ejecución de un bien en caso del incumplimiento.

Esta ejecución no hace mas que cumplir con una finalidad y si ésta fue pactada por las mismas partes así se debe de ejecutar.

Es de considerar que no sólo en el fideicomiso en general operan niveles de confianza, por lo que hablar de una intervención judicial si no fue pactada, desvirtuaría la razón de ser del fideicomiso en garantía.

En este sentido afirmamos la importancia de que ante todo debe prevalecer la suprema voluntad de las partes.

Así, el fideicomiso en garantía es alternativa sumamente recurrida en la práctica, en la que la fiduciaria queda facultada (si así se estableció en el contrato) para ejecutar, incluso en subasta pública, el bien fideicomitado en caso de incumplimiento de la prestación garantizada.

2. CONTRATO PRINCIPAL

El fideicomiso en garantía es, por su naturaleza un negocio accesorio de otro principal. La categoría de su accesoriedad es igual de consistente e inamovible, a saber, que en este caso el fideicomiso no tiene otra función que la de garantía.

Su fin lícito y determinado será garantizar el cumplimiento de una obligación.

Ahora bien, conociendo los posibles alcances del fideicomiso sabemos que las obligaciones susceptibles de garantizar por este medio son ilimitadas. En este sentido nos referiremos a tres de los más importantes contratos de crédito, que podrán fungir como contratos principales en donde el fideicomiso en garantía puede actuar como accesorio y aprovechar así sus múltiples ventajas.

Estos contratos deben parte de su popularidad y éxito a la adecuada colocación del riesgo que el mismo contrato implica, y esto no es mas que tener una óptima garantía.

Así, esa garantía puede ser el fideicomiso no sólo por su efectiva ejecución como se ha visto, sino por sus enormes ventajas que en cada contrato de crédito pueden ofrecer y que se especificará mas adelante.

1.1 Apertura de Crédito

Las aplicaciones y utilidad del contrato de apertura de crédito son innumerables.

Es un contrato susceptible de celebrarse tanto entre particulares exclusivamente, como entre instituciones de crédito y particulares, es en ésta última práctica donde ha conseguido cristalizar sus mejores posibilidades y por tanto, es en ella donde ha prestado mejores servicios.

Así, es la apertura de crédito, uno de los instrumentos más importantes en la realización de las operaciones activas de los bancos.

La noción legal de dicho contrato tiene su fundamento legal en el artículo 291 LGTOC que a la letra dice: "En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidas, quedando obligado a restituir al acreditante las sumas de que disponga o a cubrirle oportunamente el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

"Conforme al contenido de este artículo, en el contrato de apertura de crédito se producen dos efectos: uno inmediato, que consiste en la concesión del crédito por el acreditante al acreditado; y un efecto futuro y eventual, al retirar las partidas puestas a su disposición por el acreditante, o utilizar la firma de éste en la asunción de obligaciones por cuenta del acreditado."³¹

La apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente.

Es simple, cuando el crédito se agota por la simple disposición que de él haga el acreditado, y cualquier cantidad que éste entregue al acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado.

En la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida, y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado.

³¹ Cervantes, Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. op. cit. p. 246

El objeto del contrato de apertura de crédito simple es permitir al acreditado disponer de su crédito, no de una sola vez sino de manera diferida y exacta de las cantidades y en los momentos en los cuales presupuestó que los va a necesitar, a fin de no pagar más intereses de los necesarios. El objetivo del acreditante es el cobro del interés y accesorios, o ambos que se estipulan en las cláusulas del contrato. Veremos posteriormente que en este crédito como cualquier otro, requiere de una garantía.

En cuanto al contrato en cuenta corriente, el acreditado puede disponer permanentemente de una cierta cantidad, la cual nunca se terminará durante la vigencia del contrato, siempre que no se sobrepase el límite, lo que el acreditado consigue haciendo pagos parciales de sus disposiciones. El objetivo del acreditante es el mismo que en el caso del crédito simple: el cobro del interés y los accesorios.

GARANTIA

Como en todo contrato de crédito, en el de apertura de crédito la garantía ocupa un primer lugar en materia de importancia. Puede ser real o personal y se entiende extendida, salvo pacto en contrario, para cubrir las cantidades que el acreditado utilice dentro de los límites de su crédito y cualquiera que sea el valor de la garantía.

“Cuando al cerrarse o extinguirse la cuenta corriente, quede un saldo contra el acreditante, este saldo es al momento exigible, es decir, tendrá naturaleza ejecutiva. La ejecución se verifica precisamente en la garantía que se otorgó para el efecto, que durante todo el plazo del contrato tuvo como destino principal el de garantizar”³²

Ahora bien, de conformidad con los términos y extinciones legales y de acuerdo a lo pactado por las partes, este contrato puede llegar a su fin con el debido cumplimiento y sin que el acreditado deba cantidad alguna, pero por otro

³²Dávalos, Mejía, Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito. op.cit. p. 715 y 716

lado puede ser que él mismo no haya cumplido de acuerdo al contrato y es ahí en donde el acreditante puede hacer efectivas las garantías.

1.2 Crédito de Habilitación o Avío.

Tanto los créditos de habilitación y avío, como los refaccionarios se distinguen por su destino específico: son créditos destinados al fomento de la producción.

Ambos son sistemas de préstamo ideados de manera específica como apoyo y soporte para la producción de los sectores industrial, comercial y fundamentalmente agroindustrial.

Aunque ambos se agrupan en el mismo interés general de promoción a la producción, se diferencian en función de la aplicación que se da al dinero prestado.

El importe de la habilitación se aplica preferentemente a materia prima y al pago de la mano de obra directa, así como a todos los elementos que se relacionen de forma inmediata con el proceso productivo y estén destinados a transformarse en manufacturas.

“En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa” (artículo 321 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El crédito de avío se concede para el fomento de la producción de una empresa que ya está trabajando o lista para trabajar. Se dedica al proceso directo e inmediato de la producción, y el acreditante deberá cuidar (a riesgo de

directo e inmediato de la producción, y el acreditante deberá cuidar (a riesgo de perder sus privilegios o garantías) de que el crédito se invierta precisamente en la forma convenida. (art. 327 LGTOC).

Los créditos de avío tendrán como garantía natural "materias primas y materiales adquiridos", y "los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes" (art. 322 LGTOC).

"Decimos que se trata de una garantía natural porque la garantía queda constituida simple, natural y automáticamente, por efecto del contrato, y porque sólo se constituye en este tipo de créditos. El aviado se considerará depositario de los bienes que constituyan la garantía.

Claro es que además de la existencia de las garantías naturales que como hemos dicho quedan automáticamente constituidas, pueden pactarse cualquiera otras garantías adicionales".³³

Generalmente estos créditos se otorgan bajo la forma de apertura de crédito y se consignan en un contrato privado o público así como cumplir con todas las formalidades necesarias.

1.3 Créditos Refaccionarios

Ambos créditos, como lo hemos mencionado tienen la característica fundamental de ser destinados al fomento de la producción. Pero en tanto que el avío se aplica directamente al proceso inmediato de la producción, a la acción inminente de producir, la refacción se aplica en una operación mas de fondo, en preparar a la empresa para el proceso productivo.

³³Cervantes, Ahumada,Raúl.Títulos y Operaciones de Crédito. op.cit.p.281

"El importe de la refacción se aplica a la adquisición de maquinaria, equipo adicional para renovar o reponer, y en algunos casos, para ampliar o mejorar las instalaciones de la empresa; es decir, se destina a la adquisición de bienes que no se van a transformar sino que van a transformar otras materias en productos terminados".³⁴

"En virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinaria y en la construcción de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado" (art. 323 LGTOC). También podrá dedicarse el importe del crédito al pago de pasivo derivado de créditos utilizados en el año anterior al contrato, y que se hayan invertido en la forma antes indicada, o en el pago de adeudos fiscales.

Las garantías naturales del crédito refaccionario serán las fincas, construcciones, edificios, aperos y en general todo lo adquirido o mejorado con la inversión de su importe, mas los frutos o productos de la empresa refaccionaria (art. 324 LGTOC).

La garantía consiste en hipoteca sobre los bienes a que se refiere el artículo anteriormente mencionado y podrán agregarse diferentes garantías sobre otros bienes.

Los créditos refaccionarios se otorgarán en la misma forma que los de avío.

Preferencias: La forma de inversión del importe de los créditos influye sobre las garantías naturales y sobre las preferencias. Ya vimos que el refaccionario tiene como garantía natural, en primer lugar, las construcciones,

³⁴Dávalos, Mejía, Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito. op.cit. p. 785

maquinaria, etc. y en segundo lugar, los frutos, que son la garantía natural del avío. Como el avío se utiliza para la inmediata finalidad de obtener los frutos o productos, éstos constituyen su principal garantía, y en relación con ella, el avío es preferente al refaccionario, y ambos, serán preferentes a los hipotecarios inscritos con posterioridad.

Además del derecho a cobrar el principal y los intereses que se pacten, el aviador y el refaccionador tendrán el derecho de designar, con cargo al aviado o al refaccionado, un interventor "que cuide el exacto cumplimiento de las obligaciones del acreditado". (art. 327 LGTOC)

Si el aviado o refaccionado distrae los fondos para fines distintos de los pactados, el aviador o refaccionador podrá dar por terminado el contrato, por vencidas las obligaciones del acreditado, y exigir el inmediato reembolso de las sumas acreditadas, más las prestaciones accesorias (art. 327 LGTOC).

GARANTIAS

Respecto de las garantías, el régimen legal de los créditos refaccionario y de habilitación o avío son muy especiales. En efecto, en ellos la regla general consiste en que las garantías se constituyen con los bienes que se adquirieron con el dinero concedido en préstamo; así:

- El crédito de habilitación se garantiza con las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes (art. 322 LGTOC).

-Por su parte, el crédito refaccionario se garantiza simultánea o separadamente con las fincas, edificios, construcciones, maquinaria, apeos, instrumentos, muebles y útiles y con los frutos o productos, pendientes o ya obtenidos de la empresa. (art. 324 LGTOC).

Sin embargo, como ya vimos, adicionalmente a lo anterior, también se pueden otorgar otras garantías.

Es ahí en donde el otorgamiento de una garantía como el fideicomiso no sólo serviría para ese fin, sino permitiría aventajar sobre otras posibles garantías. Y es de considerar la necesidad de una garantía como la mencionada que permita dar flexibilidad, confianza y evitar problemas, como el de preferencia.

Esto serviría no sólo para beneficio de las partes sino de los contratos mismos en los cuales por su simple naturaleza ya tienen un régimen legal bastante especial.

3. REFORMAS LEGALES APLICABLES AL FIDEICOMISO EN GARANTÍA

Hoy en día el crédito es un medio indispensable y muy utilizado tanto en la práctica comercial como cotidiana de la mayoría de seres humanos.

Es por ello que todos nuestros medios de protección a esa confianza que todo crédito devenga, exijan una modernización en cuanto al régimen legal que los regula.

El Fideicomiso de Garantía no es una excepción y el 23 de mayo del 2000 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación diversas disposiciones que reforman, adicionan y derogan regulaciones fundamentales para el Fideicomiso relativas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Código de Comercio y a la Ley de Instituciones de Crédito.

En cuanto a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cabe señalar que una de las más interesantes situaciones que se presentan en estas reformas, la constituye el que por primera vez el legislador varía la numeración de artículos que permanecen en vigor, renumerándolos y recorriéndolos de lugar, en vez de incluir un capítulo especial con numeración especial como tradicionalmente se ha hecho, cambiando por lo tanto el esquema de la LGTOC, removiendo los artículos relativos al contrato de fideicomiso que estaban en vigor desde 1932, y que ya no son del 346 al 359, sino del 381 al 394.

En referencia a las adiciones relacionadas al Fideicomiso de Garantía, se incorpora la Sección Segunda, del Título Segundo, Capítulo V, con los artículos del 395 al 414, se reforman los artículos 383 segundo párrafo y 392 fracción VII.

La Sección Segunda adicionada dentro del capítulo del Fideicomiso incluye una sección especial para todo lo relacionado al Fideicomiso de Garantía, dándole por primera vez no sólo una definición, sino una regulación amplia y específica.

Así, a través de artículos como el 395, 396, 398 y 399 se reconoce una aplicación práctica del Fideicomiso así como las características aplicables a los elementos que lo constituyen que si bien son elementos comunes para todos los fideicomisos, en este caso y gracias a las posibilidades tan amplias de la figura adquieren características muy propias:

“Artículo 395.- En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

Artículo 396.- Podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios, cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique.

Los fideicomitentes, además, deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica.

Artículo 397.- El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.

El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios, a cuyo efecto deberá estipularse el orden de la prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.

Artículo 398.- Un mismo fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores, a cuyo efecto el fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, dentro de los 10 días siguientes a que esto ocurra, quedando sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público, a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.

A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.

El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

Artículo 399.- Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que dispone al efecto el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito, las entidades siguientes:

- I. Instituciones de Crédito;
- II. Instituciones de Seguros;
- III. Instituciones de Fianzas;
- IV. Sociedades Financieras de Objeto Limitado, y
- V. Almacenes Generales de Depósito."

Estas adiciones eran necesarias tomando en consideración que anteriormente el fideicomiso no estaba regulado dentro de alguna de sus finalidades, sino de forma genérica.

Considero que se está tratando de lograr el equilibrio de las relaciones entre deudores y acreedores estableciendo no sólo una exacta regulación de garantía, sino ventajas para las partes integrantes de esta figura.

En este orden de ideas, algunas adiciones van encaminadas a la protección y resguardo eficaz de la garantía, independientemente de quien tenga la posesión material, respondiendo y obligándose cualquiera de las partes que tenga la posesión a considerarse como si el patrimonio fuera propio.

También se incluyen formalidades que eran necesarias para la constitución misma del fideicomiso y como ejemplo se encuentran los siguientes artículos que a la letra dicen:

“Artículo 407.- El contrato constitutivo del fideicomiso de garantía deberá constar por escrito y cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario.

La afectación en fideicomiso de garantía de bienes inmuebles, se hará constar en escritura pública.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración.

Artículo 410.- Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones de los fideicomisos de garantía a que se refiere esta Sección Segunda, deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar en el que se encuentre ubicado el domicilio del deudor cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles.

Quando el fideicomiso de garantía tenga por objeto bienes inmuebles, o muebles e inmuebles, la inscripción de los actos a que se refiere el párrafo anterior deberá hacerse en el registro que corresponda al lugar de ubicación de los bienes inmuebles o, en los casos que proceda, en el Registro Especial que corresponda según su naturaleza.”

Otra ventaja, es que se continúa vigilando y regulando ampliamente a la figura del fiduciario, pero ahora específicamente en cuanto a la ejecución del fideicomiso ya que se señala que el fiduciario indemnizará a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que le corresponda para la ejecución del fideicomiso, que puedan originarse en virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.

La indemnización que corresponda pagar en términos de este artículo, no será menor al diez por ciento del valor del principal y los intereses de la suma garantizada, y en todo momento se procurará que tal indemnización cubra los perjuicios causados por dichas instituciones. Cuando la institución infractora reúna a la vez la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, la indemnización será del doble de la cantidad antes mencionada.

Una adición más que beneficia en gran medida a los deudores es la obligación que poseen las partes de estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias.

Para concluir, cabe señalar que si bien existen beneficios para deudores y acreedores o para ambos a la vez, lo que se debe de buscar es llegar al perfeccionamiento o adecuación de figuras que si bien tienen orígenes muy distintos a los nuestros, persiguen finalidades similares y básicas para el desarrollo económico de la sociedad.

Por otro lado, en cuanto a las adiciones referentes al Código de Comercio y en cuanto a la figura que nos compete, se incorporaron procesos para la ejecución del fideicomiso que si bien pretenden ser rápidos en cuanto a los términos que se conceden a las partes para llegar a sentencia, están limitando no sólo al fiduciario, sino a la finalidad misma del fideicomiso.

Se establecen procedimientos extrajudiciales para la ejecución de fideicomisos de garantía, siendo en varias formas innecesaria su inclusión, además de que retarda la ejecución de los contratos.

Igualmente se introducen procedimientos judiciales para la ejecución de dichos contratos, lo que podría nuevamente resultar innecesario en el caso del

fideicomiso ya que solamente limita indebidamente la actuación de la fiduciaria quien ante cualquier oposición no podrá ejecutar el fideicomiso.

En este orden de ideas, los procedimientos van en sentido opuesto a las múltiples tesis que la Corte ha sostenido sobre la ejecución por la fiduciaria, y no por un juez en caso de que así se hubiere pactado, del bien fideicomitado.

Considero que el fin pactado en el fideicomiso es perfectamente determinado y lícito, además de ser legítimo, ya que está pactado por la suprema voluntad de las partes, las cuales acordaron en una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria que como se ha mencionado será la única titular de los bienes fideicomitados.

En cuanto al Código de Comercio también se adicionaron disposiciones referentes al tema, siendo importante mencionar el siguiente artículo:

"Artículo 83.- 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 aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario."

Dicha adición resulta dudosa pero considero que en la práctica será necesario y obligatorio la inclusión y seguimiento de los procedimientos establecidos por el Código Civil, que si bien no son enteramente compatibles con la figura misma del fideicomiso si serán necesarios para la protección de las partes en cuanto a la ejecución del fideicomiso y para lograr la eficacia de la garantía.

4. GARANTIA SEGURA, SENCILLA Y EFICAZ

Cualquier figura surge en el medio jurídico no sólo como parte de una evolución en el campo del derecho, sino en base a necesidades existentes y a su debido cumplimiento.

Como hemos visto a lo largo de los diferentes capítulos, las mismas necesidades le han dado a la figura del fideicomiso su importancia y evolución.

Esta evolución, trajo una institución completamente desconocida para nosotros y no obstante se ha vuelto trascendente en la actualidad.

La trascendencia que la figura del fideicomiso ha tenido, se ha dado por su gran adaptación en nuestra sociedad, ya que actualmente se tratan de buscar los medios más sencillos y óptimos para el cumplimiento de necesidades, siendo exactamente esto lo que en la institución del fideicomiso se plantea.

En este sentido, el fideicomiso, en este caso el que tiene como única finalidad el de garantizar una obligación, se vuelve cada vez más útil en la práctica.

Esta utilidad, basada no sólo por el hecho de sustituir a otras garantías, sino por las diversas opciones que intrínsecamente aporta, le dan en sí mismo múltiples beneficios que a continuación especificaremos.

Partiendo del hecho de que en este caso, nuestro contrato de garantía proviene de una finalidad en tantas de una institución como el fideicomiso, sus ventajas se podrán dividir en dos. Por un lado, las que derivan del contrato de fideicomiso como tal, y por otro las del caso específico, en su actuación como contrato de garantía.

La figura del fideicomiso permite gran flexibilidad, logrando así superar numerosas limitaciones operacionales y dificultades del orden técnico y jurídico.

Las partes en el contrato gozan de gran libertad reconocida legalmente y enfocada a una finalidad. Así, esta figura permitirá que la finalidad, que en este caso es la de garantizar una obligación, se riga principalmente por la autonomía de la voluntad o libertad que tienen los individuos para obligarse en la forma y términos que les convenga, y de acuerdo al caso específico.

Todo esto, sentado en las bases de confianza y seguridad que la misma figura implica y con la única limitación de licitud y buenas costumbres.

En este sentido, la transmisión de bienes que el propio fideicomiso implica nos sirven perfectamente en este caso de garantía, en tanto que es sólo una transmisión temporal y no absoluta ya que únicamente está encaminada a la consecución de un fin.

Existe entonces, por regla general, una transmisión de bienes que en el caso particular servirá para garantizar una obligación pero así, podría utilizarse para otros medios en cuanto a diferentes fideicomisos y dependiendo de lo que el fideicomitente determine.

A su vez, y derivada de esta transmisión viene la propiedad fiduciaria, ejercida por una institución fiduciaria. Esta fiduciaria será la titular del patrimonio, pudiendo ejercer única y exclusivamente los actos y derechos autorizados para concretar el fin.

Así podemos darnos cuenta que no se permitirá el abuso en ningún sentido ya que la fiduciaria está restringida por la misma ley y la voluntad de los contratantes a través del acto constitutivo.

Por otro lado, y en cuanto a las partes que intervienen en el fideicomiso destacan la participación obligatoria u opcional de algunos elementos personales y a su vez los beneficios que de ellos derivan.

Así, en nuestro sistema legal, las instituciones de crédito son de las pocas instituciones autorizadas que pueden actuar como fiduciarias. Esta limitante no sólo va a permitir un excelente control de estas instituciones, por la importancia que su actividad representa, sino implicará una gran seriedad, responsabilidad, manejo profesional, solvencia, y sobre todo confianza en cuanto a todas las personas que utilizan este medio para cumplir sus fines.

En este mismo sentido el secreto fiduciario derivado de estas mismas instituciones permitirá la protección tanto de la vida privada, como de la seguridad jurídica de las personas contratantes.

Al efecto el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito prevé lo siguiente:

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

También la participación de un Comité Técnico, en su caso, y la de delegados fiduciarios con su debida autorización, nos lleva a concluir que todos estos requisitos, supervisiones y exigencias del sistema mexicano, tienen un objetivo que se traduce en buscar la seriedad y seguridad de actuación de las fiduciarias y dar confianza al público que contrata con ellas, cuestiones que difícilmente podrá cumplir una persona física.

A su vez, la actividad fiduciaria debe de ser supervisada y vigilada por el estado a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con la colaboración de Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

"En otros aspectos, el fideicomiso no es un negocio aparente o simulado, ni en fraude a la ley. Por el contrario, está sancionado de nulidad si lo fuere (artículo 351 LGTOC). El fideicomiso es público y conocido por terceros. Su publicidad está establecida legalmente y están prohibidos los fideicomisos secretos (artículo 394, fracción I, LGTOC).

Como consecuencia, ofrece al público permanencia, discreción, seguridad y responsabilidad, y en otro aspecto transparencia en el manejo de los fondos, prestación de diversos servicios, etcétera."³⁵

Todos estos elementos no hacen mas que dar ventajas, al utilizar en el cumplimiento de obligaciones, a una figura como el fideicomiso.

Ahora, partiendo de que el fideicomiso ejerce su actividad como contrato de garantía , puntualizaremos sus beneficios en este sentido.

"Mediante este instrumento, las personas o empresas que por cualquier circunstancia hayan contraído o estén por contraer obligaciones de cualquier tipo o se constituyan en deudores en favor de terceros por alguna clase de financiamiento, pueden otorgar una garantía suficiente y de máxima seguridad en el cumplimiento de dichas obligaciones a su cargo, novedosa y distinta a las tradicionales hipotecas, fianzas o prendas y que deriva, en algunos casos de administración financiera, en un mejor manejo fiscal".³⁶

Primeramente, debemos dejar muy claro que el fin perseguido por las partes en esta clase de fideicomiso reúne perfectamente los requisitos legales, pues dicho fin es lícito y determinable.

El fin del fideicomiso en garantía no es ejecutar un bien y, así, desposeer a su dueño, sino que el fin es simplemente garantizar el cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea, si se ejecuta el bien se cumplió la garantía, y si

³⁵Bernal, Molina, Julián. *Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso*, 19ed., Porrúa, México, 1988, p.80

³⁶Acosta, Romero, Miguel. *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. op.cit. p.394

no se ejecuta también se cumplió, porque fue útil durante todo el plazo del fideicomiso, para sostener garantizada la obligación.

En este sentido, basándonos en la finalidad pactada de garantía de una obligación y mientras esté vigente esta garantía, las ventajas para el acreedor serían las siguientes:

- El bien se transfiere a un patrimonio autónomo.

Este patrimonio, formado por los bienes objeto de la garantía estará en manos del fiduciario y será un patrimonio totalmente independiente. Goza de individualidad jurídica y contable como patrimonio durante el plazo determinado en el contrato.

- Los bienes transferidos no pueden ser perseguidos por otros acreedores del fideicomitente (salvo que el fideicomiso se constituya en fraude a terceros).
- La institución fiduciaria administra y controla el estado de la garantía
- La institución fiduciaria controla el máximo nivel de pasivos garantizados.
- La institución fiduciaria presenta una rendición periódica de cuentas.

Asimismo debe responder en caso de que los bienes objeto de la garantía sufran algún menoscabo, ya sea por negligencia o culpa grave de la misma institución.

- Al efecto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 405 reitera otro gran beneficio para el acreedor brindándole gran seguridad en cuanto a su garantía:

Artículo 405.- Cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitados, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a

no utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario.

En este caso, serán por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitados.

Si los bienes fideicomitados se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido.

- Los bienes y derechos que se den en fideicomiso será propiedad de la institución fiduciaria.

"...nos permitiremos determinar que por virtud de la afectación y entrega de bienes o derechos en un fideicomiso, éstos no serán ya sujetos de embargo que pretenda trabarse contra bienes del fideicomitente; ya que como expresamos anteriormente, tales bienes ya no están dentro del patrimonio del aportante, lo cual se confirma con la siguiente tesis que transcribimos, aun cuando hayamos abusado de ellas en el desarrollo del presente tema:

Instancia:Tribunales Colegiados de Circuito.-Fuente:Semanario judicial de la Federación.-Epoca 8a.-Tomo X - julio. -Tesis III. 3o.C.244 C, página: 362.Clave: TC033244 CIV.

Embargo, No Resulta Oponible A Un Derecho Real, Como es el Fideicomiso.- Un Crédito quirografario (constitutivo del embargo) no puede oponerse a un derecho real como el que nace a través del fideicomiso, pues el primero constituye un acto procesal en virtud del cual se aseguran ciertos bienes que están a las resultas del juicio, de manera que tales bienes quedan bajo la guarda de un tercero, pero a disposición del juez que ordenó su procedencia, lo que significa que la cosa embargada no se encuentra en poder del embargante, ni siquiera implica un derecho de persecución característico de los derechos reales, que permite a su titular reclamar de cualquier poseedor, puesto que sólo garantiza el cumplimiento de una obligación de carácter

personal, nacida de un crédito quirografario, mientras que el segundo es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin determinado en beneficio de otra persona, encomendando su realización a una institución bancaria que recibe el dominio de los bienes y ello implica la creación de un patrimonio diverso al que es propio de las partes que intervienen en el contrato, o sea, que la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, pasa de la propiedad del fideicomitente a la de la institución fiduciaria; por lo que cabe concluir que el fideicomiso implica la constitución de un derecho real que no resulta afectado con el acto procesal del embargo, pues no son derechos o créditos de igual naturaleza.³⁷

Ventajas para el deudor:

- Maximiza el valor comercial del inmueble, garantizando varios acreedores a la vez.
- Supera limitaciones jurídicas como en el caso de otras garantías.
- Posibilita el cambio de acreedor sin la necesidad de sustituir garantía.
- Se puede reservar algunos derechos sobre el patrimonio, de conformidad con la fiduciaria y dependiendo de cada caso.

Ahora, en caso del cumplimiento exacto de la obligación principal, la garantía se extingue y los bienes son devueltos al fideicomitente regresando todo a su estado original; pero en caso de incumplimiento de la prestación garantizada, la garantía será ejecutada de acuerdo a las instrucciones pactadas, para liquidar la obligación, pagar al beneficiario y en caso de que quede un remanente, entregarlos al fideicomitente.

- En este sentido, también derivan una serie de ventajas ya que la garantía se ejecutará de acuerdo a lo pactado en el acto constitutivo.

Así, para la ejecución se puede citar cualquier medio convencional, en donde se deberán seguir todos y cada uno de los requisitos respectivos, previos a la venta o remate de los bienes en cumplimiento con el acreedor.

³⁷Carvalho, Yáñez, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. op.cit. p.127 y128.

Pero también, la figura del fideicomiso en garantía presenta la opción de que los bienes sean ejecutados sin la intervención judicial, es decir, la fiduciaria queda facultada (si así se estableció en el contrato) para ejecutar incluso en subasta pública el bien fideicomitado, en caso de incumplimiento de la prestación garantizada.

Esto conllevará múltiples beneficios operacionales y económicos. Se tendrá una reducción de los costos de transacción, al minimizar los impedimentos legales, tales como remates y ejecución de garantías que originan gastos judiciales, reduciendo a la vez tiempo en cuanto al cobro y el debido cumplimiento.

En cuanto a las ventajas que esta figura prevee, tenemos varias nuevas adiciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la vez brindan ventajas tanto para el deudor como el acreedor asegurando y regulando tanto a la actividad fiduciaria como la protección de la garantía. Así, citamos los siguientes artículos:

Artículo 411.- Las instituciones señaladas en el artículo 399 de esta Ley, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.

La indemnización que corresponda pagar en términos de este artículo, no será menor al diez por ciento del valor del principal y los intereses de la suma garantizada, y en todo momento se procurará que tal indemnización cubra los perjuicios causados por dichas instituciones. Cuando la institución infractora reúna a la vez la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, la indemnización será del doble de la cantidad antes mencionada.

Artículo 412.- Las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten,

considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias. Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable.

Artículo 413.- Al que, teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces de dicho salario. Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de diez mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de cien a ciento ochenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de diez mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

En síntesis, los beneficios y las ventajas de esta modalidad de fideicomiso, tanto para el acreedor como para el deudor, son en sí mismos muy provechosas y cabe señalar que estas mismas posibilidades pueden acrecer en cuanto a cada caso en particular y por acuerdo entre los contratantes que serán los beneficiados.

5. PRACTICA Y UTILIDAD

Actualmente la vida moderna como todos sabemos, difícilmente podría ser concebida sin el crédito. La mayor parte de la riqueza, es riqueza crediticia.

Por el crédito se desenvuelven y multiplican los capitales y se realiza el fenómeno fundamental de la producción.

El crédito ha sido y seguirá siendo el pivote del progreso de la sociedad contemporánea.

En un sentido genérico crédito significa confianza. De una persona en quien se cree, a la que se le tiene la confianza, se dice que es una persona "digna de crédito". Más no siempre que hay confianza hay crédito en sentido jurídico, y si hay ocasiones en que el crédito se concede con ausencia de confianza.

En este sentido, las garantías cobran enorme importancia ya que es la forma en que el deudor asegura el cumplimiento de sus obligaciones y puede el acreedor llegar a ser sujeto de crédito.

Reales o personales, las garantías dan seguridad a ambas partes logrando así beneficios mutuos y permitiendo establecer la garantía adecuada para cada caso concreto.

Así, la figura del fideicomiso viene a ser una garantía suficiente y de máxima seguridad en el cumplimiento de obligaciones, novedosa y distinta a las tradicionales hipotecas y fianzas o prendas y que deriva en algunos casos de administración financiera en un mejor manejo fiscal.

En este tipo de garantía, como hemos estado viendo, aun cuando hay transmisión de los bienes (acciones de sociedades anónimas, inmuebles, dinero, etcétera) o derechos en favor de la institución fiduciaria, esta transmisión no genera pago de impuestos, salvo que se pactara que el fideicomitente no tenga derechos de readquirir el bien, ni se sujeta a formalidades judiciales y su ejecución en caso de incumplimiento con el deudor, se basa en un simple procedimiento convencional (venta de los bienes o valores en pública subasta y con el producto se realiza el pago del adeudo, o

bien, la adjudicación directa en favor de la acreditante), que se hace plasmar en el clausulado del propio contrato de fideicomiso. Todo esto representa un beneficio adicional de la agilidad y lo hace menos oneroso.

En efecto y como se ha visto a lo largo de la exposición, el patrimonio en fideicomiso garantiza el cumplimiento de las obligaciones referidas en el contrato, a cargo de quien se señale, pues de lo contrario y en ejecución de los fines descritos, se procede a su realización para que con el producto de la cuenta o adjudicación según sea el caso, se cubra el saldo insoluto en favor del acreedor; pero si se cumple debidamente con las obligaciones garantizadas, el fiduciario revierte la propiedad o titularidad de los bienes o derechos respectivos al fideicomitente.

De esta forma el fideicomiso de garantía puede garantizar pagos anticipados, emisiones de papel comercial o de certificados de participación, así como cualquier otro tipo de obligaciones de hacer o no hacer.

Así, en la práctica el fideicomiso plantea a todas las personas físicas o jurídicas que por cualquier circunstancia hayan contraído o estén por contraer diversos tipos de obligaciones, o se constituyan en deudores en favor de terceros, o simplemente sin serlo, tengan algún interés en garantizar por otro, el medio para hacerlo de manera suficiente y con gran seguridad.

En la actualidad los grandes beneficios que la figura ha dado, así como las ventajas que guarda junto con otras garantías similares, y la amplia gama de posibilidades en su uso puede ser tan variado como la imaginación de quien los concibe, y han permitido que la figura no solo evolucione, sino se adapte día a día a las distintas necesidades crediticias y obligacionales de la misma sociedad contemporánea.

CONCLUSIONES

PRIMERA- Hoy en día y debido a la gran actividad crediticia, es primordial la existencia de figuras efectivas y seguras que garanticen el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, así como los accesorios derivados de éste.

SEGUNDA- Se propone al fideicomiso como una figura óptima para garantizar obligaciones crediticias, no solo por lo que en sí representa, sino por las ventajas que prevé para cada una de las partes que intervienen en el contrato.

TERCERA- Si bien en otros países la actividad fiduciaria puede ser realizada por cualquier persona física o moral, México tiene el único sistema en el que la participación de una Institución Financiera como fiduciaria es indispensable en todos los casos.

CUARTA- Las distintas restricciones impuestas por el Estado así como la supervisión del mismo hacia la actividad fiduciaria, deben continuar ya que son necesarias y tienen un objetivo específico que entre otros se traduce en buscar la seriedad y seguridad en la actuación de las fiduciarias.

QUINTA- La práctica fiduciaria mexicana es muy ejemplificativa y debe seguir utilizando precisamente a Instituciones Financieras y no a personas físicas para cumplir las mas variada gama de finalidades.

SEXTA- Dentro de los fines que puede abarcar el fideicomiso en México, se encuentra el de garantizar obligaciones de diversa índole, pero a diferencia de otras instituciones jurídicas este medio propone ventajas óptimas de garantía.

SEPTIMA- Como ventaja de la actuación fiduciaria se encuentra la supervisión y vigilancia de las autoridades que dan confianza al público que contrata con ellas, así como estabilidad, solvencia y profesionalismo de las mismas Instituciones de Crédito.

OCTAVA- Con la constitución del fideicomiso, el fideicomitente puede obtener liquidez, garantizando su obligación y en caso de su debido cumplimiento recupera la garantía.

NOVENA- Para el fideicomisario o acreedor, el fideicomiso de garantía brinda gran seguridad en relación con otras garantías, ya que una vez constituido y registrado un fideicomiso de esta índole, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien fideicomitado quedando en manos de la institución fiduciaria que realizará sobre el bien única y exclusivamente los actos que tenga permitidos.

DECIMA- La sustitución de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria por un fideicomiso de garantía obedece a la ventaja que tiene éste último, principalmente en el sentido de que obvia el trámite de una demanda judicial para dar forma a la exigencia que implica gran dilación en el cobro o cumplimiento.

DECIMA PRIMERA- La ejecución del fideicomiso previa comprobación del incumplimiento del deudor es el medio óptimo y propone grandes ventajas sobre otras formas de garantía ya que no es necesario, si así acordaron las partes, recurrir al órgano jurisdiccional para demandar la ejecución.

DECIMA SEGUNDA- Es necesario que en el fideicomiso se prevea como requisito esencial el establecer el mecanismo mediante el cual deban ejercitarse las garantías en caso de incumplimiento, ya que será el trámite de pago de los créditos vencidos siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito y la cantidad reclamada.

DECIMA TERCERA- A diferencia de otras garantías, la rapidez y seguridad de ejecución en estos casos permite evitar estancamientos económicos y facilitar la circulación misma del dinero.

BIBLIOGRAFÍAS

ACOSTA ROMERO, Miguel. Nuevo Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano. 6a.ed. Porrúa, México, 1997.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. 2a ed. Porrúa, México, 1997.

BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. 3a.ed. Porrúa, México, 1998.

BATIZA ,Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica. 7a ed. Porrúa, México, 1995.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 4a.ed. Harla, México, 1997.

BERNAL MOLINA, Julián. Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso. 19ed. Porrúa, México, 1988.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14a.ed. 2a. reimpr. Herrero, México, 1994.

CARVALLO YAÑEZ, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. 4a.ed., Porrúa, México, 1999.

CARVALLO YAÑEZ, Erick. Tratado de Derecho Bursátil. 2a.ed., Porrúa, México, 1998.

DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras. 2a.ed. Harla, México, 1995.

DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 23a.ed. Porrúa, México, 1992.

DIAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. 6a.ed. Harla, México, 1997.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 7a.ed. Porrúa, México, 1997.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. 6a.ed. Porrúa, México, 1996.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 16 a. ed. Porrúa, México, 1997.

GIORGANA FRUTOS, Victor Manuel. Curso de Derecho Bancario y Financiero. Porrúa, México, 1984.

HERNANDEZ A, Octavio . Derecho Bancario Mexicano. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1976.

LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. 5a. ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1990.

MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. 30a. ed. Porrúa, México, 1997.

MARGADANT S. Guillermo Floris. Derecho Romano . 15a. ed. Esfinge, México, 1998.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil Tomo IV

Derechos Reales. 1a. ed. Porrúa, México, 1990.

MUÑOZ , Luis. Derecho Bancario Mexicano. 2a. ed. Cárdenas, México, 1980.

OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2a. ed. Porrúa, México, 1992.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial y Registral. 8a. ed. Porrúa, México, 1997.

RABASA, Oscar. El Derecho Angloamericano, estudio expositivo y comparado del Common Law. 6a. ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944

RAMÍREZ VALENZUELA . Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal. 2a. ed. Limusa, México, 1994.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 21a. ed. Porrúa, México, 1996.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato. Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad. 15a. ed. Porrúa, México, 1997.

SANCHEZ SODI, El Fideicomiso en México. 1a. ed. Greca Editores, México, 1996.

VILLAGORDOA, Jose Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 2a. ed. Porrúa, México, 1989.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Código de Comercio.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Diario Oficial de la Federación (compendios).
Ley de Instituciones de Crédito.
Ley de Inversión Extranjera.
Ley de Banco de México.
Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
Ley General de Sociedades Mercantiles.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Ley General de la Administración Pública Federal.