

390



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

EL FIDEICOMISO COMO MEDIO ALTERNATIVO DE GARANTIA Y LA REGULACION DEL PROCEDIMIENTO

296800

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA: AMALIA VARGAS RIOS

ASESOR: LIC. GERARDO GOYENCHEA GONZALEZ



ACATLAN, EDO. DE MEX., SEPTIEMBRE DE 2001





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.

DEDICATORIAS

A DIOS

Por haberme dado la gracia de existir
y darme el valor y la fortaleza ,
para enfrentar todos los retos que existen en la vida.
Gracias por concederme la dicha,
de tener conmigo a mis padres y a toda mi familia
y permitirme que llegara a este momento tan importante de mi vida
que espero que no sea el último.

A MI MADRE

La señora Tomasa Rios Trejo, por ser la mujer,
que entrega su amor, paciencia y comprensión sin condiciones;
quien siempre esta al pendiente de lo que me pasa,
y me acepta en mis malos momentos.
GRACIAS MAMÁ POR SER MI MEJOR AMIGA. TE AMO.

A MI PADRE

El señor Ranulfo Vargas Gonzalez por brindarme
su apoyo incondicional, verdadero, moral así como económico;
quién es un ejemplo para mi, por que a pesar de las adversidades
de la vida ha sacado adelante a su familia, y por ello lo admiro y respeto.
TE AMO Y GRACIAS PAPÁ.

A MIS HERMANOS

Luis Andrés y Oscar. Por el apoyo que me han brindado,
a quienes quiero mucho. GRACIAS

A MI ASESOR DE TESIS

EL Licenciado Gerardo Goyenechea Godinez . Con un especial
agradecimiento por haber tenido el honor de elaborar la presente tesis
bajo su dirección, y asimismo le doy las gracias por su paciencia y su
valioso tiempo que deposito en mi.

CON TODO RESPETO Y ADMIRACIÓN.

INDICE

INTRODUCCIÓN

Pág

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

A) La Figura del Fideicomiso en el Derecho Comparado

1.1.- El Fideicomiso en Roma -----	1
1.1.1.- Pactum fiduciae cum creditore contracta -----	5
1.1.2.- Pactum fiduciae cum amico contracta-----	6
1.2.- En el Derecho Germánico-----	6
1.2.1.- La prenda Inmobiliaria -----	7
1.2.2.- La manus fidelis -----	7
1.2.3.- El salman o treuhand -----	8
1.3.- El Fideicomiso en el Derecho Inglés -----	9
1.3.1.- El uses -----	9
1.3.2.- Ley de manos muertas de 1217 -----	12
1.3.3.- Ley sobre usos de 1534 -----	12
1.4.- El Trust Anglosajón-----	13
1.4.1.- Elementos personales del trust-----	14
1.4.2.- Objetos del trust-----	16
1.4.3.- Clasificación del trust -----	17

B) El Fideicomiso en el Derecho Positivo Mexicano

1.5.- Proyecto Limantour de 1905-----	18
1.6.- Proyecto Creel de 1924 -----	21
1.7.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924-----	22
1.8.- Proyecto Vera Estañol de 1926 -----	23

1.9.- Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 -----	25
1.10.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 -----	27
1.11.- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932-----	28
1.12.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932	29
1.13.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 -----	32
1.14.- Leyes Reglamentarias del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 y de 1985 -----	33
1.15.- Ley de Instituciones de Crédito de 1990 -----	35

CAPITULO SEGUNDO **GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO**

2.1.- Concepto-----	36
2.2.- Partes del fideicomiso -----	41
2.2.1.- El fideicomitente -----	42
2.2.2.- El fiduciario -----	48
2.2.3.- El fideicomisario o beneficiario-----	60
2.3.- Objeto del fideicomiso-----	64
2.4.- Fines del fideicomiso -----	67
2.5.- Forma -----	68
2.6.- Extinción del fideicomiso -----	69
2.7.- Tipos de Fideicomiso -----	71

CAPITULO TERCERO **NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO**

A) En cuanto al Acto Jurídico que le da Origen	
3.1.- El fideicomiso como mandato -----	77
3.2.- El fideicomiso como negocio fiduciario-----	80

3.3.- El fideicomiso como negocio jurídico-----	87
3.4.- El fideicomiso como negocio jurídico indirecto -----	89

B) El Carácter de la Voluntad en el Fideicomiso

3.5.- El fideicomiso como declaración unilateral de voluntad -----	92
3.6.- El fideicomiso como Estipulación a favor de Terceros -----	96
3.7.- El Fideicomiso como Contrato -----	98
3.8.- El Fideicomiso como Operación de Crédito-----	101

C) En Cuanto al Patrimonio

3.9.- Propiedad-----	104
3.10.- Propiedad Fiduciaria -----	106
3.11.- El Fideicomiso como Patrimonio de Afectación (o Patrimonio sin Titular) -----	111
3.12.- El Fideicomiso como Desdoblamiento del Derecho de Propiedad -----	116
3.13.- Teoría de la Titularidad del Fiduciario-----	118

CAPITULO CUARTO **CONTRATOS DE GARANTÍA**

A) Contratos de Garantía Personales

4.1.- Contrato de Fianza -----	125
4.1.1.- Clases de Fianza -----	127
4.1.2.- Efectos de la Fianza -----	128
4.1.2.1.- Efectos entre el acreedor y el fiador -----	129
4.1.2.2.- Efectos entre el fiador y el deudor principal-----	132
4.1.3.- Extinción de la Fianza-----	133
4.1.4.- Fianza Mercantil -----	134

B) Contratos de Garantía Reales

4.2.- Contrato de Prenda-----	135
-------------------------------	-----

4.2.1.- Objeto de la Prenda-----	138
4.2.2.- La Prenda como Contrato-----	139
4.2.3.- Capacidad para Celebrar el Contrato de Prenda -----	140
4.2.3.1.- Derechos y obligaciones del acreedor prendario-----	140
4.2.3.2.- Derechos y obligaciones del deudor prendario-----	141
4.2.4.- Prenda Mercantil -----	142
4.3.- Contrato de Hipoteca -----	143
4.3.1 Clasificación del Contrato de Hipoteca-----	145
4.3.2.- Clases de Hipoteca -----	146
4.3.3.- Principios de la Hipoteca -----	147
4.3.4.- Efectos de la Hipoteca -----	149
4.3.5.- Extinción de la Hipoteca-----	151
4.3.6.- Contratos de Habilitación o Avío y Refaccionario-----	151

CAPITULO QUINTO
EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y EL
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

5.1.- Definición -----	154
5.2.- Partes del Fideicomiso de Garantía-----	159
5.2.1.- Fideicomitente-----	159
5.2.2.- Fiduciario-----	162
5.2.3.- Fideicomisario -----	165
5.3.- Objeto-----	166
5.4.- Forma -----	167
5.5.- Finalidad-----	169
5.6.- Ventajas del Fideicomiso de Garantía sobre los demás Contratos de Garantía -----	170
5.7.- Ejecución del Fideicomiso y sus Consecuencias -----	172
5.8.- El Procedimiento de Ejecución en el Fideicomiso de Garantía -----	177
5.8.1.- Procedimiento de Ejecución Convencional -----	177
5.8.2.- Situación Legislativa Actual-----	183

5.8.2.1.- Procedimiento de ejecución extrajudicial -----	184
5.8.2.2.- Procedimiento de ejecución judicial -----	188
5.8.3.- El Arbitraje como Mecanismo de Solución de Controversias -----	194
 CONCLUSIONES -----	 196
 BIBLIOGRAFÍA	
1.- Libros -----	201
2.- Revistas -----	204
3.- Tesis -----	206
4.- Legislación -----	206

INTRODUCCIÓN

Dentro del mundo del derecho he encontrado una figura jurídica que podría creerse conocida, por la frecuencia con que se trata y que en realidad no tiene tanta importancia, como para que siga llamando la atención de tantos tratadistas y estudiosos del derecho; sin embargo la importancia del fideicomiso crece día a día, porque se le considera como el instrumento legal más amplio y accesible para la solución de toda clase de problemas jurídico-económicos, tanto de personas físicas como de personas morales.

El hablar del fideicomiso como género sería interminable, por lo que es necesario delimitar el tema razón por la cual elegí el Fideicomiso de Garantía, sin embargo no es posible entender la especie sin haber estudiado al género; por lo que trataremos de los antecedentes históricos que nos han permitido adoptar tan interesante figura, así como los elementos que la conforman y su naturaleza jurídica.

El objetivo de la presente tesis es realizar un estudio del fideicomiso de garantía el cual ha sido utilizado muy frecuentemente para poder garantizar una obligación; pero no sólo me referiré a la forma de su funcionamiento, sino que también analizaré las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 23 de Mayo del año 2000 donde contempla ya unos procedimientos de ejecución siendo el extrajudicial y el judicial, que indiscutiblemente ambos requieren ser más específicos y detallados para así evitar problemas en su operatividad práctica, brindando solidez a la estructura obligacional y mejorando la situación jurídica de quienes intervienen en su dinámica.

Para la realización de este estudio decidimos distribuir nuestra tesis en cinco capítulos, en el primero abordamos el desarrollo histórico desde la época del derecho romano hasta los antecedentes del fideicomiso en México.

El segundo capítulo lo dedicamos al estudio de las generalidades del fideicomiso que abarca el concepto así como los elementos que conforman el contrato de fideicomiso tales como las partes, el objeto, el fin y la forma.

En tercer término dedicamos este capítulo a la investigación de la naturaleza jurídica del fideicomiso, el cual sería breve sino hubiera tanta controversia respecto a las diferentes teorías que la explican.

En el capítulo cuarto nos referiremos a los contratos de garantía ya que existe gran competencia en el mercado para el fideicomiso de garantía; lo que nos hace pensar en la necesidad de mencionar generalidades de los contratos de garantía los cuales son la fianza, la prenda y la hipoteca.

Finalmente en el quinto capítulo examinaremos de manera específica el fideicomiso de garantía, revisando su concepto, ventajas sobre los demás contratos de garantía y la situación actual del procedimiento de ejecución; objetivo de esta tesis.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

A) LA FIGURA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO COMPARADO

1.1. -EL FIDEICOMISO EN ROMA

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, con objeto de disfrutar post mortem de la misma. Así, se desprende que el fideicomiso era para favorecer a personas que no gozaban de “la testamenti factio pasiva” o de “ius capiendi”.

Existieron básicamente dos instituciones los Fideicomisos Testamentarios y la Fiducia, ambos fueron mecanismos que se oponían a la rigidez formal haciendo más libre el desenvolvimiento de la vida, pero no tuvieron por objeto burlar la ley, sino complementarla y adaptarla a las necesidades generales. De ahí que estos fenómenos llegaron a trascender al Derecho convirtiéndose en negocios regulados por él.

La testamenti factio pasiva era la capacidad exigida para poder ser considerado heredero y el ius capiendi era el derecho o facultad para poder beneficiarse aceptando una herencia o un legado. Así que los que carecían de dichas figuras, entre otros eran los peregrinos (extranjeros ciudadanos de una ciudad distinta de Roma, pero residentes en ésta), los caelibes (solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar) y los orbi (personas casadas sin hijos legítimos vivos o concebidos).

El Fideicomiso Testamentario normalmente se utilizaba por aquellas personas que no tenían capacidad para heredar y que pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa, con objeto de disfrutar post mortem de la misma. En él intervenían tres personas; una era el Fideicomitente que por regla general era el testador, aunque también podía ser el que dejaba el fideicomiso en codicilio; la otra el Fideicomisario, quien era la persona favorecida a la que iban a pasar los bienes que constituyeran el fideicomiso; y por ultimo el Fiduciario, quien era la persona que había de pagarlo, por haber recibido este encargo del fideicomitente. En un Principio, el cumplimiento del fideicomiso quedo a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario. Pero debido a que los fiduciarios deshonestos no cumplían con su encargo el emperador Augusto concedió al fideicomisario el derecho de dirigirse a los Cónsules para reclamar el cumplimiento del fideicomiso.

Posteriormente, Claudio dispuso que todas las cuestiones suscitadas por la ejecución de los fideicomisos, fuesen sometidas a dos pretores especiales llamados praetores fideicomissari¹; cuya misión era obligar al heredero aparente e infiel, y hacerlo cumplir lo mandado por el autor

¹ ROALANDINI, Jesús. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Textos Jurídicos Bancomer.. México. 1998. P. 26.

de la herencia y de esta manera poner fin a los abusos cometidos por los funcionarios desleales.

Por otra parte se compenso a la persona encargada de transmitir los bienes recibidos en la herencia al tercero incapacitado para heredar directamente otorgándole derecho para retener para sí la cuarta parte, se llamo Cuarta Trebelianica (4° Falcidia).² A partir de la integración de los dos senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano; ambos se preocuparon por el tercero incapacitado para heredar, por lo tanto calcularon no solo por lo que dejaba el testador al heredero en concepto de tal, sino también por lo que dejaba en concepto de legado o de cualquier disposición mortis causa.

En materia de créditos, se practicaba una especie de Fideicomiso de Garantía, mediante el cual el acreedor retenía algún bien del deudor o lo compraba por la cantidad que le prestaba, durante la existencia del crédito; ya que se obligaba a volver a venderle al deudor al precio del importe del préstamo más sus intereses.

Fue así que surgió en Roma la fiducia la cual era considerada como un contrato real ya que se perfeccionaba con la simple entrega de la cosa; y antecede a la prenda y a la misma hipoteca.

La figura de la fiducia romana consistía en “Una Mancipatio; forma solemne de transmitir la propiedad, o una In Jure Cesio, que se acompañaba de un Pactum Fiduciaae, mediante el cual el accipiens, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez

² HERNANDEZ, Octavio. DERECHO BANCARIO MEXICANO. II Volumen; Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. Editorial Jus. México, 1956. P.232.

frente al tradens, a transmitirlo después de que se realizarán determinados fines, al propio tradens o a una tercera persona”.³

En virtud del , Pactum Fiduciae se transmitía la propiedad, a través de las formas solemnes del Ius Civile:

A) MANCIPIATIO. Se realiza a través del “per aes et libram”; es decir por medio del cobre y la balanza. Es una venta ficticia e imaginaria. El enajenante y el adquirente se reúnen frente a cinco testigos y a un portabalanzas; el adquirente toma la cosa y declara ser su propietario por el Derecho Civil por haberla comprado con ayuda del cobre y la balanza, golpeaba en la balanza con una pieza de cobre que entregaba al adquirente simulando el precio..

B) IN JURE CESSIO. Exige la presencia del magistrado frente a quien comparecían cedente y adquirente, con el bien. El adquirente afirmaba ser propietario de la cosa según el Derecho Civil, el magistrado preguntaba al cedente si no se oponía a esa afirmación al no haber oposición el magistrado sanciona y declara propietario al adquirente. Solía aplicarse para transmitir por medio de la mancipatio.

Sólo los bienes no fungibles podían ser objeto de estos contratos.

Al hablar de la fiducia necesitamos tomar en cuenta dos elementos:

- a) El elemento real o material que versa sobre la transmisión de propiedad, que no necesariamente implica el de la posesión que podía quedar en poder del fideicomitente.

³ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. Editorial. Porrúa. México 1998. P. 12.

- b) El elemento obligacional ya que el pactum fiduciae era una convención exenta de formalidades, distinta y adjunta a la mancipatio.

Ahora bien los romanos conocieron dos clases de Pactum Fiduciae: La Fiduciae Cum Creditore y la Fiduciae Cum Amico.

1.1.1. - PACTUM FIDUCIAE CUM CREDITORE CONTRACTA

La fiduciae cum creditore aparece como una de las más antiguas formas del Derecho Romano para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, es decir otorgar al acreedor una garantía real.

En este pacto fiduciario el deudor transmitía la propiedad de una cosa como garantía al acreedor, con pacto de restituirlo al deudor cuando éste pagará el crédito garantizado; es decir en el momento del pago el acreedor está obligado a transferir nuevamente la propiedad de la cosa al deudor. En caso de incumplimiento de la deuda fiduciariamente garantizada, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario, aún cuando su valor excediese del crédito que garantizaba, no quedando obligado a devolver diferencia alguna al deudor.

1.1.2.- PACTUM FIDUCIAE CUM AMICO CONTRACTA

La fiduciae cum amico tenía el propósito de la enajenación para librar al propietario de las obligaciones y responsabilidades anexas al derecho de propiedad, o facilitar a un amigo el uso del bien; es decir, es aquélla mediante la cual la persona que recibía el bien transmitido lo usaba y disfrutaba gratuitamente y en su provecho y una vez que se cumplía con este fin, lo regresaba al tradens en virtud del pactum fiduciae.

En esa elasticidad del fin se encuentra, tal vez el rasgo que más directamente heredaron el “trust” y el “fideicomiso moderno”. Por tal razón, el antecedente romano de nuestro fideicomiso es el pacto fiduciario por los fines variados de éste.

1.2.- EN EL DERECHO GERMÁNICO

En el Derecho Germánico encontramos tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso siendo los siguientes: La Prenda Inmobiliaria, La Manus Fidelis y el Salman o Treuhand en sus distintos aspectos reglamentados por el antiguo y el nuevo derecho.⁴

Hablaremos brevemente de cada uno de ellos.

⁴ IDEM. P. 14.

1.2.1.- LA PRENDA INMOBILIARIA

Constituye un medio para garantizar el cumplimiento de una obligación mediante el cual el deudor transmitía a su acreedor, con fines de garantía un bien inmueble y le entregaba una carta de venditionis, obligándose el acreedor mediante la entrega de una contracarta a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor cumpliera puntualmente con la obligación

Esta institución recibió influencia de la *fiduciae cum creditore* del Derecho Romano; pero se distingue de dicha institución romana, en que la prenda inmobiliaria se extiende la garantía sobre bienes inmuebles, además del requisito formal de la entrega de la carta *venditionis* y de la contracarta.

1.2.1. - LA MANUS FIDELIS

Esta figura jurídica se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos.

Se transmitía la propiedad de la cosa a un fiduciario llamado *manus fidelis*, mediante una carta *venditionis* y se obligaba a retransmitirlo al verdadero beneficiario en el entendido de que la persona que lo constituía se reservaba el derecho de goce del bien durante su vida.⁵

⁵ IDEM. P. 15.

En virtud de que la carta venditionis implicaba la transmisión de propiedad, la persona que desempeñaba el cargo de manus fidelis formaba parte del clero.

1.2.3.- EL SALMAN O TREUHAND.

En el derecho germánico el salman o treuhand (fiduciario) era la persona que actuaba como intermediario para la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo.

En la Ley Germánica el salman equivale a la figura del feoffe to uses (persona que recibía la propiedad). Se dice que el salman o treuhand es un antecedente muy remoto del trust⁶.

La figura del salman del antiguo derecho era el fiduciario del enajenante y recibía tanto facultades de enajenante, como la obligación de transmitir el bien inmueble a un tercero; en el nuevo derecho el salman deja de ser el fiduciario del enajenante para ser el fiduciario del adquirente.

⁶ ROALANDINI, Jesús. OP. CIT. P. 29.

1.3.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLÉS

1.3.1. - EL USES

El use según Maitlan, citado por Rolandini consistía en una transmisión de tierras realizadas por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en un provecho del beneficiario o cestui que use. El mismo autor señala que la palabra use, deriva del latín bárbaro o vulgar ad opus que significa “en su representación”.⁷

El origen de los usos constituye un problema aún no resuelto por la historia del derecho. Existe una tendencia que le atribuye un origen romano, o sea derivados del Fideicomissum o de los Pactos Fiduciaie. Otros opinan que su origen proviene directamente del Treuhand o Salman germano que era un albacea a quien se le transmitían bienes por el dueño para que a la muerte de éste cumpliera determinados fines. Una tercera tendencia es la que considera que los usos no se derivan de ninguna de estas instituciones jurídicas de su tiempo.

Puede manifestarse que fueron las mismas necesidades de la época las que dieron nacimiento al use, admitiendo que fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas tributarias que imponía el sistema feudal sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época.

⁷ IDEM. P. 32.

En sus orígenes, el use era un instrumento utilizado por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (enfeofes) para el uso de otro (feoffer).

El que transmitía la propiedad se llamaba feoffer to use; el que recibía feoffe to use y el beneficiario (que podía ser el mismo feoffer) cestui que use.

Los uses se creaban por convenio verbal y por lo regular el feoffe tenía solamente obligaciones de no hacer, deberes de abstención, es decir, permitir al feoffer o a los beneficiarios el manejar libremente las tierras en use.

Los uses eran pactos secretos que no tenían validez judicial mientras el feoffe era fiel, es decir, mientras detentaba en beneficio del cestui no había dificultades; por eso eran considerados como operaciones de confianza.

El sistema de jurisprudencia para la administración de justicia en el Derecho Inglés era un principio el Common Law que era administrado por las cortes del Real Tribunal de Justicia y los Juzgados de primera instancia; su finalidad era la justicia mediante un sistema rígido y formal, sin embargo este sistema sólo contaba con disposiciones elementales adecuadas para la gente rural, más no para las necesidades de una nación dedicada a la industria y al comercio.

En virtud de que los feoffes tomaban para sí la propiedad de las tierras y no cumplían con las finalidades del encargo y al no estar sancionado por el common law, se crea un sistema suplementario de

jurisprudencia, la equity, misma que el rey se encargó de llevar a cabo en un principio, para después transmitir esta facultad al canciller la cual venía a cubrir las lagunas del common law.

La figura del canciller fue en un principio ejercida por eclesiásticos, quienes para cumplir su cargo, tomaban como base las máximas de la Equity la cual se define como “El sistema de jurisprudencia basado en buena razón, buena conciencia e introducida y desarrollada por los cancilleres de Inglaterra por autoridad del rey con el asentimiento del Parlamento, para hacer justicia más perfecta que la que podía hacerse a través del Common Law”.⁸

Surge un concepto doble de propiedad con el empleo del USE: el legal, reconocido por la ley común escrita o common law, que pasa del settlor o feoffor to use o fideicomitente, al feoffe to use o fiduciario; y el concepto beneficioso o equitativo que en un principio fue un deber de conciencia y posteriormente fue sancionada por el Derecho de Equidad o Equity, que se constituye a favor del cestui que use o fideicomisario.

Los acontecimientos más importantes que vinieron a dar auge al empleo del use, fueron la Ley de Manos Muertas (Statute of Mortain) de 1217 y las Guerras Dinásticas en particular la de las Dos Rosas.⁹

⁸ VILLAGORDOA Lozano. OP. CIT. P. 21.

⁹ IDEM. P. 22.

1.3.2. - LEY DE MANOS MUERTAS DE 1217

En el siglo XII la iglesia llegó a adquirir grandes extensiones de tierra, cuya explotación quedaba en manos de asociaciones religiosas. Esto ocasionó una enorme acumulación de bienes en manos muertas y motivó al Parlamento de decretar en 1217 la Ley de Manos Muertas o (Statute of Mortmain), prohibiendo a las corporaciones religiosas la adquisición y posesión de tierras. El recurso contra dichas disposiciones fue el “Use” por el que el cesionario adquiría la propiedad de los bienes para beneficio de las corporaciones religiosas en su carácter de “cestui que trust”.

1.3.3. - LEY SOBRE USOS DE 1534

Durante la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos eran confiscados por los vencedores como castigos por el delito de alta traición. Para prevenir esto, los terratenientes contendientes utilizaron el uso en forma tal, que el feoffe fuera la persona de confianza cuya propiedad sobre los bienes estaba sujeta al beneficio del propio otorgante de sus herederos, eliminando la posibilidad de confiscación por no ser el nuevo propietario reo de ningún delito.

Por estas razones, durante el reinado de Enrique VIII en el año de 1534 expidió el Statute of Uses o Ley Sobre Usos; dando solución a dicho problema al no decretar la ilegalidad de los usos, ni privar de derecho de equidad al cestui que use, sino que adjudicó a su favor el delito legal del bien puesto en use, es decir, quién gozaba de un use sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho, en tanto que el feoffe to use venía a ser por completo eliminado.

Por la amplitud de los usos y al no cubrir dichas situaciones la Ley de Usos, así como el auge creciente de la riqueza mobiliaria hicieron que el canciller diera efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde con el nombre de Trusts.

1.4. - EL TRUST ANGLOSAJÓN

En los Estados Unidos de Norte América, desde principios del siglo pasado, se adoptó el trust inglés, alcanzando en el presente siglo un enorme desarrollo y se distinguen dos posturas:

1.- La primera afirma que la esencia del trust es un derecho personal del beneficiario donde el fiduciario es propietario: Crédito contra el Fiduciario.

2.- Y la segunda sostiene que el trust es una división del derecho de propiedad entre el beneficiario y el fiduciario. El beneficiario tiene un derecho real; propiedad restringida por que no implica la administración.

En su aspecto jurídico, el trust ha sido definido como “una obligación de equidad, por lo cual una persona llamada trustee, debe usar una propiedad sometida a su control, que es llamada trust property, para el beneficio de personas llamadas cestui quee trust”¹⁰

¹⁰ ROALANDINI, OP. CIT. P. 35

El trust ha tenido diversas definiciones al respecto pero la más difundida es la que se encuentra en el Restatement of the Law of Trusts diciéndonos que: “un trust es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo”.¹¹

El jurista panameño Ricardo Alfaro definió al trust anglosajón diciendo que es “la transmisión de bienes que una persona hace a otra en quien tiene confianza para que cumpla con ellos un fin lícito a favor de una tercera persona o de sí misma”.¹²

En el trust encontramos elementos personales, que son los sujetos que intervienen en su creación y realización elementos objetivos, como son los bienes y un elemento primordial, que es la realización de un fin.

1.4.1. - - ELEMENTOS PERSONALES DEL TRUST

Los que intervienen en el trust son tres sujetos de derecho y son los siguientes:

- A) El Settlor.- Es el creador del trust, quien a través de una declaración unilateral de voluntad, manifiesta por escrito,

¹¹ BATIZA, Rodolfo. FIDEICOMISO; TEORIA Y PRACTICA. Editorial Jus. México. 1998. PP. 49 y 50.

¹² ALFARO, J, Ricardo. ADAPTACIÓN DEL TRUST DEL DERECHO ANGLOSAJON AL DERECHO CIVIL. Cursos Monográficos Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. Volumen I. La Habana Cuba. 1948. P. 7.

afectar determinados bienes para la realización de un fin cuya realización encomienda al trustee.

Generalmente una vez constituido el trust, desaparece a no ser que se reserve el derecho de revocación.

- B) El Trustee.- Es aquella persona a quien se le transmiten los bienes y está obligado a realizar los fines para los que fueron afectos, puede ejercitar los derechos necesarios para lograr el fin establecido; por tanto debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.¹³

Fue durante el siglo XIX cuando apareció la posibilidad de que el “trustee” fuera una persona moral o sea un “trustee institucional”, ya que en sus orígenes sólo podían serlo una o varias personas físicas.

No es necesario designarlo al momento de la constitución, pues la equidad suplirá esta deficiencia ya que la hará el tribunal competente de acuerdo con el principio que dice: “La equidad no permitirá que un trust se frustre por falta del trustee”.¹⁴

El trustee está impedido para delegar sus funciones por tratarse de un encargo de confianza, salvo cuando expresamente se le ha autorizado para ello.

¹³ BATIZA, Rodolfo OP. CIT. P. 55.

¹⁴ VILLAGORDOA. Lozano, José Manuel. OP. CIT. P. 31.

C) El Cestui que Trust.- Es el beneficiario, en cuyo favor se lleva a cabo la constitución y funcionamiento del trust. En principio, debe ser una persona determinada, pero existen trust de carácter público donde se carece de un beneficiario definido, tal como sucede cuando se imparte un servicio social o de caridad.

Los derechos de que es titular son fundamentalmente, el obligar al trustee a que cumpla con los fines del trust y el de perseguir los bienes sujetos al trust cuando se encuentren en manos de terceros por actos indebidos del trustee, para reintegrarlos a la masa, salvo aquellos que estuvieran en el patrimonio de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

1.4.2. - OBJETOS DEL TRUST

Indica Powell que en términos generales, cualquier cosa o derecho que tenga algún valor y sea transferible puede darse en trust.¹⁵

Por ello, los bienes objeto del trust pueden ser de cualquier clase de naturaleza, ya sea muebles o inmuebles, créditos, derechos de crédito, en fin derechos corpóreos e incorpóreos que legalmente sean susceptibles de propiedad, legales o de equidad a excepción de aquellos prohibidos expresamente por la ley.

¹⁵ Powell Citado por BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 56.

1.4.3.- CLASIFICACION DEL TRUST

El origen del desarrollo del trust proviene de prácticas consuetudinarias apoyadas por la jurisprudencia, por lo que su clasificación puede hacerse desde diversos puntos de vista.

En términos generales podemos decir que el trust puede ser:

A) EXPRESOS (express trusts).- Son aquellos creados por alguna persona deliberada e intencionalmente, pudiendo ser por escrito o verbalmente (únicamente aceptable para los bienes muebles); y se subdivide obedeciendo a, si se requiere o no un acto ulterior para la transmisión en:

1.- **Ejecutados.- (executed trusts).**- Son aquellos donde el settlor declara los términos en el instrumento correspondiente, sin necesidad de un adicional.

2.- **A Ejecutar.- (executory trusts).**- Son aquellos donde los derechos del beneficiario están subordinados a un acto adicional que debe realizar un tercero.

C) IMPLICITO (implied trust).- Son aquellos que se encuentran reconocidos por los tribunales con fundamento en una presunta voluntad del settlor o resultado de la equidad que no necesita fundarse en la voluntad ni expresa ni presunta de las partes; y se subdivide en dos:

1. **Resulting Trust.**- Es todo traspaso de bienes de un sujeto a otro sin causa legal o contraprestación a favor del propio otorgante o de sus causahabientes.

2. Constructive Trust.- Es aquél que emplean los tribunales como una sanción o para remediar las situaciones jurídicas injustas.

En el derecho angloamericano nos encontramos al trust con fines de garantía, a la cual recurrió el sistema ferroviario para superar el estado de postración financiera en el que cayó a fines del siglo pasado, es aquel que tiene como finalidad que el trustee asuma la obligación de administrar los bienes que el trustor le entrega, en tanto éste cumple con una obligación a su cargo garantizada con tales bienes. Si en el término fijado, el settlor no cumple con su obligación garantizada, el trustee realizará los bienes y pagará al cestui que trust el monto de su crédito y entregará al settlor el remanente.

B) EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Se puede afirmar que antes de 1900 no hubo antecedentes en la historia del fideicomiso en México por lo que ubicaremos la figura a partir del presente siglo: Por lo tanto citaremos como primer intento de adaptación legislativa a nuestro orden jurídico al Proyecto Limantour.

1.5.- PROYECTO LIMANTOUR DE 1905

Con fecha 21 de Noviembre de 1905 el entonces Secretario de Hacienda Sr. José I. Limantour, envió a la Cámara de Diputados del

Congreso de la Unión un proyecto cuyo título era “Iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar funciones de agentes fideicomisarios”; en realidad se sabe que el autor de dicho proyecto fue el Lic. Jorge Vera Estañol, y que se le ha llamado así (Proyecto Limantour) para distinguirlo de otro proyecto formulado por el mismo Vera Estañol en 1926.

El proyecto de Ley, venía precedido de una explicación, a manera de exposición de motivos que iniciaba así: “Para los que siguen de cerca el giro y desenvolvimiento que en nuestro país han tomado los negocios comerciales, no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones se denominan Trust Companies o Compañías Fideicomisarias, cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tienen interés directo sino que obran como simples intermediarios, ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas”¹⁶.

La simple lectura del párrafo transcrito nos da una clara idea de las posibilidades del fideicomiso, aunque por otra parte el autor del proyecto entiende que la constitución quedaba configurada como el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualquier acto, operación respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato, o que fueran consecuencia legal del mismo.

¹⁶ BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 103.

Por otra parte se agregaba en la Exposición de Motivos que las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida jurídica comercial y la de los Estados Unidos de América, además de que la afluencia de capitales de ese país hacia el nuestro y el aumento de las transacciones comerciales, han hecho sentir la necesidad de incorporar a nuestro sistema la institución que tan buenos resultados ha dado en el vecino país.

El proyecto de Ley constaba de ocho artículos en los que se establecían principalmente “El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La Ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer”.¹⁷

Por lo anterior, podemos comentar que se pretende impedir el estancamiento de la riqueza general, por lo que se consigna principios fundamentales sobre fideicomiso no sólo en cuanto a su funcionamiento, sino que también en cuanto a los requisitos esenciales para su constitución.

A pesar de que se dio cuenta con el proyecto en la sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fue enviado y de que se turnó a las Comisiones Unidas Primera de Justicia y Segunda de Hacienda, nunca llegó a discutirse. Sin embargo se considera primer antecedente teórico, ya que significa el primer intento serio para adaptar el trust a un sistema jurídico romanista.

¹⁷ IDEM. P. 104.

1.6. - PROYECTO CREEL DE 1924

Transcurrida la agitada época revolucionaria, el país entraba en una etapa constructiva, más favorable para la recepción de esa clase de ideas y fue hasta 1924, cuando en la primera Convención Bancaria celebrada en la capital de la República en el mes de Febrero se presentó el proyecto sobre “Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro”, cuyo autor fue Don Enrique C. Creel.

Este proyecto sustituía la expresión (instituciones fideicomisarias) por la de (compañías bancarias de fideicomiso y ahorros) y proponía diecisiete bases; conforme a las cuales se pretendía regular el capital con que deberían contar, su objeto y el tipo de operaciones que podrían realizar.

Creel consideró en dar informes sobre el funcionamiento de esas compañías bancarias (trust and savings banks) en los Estados Unidos de América, refiriéndose más que nada al procedimiento seguido en la práctica que había experimentado durante aquellos años, en ese país. La principal operación que regulaba el proyecto en comento era la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías ferroviarias, etc.; así como recibir en fideicomiso los bienes de viudas, de los huérfanos y niños quedando los bienes muebles e inmuebles, asegurados y administrados por una institución de crédito de prestigio.

Este proyecto fue discutido en la convención, sin embargo, jamás fue sancionado como ley, porque indudablemente pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones y actividades que encomendaba a las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro;

pero no por ello el esfuerzo se perdió por completo, puesto que sentó otro precedente y algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior.

1.7.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924

Bajo la presidencia del General Calles se abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897 y se dictó la nueva Ley el 24 de Diciembre de 1924 la cual se publica en el Diario Oficial de la Federación el 16 de Enero de 1925; este ordenamiento, introdujo por primera vez la figura del fideicomiso en nuestro derecho ya que le dio un significado semejante al trust inglés.

Disponía la Ley que las instituciones que reglamentaba tenían en común la función de facilitar el uso del crédito, distinguiéndose entre sí por la naturaleza de los servicios que prestan al público; quedaban comprendidos como instituciones los bancos de fideicomiso, a los cuales sometía a un régimen de concesión estatal, las cuales tenían una duración de 30 años a partir de la fecha en que entró en vigor; de dicha ley su función principal era el de servir los intereses del público en varias formas y administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia.

También anunciaba que los bancos de fideicomiso debían de contar con un capital mínimo de un millón de pesos en moneda nacional, en el Distrito Federal y quinientos mil pesos en moneda nacional en los Estados y Territorios; y que se registrarán por la ley especial que había de expedirse.

1.8. - PROYECTO VERA ESTAÑOL DE 1926

Como último antecedente doctrinario mexicano, creó oportuna la mención del proyecto presentado por el tratadista Jorge Vera Estañol a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el año de 1926.

Este documento fue denominado “Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro”; el cual mencionaba que las operaciones fideicomisarias eran el encargo que hacía dos o más personas a la compañía, de ejecutar cualquier acto, operación o contrato lícito respecto a bienes determinados en beneficio de algunos o de todos los contratantes. Y en el encargo que por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualquier acto, operación o contrato lícito respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos.

Los actos, operaciones o contratos que la sociedad podía celebrar como "Fideicomisaria", era en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del fideicomiso.¹⁸

Eran objeto de fideicomiso los bienes inmuebles y derechos reales, así como cualquier clase de valores, créditos, títulos, papeles; excepto aquellos que conforme a la ley, no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecieran.

Entre los fines se persiguen al crearse el fideicomiso, se encontraban los de venta, adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso, el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos.

Todos los derechos y obligaciones del fideicomisario se regirían por las cláusulas del acto constitutivo, en cuanto no fueren contrarias a los preceptos legales y, en defecto de aquellas y estos, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, especialmente las referentes al contrato de mandato. (ART. 23).¹⁹

El proyecto abarca cuestiones nuevas, como un sistema detallado acerca del régimen fiscal del fideicomiso.

¹⁸ PEMEX LEX. Revista Jurídica. Petróleos Mexicanos. Números 109-110. julio-agosto. 1997. P. 12. Roalandini, Jesús. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

¹⁹ IDEM. P. 13.

1.9. - LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926

La Ley Bancaria de 1924 ya citada anteriormente, señalaba la necesidad de crear una ley especial para la regulación de esta institución.

Por lo cual el 30 de Junio de 1926 se promulgó en el Diario Oficial del 17 de Julio de ese mismo año la Ley de Bancos de Fideicomiso. En ella ya se le daba una estructura al fideicomiso mexicano.

Este ordenamiento, compuesto por 86 artículos, mismos que se dividían en cinco capítulos, a saber:

1. - Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso;
2. - Operaciones de fideicomisos;
3. - Departamento de ahorros;
4. - Operaciones bancarias de depósito y descuento; y
5. - Disposiciones generales.²⁰

La exposición de motivos estaba influenciada notablemente por las ideas de Alfaro y Creel. Indicaba que la institución del fideicomiso era nueva en México y que en consecuencia, esa ley legislaba una institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones se practicaba desde hace tiempo, con resultados satisfactorios; permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin las trabas del derecho tradicional.

²⁰ IDEM. P. 14.

Además aclaraba que el nombre de fideicomiso, aceptado por la nueva ley, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido, pues el nuevo fideicomiso es una institución distinta de las anteriores y, muy en particular del fideicomiso del derecho romano.

La Exposición de Motivos, concluía con estas palabras: “Es indudable que la ley constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución y que, por lo tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes de que produzca sus plenos resultados, siendo de preverse, además que haya necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica vaya aconsejando. De todas maneras es indudable que constituye un progreso importante y que es complemento indispensable para la perfección del sistema bancario aceptado por la ley de 1924”.²¹

Ahora bien, los lineamientos que consideró más importantes de la ley citada anteriormente son los siguientes:

Define al fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario. (ART. 6º).²²

Señala que los fideicomisos podían constituirse sólo para un fin lícito; quedando prohibidos los fideicomisos secretos y los

²¹ BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 112.

²² IDEM. P. 110.

constituidos a título gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente a favor de incapaces de heredar o recibir legados; así como los fideicomisos extranjeros.

Las formas de constituir al fideicomiso eran por escritura pública, documento privado o testamento; los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se consideraban salidos del patrimonio del fideicomitente y podían ser objeto del fideicomiso los bienes muebles y los derechos reales, así como cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero efectivo, bienes muebles en general, excepto los que conforme a las leyes no son ejercitados directamente por su dueño.

Las cuestiones que se suscitaban entre fideicomitente, banco fiduciario y fideicomisario serían ventiladas en juicio mercantil.

1.10.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926

Quedó aprobada la nueva Ley bancaria, denominada Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Noviembre de 1926, misma que se limitó a incorporar íntegramente los preceptos de la anterior ley, sobre fideicomiso.

El capítulo VI, del título primero, se denominó De los Bancos de Fideicomiso artículos 97 al 150.²³

En virtud de la semejanza con la ley de ese mismo año, que le precedió, no creo necesario un estudio más amplio.

1.11.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932

En el Diario Oficial del 29 de Junio aparece publicada esta Ley, fechada el día anterior.

La exposición de Motivos declaraba que la Ley de 1926 había introducido en México la institución jurídica del fideicomiso la cual podía ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país; pero que desgraciadamente, dicha Ley dejaba lagunas en torno de ella.

La nueva Ley autorizaba la constitución de fideicomiso sólo cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado. Entendía esta ley por institución de crédito a las sociedades mexicanas que tuvieran por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuales se contaba la de actuar como fiduciarias.

²³ PEMEX LEX. OP. CIT. P. 14



Prescribía la Ley que las facultades de las instituciones fiduciarias se realizarían por uno o más funcionarios designados por la Comisión Nacional Bancaria; así como solicitar su remoción; establecía que en la contabilidad de las instituciones, los bienes, valores y derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos, se harían constar en cuenta especial, así como enumeraba las causas para admitir la renuncia de las instituciones al desempeño del cargo en un fideicomiso y les imponía responsabilidades civiles y penales en caso de incumplimiento, concediendo el ejercicio de las acciones correspondientes al beneficiario o a sus representantes legales y, a falta de estos, al Ministerio Público; así como al fideicomitente, si se hubiere reservado ese derecho al constituirse el fideicomiso.

1.12. – LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932

Se publica en el Diario Oficial del 27 de Agosto de 1932 fechada el día anterior, y entró en vigor a partir del 15 de Septiembre del mismo año, vigente en la actualidad con algunas modificaciones. El legislador en su exposición de motivos, señalaba que: “Quedará 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 los efectos de esa institución que la ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable”.²⁴

²⁴ LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. Prólogo BETETA Ramón, Mario. Banco Mexicano Somex. México. 1982. P. 36

Así mismo la exposición de motivos expresaba que dicha ley conserva en principio el fideicomiso expreso a que alude la Ley de Instituciones de 1926, procurando corregir los errores o lagunas más evidentes, estableciendo una estructura acorde a la época.

Pese a las deficiencias que desde su promulgación, presentan los artículos relativos al fideicomiso, esta figura jurídica se ha desarrollado en México bajo su influencia, y esos preceptos, junto con el propio fideicomiso, han sido modelo para otros países de Latinoamérica.

La ley reglamenta al fideicomiso en su aspecto sustantivo, en su Título Segundo, Capítulo Quinto, Del Fideicomiso, en los artículos 346 al 359; mismos que han sido modificados por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de Mayo del 2000, donde se recorrieron los artículos para quedar como artículos 381 al 394; así mismo se adicionó la Sección Segunda del Título Segundo, Capítulo Quinto, Del Fideicomiso de Garantía con los artículos 395 al 414.

A continuación comentaremos algunos de los puntos más relevantes respecto a las estipulaciones que se contienen en esta ley, ya que por un lado han propiciado confusión respecto a su naturaleza jurídica, así como problemas en la práctica; y por otro lado han contribuido a otorgarle características propias en nuestro sistema jurídico.

La ley en su artículo 381, únicamente establece que “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito,

encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Es así que la ley se adhiere a la idea de que el patrimonio del fideicomiso es un patrimonio de afectación, lo cual se confirma con lo señalado en el artículo 386 que establece que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan.

Por lo que se refiere a la constitución del fideicomiso, la ley se concreta a completar los conceptos vertidos en su exposición de motivos, en los que se señala la incorporación del trust expreso, y al efecto, señala en su artículo 387 que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, y que su constitución deberá siempre constar por escrito.

Refiriéndose al papel que desempeña el fiduciario en los fideicomisos, tiene especial trascendencia, el que la ley en su articulado no le otorgue la real importancia que le corresponda y que ha adquirido a través del desempeño de los encargos recibidos a lo largo de los años en los que esta figura jurídica se ha desarrollado y arraigado conforme a nuestras leyes y costumbres. Esta situación la podemos observar al encontrar que la ley establece lo siguiente:

1.- Que el fideicomiso podrá constituirse y ser válido sin que se designe al fiduciario.

Por otro lado, el artículo 391 reconoce la importancia del fiduciario para la consecución del fin del fideicomiso, puesto que establece que tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al afecto, al constituirse el mismo, y

estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo. Pero le impone una limitación, al señalar que no podrá excusarse o renunciar su encargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar del domicilio, pero no específica cuales son esas causas.

Reconocemos la importancia de los artículos que regulan al fideicomiso, y que se refieren a el en todas las etapas que tiene desde que se constituye, hasta que se extingue, y que han establecido los parámetros y lineamientos que lo han regulado desde 1932; sin embargo, el fideicomiso ha evolucionado ya que se ha adaptado a nuestras costumbres e idiosincrasia; por lo que cada vez resulta más evidente y necesario el que se efectúen adecuaciones a la ley, que lo acerque más a la realidad que tiene en la actualidad.

1.13.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941

Fue fechada el 03 de Mayo de 1941, la cual se publicó en el Diario Oficial del 31 del mismo mes y entró en vigor a partir del 02 de Junio de ese mismo año. Su exposición de motivos indicaba que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufría modificaciones como añadir sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se había prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realizaran en cumplimiento de sus encargos con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

Las operaciones fiduciarias se reglamentan en los Artículos 44 al 46, 126, 127 y 135 al 138. Pero tiene especial importancia la fracción II inciso c) del artículo 45; porque confirma la naturaleza del fideicomiso que quedó trazada en los Artículos 352, 356, y 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; pues señala en el inciso c) que “cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular de derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin ...”. En este precepto legal el legislador señala que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización del fin determinado.

1.14.- LEYES REGLAMENTARIAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1982 Y 1985

Se expropiaron a favor de la nación, el 1° de Septiembre de 1982; las instituciones de crédito privadas a las que se había otorgado concesión para prestar el servicio público de banca y crédito.

Pero no eran objeto de expropiación el dinero y valores propiedad de usuarios del servicio público de banca y crédito o cajas de seguridad; ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes muebles o inmuebles que no estuvieran bajo la propiedad o dominio de las instituciones afectadas.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito vigente a partir de Enero de 1983, coexistió con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, promulgada en 1941, pero la primera ya estaba concebida como un ordenamiento transitorio para iniciar la adecuación de la banca a la normatividad que tendría que resultar de su nacionalización.

Hasta diciembre de 1984 se mantuvo la coexistencia, ya que se expide una nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito de 1985; esta reguló de manera integral la actividad bancaria y deroga la Ley de Instituciones de Crédito publicada en el Diario Oficial del 31 de Mayo de 1941 y la Ley Reglamentaria antes citada.

El sistema de la nueva Ley, sólo reconoce dos tipos de instituciones de crédito; la Banca Múltiple y la Banca de Desarrollo, permitiendo que ambas instituciones puedan realizar las operaciones de fideicomisos.

Se regula el fideicomiso en el capítulo V, "De los servicios", donde especialmente se establecen reglas de operación, así como en los artículos 94 y 95 se menciona el secreto fiduciario y cuando se sujetan al procedimiento de conciliación y arbitraje las reclamaciones, se señala que las pueden hacer los fideicomitentes o fideicomisarios contra los fiduciarios.

Los servicios que tradicionalmente se han llamado fiduciarios, la nueva Ley los enumera en el artículo 30 fracciones XVI Y XXII. Se introduce como novedad, que para la ejecución de los fideicomisos

de garantía se aplicará el procedimiento establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que se refiere a la venta de los bienes en prenda y para la cual se debe acudir a un Juez que la autorice.

1.15.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1990

Con fecha 28 de Junio de 1990, el Ejecutivo Federal sometió a la consideración del Congreso de la Unión una iniciativa de Ley de Instituciones de Crédito. En la comunicación con que fue remitida se hacía referencia entre otras cosas, que el Ejecutivo había enviado la iniciativa para reformar los artículos 28 y 123 Constitucionales a efecto de restablecer el régimen mixto en la prestación del servicio de banca y crédito.

La iniciativa presidencial fue aprobada en sus términos por el Congreso de la Unión; la Ley de Instituciones de Crédito se promulgó en el Diario Oficial el 16 de Julio; integrada por 143 artículos, la cual en sus dos terceras partes, eran una reproducción literal de la Ley Reglamentaria de 1984 que abrogó.

La Ley tiene por objeto regular el Servicio de Banca y Crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones, la protección de los intereses del público, y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO

2.1.- CONCEPTO

Es conveniente precisar el significado de la figura jurídica en estudio, toda vez que dentro de este capítulo analizaremos los diversos conceptos y elementos que la integran.

Se dice que viene del latín (fideicommissum, de fideis: dat. de fides y commissus: part. pas . de commitio,-ere; confiar; literalmente significa, pues, “confiado a la fe o fidelidad de alguien”)²⁵

Los juristas al estudiar el fideicomiso han elaborado varios conceptos dentro de los cuales, han tratado de incluir los elementos que lo constituyen, tomando como base el significado etimológico y los sucesos que en la práctica se suscitan; por lo cual el fideicomiso atiende al querer de las partes en cuanto a su finalidad, y no está sujeto a una reglamentación , siendo su única limitación, que los fines que se persiguen no estén fuera de la ley, o vayan en contra de la moral y las buenas costumbres.

²⁵ MATEOS Muñoz Agustín. COMPENDIO DE ETIMOLOGIAS GRECOLATINAS DEL ESPAÑOL. Editorial. Esfinge. México 1993. P. 103.

A continuación señalaremos algunas de las definiciones que han elaborado los estudiosos del fideicomiso.

Para el jurista Panameño Ricardo Alfaro el Fideicomiso es un contrato *sui generis*, cuya esencia es de un mandato; lo define como “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”²⁶

En esta definición no estamos de acuerdo con el jurista Alfaro ya que no podemos considerar al fideicomiso como un mandato, aún cuando este sea irrevocable porque por un lado el mandato se termina con la muerte, y puede ser verbal; en tanto que el fideicomiso, no termina con la muerte del fideicomitente y debe ser por escrito ya que es un requisito formal; por otra parte en el mandato no hay transmisión de bienes, lo que sí sucede en el fideicomiso.

Al ser rechazada su propuesta Alfaro realiza una segunda definición, que establece que “El fideicomiso es un acto en virtud del cual, se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que las transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”²⁷.

Es de notarse, que esta definición es más completa, sin que se precise cual es la naturaleza jurídica de dicha figura, tampoco

²⁶ ALFARO, J. Ricardo. ADAPTACIÓN DEL TRUST DEL DERECHO ANGLOSAJON AL DERECHO CIVIL. OP. CIT. P.25

²⁷ IDEM. P. 26

establece la situación de los bienes dados en fideicomiso, ni los fines de éstos, dejando vaga y obscura dicha definición.

Por su parte Cervantes Ahumada señala que el Fideicomiso es “Un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado”.²⁸

Dentro de esta definición cabe destacar que habla de un patrimonio autónomo, que es constituido por el fideicomitente, pero sin que ingresen dentro de la fiduciaria, apareciendo la titularidad del patrimonio en favor del fiduciario.

Para Batiza el fideicomiso es la “afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”.²⁹

Define Domínguez Martínez al fideicomiso como “Un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por 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”.³⁰

²⁸ CERVANTES Ahumada, Raúl. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Editorial Herrero. México. 1999. P. 305.

²⁹ BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 151.

³⁰ DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. Editorial Porrúa México. 1997. P.320.

Diferimos de la citada definición ya que en el fideicomiso, no es suficiente desear afectar parte de nuestro patrimonio, ya que para afectarlo debe estar de acuerdo el fiduciario; es decir, no basta desear unilateralmente, sino, es necesario que nuestro deseo sea aceptado correlativamente por otra voluntad.

Rodríguez Rodríguez define al Fideicomiso como “Un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido”.³¹

Por su parte Villagordoa Lozano lo define como “Un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes , y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario”.³²

Por otra parte consideramos necesario hablar del concepto que la Ley nos da del Fideicomiso para lograr un mayor entendimiento y comprensión del mismo.

Partiendo del concepto, que establece la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 en su artículo 6° “El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos; según la voluntad del que los

³¹ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. Tomo II. Editorial Porrúa. México. 1988. P. 122.

³² VILLAGORDOA Lozano, José. Mañuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 141.

entrega, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario”.³³

Si recordamos la definición que nos da Alfaro anteriormente citada, observaremos que existe cierta influencia sobre dicho artículo; sin embargo, se aparta en dos aspectos, los cuales a continuación señalaremos:

1.- La Ley de 1926, substituye la transmisión de bienes del fideicomitente al fiduciario , por la “entrega”.

2.- La Ley de 1926, estipula que sólo los bancos tienen la capacidad de actuar como fiduciarios dejando nulo que el fideicomitente pueda actuar como fiduciario; como menciona Alfaro en su definición.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 establece como concepto que “.. quedará (el fideicomiso) concebido “como una afectación patrimonial a un fin “ confiado a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de esa institución que la Ley en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable”.³⁴

Señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (publicada el 27 de Agosto de 1932), vigente en la actualidad con algunas modificaciones publicadas en el (Diario Oficial de la Federación del 23 de Mayo del 2000, donde se recorren los artículos 346 al 359, para quedar como artículos 381 al 394); en su artículo

³³ BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 149.

³⁴ BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. Editorial Porrúa. México. 1985. P. 16.

381: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria”., consideramos que este precepto jurídico, es una descripción del fideicomiso dentro de nuestro ámbito legal y social, pero no un concepto del mismo.

Antes de concluir este pequeño estudio, tomando como base los diversos conceptos que hemos venido analizando; daré una definición del fideicomiso: Es un contrato de carácter mercantil, por medio del cual una persona llamada fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria encomendándole la realización de determinados fines estipulados en el momento del acto constitutivo, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario pudiendo serlo el propio fideicomitente.

2.2.- PARTES DEL FIDEICOMISO

Al analizar el Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se desprenden dos elementos personales: el fideicomitente y el fiduciario; sin embargo puede existir una tercera persona quien recibe el beneficio del fideicomiso, llamada fideicomisario.

De lo anterior decimos que, puede haber fideicomisos sin fideicomisarios; siempre que su fin sea lícito y determinado, pero siempre habrá fideicomitente por que nuestra ley admite nada más el

fideicomiso “expreso” y siempre debe haber fiduciario, por ser el conducto legal imprescindible para la realización del fin del fideicomiso. Por lo tanto podrán reunir en la misma persona, las calidades de fideicomitente y fideicomisario, así como de fiduciaria y fideicomisaria, siempre y cuando el fideicomiso tenga como fin garantizar obligaciones a su favor.

En virtud de lo anterior se desprende que en la figura del fideicomiso intervienen tres personas que son:

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

En seguida analizaremos cada uno de estos elementos personales.

2.2.1.- EL FIDEICOMITENTE

Para establecer claramente la figura del fideicomitente en el contrato de fideicomiso cabe señalar las definiciones que del mismo han dado diversos autores entre otros los siguientes:

Para el maestro Batiza “Es la persona que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad”.³⁵

³⁵ BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA. OP. CIT. P. 199.

Rodríguez Rodríguez nos dice que “El fideicomitente es aquel que establece el fideicomiso, y destina para el cumplimiento del mismo los bienes necesarios”.³⁶

Villagordoa Lozano dice que es “La persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario”.³⁷

Podemos decir que el fideicomitente es el elemento indispensable para la creación del fideicomiso, pues es la persona que afecta sus bienes para la realización de una finalidad lícita y determinada, a beneficio propio o de otra persona.

Según lo dispuesto por el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito., “Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, liquidación reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen”.

Al hacer un análisis del precepto anterior, resulta en primer lugar que sólo pueden ser las personas físicas o jurídicas fideicomitentes; estableciendo como requisito indispensable la capacidad para poder afectar los bienes en fideicomiso. En esta disposición se establece que además de la capacidad de goce, como “aptitud para ser titular

³⁶ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. OP. CIT. P. 122.

³⁷ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P. 162.

de derechos y obligaciones”, es necesario que cuente con la capacidad de ejercicio, como “aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos”, para poder disponer de sus bienes, y en caso de que dicha capacidad se encuentre limitada, deberá llenar los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercitar tal derecho.

Conforme a lo que establece el artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal; “El propietario de una cosa es quién tiene la facultad de disponer de ella”, por lo que se requiere ser propietario de dichos bienes para que esté en posibilidad de transmitir la propiedad de los mismos a la institución fiduciaria.

El segundo párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito., distingue los derechos que puede reservarse el fideicomitente y aquellos que derivan del fideicomiso mismo a favor del fideicomitente.

Al respecto nos refiere el maestro Acosta Romero que: “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”.³⁸

³⁸ ACOSTA Romero, Miguel y ALMAZAN Alaniz, Pablo Roberto. TRATADO TEORICO PRACTICO DE FIDEICOMISO. Editorial Porrúa. México. 1997. P. 233.

DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE

A. Señalar los fines del fideicomiso. Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

B. Designar a los fideicomisarios y a las instituciones fiduciarias. Artículos 383 párrafo 2° y 385 párrafo 3° de la citada Ley.

C. La facultad de constituir un fideicomiso sin tener obligación, en ese momento, de señalar quien será el beneficiario del mismo.

D. Instituir un comité técnico, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades. Artículo 80 párrafo 2° de la Ley de Instituciones de Crédito.

E. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, si se reserva expresamente este derecho. Artículo 84 párrafo 2° de citada Ley.

F. Remover al fiduciario, en caso de que al ser requerido no rinda cuentas, en un plazo de 15 días hábiles, o si la institución es declarada por sentencia ejecutoriada culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de tales pérdidas o menoscabos por negligencia grave. Artículo 84 de la misma Ley.

G. Exigir del fideicomisario, en los fideicomisos onerosos, la contraprestación a que tenga derecho: Artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal.

La misma Ley establece que el fideicomitente podrá reservarse en el acto constitutivo o en sus modificaciones el derecho para ejercitar la acción correspondiente.

H. Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso: Artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

I. Reservarse el derecho de revocar el fideicomiso, pues si no lo hace se entenderá irrevocable: Artículo 392 fracción VI de la citada Ley.

J. Derecho a la devolución o reversión de los remanentes: Artículo 393 de la Ley citada.

K. Derecho a transmitir sus derechos. En relación con este punto el maestro Acosta Romero indica que: “toda vez que las leyes en vigor no determinan en una disposición específica, si el fideicomitente puede transmitir los derechos que se haya reservado al constituir el fideicomiso o que deriven para él del mismo, deberá estarse a lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal”³⁹ y así dicha ley en su artículo 2030 establece: “El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerla o no le permita la naturaleza del derecho”.

También debe señalarse que los derechos del fideicomitente que no se extinguen por la muerte pasan a sus herederos (artículo 1281 del Código Civil). Asimismo, podrán transmitirse los derechos por acto del fideicomitente.

³⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN AJANIZ, Pablo Roberto. OP. CIT. P. 236.

OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

El fideicomitente requiere cumplir con determinadas obligaciones, las cuales varían dependiendo del tipo de fideicomiso, sin embargo dentro de las obligaciones generales a todos los fideicomisos se encuentran las siguientes:

A. Transmitir al fiduciario los bienes y derechos que el fideicomiso implique: Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; al respecto Carlos Felipe Dávalos Mejía manifiesta que: “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”.⁴⁰

Respecto al saneamiento para el caso de evicción en relación con la obligación del fideicomitente, Luis Muños nos dice que “como la constitución del fideicomiso es traslativa de propiedad fiduciaria, el fideicomitente está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción, sobre todo en el llamado fideicomiso de garantía”.⁴¹

B. Pago de honorarios y gastos al fiduciario. El fideicomitente deberá pagar los honorarios y gastos desembolsados a la institución fiduciaria que se hayan pactado a la fecha de la constitución del fideicomiso

⁴⁰ DAVALOS Mejía, Carlos Felipe. TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS. Tomo II. Editorial Harla. México. 1996. P. 900.

⁴¹ MUÑOS, Luis. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1973. PP. 197 y 198.

Esta obligación no sólo le corresponde al fideicomitente, sino que también a sus causahabientes, o en su caso al fideicomisario y de no ser cumplida, faculta para renunciar al desempeño del cargo al fiduciario.

2.2.2.- EL FIDUCIARIO

De conformidad con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; el fiduciario es la persona o la institución encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso.

Para Rodríguez Rodríguez el fiduciario es “a quien se transmite la propiedad de dichos bienes y se encarga del cumplimiento del fideicomiso”.⁴²

En opinión de Villagordoa Lozano el fiduciario es “la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente”.⁴³

Como se desprende de lo anterior el fiduciario es la persona moral, debidamente autorizada para actuar como fiduciario que adquiere los bienes transmitidos; que en virtud del contrato de fideicomiso se obliga a realizar el fin establecido.

⁴² RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. OP. CIT. P. 123.

⁴³ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P. 165.

Establece el artículo 385 párrafo primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que “Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito”. Sin embargo con la reforma a dicha Ley del 23 de Mayo del 2000 en su artículo 399 señala que: “Podrán actuar como fiduciarias:

- I. Instituciones de Crédito;
- II. Instituciones de Seguros;
- III. Instituciones de Fianza;
- IV. Sociedades Financieras de objeto limitado; y
- V. Almacenes Generales de Depósito”.

Del precepto antes citado, es necesario que sea modificado puesto que, en la actualidad ya ha sido derogada la Ley General de instituciones de Crédito, quien era la que regulaba la constitución y funcionamiento de las instituciones que se dedican al ejercicio de la banca y del crédito, y actualmente son regulados por la Ley de Instituciones de Crédito. Por lo tanto el artículo 46 de la citada Ley señala que las instituciones de crédito podrán:

“XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones...”

Por otra parte cabe señalar que conforme a la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 22 fracción IV inciso d) autoriza expresamente a la casa de bolsa a que con apego a las reglas generales que el Banco de México fije, actúen como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias; sin que sea aplicable el primer párrafo del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De lo anterior se deduce que en nuestro Derecho Positivo, como regla general, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito; también podrán hacerlo la institución que esté facultada para operar como tal con arreglo a sus leyes respectivas.

En las operaciones de fideicomiso las instituciones fiduciarias actuarán mediante la intervención de sus funcionarios denominados delegados fiduciarios, que son a quienes corresponde llevar a cabo los actos por los cuales la fiduciaria desempeña su función; conforme lo establecen los artículos 46 fracción XV y 80 párrafo primero de la Ley de Instituciones de Crédito.

Para los delegados fiduciarios no existen requisitos, aún cuando las leyes anteriores sí los establecían y su designación debía aprobarse por la Comisión Nacional Bancaria, lo que daba mayor estabilidad.

Establece el artículo 25 de la Ley de Instituciones de Crédito un procedimiento para la remoción o suspensión de los miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores y gerentes, delegados fiduciarios y funcionarios que pueden obligar con su firma a la institución, por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, cuando considere que no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, o no reúnan los requisitos o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a las leyes.

DERECHOS DEL FIDUCIARIO

En general los derechos y acciones del fiduciario emanan del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra nos dice: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

En virtud del contrato de fideicomiso nacerán en su favor los siguientes derechos:

A. Derechos para ejercer actos de dominio.- Si bien es cierto que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no señala respectivamente los actos o facultades que el fiduciario puede celebrar o ejercer, claramente se entiende que deberá seguir las instrucciones que al efecto reciba del fideicomitente o del, fideicomisario, pudiendo hacerlo mediante compraventa, permuta, donación o cualquier otro acto que implique traslación de dominio, a lo que Acosta Romero señala:

"Siendo el fiduciario el titular de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso, en ocasiones se requiere de ejercer actos de dominio respecto de dichos bienes, para poder cumplir los fines del fideicomiso"⁴⁴

⁴⁴ ACOSTA Romero, Miguel y ALMAZAN Alaniz, Pablo Roberto. OP. CIT. P. 241.

B. Facultad de gravar.- Se puede decir que el fiduciario cuenta con la facultad de gravar los bienes que forman el patrimonio fideicomitado, siempre y cuando se estableció dicha facultad al constituirse el fideicomiso.

Batiza al respecto manifiesta: “Nuestra legislación especial tampoco contiene normas sobre este punto, motivo por el cual podrá llenar el vacío que: Sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato”.⁴⁵

C. Reparación y mejoras.- Batiza señala que sobre este punto no existen normas, de ahí que el Código Civil para el Distrito Federal se aplique de manera supletoria en su artículo 565.

Por otra parte, los gastos se clasifican en necesarios, útiles y voluntarios, clasificación que se encuentra establecida en los artículos 817, 818 y 819 de dicho ordenamiento.

“ARTICULO 817 (Código Civil para el Distrito Federal). Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora”.

“ARTICULO 818 (Código Civil para el Distrito Federal). Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa”.

“ARTICULO 819 (Código Civil para el Distrito Federal). Son gastos voluntarios los que sirven sólo al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor”.

⁴⁵ BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA. OP. CIT. P.282.

D. Facultad de administrar.- La administración de bienes se compone de un variado número de actos, algunas de las facultades más importantes del fiduciario, en este sentido son arrendar, el empleo de auxiliares y erogar.

E. Pleitos y cobranzas.- El fiduciario tiene la facultad de deducir todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionadas con el patrimonio fideicomitado.

F. Honorarios.- El fiduciario tiene derecho a percibir una remuneración por la prestación del servicio de administración del fideicomiso.

Aunque la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no prevé los honorarios la entonces Ley Bancaria de 1956 disponía en su artículo 45 bis que el Banco de México estaba facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones recibían como fiduciarias. La Asociación de Banqueros de México, Asociación Civil, emite una circular el 27 de Junio de 1977, dando reglas generales para el cobro de honorarios fiduciarios.

Posteriormente se actualizaron las tarifas relativas a honorarios en 1983 y por última vez en 1985, motivo por el cual ninguna institución fiduciaria se apegó a dichas tarifas.

En nuestro medio existe considerable anarquía en cuanto a los honorarios de las instituciones. La situación no es de aquellas que puedan resolverse por decreto, sino a través de la elaboración cuidadosa de un arancel, en función de una adecuada contabilidad de costos de los servicios fiduciarios, así como de las responsabilidades que le son inherentes.

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Estas obligaciones existen primero frente al fideicomisario y frente al fideicomitente, y de manera subsidiaria frente a los herederos de éste.

A. Aceptación del fideicomiso.- El artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el fiduciario está obligado a aceptar el fideicomiso, y que no puede excusarse o renunciar a su encargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia.

Esta disposición se aparta del principio de la autonomía de la voluntad, obligando al fiduciario a aceptar la constitución de un fideicomiso. No obstante, en la práctica no opera, Cervantes Ahumada señala que: "Aunque la ley dice que la excusa para la aceptación sólo podrá basarse en causa grave, también calificada por el juez, creemos que la aceptación es voluntaria, y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad".⁴⁶

B. Cumplir fielmente las instrucciones.- Está obligado a cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo, artículo 391 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito. Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos se realizarán en los términos de las Leyes de Instituciones de Crédito y Mercado de Valores y las reglas que emita el Banco de México, oyendo la opinión de la Comisión de Valores, artículo 81 de la Ley de Instituciones de Crédito. En virtud de lo

⁴⁶ CERVANTES Ahumada, Raúl. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. OP. CIT. P. 310.

anterior adquiere diversas obligaciones de hacer las cuales dependen del fin del fideicomiso.

C. Registros contables.- El fiduciario tiene la obligación de registrar en su contabilidad de los fideicomisos que celebre conforme al artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, y además deberán abrir una contabilidad especial para cada contrato de fideicomiso; debiendo coincidir invariablemente, los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución con las de las contabilidades especiales.

D. Acatar fielmente las órdenes del Comité Técnico.- Al constituirse el fideicomiso, o en las reformas al mismo, el fideicomitente puede prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades; artículo 80 tercer párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito.

E. Conservación del patrimonio.- La Ley le impone al fiduciario la obligación de vigilar que los bienes dados en fideicomiso no sufran daño o menoscabo; conforme a lo dispuesto por el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. La institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Tratándose de actos de administración, y cuando quede a discreción del fiduciario la manera de administrar o invertir, el fiduciario habrá de manejarse con extremo cuidado y pericia, puesto que precisamente quien le otorgó tal facultad discrecional, lo hizo

basándose en la obligada experiencia y vastos conocimientos que sobre tal materia se presupone debe tener un banco.

F. Inscripciones y avisos.- Cuando en un fideicomiso, la totalidad o parte del patrimonio esté constituido por bienes inmuebles, deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público de la Propiedad del lugar en que se encuentren ubicados los bienes, conforme a lo dispuesto por el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

También dentro del mes siguiente a la fecha en que se efectúen, el fiduciario informará al registro de las modificaciones, rescisión, revocación o extinción del fideicomiso.

G. Pago de intereses e impuestos.- El fiduciario al tener la titularidad de los bienes fideicomitados, le corresponde el pago de las contribuciones; sin embargo, en la práctica las instituciones rara vez se encargan de gestionar por sí misma los pagos por tales conceptos.

En cuanto al pago de intereses, el fiduciario tiene la obligación de hacer productivos los bienes.

H. No delegar funciones.- La función encomendada al fiduciario del fideicomiso es indelegable. Este principio no se rompe por el hecho de que existan delegados fiduciarios; conforme al artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito al señalar: “Las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios”.

Estos delegados fiduciarios a su vez pueden contar con diversos auxiliares para desempeñar su cometido, y en tal sentido se expresa la circular Número 547 de la Comisión Nacional Bancaria, la cual señala que aunque las instituciones fiduciarias no pueden delegar su cargo, que deben de desempeñar por medio de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, si podrán emplear personas que auxilien a éstos en el desarrollo de sus funciones secundarias.

I. Secreto fiduciario.- Se ha considerado al secreto fiduciario como una subespecie del secreto bancario que a su vez constituye una especie del secreto profesional.

Para Acosta Romero el secreto profesional es: “El silencio y la discreción que, por razones éticas, deben guardar ciertas personas respecto de hechos, circunstancias, datos o documentos que les confía su clientela y que ellas conocen por virtud del ejercicio de sus actividades profesionales”.⁴⁷

La existencia del artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, ha llevado a la doctrina y el uso bancario a establecer lo que se conoce con el nombre de secreto fiduciario y establece que: “Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en

⁴⁷ ACOSTA Romero, Miguel. NUEVO DERECHO BANCARIO. Editorial Porrúa. México 1997. P. 123.

responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes”.

J. Estados mensuales y balance general.- Toda institución de crédito tiene la obligación de publicar el estado mensual de sus operaciones y su balance general, quedando sujetos a las bases que dicte la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, acorde con lo previsto en el artículo 101 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Dentro de los estados contables a que se hace alusión, deberán contemplarse todas las operaciones que en los fideicomisos se realicen.

K. Acciones judiciales.- No establecen esta obligación para el fiduciario la ley bancaria y la cambiaria, pero al constituirse el fideicomiso la institución adquiere el dominio de los bienes, por lo tanto debe entenderse que a ella corresponde promover y defender, acciones judiciales, respecto de los bienes dados en fideicomiso.

L. Obligaciones fiscales.- Conforme lo establecen las leyes fiscales, el fiduciario tendrá la obligación de retener los impuestos correspondientes.

La Ley de Impuesto sobre la Renta, en sus artículos 9, 93, 94, y 103 (este último en relación con el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación), establece para el fiduciario la obligación de efectuar

pagos provisionales, llevar contabilidad o expedir constancias, según sea la operación que a través del fideicomiso se realice.

C. Está prohibido a las instituciones fiduciarias celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses (artículo 106 fracción XIX inciso a) de la Ley de Instituciones de Crédito).

D. En aquellos fideicomisos destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional de utilizar sus fondos o valores para realizar operaciones por las que puedan resultar deudores cualquiera de las siguientes personas: delegados fiduciarios, miembros del consejo de administración o directivo, empleados y funcionarios, auditores externos, miembros del comité técnico, ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges, o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría las personas citadas (artículo 106, fracción XIX, inciso c) de la citada Ley).

E. No podrá administrar fincas rústicas, con la excepción de que sin que exceda de dos años las reciban para distribuir el patrimonio entre los herederos, legatarios, asociados o acreedores, y en el caso para pagar una obligación o garantizar sus cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos (artículo 106, fracción XIX, inciso d) de la Ley de Instituciones de Crédito).

F. Contratar fideicomisos secretos (artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

G. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente (artículo anteriormente citado).

H. En aquellos fideicomisos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia, con excepción de que el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.(artículo 394 de la Ley antes citada).

2.2.3.- EL FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO

El fideicomisario en opinión de Rodríguez Rodríguez es “quien recibe el provecho que el fideicomiso implica”.⁴⁸

Villagordoa Lozano define al fideicomisario como “la persona que recibe los beneficios del fideicomiso”.⁴⁹

⁴⁸ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. OP. CIT. P. 123.

⁴⁹ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 195.

Conforme a lo señalado por el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

La capacidad a la que se refiere este artículo es la de goce, es decir, debe tener la aptitud de ser titular de los derechos y obligaciones que el fideicomiso ofrece como provecho a su favor.⁵⁰

El fideicomiso por naturaleza, presupone la existencia de una serie de beneficios que se establecen a favor del fideicomisario, en tal caso basta que la persona tenga la capacidad de goce para poder adquirirlos, a diferencia del fideicomitente, quien deberá tener capacidad de ejercicio para su disposición.

Está previsto y permitido por la ley que el fideicomiso se constituya sin señalar al fideicomisario (artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), pero la presencia de éste en la vida de un fideicomiso es indispensable pues, resulta fundamental que los provechos generados por los fideicomisos sea para el fideicomisario.

Aunque no existe en la ley alguna disposición que lo autorice en forma expresa, es lícito para el fideicomitente designarse como fideicomisario único o como uno entre varios fideicomisarios.

Para efecto de señalar varios fideicomisarios es importante tomar en consideración la prohibición establecida en el artículo 394, fracción II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de que se

⁵⁰ DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 325.

nombre fideicomisarios sucesivos, cuando estos deban substituirse por muerte del anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o ya concebidas a la muerte del fideicomitente.

Cuando exista pluralidad de fideicomisarios y se requiere consultar su voluntad, se estará a lo que se haya establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, sin embargo fuera omisa alguna estipulación, las decisiones se tomarán por mayoría de votos, computados por representaciones y no por personas. En caso de empate la decisión será aquella que tome el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.(artículo 383, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Se ha considerado que “El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisarios”.⁵¹ En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico, y las acciones que a él pudieran corresponder serán ejercitadas por el Ministerio Público(artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por último Molina Pasquel señala que: “Los derechos del fideicomisario no pueden ser considerados como derechos reales sobre la cosa fideicomitida. Son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso, o contra los terceros detentadores de los bienes fideicomitados, para hacerlos volver a poder del fiduciario”.⁵²

⁵¹ CERVANTES Ahumada, Raúl. OP. CIT. P.311.

⁵² Molina Pasquel, Roberto .Citado por CERVANTES Ahumada, Raúl. OP. CIT. P.311.

DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

A. El fideicomisario tendrá los derechos y facultades que se le concedan en el acto constitutivo del fideicomiso: Artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

B. Cuenta con el derecho, para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.

C. Podrá atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria realice en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que le correspondan de conformidad con el contrato de fideicomiso o de la ley.

D. Tendrá el derecho de reivindicar los bienes que a consecuencia de los actos señalados en el inciso anterior, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso; conforme lo señala el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Hay que aclarar que en realidad no se trata propiamente de una acción reivindicatoria, que sólo correspondería al titular del patrimonio fideicomitado (fiduciario) y el fideicomisario no lo es; sino simplemente de una acción persecutoria.

E. A no ser que el fideicomitente se reserve el derecho de ejercitar la acción, es facultad del fideicomisario, o de sus representantes legales requerir a la institución fiduciaria para que rinda cuenta de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles: Artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito.

F. Elegir institución fiduciaria cuando: f) ésta renunciare; ff) fuere removida; y fff) si en el acto constitutivo no fuere designada.

G. Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo o para instituir un comité técnico siempre y cuando no altere los fines para los que fue creado.

OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

En forma subsidiaria, puesto que en primer término corresponde al fideicomitente; el fideicomisario tiene la obligación de pagar los honorarios a la institución fiduciaria, así como rembolsar los gastos que hubiere erogado en su manejo.

Deberá cumplir con las obligaciones fiscales que establezcan las leyes de la materia.

2.3.- OBJETO DEL FIDEICOMISO

De conformidad con el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que: "Para la existencia del contrato se requiere: ...

II) Objeto que puede ser materia del contrato". Generalmente al referirnos al objeto hacemos mención de un objeto directo y de un indirecto".

En opinión de Bejarano Sánchez señala que: “Objeto directo del contrato es el de crear o transferir derechos y obligaciones; y Objeto indirecto del contrato es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y pueden consistir en dar, hacer o no hacer”.⁵³

Ahora bien tratándose del objeto indirecto el Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 1824 lo siguiente:

“Son objeto de los contratos:

I La cosa que el obligado debe dar;

II El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

Como elemento de existencia en el fideicomiso es el objeto indirecto, en virtud de que su constitución y su ejecución giran alrededor de la destinación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, sin los cuales se haría imposible la consecución de dicho fin.

De conformidad con el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Esto último indica que lo fideicomitado debe ser enajenable.⁵⁴

En esta categoría de derechos estrictamente personales del titular que no pueden ser objeto del fideicomiso se hallan comprendidos todos aquellos que por su naturaleza o por mandamiento legal son intransferibles, como los derivados del patrimonio familiar, el uso, la habitación, etc;.

⁵³ BEJARANO Sánchez, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES. Editorial. Harla. México. 1990. P.68.

⁵⁴ DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. OP. CIT. 368.

El objeto del fideicomiso además de no ser de carácter personal de su titular, deberá reunir las siguientes características señaladas en el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal: 1° Existir en la naturaleza; 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie y; 3° Estar en el comercio.

Es importante tener en cuenta que no todos los bienes pueden ser objeto de contrato ya que por su naturaleza o por la ley, se encuentran fuera del comercio; en opinión de Borja Soriano conforme a nuestro derecho: “a) Son físicamente imposibles las cosas que no existen o no pueden existir en la naturaleza; b) Son legalmente imposibles las que no son determinadas o determinables en cuanto a su especie y las que estén fuera del comercio”.⁵⁵

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala requisitos tanto para los fideicomisos cuyo objeto sean bienes muebles y aquellos cuyo objeto sean bienes inmuebles estableciendo lo siguiente:

Para que un fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes muebles surta efectos en contra de terceros se requiere:

- 1) “Notificar al deudor de la constitución del fideicomiso, en los casos en que se fideicomitan créditos no negociables o derechos personales”;
- 2) “El endoso a favor de la institución fiduciaria, cuando se trata de títulos nominativos, lo que se debe hacer constar en los registros del emisor, en su caso”.

⁵⁵ BORJA Soriano, Manuel .TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Editorial. Porrúa. México. 1990. P. 141.

- 3) “La transmisión al fiduciario si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador”.

Respecto de bienes inmuebles la afectación de los mismos empezará a surtir efectos frente a terceros, a partir de la inscripción que se realice en la sección de propiedad del Registro Público de la Propiedad del lugar en que los bienes estén ubicados.

2.4.- FINES DEL FIDEICOMISO

El fin del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente”.⁵⁶ Se trata de una actividad jurídica, por que a través de ella, el fiduciario realiza los actos jurídicos concretos que se requieren para el exacto cumplimiento del fideicomiso.

Por eso decimos que el fin es el objetivo que se pretende alcanzar con la manifestación de voluntad como situación jurídica concluyente, terminante y última que el fideicomitente dispone para los bienes que fideicomite. Pero en todo caso ese fin debe ser lícito y determinado (artículos 381 y 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Debe ser lícito, es decir, no contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Es posible, es decir, que no vaya en contra de

⁵⁶ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P.189.

las leyes de la naturaleza o de una norma jurídica que lo rija específicamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización. El fin del fideicomiso debe ser determinado, o sea, debe de quedar bien fijado al señalarse con toda precisión durante la constitución del fideicomiso.

2.5.- FORMA

El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento (artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), en ambos casos para su constitución se requiere que el mismo conste por escrito y se ajuste a los términos y formalidades especiales que se establecen en la legislación común.

Además existe diferencia entre los fideicomisos que se crean por acto entre vivos y aquellos que se crean por testamento ya que:

- 1) Cuando el fideicomiso se constituye por acto entre vivos debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos de propiedad de los bienes objeto del fideicomiso, así como a lo establecido por los artículos 388 y 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y que señalan diferentes formalidades para los diferentes tipos de derechos que se afectan en fideicomiso, ya sea que se trate de bienes inmuebles o bienes muebles, y en este último caso, para que surta efectos contra terceros se establecen diferentes formalidades dependiendo de si se trata de cosas corpóreas, títulos nominativos, títulos al portador, entre otros.

- 2) En caso de que el fideicomiso se constituya por testamento éste se deberá ajustar a las formas establecidas por el derecho común para los testamentos.

Los fideicomisos testamentarios, por lo general otorgados en testamento público abierto se depositan con la institución fiduciaria que, al fallecimiento del testador fideicomitente, promueve el juicio respectivo por conducto de uno de sus delegados fiduciarios.⁵⁷

2.6.- EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

El artículo 392 de la Ley General De Títulos y Operaciones de Crédito, señala las causas de extinción del fideicomiso, que a la letra dice: “El fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse éste imposible;
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

⁵⁷ BATIZA, Rodolfo. FIDEICOMISO, TEORIA Y PRACTICA. OP. CIT. P.260.

- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII. En caso del párrafo final del artículo 386.⁵⁸

Opina Villagordoa Lozano que en el caso de la fracción tercera del artículo antes citado, existe una mala redacción de dicha fracción porque el hecho de que se haga imposible el cumplimiento de una condición suspensiva a la que se sujeta, y no a la vigencia del fideicomiso, sino su propia existencia, no puede extinguirse el acto jurídico que aún no existe.⁵⁹

Lo anterior se confirma en virtud de lo establecido en el artículo 1939 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala: “La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación”.

El fiduciario una vez extinguido el fideicomiso, deberá devolver los bienes al fideicomitente o a sus herederos. Dicha devolución revestirá determinadas formalidades para que surta efectos, ya que tratándose de inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, es necesario que el fiduciario lo asiente en el documento en que conste la constitución del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad., en que aquél hubiere sido inscrito (Artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

⁵⁸ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Texto Vigente: 386 L.G.T.O.C “El fideicomiso cesará cuando sea imposible la sustitución de la institución fiduciaria, en los casos en que esta no acepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo”.

⁵⁹ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 211.

2.7.- TIPOS DE FIDEICOMISO

Debido a la versatilidad de esta figura jurídica que puede asumir infinidad de finalidades y realizar las diversas funciones no existe una clasificación del fideicomiso, sin embargo, señalaremos de manera enunciativa y no limitativa los más importantes tipos de fideicomisos.

Iniciaremos diciendo que entre las clasificaciones doctrinales se encuentran las siguientes:

Villagordoa Lozano señala que en función a los fines del fideicomiso se clasifican en: a) fideicomisos traslativos, b) fideicomiso de garantía, y c) fideicomiso de administración.

a) Fideicomiso TraslATIVO.- Aquellos que tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados o a la persona que esté señale una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.⁶⁰

Este Tipo de fideicomisos generalmente operan cuando se presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico.

b) Fideicomiso de Garantía.- En virtud de este tipo de fideicomisos, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente.⁶¹

⁶⁰ IDEM. PP. 219 Y 220.

⁶¹ IDEM. P. 220.

Estos fideicomisos son contratos accesorios puesto que siempre ligan al contrato principal, ya que una vez que se cumplen las obligaciones que dicho negocio impone, el fideicomiso concluye, y como consecuencia de esa extinción, retransmite al fideicomitente los bienes o derechos fideicomitados una vez que el acreedor fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente.

c) Fideicomiso de Administración.- Aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda al efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados que les señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

Además Villagordoa Lozano describe las dos actividades fundamentales que pueden presentarse en la práctica.

1. La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente.
2. La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos y transmita dichos productos al fideicomisario.⁶²

El maestro Batiza sustituye el fideicomiso traslativo de dominio por el de inversión.

⁶² IDEM. PP. 227 y 228.

d) Fideicomiso de Inversión.- Es aquel que consiste en un encargo que el fideicomitente hace al fiduciario de conceder préstamos con cargo a un fondo que se crea para tales efectos. En virtud de este fideicomiso el fiduciario realiza inversiones productivas con la suma de dinero que le entrega el fideicomitente, abonando los productos de dicha inversión al fideicomitente, o a la persona que éste designe⁶³

Para llevar a cabo los mismos, el fiduciario celebra con sus clientes diversos tipos de contratos, adecuados cada uno de ellos de tal manera que proporcionen la plena satisfacción de la necesidad del usuario con una total seguridad y con la ventaja de que en ningún caso los bienes o derechos que sean su objeto, estarán a efectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato o comisión a las que contra ellos corresponda a terceros de acuerdo con la ley.⁶⁴

En función de su forma, tomando en consideración el principio general de que los fideicomisos deben constar por escrito Villagordoa los clasifica en:

e) Fideicomisos Testamentarios.- Aquellos cuyos efectos se sujetan a la muerte del fideicomitente.⁶⁵

El fideicomitente al entregar al fiduciario parte o la totalidad de sus bienes, asegura una administración eficiente y la conservación de un patrimonio familiar para el presente o futuro, en beneficio de las personas que desea proteger; motivo por el que se constituye este tipo

⁶³ BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 172.

⁶⁴ ACOSTA Romero, Miguel y ALMAZAN Alaníz, Pablo. OP. CIT. P. 390.

⁶⁵ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel . OP. CIT. P. 238.

de fideicomisos, ya que libera a los herederos de la tramitación del juicio sucesorio sobre los bienes fideicomitidos, evitando así posibles conflictos que pudieran existir.

Derivada de la legislación actual este tipo de fideicomisos es creado con distintos fines de tipo social.

f) Fideicomisos de Beneficiencia.- Rodríguez Rodríguez se refiere diciendo: “La constitución de fideicomisos a favor de beneficiarios designados genéricamente, o con simples fines de utilidad pública constituyen un campo amplísimo de la institución del fideicomiso.

Así se establecen a favor de la gente necesitada, de un hospital, de cierta clase de inválidos, de instituciones docentes, etc; y es precisamente el fideicomitente o el comité técnico, si se previó su constitución, quienes se encargarán de determinar quienes obtendrán el beneficio en cada caso.⁶⁶

g) Fideicomiso de Zona Prohibida.- Son aquellos por el cual el fiduciario adquiere un inmueble ubicado dentro de la zona restringida (50 kilómetros a lo largo de las costas y 100 kilómetros a lo largo de las fronteras), a fin de que personas físicas o morales de nacionalidad extranjera adquieran los derechos de fideicomisario para usar y disfrutar el bien.

Respecto a las personas que intervienen en el fideicomiso y con los fines del mismo, se pueden dividir en públicos y privados.

⁶⁶ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. OP. CIT. P. 124.

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la función de los fideicomisos, es la siguiente:

“Los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo tercero fracción III, de esta ley son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades para estatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan Comité Técnico.

En los fideicomisos, constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública”.

El fideicomiso público tiene una amplia cobertura en el campo de los actos económicos, sociales, culturales, etc; son creados para operar con libertad y flexibilidad y su objetivo fundamental es la satisfacción de necesidades específicas a eso se debe el uso reiterado por el Gobierno Federal.

Los fideicomisos privados son los que se constituyen sobre bienes de propiedad particular y en beneficio de personas particulares; la variedad de estos fideicomisos es innumerable.

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

La naturaleza jurídica del fideicomiso es un tema sumamente controvertido, la doctrina no se pone de acuerdo para determinar a que género pertenece el fideicomiso.

Algunas de las teorías se elaboraron en torno al trust, y con posterioridad surgieron otras que se desarrollaron al observar al fideicomiso y , trataron de identificarlo de diversas maneras, y desde alguna o varias de sus características.

No obstante lo anterior, es preciso intentar dilucidar la naturaleza jurídica del fideicomiso para lo cual hay que distinguir:

A) EL FIDEICOMISO EN CUANTO AL ACTO QUE LE DA ORIGEN.

B) EL FIDEICOMISO EN CUANTO AL CARÁCTER DE LA VOLUNTAD.

C) EL FIDEICOMISO RESPECTO AL PATRIMONIO QUE ES SU OBJETO.

A) EN CUANTO AL ACTO JURÍDICO QUE LE DA ORIGEN

Dentro de lo referente al fideicomiso como acto jurídico, podemos señalar infinidad de posturas; incluso podemos decir, que cada persona que ha escrito sobre este tema ha llegado a su propia conclusión, sin embargo nos limitamos a comentar las que consideramos más importantes, siendo las siguientes:

3.1.- EL FIDEICOMISO COMO MANDATO

Esta teoría fue propuesta por el jurista panameño Ricardo Alfaro, cuya obra sirvió como inspiración de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926; pretendió adaptar al trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana. Sostiene que el fideicomiso es un contrato sui generis y lo define como “un mandato irrevocable por el cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que lo transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.⁶⁷

Para fundar su teoría Alfaro dice que si el fiduciario desempeña un encargo del fideicomitente y si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el fideicomiso

⁶⁷ ALFARO, Ricardo J. ADAPTACIÓN DEL TRUST DEL DERECHO ANGLOSAJON AL DERECHO CIVIL. OP. CIT. P. 41.

en sustancia es un mandato, en el que el fiduciario, tiene el carácter de mandatario o de mandante el fideicomitente.

Conforma lo anterior, recordando que en el fideicomiso romano el fiduciario era habilitado para desempeñar un encargo, al ser instituido heredero; en el trust anglosajón se le investía con el título legal sobre los bienes. Por consiguiente en ambos casos “se ejecutaba un encargo por cuenta del testador o constituyente”.

Añade que las características de revocabilidad y de extinción del mandato ordinario serían ineficaces en el trust, por lo que hizo surgir la idea de la cual el fideicomitente se desprende del dominio de las cosas objeto del encargo.⁶⁸

Más que una crítica, haremos un breve comentario de la asimilación del fideicomiso al mandato irrevocable. Por principio en nuestro sistema legal el mandato es revocable por lo que al decirse irrevocable por Alfaro surge una incongruencia; quien a su vez dio una serie de razonamientos por los que considera al fideicomiso como un mandato irrevocable; pero en nuestro marco jurídico la aceptación de tales razonamientos implicaría romper con la naturaleza jurídica del mandato en nuestra legislación.

Entre las diferencias existentes entre mandato y fideicomiso encontramos que, en el fideicomiso en primer lugar el desempeño del cargo consiste en que el fiduciario ejercite los derechos que se le transmiten para la realización de los fines del fideicomiso quedando

⁶⁸ Revista. EL FORO. Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados. Quinta época. N° 34. Abril-Junio. México D.F. 1974. P. 87. Álvarez de la Torre Victor. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. Primera Parte.

como titular de los derechos o bienes; en el mandato, en ningún caso el mandante transmite la titularidad de los bienes o derechos al mandatario, puesto que el continúa siendo su propio titular; asimismo es pertinente señalar que son causas de terminación del mandato la muerte del mandante, cosa que no sucede en el fideicomiso, ya que éste subsiste al fallecer el fideicomitente.

Alfaro realiza una segunda definición, estableciendo que “el fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que lo transmite, llamado fideicomitente , a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

“Quedan comprendidos en esta definición los tres elementos constitutivos del acto, a saber:

- 1.- La transmisión del patrimonio;
- 2.- La destinación que se da al patrimonio; y
- 3.- El encargo que debe ejecutar.”⁶⁹

No estamos de acuerdo, con está definición por que da la idea de que se trata de un mandato, debido a que continúa sosteniendo que existe un elemento constitutivo en el fideicomiso, al que define como “ el encargo que se debe ejecutar”; pudiendo definirlo como la obligación del fiduciario de ejercitar los derechos que se le han transmitido para el cumplimiento de los fines del fideicomiso; para hacer más congruente su teoría con la realidad.

⁶⁹ ALFARO, Ricardo J. OP. CIT. P. 50.

3.2.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

Está teoría de considerar al fideicomiso como un negocio fiduciario, no es muy clara, ya que existen eminentes tratadistas y estudiosos del derecho que no parten de las mismas premisas, no obstante, intentaremos exponerla.

Es necesario conocer antes que nada, que es lo que se entiende por negocios fiduciarios. “Los negocios fiduciarios, en un principio se presentan como negocios atípicos e innominados y posteriormente se van reglamentando por parte del legislador”.⁷⁰

La doctrina en general ha desarrollado toda una corriente para definir lo que llaman negocio fiduciario como: “Aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley -con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes-, y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación”.⁷¹ Se deduce de dicha definición que es un negocio atípico constituido en base a que una de las partes que lo integran transmite la propiedad del bien a la otra parte a fin de que este último cumpla con la finalidad determinada en el negocio fiduciario, no siendo requisito indispensable que el fiduciario sea una institución de crédito.

⁷⁰ REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA. Nueva época. N° 1. Enero-Marzo. México D.F. 1993. P.20. Villagordea Lozano José Manuel. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FIDEICOMISO MEXICANO.

⁷¹ LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. Prólogo por Mario Ramón Beteta. OP. CIT. P. 138.

Por su parte Maximino Arrechea Álvarez señala como los caracteres del negocio fiduciario los siguientes:⁷²

1.- Un acto de transmisión del dominio hecho por el fiduciante a favor del fiduciario. Transmisión plena e irrevocable respecto del fiduciante como en relación a terceros.

2.- Un fin económico que se pretende realizar.

3.- Obligación del fiduciario de restituir la cosa o el derecho del fiduciante para exigirle la devolución.

4.- En caso de deslealtad del fiduciario, compete al fiduciante el ejercicio de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios.

Del párrafo anterior notemos que Maximino Arrechea habla del negocio fiduciario como género pero no señala diferencias específicas del fideicomiso.

Para Joaquín Rodríguez el fideicomiso es una variedad de los negocios fiduciarios; entendiéndose por tales los que se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo; señalando que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo con efectos Inter Partes. Afirma que “ el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación , de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan”⁷³.

⁷² ARRECHEA Álvarez, Maximino. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y EL FIDEICOMISO. México: Tesis. UNAM. 1945. P. 20.

⁷³ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. OP. CIT. P. 119

Desde otro punto de vista, hay autores que muestran como nota característica del negocio fiduciario la existencia de dos relaciones distintas. Tal es el caso de Rodrigo Vázquez Armenio que nos dice que el negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones:⁷⁴

a) Real: Transmisión de los bienes o derechos del fiduciante al fiduciario, que opera frente a terceros.

b) Obligatoria: Opera Inter partes, por lo que se encuentra constreñido frente al fiduciante, a cumplir con la finalidad y retransmitirle posteriormente los bienes o derechos, o transmitirlos a un tercero.

Ambas relaciones guardan entre ellas una situación de interdependencia a grado tal que la primera sin la segunda sólo implicaría la celebración de cualquier negocio típico traslativo de la propiedad, y la segunda sin aquélla no existiría por encontrarse condicionada a la propia traslación, materia de la primera. Por lo tanto no pueden sobrevivir en forma autónoma.

“La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena, de propiedad si se trata de bienes y de titularidad si se trata de derechos de crédito, que salen de la esfera patrimonial del fiduciante para pasar a ser del fiduciario”.⁷⁵

La transmisión a favor del fiduciario es erga omnes, válida frente a todos, incluso frente al fiduciante quien jurídicamente pierde la

⁷⁴ VAZQUEZ Armenio, Rodrigo. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO Y SUS RINCIPALES ALICACIONES PRACTICAS. Editorial Porrúa. México D.F. 1965. P. 22.

⁷⁵ IDEM. P. 23

propiedad o la titularidad a favor del fiduciario. Sin embargo, el derecho del fiduciario se encuentra subordinado a la obligación asumida de destinar los bienes o derechos a una determinada finalidad; dicha subordinación depende de lo que la ley determine jurídicamente de cada una de las partes

Por su parte Barrera Graf ha definido al negocio fiduciario como “aquél en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente”.⁷⁶.

Se habla de un negocio único formado por dos relaciones distintas, la real que trae implícita la transmisión de un bien o de un derecho al fiduciario y la relación de tipo obligatoria, por la que el fiduciario se obliga a afectar los bienes o derechos a una finalidad y retransmitirlos posteriormente; el elemento real contiene una transmisión plena de la propiedad la cual será válida erga omnes , es decir frente a todos; pero además la relación aludida va acompañada de una segunda cuyo carácter es obligatorio, conocida sólo interpartes (cuando es oponible ante terceros), que atrae aparejada la obligación adquirida por el fiduciario de afectar los bienes o derechos que le fueron enajenados a una finalidad de carácter lícito. Además ambas relaciones constituyen un solo y único negocio, una institución unitaria, que sólo se explica en función de ambas relaciones.

⁷⁶ BARRERA Graf, Jorge. ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa. México 1991. P. 349.

En conclusión Barrera Graf⁷⁷ sostiene que el fideicomiso es un negocio fiduciario por que:

1) Es un negocio que atribuye un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio. Existe la doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal).

2) El fiduciario tiene potestad del abuso sin que haya acción real de reivindicación a favor del fideicomitente o fideicomisario.

3) Se constituye un patrimonio de afectación destinado al cumplimiento de la finalidad pactada.

Por otra parte afirma Barrera Graf⁷⁸ que de no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio “sui generis”, lo cual no es decir nada, o que él plantea un tipo especial de relación, no admitida en nuestro sistema y sí en el anglosajón, en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea, un tipo de propiedad especial que correspondería tanto al fiduciario como al fideicomitente o al fideicomisario.

Villagordoa Lozano⁷⁹ parte del principio de que el fideicomiso es una especie de los negocios, puesto que se trata de un negocio formado por dos relaciones: la real, en virtud de la cual el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos al fiduciario; y la obligatoria por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente

⁷⁷ IDEM. PP. 353-356.

⁷⁸ IDEM. P. 355.

⁷⁹ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P. 97.

al fideicomisario, a destinar el patrimonio transmitido a la realización de los fines del fideicomiso, en provecho no del titular de dicho patrimonio, sino del fideicomisario.

De las anteriores definiciones encontramos que el negocio fiduciario está compuesto de tres elementos que son:

- A) Unidad del negocio;
- B) Transmisión plena de bienes y derechos; y
- C) Afectación a un fin.

Respecto a esta teoría existen autores que niegan que el fideicomiso sea una especie del negocio fiduciario entre otros se encuentra Raúl Cervantes Ahumada; quién sostiene que no existe asimilación en ambas figuras, tanto porque los negocios fiduciarios son atípicos, y el fideicomiso es un negocio típico, cuanto porque, a su juicio “el negocio fiduciario está compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios”⁸⁰ lo que no sucede con el fideicomiso, que está constituido por un negocio unitario. A ello continúa diciéndonos “el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación”.⁸¹

Teniendo un razonamiento parecido al anterior expuesto, Rodolfo Batiza afirma que el fideicomiso “...no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí, y en el que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura : el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el

⁸⁰ Cervantes Ahumada, citado por BARRERA Graf. OP. CIT. P. 350.

⁸¹ Cervantes Ahumada citado por BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. P. 161.

derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros”.⁸²

Tampoco es partidario de esta teoría Sánchez Medal y opina al respecto que “ el fideicomiso no es un negocio fiduciario por que una parte, no existe en él la excedencia del medio sobre el fin y la consiguiente confianza exclusivamente en la honradez y la fidelidad del fiduciario y se le dota de una eficaz tutela jurídica”.⁸³

Creemos que no tiene ninguna relación la doctrina del negocio fiduciario con el fideicomiso , pues mediante éste, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria , con los efectos, modalidades y consecuencias que el régimen jurídico establece. Por tanto el fideicomiso es una figura típica, lícita y perfectamente reglamentada, por lo tanto no parece lógico compararla con actos simulados, ni con el trust, por que si bien es cierto que es su origen, no necesariamente va a tener las misma regulación, por que estamos hablando de dos sistemas jurídicos distintos con dos sociedades con necesidades jurídicas y comerciales distintas.

Ahora bien, si por típico se entiende un acto jurídico definido por las leyes, precisado por las mismas y con modalidades, requisitos y circunstancias que el propio régimen jurídico va determinando, el contrato de fideicomiso en México es típico por que está delineado y determinado por el orden jurídico.⁸⁴

⁸² BATIZA, Rodolfo. OP. CIT. PP. 160 Y 161.

⁸³ REVISTA DE DERECHO NOTARIAL. México: Junio 1981, Año XVII, N° 51 P. 43. Sánchez Medal, Ramón. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

⁸⁴ LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. OP. CIT. P. 27.

3.3.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación.

Es conveniente aclarar que, en México no está reconocida en la legislación la expresión negocio jurídico; sin embargo en la doctrina alemana e italiana; pero sobre todo la alemana aportó al derecho la categoría específica de los actos jurídicos tratándose del negocio jurídico que se distingue por la función que la voluntad desempeña en su realización y en la creación de los efectos del derecho deseado por el autor.

Así para Castán, el negocio jurídico es “un acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.⁸⁵

Define al negocio jurídico Betti como “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico- social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)”.⁸⁶

En cuanto al acto jurídico diremos que proviene del hecho jurídico lato sensu y cuenta también con dos especies a saber: acto jurídico stricto sensu y negocios jurídicos; definiendo al primero como “toda

⁸⁵ IDEM. P. 17.

⁸⁶ DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. OP. CIT. PP. 24 Y 25.

manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de jure que por su verificación se actualizarán”.⁸⁷

Tanto el acto jurídico en sentido estricto como el negocio jurídico, tienen la característica común de que en ambos interviene la voluntad al verificarse su celebración. Pero se diferencian en que en los primeros los efectos no son obra de la voluntad que lo realizó; los segundos, en cambio constituyen , manifestaciones de voluntad destinadas a crear determinadas consecuencias jurídicas.⁸⁸

La ley permite la libertad del particular de autorregularse, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, cuando se ejercita a la creación o aceptación de los negocios jurídicos, todos aquellos acontecimientos en los que con base a la libertad, exteriorizan su intención quienes los realizan, no sólo están queriendo el acontecimiento sino también pretenden el nacimiento de las consecuencias jurídicas.

Domínguez Martínez⁸⁹ señala que la “simple lectura de los quince artículos (actualmente más) que se contienen en el capítulo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, correspondiente al fideicomiso, pone de manifiesto el campo tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; por ello, no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al Derecho Privado mexicano que cuente con la versatilidad de ésta”.

⁸⁷ IDEM. PP. 21 Y 22.

⁸⁸ IDEM. P. 26

⁸⁹ IDEM. PP. 34 Y 35.

Lo anterior se corrobora con las posibilidades dentro del fideicomiso, como son el fin, la designación de fiduciaria y fideicomisario, permitiendo afirmar que “el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos, en oposición a los actos stricto sensu”.⁹⁰

Por otra parte Bauche Garciadiego, afirma: “el fideicomiso es un negocio jurídico que está cobrando mayor importancia cada día en nuestro país , y más adelante agrega: “como ya lo he indicado mediante el fideicomiso, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona”.⁹¹

En tal virtud podemos decir que el fideicomiso frente a la teoría del negocio jurídico , no estamos de acuerdo por el hecho de que en nuestra legislación no se aplica el término “negocio”, sino el de acto jurídico.

3.4.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO

Tanto en Roma como en Inglaterra las operaciones conocidas como la fiduciaria y el trust, llevan nuestra atención a analizar lo que significa el negocio indirecto.

⁹⁰ IBIDEM.

⁹¹ BAUCHE Garciadiego, Mario. OPERACIONES BANCARIAS, ACTIVAS, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS. Editorial Porrúa. México. 1995. P.347.

El negocio indirecto es definido por Ascarrelli, como en el que “las partes recurren a un negocio jurídico determinado, pero el último fin práctico que se proponen no es de hecho el que normalmente se actúa a través del negocio por ellos adoptado sino un fin diverso frecuentemente análogo al de otro negocio, con mayor frecuencia carente de una determinada forma típica en determinado ordenamiento. Existe pues, negocio indirecto por que las partes recurren a él para lograr a través del mismo indirectamente, fines que son diversos de los que se podrían deducir de la estructura del negocio mismo”.⁹² Este se caracteriza por el empleo de figuras jurídicas conocidas para satisfacer necesidades no previstas dentro de los ordenamientos jurídicos.

Algunos autores sustentan esta tesis entre los que se encuentran Lizardi Albarrán que considera al fideicomiso como negocio indirecto en cuanto a su estructura en virtud de que es una figura prevista por la ley y por lo tanto, carece del carácter innominado del negocio indirecto y certeramente señala que “...el legislador, al introducir en nuestro derecho (el fideicomiso), partió del supuesto de que por diversas causas se practicaban en nuestro medio operaciones por vía indirecta y quiso reglamentar el procedimiento en lugar de operaciones concretas”.⁹³

Para Rodríguez Rodríguez el fideicomiso lo considera como un negocio indirecto debido a que los fines perseguidos por el fideicomiso pueden realizarse por medio de otros contratos; y manifiesta “los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones,

⁹² Ascarrelli, citado por DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. OP. CIT. P. 184.

⁹³ LIZARDI Albarrán, Manuel. ENSAYO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. México: Tesis UNAM, 1945 P. 37.

para administración, etc;) podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc;) máxime que a todos estos negocios pueden dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado.

“Afirma por eso que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto que la transmisión de dominio, que es su base, no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes”.⁹⁴

En contra de ésta postura se encuentra Luis Muñoz⁹⁵ que nos manifiesta que es evidente que el fideicomiso tipificado por el legislador mexicano se destina normativamente a cumplir funciones, de tal suerte que se trata de un negocio cuya causa, como objetiva que es (función), no cabe confundirla con los motivos que son subjetivos, de manera que el fideicomiso no es un negocio indirecto.

Al considerar al fideicomiso en la categoría de los negocios indirectos, sería en virtud de que los fines podrían conseguirse mediante otros negocios reglamentados, por las variadas estructuras que podrían dársele como consecuencias de la libertad contractual existente en nuestro sistema jurídico.

⁹⁴ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. OP. CIT. P. 120.

⁹⁵ MUÑOS, Luis. EL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 86.

B) EL CARÁCTER DE LA VOLUNTAD EN EL FIDEICOMISO

Es indudable que el fideicomiso nace de un acto jurídico toda vez que resulta de una manifestación de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho.

Una vez establecido como acto jurídico, es menester precisar si es unilateral, por quedar constituido por la simple manifestación de la voluntad del fideicomitente; o plurilateral, por que se necesita la concurrencia de dos o más voluntades en su constitución. Por lo tanto podemos decir que el carácter de la voluntad en el fideicomiso ha causado también grandes controversias entre los diversos juristas, sin embargo nos limitamos a comentar las que consideramos más importantes.

3.5.-EL FIDEICOMISO COMO DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

Conforme a esta teoría, el fideicomiso nace como consecuencia de un acto unilateral de la voluntad del fideicomitente; los autores que la sostienen fundan su afirmación en virtud de que el fideicomiso nace en el momento en que el fideicomitente decide afectar un patrimonio a la realización de un fin. La voluntad del fiduciario sólo se requiere para la ejecución pero no para la constitución, así Domínguez Martínez⁹⁶ afirma: “El fideicomiso es un negocio jurídico que se

⁹⁶ DOMINGEZ Martínez, Jorge Alfredo. OP. CIT. P. 188.

constituye mediante declaración unilateral de la voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello”.

Para él el fideicomiso está compuesto de dos negocios, primero la declaración de voluntad del fideicomitente que lo crea y el segundo el contrato celebrado entre el fideicomitente y el fiduciario que exclusivamente tiene por objeto la ejecución del fideicomiso, y no su constitución.

La ley afirma que el fideicomiso puede ser constituido por un acto entre vivos o por causa de muerte⁹⁷ y desde ese momento el negocio constitutivo existe y es válido, aunque no surta efectos sino hasta la muerte del fideicomitente, quien puede designar a una institución de crédito autorizada para operar como fiduciario y en su defecto lo podrá hacer el fideicomisario o el juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes.⁹⁸

⁹⁷ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Texto. Vigente:

387 L.G.T.O.C. “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”.

⁹⁸ IDEM (párrafos primero y segundo)

385 L.G.T.O.C. “Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

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 expresamente autorizadas conforme a la ley”.

Por su parte, Cervantes Ahumada⁹⁹ señala que el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración de voluntad, por poder constituirse inter vivos o por testamento. Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntad lo que constituye el fideicomiso, sino que este se constituirá por la voluntad del fideicomitente.

Esta teoría es defendida por que el legislador prevé que es el fideicomitente el que destina los bienes o derechos; teniendo la posibilidad de que se constituya el fideicomiso sin que se haya determinado fiduciario.

Para Emilio Krieger¹⁰⁰ el fiduciario tiene la obligación de aceptar su cargo, salvo que medié causa grave, calificada por el juez competente; continúa diciendo que la aceptación del fiduciario no perfecciona un negocio bilateral sino que hace posible su ejecución. El fiduciario no se constituye por su aceptación parte de un negocio convencional; es el titular de un órgano de gestión de la situación fiduciaria derivada del acto constitutivo.

Siguiendo con el mismo orden de ideas Joaquín Rodríguez sostiene que “la adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica”.¹⁰¹

Son dos voluntades unilaterales, frente a frente, la del fideicomitente o quien lo sustituye y la del fiduciario, que jamás

⁹⁹ Cervantes Ahumada citado por MUÑOS, Luis. OP. CIT. P. 15.

¹⁰⁰ KRIEGER Vázquez, Emilio. NOTAS SOBRE EL FIDEICOMISO. México: Tesis UNAM; 1944. PP. 42-44.

¹⁰¹ Rodríguez Rodríguez citado por MUÑOS, Luis. OP. CIT. P. 7.

llegan a juntarse de manera consensual para engendrar un sólo acto bilateral. Ambas voluntades concurren a la realización de un mismo negocio, pero nunca formando la figura jurídica del consentimiento.¹⁰²

No estamos de acuerdo con esta postura, ya que el fideicomiso no existe sino hasta que el fiduciario acepta, nadie puede obligarse sin su consentimiento; y del fideicomiso nacen derechos y obligaciones recíprocas y así como no puede haber fideicomiso sin fideicomitente porque se carecería del objeto al ser éste el propietario o titular del patrimonio y quien ha resuelto la realización de un fin, no puede hablarse de fideicomiso sin fiduciario que es quien recibe la titularidad o propiedad del patrimonio para realizar los fines.

Otro aspecto importante es que la simple manifestación de voluntad no transmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesario la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes, es decir, que la declaración de voluntad de destinar un bien a un fin lícito, solamente tendrá efectos como fideicomiso cuando el fiduciario consienta en recibir el bien afectado y destinarlo al fin deseado por el fideicomitente. Es en este momento cuando el fideicomiso se perfecciona.

El equiparar al fideicomiso con el testamento no es posible, ya que se trata de dos figuras jurídicas muy distintas que además son incompatibles y excluyentes una de la otra.

Puede suceder que el testador disponga que a su muerte ciertos bienes de la masa hereditaria, sean dados en fideicomiso para un fin lícito, en cuyo caso esa disposición no es constitutiva del fideicomiso,

¹⁰² KRIEGER Vázquez, Emilio. OP. CIT. PP. 44 Y 45.

sino que corresponderá al albacea, como representante de la sucesión, celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria, en ejecución de las disposiciones testamentarias del de cujus (lo cual no es un acto de ejecución de fideicomiso, pues éste no existe al testar).

3.6.- EL FIDEICOMISO COMO ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

En nuestro país inicialmente la teoría que describe la naturaleza jurídica del fideicomiso como un contrato a favor de terceros fue expuesta por Jorge Barrera Graf y manifiesta que: “Todo fideicomiso intervivos, en el que el fideicomitente y fideicomisario, son distintos, existe una relación contractual entre aquél y la institución fiduciaria, en cuya relación se hace una estipulación a favor del fideicomisario o beneficiario. En dicha figura jurídica el fideicomitente es estipulante, el fiduciario será el promitente y el fideicomisario tercero beneficiario”.¹⁰³

Esta postura presupone en primer lugar, que la estipulación requiere de un contrato como fuente; dicho contrato sería el fideicomiso, celebrado entre fideicomitente e institución fiduciaria, en el cual es ajeno, y no participa el fideicomisario o beneficiario, pero funda su derecho, en dicho contrato, según lo indica nuestra ley¹⁰⁴ y lo afirma la doctrina.

¹⁰³ BARRERA Graf, Jorge. ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. OP. CIT. P. 360.

¹⁰⁴ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

1869 C.C.D.F. “La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.

También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación”.

La aceptación por el tercero de la estipulación que se le confiere, se requiere para perfeccionar ésta, se deduce de la naturaleza del fideicomiso (con designación de un beneficiario ajeno al fideicomitente), cuanto de la interpretación lógica de la fracción II del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito quien conduce al mismo resultado por el artículo 1871 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que el fideicomiso se extingue por hacerse imposible, y se hace imposible por la no aceptación del beneficiario nombrado.

Para Barrera Graf la necesidad de considerar al fideicomiso como una estipulación a favor de terceros, pudiera quizás conducir a reputar la fideicomisario como uno de aquellos terceros a que se refieren los artículos 388 y 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para efectos de tales normas, terceros son los acreedores del fideicomitente por cualquiera relación, a quienes la institución fiduciaria (y el propio fideicomitente, su deudor) opusiera la celebración del fideicomiso y la inscripción de éste en el Registro Público si se trata de bienes inmuebles (artículo 388). Para los efectos de las distintas fracciones del artículo 389 terceros son respectivamente, el deudor del crédito no negociable o del derecho personal (fracción I); el emisor del título nominativo (fracción II) y el poseedor de cosa corpórea o de título al portador (fracción III).

Opina Batiza¹⁰⁵ que el único punto de contacto entre la estipulación a favor de terceros y el fideicomiso, reside en el beneficio que a través

1870 C.C.D.F. "El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato".

¹⁰⁵ Batiza citado por MUÑOS, Luis. OP. CIT. P. 137.

de una y otra puede concederse a favor de una persona que no intervino en la constitución de la obligación original.

No estamos de acuerdo con esta teoría en virtud de que el fideicomiso es una relación jurídica autónoma que, por regla general no surge incidentalmente dentro del contrato; en cuanto a la revocación del fideicomitente esta no es condicionada a la aceptación del beneficio.

Existe una diferencia esencial entre ambas figuras jurídicas y es que la fuente de la obligación en la estipulación a favor de terceros es la voluntad unilateral del promitente, en tanto que el fideicomiso es de naturaleza contractual.

3.7.- EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO

El fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión, de la voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar, extinguir, derechos y obligaciones. Dentro de las especies de actos jurídicos, nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y añade, que los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contrato.

Es de lo anterior que esta teoría sustenta la idea de que el fideicomiso es un contrato en virtud de que se perfecciona al momento en que concurren la voluntad del fideicomitente y la del fiduciario.

Para Ricardo Alfaro el fideicomiso presenta las características de un contrato que crea derechos y obligaciones entre las partes que entran en él; y al explicar la naturaleza jurídica de la institución que había adoptado del “Trust” anglosajón manifiesta que: “El fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes. Claro que se trata de un convenio sui generis que tiene diferencias notables con la mayoría de los contratos sinalmáticos definidos por el Código Civil, más si la característica esencial de los contratos es el producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esa característica no falta en el fideicomiso, constituido el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos”.¹⁰⁶

Por su parte, Manuel Lizardi Albarrán, acepta esta teoría contractualista y afirma “La exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, habla con toda claridad de la intención del legislador de excluir los fideicomisos implícitos y la misma ley, al limitar en su artículo 350¹⁰⁷ la función del fiduciario a una institución expresamente autorizada, reduce el fideicomiso a una operación exclusivamente contractual”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ ALFARO J, Ricardo. ADAPTACIÓN DEL TRUST DEL DERECHO ANGLOSAJON AL DERECHO CIVIL. OP. CIT. P. 40.

¹⁰⁷ Este artículo debido a la reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el D.O.F. el 23 de mayo del 2000 se recorrió para quedar como el artículo 385.

¹⁰⁸ LIZARDI Albarrán, Manuel. OP. CIT. P. 130.

De lo anterior, se concluye que Pablo Macedo, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la citada Ley afirma que: el fideicomiso es un contrato, ya que habla textualmente de que “se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes” y más adelante expresa “en esa forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario”.¹⁰⁹ No queda duda de que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato.

Por otra parte para que exista el contrato es necesario que se den los elementos de existencia del mismo que son, como sabemos el objeto y el consentimiento, sino hay voluntad del fiduciario no podemos afirmar que exista el contrato de fideicomiso.

Como señala Batiza¹¹⁰ la naturaleza del fideicomiso mexicano constituido por acto entre vivos, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto se confirma, por la existencia de la condición resolutoria tácita, la cual esta prevista por el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal; para cuando una de las partes incumple con lo contratado, que se encuentra a favor del fideicomisario o del fideicomitente si se reservó tal derecho ante el incumplimiento de la fiduciaria; y a favor de ésta ante la negativa de aquellos a pagarle las compensaciones estipuladas o si los bienes fideicomitidos no los producen.

¹⁰⁹ Macedo citado por ACOSTA Romero, Miguel. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. OP. CIT. P. 151.

¹¹⁰ BATIZA, Rodolfo. FIDEICOMISO TEORÍA Y PRÁCTICA. OP. CIT. P. 163

En este caso, el pacto comisorio no puede operar más que para la resolución de las obligaciones contraídas por el fideicomitente o el fideicomisario, en cuanto al pago de las compensaciones a favor de la fiduciaria, por su aceptación para la ejecución y la ejecución misma del fideicomiso, y las que son a cargo de la institución fiduciaria por dicha ejecución, pero nunca por incumplimiento en la constitución del fideicomiso. Las obligaciones resueltas traen aparejada la renuncia o la remoción de la fiduciaria, pero la reanudación del mismo se logrará sin amenazar las bases constitutivas por una rescisión, con la designación de una nueva fiduciaria que acepte ejecutar el fideicomiso de que se trate.¹¹¹

Por nuestra parte, hacemos propia esta posición considerando que el fideicomiso es un contrato, ya que “nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de la voluntad”.¹¹²

3.8.- EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN DE CRÉDITO

Emilio Krieger Vázquez afirma que desde su punto de vista formal, los actos jurídicos tienen la naturaleza que las normas positivas les atribuyen.¹¹³

¹¹¹ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 46.

¹¹² ACOSTA Romero, Miguel. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. OP. CIT. P. 157.

¹¹³ KRIEGER Vázquez, Emilio. OP. CIT. P. 55.

De esta manera tomando en consideración el artículo 75 fracción XVI del Código de Comercio que dice: “La ley reputa actos de comercio:...XVI. Las operaciones de bancos...”; así como el último párrafo del artículo I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dice: “Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio”. Podemos concluir que el fideicomiso es un acto de comercio, al ser una operación bancaria y una operación de crédito.

Siguiendo esta postura Rodríguez Rodríguez¹¹⁴ completa su apreciación del fideicomiso, al considerarlo desde el tipo de acto que es por lo que señala que es una operación bancaria, en virtud de que en México, sólo pueden ser fiduciarias, las instituciones de crédito, y agrega que, al ser una operación bancaria, es un acto de comercio.

Las operaciones bancarias tienen en común denominador que consisten en una serie de operaciones de crédito. Rodríguez Rodríguez define a las operaciones bancarias como “toda aquella operación de crédito practicada por un banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares”.¹¹⁵

Sin embargo hay que determinar hasta que grado en realidad el fideicomiso es una operación de crédito.

“Se entiende por operación de crédito, aquella en cuya virtud se concede un beneficio a cambio de una contraprestación aplazada. Pero si se acepta un amplísimo concepto de las operaciones de crédito, considerando como tales aquellas en las cuales interviene un grado

¹¹⁴ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. OP. CIT. P. 112.

¹¹⁵ Rodríguez citado por DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. OP. CIT. P. 161.

considerable de confianza, si cabe el fideicomiso, en cuanto situación, dentro de esta idea de las operaciones de crédito, pues en él el fiduciario goza de la confianza del fideicomitente, quien en atención a esa confianza le encomienda el desempeño de su cargo”.¹¹⁶

De los razonamientos anteriores procedo a concluir diciendo que el fideicomiso es una operación bancaria, donde la obligación de la fiduciaria deberá cumplirse con posterioridad a la celebración del negocio con base en la confianza que la institución inspira debido a su solvencia económica.

C) EN CUANTO AL PATRIMONIO

Para completar el análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso es importante referirnos a la situación jurídica de los bienes que deriva del negocio que constituye el fideicomiso.

Aquí el problema de la situación jurídica de los bienes consiste en determinar si estos llegan a formar un patrimonio distinto al de los sujetos del fideicomiso y cuál o cuáles de ellos son sus titulares; o si se trata simplemente de una masa de bienes afectos aun fin para determinar si el fideicomitente conserva en mayor o menor medida la propiedad sobre ellos, o si los transmite sin reserva ni limitación alguna.

¹¹⁶ KRIEGER Vázquez, Emilio. OP CIT. P. 56.

3.9.- PROPIEDAD

El régimen de la propiedad dentro del Derecho Romano entrañaba la adscripción jurídico-material de la cosa a su propietario, así como la facultad de ejercicio de toda clase de actos relacionados con la misma. Por esto, la propiedad era plena in re potestas, donde los elementos esenciales eran: “ius utendi, ius fruendi y ius abutendi”, sin que pudiera hablarse de limitaciones a la adscripción ni a sus derechos derivados.

Así vemos que, para la doctrina moderna, la propiedad es una función social y el individuo deja de ser fin para convertirse en un medio; medio de cumplir en su esfera y en la medida de su actividad los destinos del conglomerado social del que forma parte.¹¹⁷

Podemos definir al derecho de propiedad como derecho real, por el cual una cosa se encuentra sometida al poder jurídico de una persona, en forma directa, exclusiva y perpetua, para que ésta pueda retirar todas las ventajas económicas que la cosa sea susceptible de prestarle siendo este derecho, como todo derecho real, oponible a todo el mundo¹¹⁸.

Así podemos concluir que actualmente el derecho de propiedad continúa teniendo los elementos de la propiedad romana con las limitaciones que marca la ley.

¹¹⁷ Revista EL FORO. Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados Quinta época N° 35 Julio-Septiembre. México D.F. 1974. P.53. OP. CIT. Segunda Parte.

¹¹⁸ Aguilar Carvajal, Leopoldo. CONTRATOS CIVILES . Editorial. Porrúa. México. 1985.

Hay quienes afirman que en el fideicomiso está presente la figura jurídica de la propiedad tal y como la conocieron los romanos, sin embargo, partiendo del punto de vista de la propiedad y de la transmisión de los bienes o de los derechos como presupuesto para la integración del patrimonio en fideicomiso, el fideicomitente pierde la propiedad sobre los bienes al realizar la transmisión. De tal suerte que éstos forman un patrimonio en afectación diferente del genérico del cual es titular el fiduciario. Por su parte, el fideicomisario no adquiere la propiedad, sobre los bienes fideicomitados, pues sus beneficios están representados por una serie de derechos de crédito ejecutables en contra de la fiduciaria.

Rodríguez Rodríguez afirma que en el fideicomiso se crea una nueva estructura de derecho de propiedad¹¹⁹, en virtud de que la traslación del dominio hace aparecer como dueño al fiduciario, sin que tenga un libre uso, disfrute y disposición sobre los bienes fideicomitados, por estar, dichas facultades limitadas. Sostiene que el titular jurídico es el fiduciario, aún cuando su título sea temporal y revocable. En opinión de este autor, será titular económico el fideicomisario y en su caso, el fideicomitente por ser ellos los beneficiarios de la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

Para Cervantes Ahumada la institución fiduciaria será la titular de los bienes objeto del fideicomiso y define a la titularidad como “una cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos de una relación jurídica”¹²⁰; sin que por eso se le debe interpretar como propietario.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. OP.CIT. P. 120.

¹²⁰ CERVANTES Ahumada, Raúl. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. OP. CIT. P. 306

Oscar Morineau¹²¹ dice que el fiduciario tiene todos y cada uno de los derechos del propietario; su derecho es oponible a todo el mundo. Sin embargo, tiene obligaciones frente al fideicomisario y a veces frente al fideicomitente, por lo que el fiduciario actúa como propietario por que es jurídicamente propietario, pero no lo hace como si ejercita un derecho potestativo, pues no puede optar libremente por su ejercicio o no ejercicio. Su derecho de propiedad es de ejercicio obligatorio.

Precisamente la finalidad del fideicomiso, como eje de la institución, será el punto de partida de los derechos y obligaciones del fiduciario, fideicomitente y fideicomisario. Aquí se origina la transformación del derecho de propiedad potestativo en obligatorio.

3.10.- PROPIEDAD FIDUCIARIA

El efecto traslativo originado por el fideicomiso, es un elemento esencial en el concepto de fideicomiso, cierto es que esta transmisión tiene como limitante los fines del fideicomiso, sin embargo el fiduciario tendrá todas las acciones de propietario sobre el patrimonio fideicomitado.

Es un derecho de propiedad con características que no lo contradicen, por lo que puede hablarse de propiedad, pero también tiene notas especiales que nos permiten denominarlo propiedad fiduciaria.

¹²¹ Morineau, Oscar citado por ESCUDERO Mendoza, Silvia. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA. México: Tesis ELD. 1994. PP. 50 Y 51.

La propiedad fiduciaria de los bienes objeto del fideicomiso, no sólo implica a la relación que existe entre ellos y el fiduciario, sino que además, abarca la relación existente entre éstos y el fideicomitente y el fideicomisario, que en ocasiones puede ser la misma persona, y que atendiendo a los fines del fideicomiso, tiene derechos sobre ellos.

Por su parte Domínguez Martínez, reconoce que ha operado la transmisión de propiedad a favor del fiduciario, y expresa que: "... la fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos, dado que el fideicomitente le transmite el derecho a disponer de los mismos, pero al mismo tiempo, somos de la opinión según la cual, el propio fideicomitente conserva cuando menos parte del derecho de propiedad sobre tales bienes que podría ser, inclusive, todo el derecho de propiedad sobre los mismos solo que en estado latente..."¹²²

Esta opinión se refiere a aquellos fideicomisos revocables, en los cuales el fideicomitente, después de su constitución conserva derechos respecto a los bienes fideicomitidos.

Para Mariano Navarro Martorell, quien es citado por Villagordoa, define "como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad"¹²³.

Así podemos decir, que en el fideicomiso opera una transmisión de los bienes o derechos al fiduciario, transmisión necesaria para la realización del fin para el cual se ha destinado los bienes

¹²² DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. OP. CIT. PP. 203Y 204.

¹²³ Navarro Martorell citado por VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 126.

fideicomitidos. Estos bienes o derechos dejan de pertenecer al fideicomitente, salen de su patrimonio aunque es posible que se haya reservado el derecho a recuperarlos en determinadas circunstancias, tendrá en ese caso un derecho personal de exigir al fiduciario un dar.

Para Joaquín Rodríguez el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir, que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es, dueño normalmente temporal. Puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico; pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso.

El fiduciario no tiene libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones:¹²⁴

1.- Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar y no en interés del fiduciario.

2.- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.

3.- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales de establecimiento.

4.- Los bienes, deben volver al fideicomitente con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de personas de orden público e instituciones de beneficencia.

Continúa Rodríguez Rodríguez¹²⁵ diciendo que esto quiere decir que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación, sin que signifique que no tiene titular.

¹²⁴ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. OP. CIT. P. 121.

¹²⁵ IBIDEM.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es claro que los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente:

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

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

Amparo Directo 3285/70 Guillermo Hernández Hurtado. 9 de marzo de 1973.

Sexta Época:
Volumen CXXXVI, Cuarta Parte, pág. 20.

Considera al fiduciario como dueño fiduciario de los bienes, con todo lo que ello implica:

FIDEICOMISO, DERECHO DE AUDIENCIA DE LA FIDUCIARIA, EN EL JUICIO HIPOTECARIO SEGUIDO EN CONTRA DEL FIDEICOMITENTE, RESPECTO AL INMUEBLE OBJETO DEL CONTRATO. "Si el fideicomiso sobre un bien inmueble se constituyó y se inscribió en el Registro, con anterioridad a la instauración del juicio sumario hipotecario relativo al propio inmueble, seguido en contra del fideicomitente debe estimarse, que habiendo adquirido la institución fiduciaria los derechos de dueña poseedora del bien, antes de la fecha en que se inició el juicio hipotecario, la misma institución debió ser citada a éste, sin que obste que el fideicomiso se hubiere constituido con posterioridad a la hipoteca, pues ello sólo significa que ésta conserva su relación en cuanto al pago, pero nada tiene que ver con la garantía procesal de previa audiencia y emplazamiento a juicio, para que no se privara a la fiduciaria de sus derechos adquiridos sobre un inmueble, sin respetar esa garantía. El artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, establece que "cuando después de fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda, cambiase el dueño y poseedor

jurídico del predio, con éste continuará el juicio. “Por tanto, si el cambio en cuanto al dominio o posesión ocurrió antes de iniciarse el juicio, por mayoría de razón debe estimarse que era necesario, para no violar la garantía del artículo 14 constitucional, que se emplazara a juicio a la institución fiduciaria, que adquirió, además de su carácter de dueña fiduciaria del inmueble, la posesión del mismo”.(Tercera sala, *Semanario Judicial de la Federación. Época 6ª. Volumen CXXVI. Página 20*).

Amparo Directo 171/65. José Refugio Devora Mojarro. 13 de abril de 1967.
Quinta Época
Tomo CIII, pág. 1768.

Nuestro derecho positivo mexicano faculta al fiduciario otorgándole todos los derechos necesarios para la consecución de los fines del fideicomiso, donde los límites de su ejercicio los marca el acto constitutivo.

Quienes niegan la propiedad fiduciaria a firman que si el fiduciario fuera pleno propietario los bienes formarían parte de su activo y no tendrían contrapartida de la adquisición. Al respecto podemos decir que es una de las notas características de la propiedad fiduciaria pero no con esto se pierde la esencia del derecho de propiedad.

En el fideicomiso, partiendo de la propiedad y de la transmisión de los bienes o de los derechos como presupuestos para la integración del patrimonio, el fideicomitente pierde la propiedad sobre los bienes al realizar la transmisión; éstos forman un patrimonio de afectación diferente del genérico del cual es titular el fiduciario y el fideicomisario no adquiere la propiedad de los bienes fideicomitados, sino que será titular de derechos de crédito frente al fiduciario.

En la conferencia pronunciada por el Licenciado Gilberto Moreno Castañeda en la ciudad de Tuxtla Gutiérrez el 14 de abril de 1972, afirmó que: “El título por el cual el fiduciario ejerce el dominio sobre las cosas no es propiedad, no es posesión derivada, ni es mandato. Es un título de reciente estructuración en nuestro derecho, sin nexo con las tradicionales. Si nos empeñamos en darle alguna denominación podremos intitularlo propiedad en fideicomiso, o simplemente propiedad fiduciaria”.¹²⁶

Por lo anterior podemos decir, que el fiduciario es propietario del patrimonio fideicomitado, los bienes o derechos que se afectan salen del patrimonio del fideicomitente para ser propiedad fiduciaria del fiduciario. Y hablamos de propiedad fiduciaria porque no se confunden dichos bienes o derechos con el patrimonio de la institución fiduciaria, sino que están destinados a la realización de un fin previsto en el acto constitutivo del fideicomiso, medida de los derechos y obligaciones del fiduciario.

3.11.- EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO DE AFECTACIÓN (O PATRIMONIO SIN TITULAR)

Esta teoría respecto del fideicomiso para su mejor comprensión, debemos referirnos a su aspecto general dentro del derecho.

¹²⁶ REVISTA DE DERECHO NOTARIAL, México, Junio, 1972. Año XVI. Nº 47. P. 52. Moreno Castañeda, Gilberto. EL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

“Francisco Ferrara, en su obra Teoría de las personas jurídicas, expone la Teoría de Brinz quien parte de la división de los patrimonios en dos categorías: patrimonios de personas y patrimonios impersonales, llamados también patrimonios afectos a un fin o patrimonios de destino. Los primeros son aquellos que pertenecen a un sujeto de derecho. Los segundos, carecen de dueño pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales, estos últimos patrimonios tienen derechos pero no son de alguien sino de algo, es decir, del patrimonio mismo”¹²⁷.

También es necesario conocer la teoría de Lepaulle, que explica la naturaleza jurídica del trust, partiendo del concepto de patrimonio de afectación. Agrega este autor que el trust necesita una res para que exista jurídicamente, es decir, bienes y afectación prevista para los mismos, el trustee solamente es el medio de realizar prácticamente esa afectación.

Continúa diciendo el autor citado que: “Una afectación no se realiza por sí sola: es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber ni settlor, ni cestui que trust (o beneficiario) que constituyan una persona física o moral, pero debe haber un trustee. La afectación debe de realizarse por medio de un sujeto de derecho.”¹²⁸

Lepaulle define al trust como “ una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de

¹²⁷ Ferrara, Francisco citado por VAZQUEZ Arminio, Rodrigo. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO Y SUS PRINCIPALES APLICACIONES PRÁCTICAS. OP. CIT. P. 106

¹²⁸ Lepaulle, Pierre citado por VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P. 106.

hacer todo lo que sea necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”.¹²⁹

A este respecto no estamos de acuerdo con ella, ya que no puede haber patrimonio sin titular; partiendo de que el patrimonio que inicialmente es del fideicomitente es transmitido al fiduciario para la realización de un fin. Efectivamente hay una afectación pero en el sentido de destino y no de independencia de los sujetos. Sin embargo no hay que dejar de reconocer el esfuerzo realizado por el francés Lepaulle que intenta dar una explicación.

La afectación del patrimonio requiere la personalidad jurídica de un sujeto de derecho que sea titular del patrimonio, los bienes no son el centro de imputación jurídica, sino el objeto de la afectación.

García Maynez señala que: “Todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado: Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción del deber se encuentra ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que las que existe entre las ideas de sustancias y atributo”.¹³⁰

Entre los autores mexicanos que sostienen ésta teoría, se encuentra Juan Landerreche Obregón, quien inspirado por ella, en 1942 basa sus ideas en el análisis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹²⁹ IDEM. PP. 106 Y 107.

¹³⁰ García Maynez, Eduardo citado por VÁZQUEZ Arminio, Rodrigo. OP. CIT. PP. 16Y 17.

Este autor señala que “el fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes”.¹³¹

Hay que recordar que todos los bienes materiales tienen como destino la satisfacción de las necesidades de todos los hombres, y que la propiedad, sólo es la forma, el medio natural y conveniente para lograr esta finalidad, es decir, “la propiedad se impone y justifica como medio para realizar la destinación de las cosas a fines humanos, por su fin de servicio humano”.¹³²

Con base en que todos los bienes pertenecientes a un sujeto son destinados a la satisfacción de ciertas necesidades “resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio, autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino, como simple condición, la de un órgano que realice el fin que se persigue”.¹³³

Considera que el funcionamiento y operación del fideicomiso, así como los derechos y relaciones de las partes que en él intervienen, derivan de los derechos que sobre los bienes objeto del fideicomiso, se afectan a la realización de un fin, y que se complementa, con el encargo de buena fe que se hace al fiduciario.

¹³¹ Revista JUS. Tomo IX. N° 50. Septiembre 1942. México D.F. PP. 196 Y 197. Landerreche Obregón, Juan. NATURALEZA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO.

¹³² LOC. CIT.

¹³³ IDEM. P. 197.

Cuando este autor se refiere a los elementos del fideicomiso, agrega que:¹³⁴ “los elementos esenciales del fideicomiso son pues, un fin lícito por alcanzar y la destinación de ciertos bienes a su realización, para lo cual se requiere como condición que una persona maneje el patrimonio así formado y disponga de él para dicho objeto, persona que, en nuestro derecho debe ser una institución fiduciaria”.

Añade dicho autor que por virtud de la afectación que se realiza en el fideicomiso “la transferencia de dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante a la del usufructo en que se separa el derecho de usufructo y la nuda propiedad: en el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento, que se destina al fin del fideicomiso, sin que haya una persona titular de dicho derecho, y por la otra, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a los mismos bienes, facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso”.¹³⁵

Considera que la afectación es el acto a través del cuál, el fideicomitente separa y transfiere el dominio de los bienes o derechos que entrega y que como consecuencia de dicha afectación, el patrimonio del fideicomiso, tiene características propias, a sea, es especial; puesto que es un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las partes que participa en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.

¹³⁴ IDEM. P. 200.

¹³⁵ LOC. CIT.

Reconocemos la claridad de pensamiento de Landerreche, así como la manera de relacionar la postura de Lepaulle a nuestro derecho que efectivamente fue su inspirador, pero por nuestra parte consideramos que solamente es válida esta teoría, cuando afirma que en el fideicomiso existe una afectación de bienes o derechos a la realización de determinados fines, y que es incorrecta en cuanto a que pretende que el patrimonio del fideicomiso, carezca de titular, ya que es obvio, que todo derecho u obligación, debe comprender a una persona como titular de los mismos.

3.12.- EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Otra corriente, es la que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad originario; y afirma que se está en presencia de dos titulares respecto de un determinado bien:

- A) El fiduciario, tiene la titularidad jurídica;
- B) El fideicomisario, tiene la titularidad de carácter económico.

Franceschelli afirma además, que estos sujetos reciben una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitida (in trust), al trustee un señorío legal (legal estate) y el cestui que trust un señorío equitativo (equitable estate).¹³⁶

¹³⁶ Franceschelli, Remo citado por VÁZQUEZ Arminio, Rodrigo. OP. CIT. P. 18.

“El desdoblamiento del derecho de propiedad origina dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa en la siguiente forma: en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust)”.¹³⁷

“El contenido del derecho de propiedad, que como hemos visto, contiene dos categorías de facultades, que son las de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con la tendencia predominante, al trustee y al cestui que trust, respectivamente”.¹³⁸

Para Lizardi Albarrán hay una posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro derecho.¹³⁹

Según opinión de este autor, el derecho atribuible al fiduciario surge, por la ostentación que de propietario tiene ante los terceros, la cual consiste en el poder de decisión que respecto a los bienes fideicomitidos tiene dicho sujeto; además se trata de todo valor económico.¹⁴⁰

El derecho real del que es titular el fideicomisario es aquel que tiene contenido económico con validez erga omnes, ligado al fin propuesto ya que el fideicomisario puede perseguir y reivindicar los bienes para ser restituidos al fondo del fideicomiso.

¹³⁷ LOC. CIT.

¹³⁸ IDEM. PP. 18Y 19.

¹³⁹ LIZARDI Albarrán, Manuel. ENSAYO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 200.

¹⁴⁰ LOC. CIT.

“Concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales; el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea un justo título, y el fideicomisario, con un valor económico pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos, del fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines objeto de la operación”.¹⁴¹

Para nosotros es insostenible que el derecho de propiedad pueda desdoblarse, ya que se atenta contra la naturaleza del mismo, pues se trata de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos títulos diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente excluye a cualquier otro debido a que nuestro régimen jurídico se funda en un único orden jurídico.

Además, legalmente, se ha estipulado de manera expresa que el fideicomisario es titular sólo de derechos de crédito (artículo 6° del Acuerdo del Ejecutivo Federal del 30 de abril de 1971).¹⁴²

3.13.- TEORIA DE LA TITULARIDAD DEL FIDUCIARIO

Quienes exponen esta teoría sostienen que el titular de los bienes o derechos fideicomitados es el fiduciario, ya que éste adquiere el derecho de propiedad sobre bienes o sobre créditos y puede hacer de

¹⁴¹ IDEM, P. 201.

¹⁴² DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 157.

su derecho lo que considere conveniente para el mejor cumplimiento de los fines propuestos sin importar las limitaciones impuestas por la ley o por las partes, para que se le considere como un verdadero propietario para todos los efectos jurídicos más no para los efectos económicos.

Para Serrano Trasviña, el patrimonio del fideicomiso, “tiene un destino concreto que determina los derechos y acciones imputables a un titular, que razonablemente debe ser la fiduciaria encargada de sustanciar el negocio y llevar a cabo la consecución del mismo...; y agrega que, “los derechos subjetivos necesarios al cumplimiento del fideicomiso se otorgan a la institución fiduciaria”.¹⁴³

En resumen esta teoría se explica diciendo, que en todo fideicomiso, el fiduciario esta investido de todas las facultades que correspondan al propietario; el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos.¹⁴⁴

Carlos Yarza Ochoa¹⁴⁵ considera al fideicomiso como un negocio fiduciario en cuanto que se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario, la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin, objeto del fideicomiso.

En los negocios fiduciarios existe un aspecto real traslativo de dominio que opera frente a terceros, en este sentido la ley señala que

¹⁴³ Serrano Trasviña, Jorge citado por VILLAGORDOA Lozano, José Manuel.. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. PP. 134 Y 135.

¹⁴⁴ DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. OP. CIT. P. 159.

¹⁴⁵ Yarza Ochoa, Carlos citado por VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P.132.

el fideicomiso implica una transmisión de propiedad a favor del fiduciario, debiendo reunir los requisitos publicitarios correspondientes, es decir, inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles, o notificación de la propiedad cuando se trate de bienes muebles, esa traslación de dominio, produce efectos contra terceros, lo que quiere decir, que el fiduciario aparece como dueño con las limitaciones que marca la ley.

Rodríguez Rodríguez comparte esta teoría y señala que el fideicomiso implica una traslación de dominio ya que crea una nueva estructura en el derecho de propiedad y señala que la ley afirma que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad a favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes. Esta traslación de dominio produce efectos contra terceros.¹⁴⁶

El dominio fiduciario tiene las siguientes limitaciones, según el autor en cuestión.¹⁴⁷

- 1.- Todas las facultades se ejercen en función del fin a realizar, y no en interés del fiduciario;
- 2.- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario;
- 3.- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento;

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. OP. CIT. P. 111.

¹⁴⁷ IDEM. P.112.

4.- Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente, con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de personas de orden público.

“Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación. Bien entendido que un patrimonio separado o un patrimonio fin o de afectación no es patrimonio sin titular”.¹⁴⁸

Así el fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente, es decir, el fiduciario es titular jurídico por que él, aunque temporal y revocable es el dueño y son titulares económicos el fideicomisario y el fideicomitente, porque a ellos son los beneficios de la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

Por otra parte para Cervantes Ahumada¹⁴⁹ la institución fiduciaria es titular de los bienes fideicomitidos, entendiéndose por titularidad de una cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos de una relación jurídica, sin que ello se deba entender como propietario.

En esta postura se habla como ya mencionamos anteriormente de que existe una transmisión de propiedad de bienes y derechos del fideicomitente al fiduciario, que origina la constitución de un

¹⁴⁸ IDEM. P. 111.

¹⁴⁹ CERVANTES Ahumada, Raúl. TITULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. OP. CIT. P.127.

patrimonio nuevo, el patrimonio del fideicomiso o patrimonio fideicomitido; y es aceptado que dicho patrimonio no carezca de titular, pero deja muchos elementos que intervienen en la formación de un fideicomiso.

En virtud de lo expuesto, podemos apreciar que aún hay mucho por aclarar y delimitar en materia de fideicomiso, sin embargo, el no emitir opinión alguna a este respecto, no nos parece que ayude mucho, en una figura que ofrece solución a casi todo problema planteado. Así nuestro criterio sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, tal como está regulado por el derecho positivo y también tal y como se maneja en el uso y en la práctica bancaria de nuestro país, consideramos que es un acto jurídico, concretamente un contrato, e insistimos que la postura contractualista es sólo un enfoque a un fideicomiso que en México ha tenido un extraordinario desarrollo y aplicaciones variadas.

CAPITULO CUARTO

CONTRATOS DE GARANTÍA

Los acreedores tienen un derecho sobre el patrimonio del deudor en el sentido de que éste responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, excepto los inalienables o inembargables.¹⁵⁰

En el antiguo Derecho Romano el deudor respondía del cumplimiento de su obligación con su persona; es decir, las obligaciones tenían como garantía la persona misma del deudor. En el derecho moderno ya no es así porque el deudor responde ya del cumplimiento de sus obligaciones con sus bienes, por eso se dice que la obligación se ha despersonalizado.

Cierto es que el patrimonio de las personas garantiza a los acreedores las obligaciones que tengan a su favor, sin embargo, debido a la frecuencia en que ocurre que éste no sea suficiente, el acreedor exige que de manera, especial se garantice el cumplimiento de la obligación. Es así donde nacen las garantías.

Para dar mayor seguridad al cumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores, se han venido desarrollando un sin número de contratos de garantía.

¹⁵⁰ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente.

2964 C. C. "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables".

Estos contratos de garantía pueden ser de dos clases, de dos tipos: personal y real. La primera la dan las personas mismas; la segunda la dan ciertos bienes.¹⁵¹

La garantía personal difiere de la real, en que en la primera se responde del cumplimiento de las obligaciones con todos los bienes del deudor, con excepción de los que; conforme a la ley, no sean enajenables, y en la segunda, se garantiza el cumplimiento de las obligaciones específicamente con uno o más bienes determinados, constituyendo sobre ellos un derecho real de prenda o hipoteca.¹⁵²

En nuestra legislación civil se establecen tres contratos de garantía: Fianza, Prenda e Hipoteca.

A) CONTRATOS DE GARANTÍA PERSONALES

Tienden a garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación mediante el establecimiento de una pluralidad de deudores, el riesgo, en tal virtud, es menor ya que si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás codeudores.

¹⁵¹ LOZANO Noriega, Francisco. CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL CONTRATOS. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México 1990. P. 602.

¹⁵² ZAMORA Y Valencia, Miguel Angel. CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México 1992. P. 269.

4.1.- CONTRATO DE FIANZA

De conformidad con el artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal vigente dice a la letra “La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si este no lo hace”.

Zamora y Valencia señala que la fianza es “el contrato por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación”.¹⁵³

La fianza constituye una garantía personal para el cumplimiento de una obligación, es decir, que el fiador garantiza en lo personal con todos sus bienes, el cumplimiento de sus obligaciones, con excepción de los que, conforme a la ley, no sean enajenables.

Cuando se otorga simplemente una garantía personal, se corre el riesgo de que, al momento en que se pretende hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, el deudor (o el fiado) sea insolvente, y por lo tanto, la garantía no sea suficiente. Por eso la razón práctica de celebrarlo, obedece a que los acreedores quieren evitar en lo posible, el riesgo de sufrir las consecuencias que acarrea la insolvencia del deudor, esto es, la falta de cumplimiento de la obligación y al comprometerse el fiador a pagar sino lo hace el deudor, se está ampliando la seguridad del acreedor, pues es más difícil que lleguen a ser insolventes dos personas que una.

¹⁵³ IDEM. P. 267.

El acuerdo de voluntades debe concertarse entre fiador y acreedor, ya que puede celebrarse aún sin el consentimiento del deudor; y debe coincidir, en la prestación que se obliga a satisfacer el fiador en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones.

Además el límite de la responsabilidad del fiador es la obligación del deudor principal, puede obligarse a menos, pero sino se menciona hasta dónde llega su responsabilidad, se entiende que se obligó por el todo.¹⁵⁴

El contrato de fianza requiere que exista siempre una obligación válida futura, lisa y llana, modalidad sujeta a plazo o a condición, así lo dispone el artículo 2797 en su primer párrafo, pero sin embargo nos dice en su segundo párrafo que “puede, no obstante, recaer, sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado”.

La obligación principal no puede estar afectada de nulidad absoluta, pero puede ser que se haya necesitado garantizar precisamente por el riesgo de la nulidad, por lo tanto debe subsistir la garantía; sin embargo es necesario que el garante esté conciente del riesgo, sino se caerá en el vicio de la voluntad del error.

La explicación de esto la da Planiol que considera que subsiste la obligación del fiador porque la principal es una obligación natural que no puede exigirse civilmente.¹⁵⁵

¹⁵⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2799 C. C. “El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por lo menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligo por otro tanto”.

¹⁵⁵ Planiol citado por LOZANO Noriega, Francisco OP. CIT. PP. 610 Y 611.

4.1.1.- CLASES DE FIANZA

El Código Civil hace referencia en su artículo 2795 a la existencia de varios tipos de fianza como son:

- A) Fianza Legal es cuando la ley, en forma directa e inmediata impone la obligación de otorgar esta garantía fuera de cualquier procedimiento administrativo o judicial; es decir, es aquella que para su constitución se otorga con los requisitos que el propio código señala.
- B) Fianza Judicial es aquella que se constituye por la intervención o mandato del juez. Técnicamente todas las fianzas judiciales son legales, ya que el juez al imponer la fianza lo hace con fundamento en una disposición legal.
- C) Fianza Convencional es el contrato de fianza liso y llano, es decir, es cuando celebran el contrato por acuerdo de voluntades en donde una persona se obliga a hacer frente a una obligación si el deudor principal no lo hace. Específicamente es a la que nos hemos venido refiriendo y lo seguiremos haciendo en este apartado
- D) Fianza Gratuita es cuando el fiador no recibe del acreedor una contraprestación por la obligación que asume.
- E) Fianza Onerosa es cuando el fiador recibe por su obligación, una contraprestación del deudor principal.

Para otorgar una fianza legal o judicial, se requiere que el fiador pruebe su solvencia con un certificado del Registro Público de la Propiedad, que compruebe que es propietario de bienes inmuebles con

valor suficiente para garantizar la obligación que contraiga, y no le aprovecha el beneficio de excusión que da la ley a los demás fiadores. La persona ante quien se otorgue una de esas fianzas, deberá dar aviso al Registro Público de la Propiedad para que se haga una anotación preventiva de la misma en el folio real correspondiente al inmueble señalado para acreditar la solvencia, que producirá el efecto de presumir fraudulenta la enajenación que haga del bien el fiador, si de ésta resulta su insolvencia.

Respecto a la celebración de este contrato sólo se requiere tanto para el acreedor como para el fiador de una capacidad general para obligarse; pero sin embargo para este último el Código Civil en su artículo 2802 nos señala los requisitos para ser fiador: 1° Que sea capaz; 2° Que este domiciliado en el lugar; 3° Que tenga bienes suficientes.

La fianza se puede constituir no solo a favor del obligado principal sino en ocasiones el obligado principal podrá otorgar contra-fianza a satisfacción del fiador quien también entra en la relación jurídica pero sólo vinculado con el obligado principal y el fiador en forma solidaria.

4.1.2.- EFECTOS DE LA FIANZA

En el momento en que se perfecciona el contrato de fianza, se producen efectos entre los contratantes. Estos efectos son:

1°.- Entre los contratantes; (éste es el orden que sigue el Código Civil) los efectos que produce la fianza entre los contratantes;

2°.- Las relaciones, o sea los efectos que produce la fianza entre el fiador y el deudor; y

3°.- Los efectos o relaciones que se establecen cuando hay pluralidad de fiadores.

4.1.2.1.- EFECTOS ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR

La obligación que se genera para el fiador es la de dar cumplimiento a una prestación determinada por el deudor si éste no la cumple, pero primero se le demanda el pago al deudor y sólo en su defecto se le exigirá el pago al fiador, sin embargo, el fiador puede obligarse a cumplir antes que el deudor principal. Generalmente el fiador renuncia a lo que se llama “sus beneficios”.

Estos beneficios son dos: a) el de orden y b) el de excusión. Cuando hay pluralidad de fiadores es el de división.

A continuación nos referiremos a cada uno de ellos.

- a) Beneficio de Orden es el derecho que tiene el fiador para que antes de ser demandado a pagar al acreedor, sea reconvenido el deudor; es decir, que primero se le debe exigir al deudor el pago y sólo en caso de que no cumpla el fiador.

- b) Beneficio de Excusión consiste en que el acreedor debe ejecutar la sentencia primero en los bienes del deudor para el

pago de la obligación garantizada la que quedará extinguida o reducida.

La excusión de conformidad con lo establecido en el artículo 2815 del Código Civil para el Distrito Federal “consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto”.

Para que proceda el derecho del fiador, se requiere: Que lo haga valer, que designe bienes del deudor que se encuentren en el distrito judicial del lugar del pago y que los mismos sean suficientes, en este caso si el acreedor no promueve la excusión por negligencia, será responsable de los perjuicios que cause el fiador y este último estará libre de la obligación hasta la cantidad que alcancen los bienes que haya designado para la excusión.

Estos beneficios pueden ser renunciables.

- c) Beneficio de División entre los Fiadores comprende las relaciones de los fiadores entre sí y sólo se aplica habiendo pluralidad de fiadores.

Para que pueda oponerse al acreedor el beneficio de división se requiere de un pacto expreso celebrado entre los contratantes respecto a ella.

Si hay varios fiadores cada uno de ellos está obligado por la totalidad frente al acreedor. Por esta razón estatuye el artículo 2827 del citado Código que: “Si son varios los fiadores de un deudor por

una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario, pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resueltas del juicio.

El beneficio de división entre los cofiadores opera sólo cuando uno de los fiadores ha pagado la obligación, pudiendo reclamar de cada uno de los demás fiadores de un mismo deudor la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones.(artículo 2837).

En la fianza solidaria si el deudor principal paga la deuda íntegra nada puede reclamar del fiador, y si éste es el que paga, se subroga íntegramente en los derechos del acreedor en contra del deudor principal, contra quien también puede exigir el reembolso de lo pagado.

El fiador que paga se subroga por ministerio de la ley en los créditos del acreedor que ha sido pagado por el fiador.¹⁵⁶

Entre los fiadores el beneficio de división no opera cuando:

- a) Se renuncia expresamente
- b) Obligación mancomunada con el deudor
- c) Hay fiadores concursados o insolventes

¹⁵⁶ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2830 C.C. "El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor".

- d) El deudor no puede ser demandado judicialmente en la República.¹⁵⁷

El objeto de invocar el beneficio de división es por el hecho de que sobrevengan casos de insolvencia de algunos cofiadores; por consiguiente constituye una defensa del cofiador para que no se vea expuesto a tener que sufrir después un aumento en su responsabilidad por culpa de algún fiador moroso.¹⁵⁸

4.1.2.2.- EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR PRINCIPAL

El fiador que paga tiene contra el deudor principal dos acciones:

- A) La acción personal o de reembolso que es para que el deudor lo indemnice por lo que él pago, así como todos los accesorios que correspondan por ella, el fiador puede cobrar intereses, puesto que la acción la dan los artículos 2828 y 2829 del citado Código cuando disponen que el fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor principal.

¹⁵⁷ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente: (fracción III.)

2816 C.C. "La excusión no tendrá lugar:

III. Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República".

¹⁵⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2840 C.C. "El fiador que pide el beneficio de división sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aun por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame".

- B) La acción oblicua en contra del deudor principal, que viene siendo acción de subrogación legal que opera por ministerio de la ley. Teniendo así el derecho de exigir del deudor el cumplimiento a su favor de la obligación principal en la medida de su cumplimiento frente al acreedor principal.¹⁵⁹

4.1.3.- EXTINCIÓN DE LA FIANZA

Existen en el contrato de fianza dos maneras de extinción:¹⁶⁰

- 1.- Vía principal como se extingue cualquier obligación.
- 2.- Vía de consecuencia, al extinguirse la obligación principal se extingue la fianza; está motivada dicha vía por el carácter accesorio del contrato.

Además nuestro Código Civil para el Distrito Federal menciona causas específicas de terminación de la fianza en los artículos 2845 al 2849.

¹⁵⁹ CODIGO CIVIL ARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2058 C.C. "La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

- I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
- II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;
- III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;
- IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición".

¹⁶⁰ LOZANO Noriega, Francisco. OP. CIT. P.634.

4.1.4.- FIANZA MERCANTIL

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas , establece que las operaciones que se practican por las instituciones de fianza, se considerarán mercantiles para ambas partes. Y requerirán autorización del gobierno federal para la práctica habitual de operaciones a título oneroso.

Siendo consistentes con la definición de la fianza civil contemplada en el Código de la materia, podríamos definir a la fianza mercantil o de empresa como aquel contrato, por medio del cual una institución de fianza autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se compromete con un acreedor a cumplir una obligación de su deudor en caso de que éste no lo haga, mediante el cobro de una prima.

De conformidad con sus características distintivas, tenemos que se trata de un contrato consensual, que se expide a título oneroso, existe formalidad, se otorga habitualmente, se rige por la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

La fianza mercantil constará necesariamente en póliza , con publicidad y a través de agentes, así como que se otorgará sistemáticamente.

El grado de confiabilidad de la fianza mercantil o de empresa es superior por tratarse de un contrato sistemático y profesional ejercido por una institución de fianza de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Por último, la afianzadora no goza de los beneficios de orden y excusión, conforme al artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

C) CONTRATOS DE GARANTÍA REALES

Los contratos de garantía reales se constituyen sobre un bien enajenable que sirve para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, donde el bien mismo servirá, en su caso para pagar, preferentemente frente a los demás acreedores.

4.2.- CONTRATO DE PRENDA

La palabra prenda tiene tres acepciones principales:¹⁶¹

- a) Como contrato
- b) Como derecho real
- c) Como la cosa que constituye la garantía.

Sin embargo nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente ha definido a la prenda en su artículo 2856 que a la letra dice: “La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación en el pago”.

¹⁶¹ IDEM. P. 643.

Rafael Rojina Villegas la define como “contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la causa recibida, una vez que se cumpla dicha obligación”¹⁶².

La prenda, como todos los demás contratos accesorios, de garantía supone la existencia de una obligación principal a la que sirve de garantía. Esa obligación tiene dos sujetos: el activo (acreedor) y el pasivo (deudor).

El consentimiento se integra por el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor prendario. El deudor de la obligación o crédito garantizado puede coincidir o no con el deudor prendario, sino coincide, la prenda puede otorgarse a ruego del deudor de la obligación principal, sin su consentimiento y aún en contra de su voluntad, ya que el contrato se celebra entre el acreedor y el deudor prendario. El contrato para que produzca el derecho real, no se perfecciona con el simple consentimiento, sino que se requiere la entrega de la cosa sobre la que se constituye el derecho; siendo dicha entrega real o jurídica.

Asimismo es importante señalar que se trata de una garantía real pues el valor del bien garantiza preferentemente la obligación principal, pues va más allá de la prenda tácita que constituyen todos los bienes del patrimonio del deudor, y el acreedor tiene el poder de

¹⁶² ROJINA Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo Sexto. Contratos. Volumen II. Editorial Porrúa. México 1990. PP. 493 Y 494.

derecho de forma directa e inmediata respecto del bien dado en prenda, siendo este derecho oponible frente a todos.

En cuanto a los elementos de existencia sólo tiene una modalidad respecto al carácter accesorio del contrato, ya que no puede existir sin una obligación a la que sirva de garantía; por tanto sería inexistente una prenda que no garantizase una obligación existente en cuanto a los requisitos de validez son exactamente los mismos que los de cualquier contrato (artículo 1795).

Para que se produzca el efecto real del contrato se requiere la entrega de la cosa, ya sea real o jurídica, en poder de un tercero o del mismo deudor, en cuyo caso se requerirá la inscripción de la misma en el Registro Público de la Propiedad para producir efectos contra terceros.^{163 164}

La prenda se extingue con la extinción de la obligación principal, además de extinguirse por causas propias.

¹⁶³ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2858 C.C. "Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor . real o jurídicamente".

¹⁶⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2859 C.C. "Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, por que así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público.

El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes".

4.2.1.- OBJETO DE LA PRENDA

En cuanto al objeto indirecto como elemento esencial de este contrato es el bien sobre el que se constituye el derecho real de garantía; la prenda recae sobre bienes muebles enajenables y determinados.

Según la definición legal de la prenda, ésta se constituye sobre bienes muebles (artículo 2856 del Código anteriormente citado) la cual era una característica que diferenciaba a la prenda de la hipoteca.

Existe una excepción al requisito de que la prenda recaiga sobre bienes muebles al permitir su constitución en relación a los frutos pendientes, que deban ser recogidos en tiempo determinado y se inscriba en el Registro Público de la Propiedad para surtir efectos contra terceros.

Los accesorios del bien dado en prenda incrementan la garantía conforme al artículo 2888 del citado ordenamiento que a la letra dice: “El derecho que da la prenda al acreedor se extiende a todos los accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ella”.

Al mencionar la ley que debe ser enajenable el bien se debe a que debe existir la posibilidad de enajenar el bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para que con el producto de la enajenación se haga pago al acreedor.

Debe ser determinado para que se pueda entregar y en caso de que no se entregue debe inscribirse el contrato en el Registro Público de la

Propiedad; ya que la entrega es un requisito necesario para el perfeccionamiento del derecho real.

4.2.2.- LA PRENDA COMO CONTRATO

Al hablar de la prenda como contrato podemos citar como características las siguientes:

- a) Es un contrato bilateral en virtud de que nacen derechos y obligaciones para ambas partes.
- b) Puede ser un contrato oneroso o gratuito, según se constituya por el deudor o por un tercero. Si la impone el deudor, es oneroso en virtud de que existen provechos y gravámenes recíprocos, si la constituye un tercero es gratuita en virtud de que no recibe provecho alguno.
- c) Es un contrato real porque se requiere de la entrega de la cosa, ya sea de manera real o jurídica para el perfeccionamiento del contrato.
- d) Es un contrato formal ya que debe constar por escrito.
- e) Es un contrato accesorio en virtud de que requiere la existencia de una obligación presente o futura.
- f) Es un contrato de garantía ya que sirve para asegurar el cumplimiento de una obligación.

4.2.3.- CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE PRENDA

Como la prenda implica un acto de dominio; por lo tanto, es necesario tener capacidad para enajenar.

El acreedor prendario solo requiere de la capacidad de ejercicio para celebrar dicho contrato.

Pero el deudor prendario no sólo requiere de la capacidad de ejercicio, sino que también requiere de la capacidad de disposición, es decir, que tenga poder o la legitimación de disponer del bien objeto de la prenda.

4.2.3.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACREEDOR PRENDARIO

Por la celebración del contrato de prenda se genera el derecho real de prenda dando al acreedor prendario los siguientes derechos y obligaciones:

I.- DERECHOS

1.- El derecho de retener la cosa en su poder mientras la obligación garantizada con la prenda no se cumpla o venza.

2.- El derecho de preferencia da al acreedor prendario a que se le pague la obligación con el valor de la cosa dada en prenda, sin necesidad de entrara a concurso.

3.- El derecho a ser indemnizado por haber hecho gastos necesarios para la conservación de la cosa empeñada; excepto cuando use de ella por convenio.

4.- Tiene el derecho de exigir al deudor otra prenda aun antes del plazo convenido, así lo que originalmente se dio se deteriora o pierde por caso fortuito o fuerza mayor.

5.- El de recuperar la cosa en manos de quien se encuentre, sin exceptuar al mismo deudor, es decir, el derecho de persecución que tiene todo titular de un derecho real.

II.- OBLIGACIONES

1.- De conservar la cosa empeñada como si fuera propia y responder de los deterioros de la misma por su culpa o negligencia.

2.- A restituir la cosa al momento del cumplimiento de la obligación.

4.2.3.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DEUDOR PRENDARIO

1.- De pagar la suerte principal así como rembolsar al acreedor el importe de los gastos de conservación, con excepción de que el acreedor use la cosa a través de convenio expreso.

2.- Tiene la obligación de defender la cosa en caso de que el acreedor sea perturbado en su posesión, y en caso de incumplimiento, será responsable de todos los daños y perjuicios.

4.2.4.- PRENDA MERCANTIL

La prenda garantiza el cumplimiento de obligaciones que se contraen generalmente en otro instrumento; y para que sea considerada mercantil el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que la mercantilidad deriva del objeto en que recae ésta, es decir, que está constituida sobre cosas mercantiles. Debiendo entregar al acreedor los bienes o títulos de crédito para que se constituya.

El derecho real de prenda implica el poder jurídico que ejerce el acreedor directamente sobre la cosa para obtener la garantía y preferencia en el pago de su crédito y conforme a ello; a aquél le asisten los siguientes derechos:

- 1.- De conservación de la cosa (salvo estipulación en contrario);
- 2.- De persecución;
- 3.- A la venta del bien, y
- 4.- Preferencia en el cobro.

La prenda en términos generales es un contrato mercantil, accesorio a un contrato de préstamo.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala en sus artículos 340 a 342 que son tres los casos en que procede la ejecución de la prenda y en caso de que se presente alguno de éstos, se iniciará con el escrito dirigido al Juez por el acreedor.

- a) Cuando vence la obligación garantizada mediante prenda;

b) Si el precio de los bienes o títulos dados en prenda, baja de manera que no baste para cubrir el importe de la deuda y en un veinte por ciento más, y

c) Si el deudor no cumple la obligación de proporcionar en tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deben enterarse sobre los títulos.

En virtud de este contrato, el propietario de un bien mueble afecta éste en garantía, y entrega el mismo “endosando”; el documento que acredita su propiedad; (entendiéndose que sólo se endosan los títulos de crédito), suscribiéndoles las cláusulas “en garantía” o “en prenda”, a fin de respaldar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato principal contraídas por el otorgante de la prenda o de un tercero. Cumplidas las obligaciones principales el acreedor devolverá los bienes dados en prenda al otorgante; y en caso de incumplimiento o por acuerdo de las partes, se rematará la prenda en los términos contenidos en los artículos 340 a 345 de la Ley citada.

Excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados.

4.3.- CONTRATO DE HIPOTECA

El Código Civil para el Distrito Federal vigente define a la hipoteca en su artículo 2893 que a la letra dice: “La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da

derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”.

Rojina Villegas nos da un concepto más amplio de la hipoteca y nos dice que es “un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmueble, enajenables para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin disponer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago para el caso de incumplimiento de la obligación”.¹⁶⁵

En cuanto a los elementos de existencia en especial el del objeto deberá ser determinado e identificable físicamente y enajenable; para efectos de validez se requiere que el consentimiento se exprese por escrito y para que produzca efectos contra terceros, así como la prelación de créditos deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Al hablar de los elementos personales es importante tomar en consideración que la hipoteca puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero, pero requieren de la capacidad para enajenar el bien, pues en caso contrario no puede constituirse la hipoteca, de conformidad con el artículo 2906 del citado ordenamiento que a la letra dice: “Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados”.

¹⁶⁵ ROJINA Villegas, Rafael. OP. CIT. P. 392.

El citado artículo tiene relación con algunos preceptos relativos a la compraventa, en cuanto al requisito de tener el dominio o propiedad, para poder disponer de un bien, ya que como dijimos anteriormente que la hipoteca supone una enajenación parcial.^{166 167}

Son dos los elementos reales en el contrato de hipoteca siendo los siguientes:

- A) Los bienes hipotecables, sólo pueden serlo los susceptibles de ser enajenados.
- B) Los créditos garantizables con hipoteca.

La obligación principal debe ser civilmente válida para poder garantizarse con hipoteca ya que una obligación natural no puede garantizarse de esta manera al no poder hacerse efectiva a través del ejercicio de la acción hipotecaria, a diferencia de lo que sucede con la fianza.¹⁶⁸

4.3.1.- CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE HIPOTECA

Se clasifica el contrato de hipoteca de la siguiente manera:

¹⁶⁶ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:
2269 C.C. "Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad".

¹⁶⁷ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:
2270 C.C. "La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe".

¹⁶⁸ ESCUDERO Mendoza. Silvia. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA. OP. CIT. P. 90

- 1) Es un contrato accesorio, ya que su existencia deriva de la de una obligación principal.
- 2) Es unilateral, porque sólo genera obligaciones para el deudor hipotecario
- 3) De garantía porque sirve para asegurar el pago de un crédito y su preferencia respectiva.
- 4) Gratuito y oneroso, se dice que es gratuito cuando sólo genera provechos para el acreedor, consistente en la seguridad desde el punto de vista económico, de que será cumplida la obligación del deudor en su favor o indemnizado en caso de incumplimiento; y por excepción es oneroso cuando el acreedor paga una contraprestación al deudor por la celebración del contrato.
- 5) Formal porque debe constar por escrito y se requiere de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y por ende en escritura pública.

4.3.2.- CLASES DE HIPOTECA

Nuestro Código Civil, en su artículo 2919 hace referencia de dos tipos de hipoteca:

- A) Hipoteca Voluntaria. Se constituye en virtud de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad. De conformidad con el artículo 2920 del citado ordenamiento que dice a la letra: “son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen”.
- B) Hipoteca Necesaria. Son aquellas donde existe un deber jurídico que obliga a la constitución de la hipoteca con el

objeto de garantizar la administración o ciertos créditos, es decir, que el deudor hipotecario procede a su constitución por una obligación. De conformidad con el artículo 2931 del código ya citado que a la letra dice: “Llámesse necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores”.

4.3.3.- PRINCIPIOS DE LA HIPOTECA

Se habla en el derecho positivo de tres principios que rigen el contrato de hipoteca:

1.- Principio de Especialidad:

La especialidad de la hipoteca se debe a que recae sobre ciertos y determinados bienes.¹⁶⁹

El Código Civil entiende esta especialidad desde dos puntos de vista:

- a) No sólo en relación con los bienes objeto de la garantía, sino que también las obligaciones deben ser determinadas ya que permiten que un tercero conozca por cuanto responde el bien.¹⁷⁰

¹⁶⁹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:
2895 C.C. “La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados”.

¹⁷⁰ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL . Texto Vigente:
2912 C.C. “Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por que proporción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza”.

- b) En cuanto al crédito a garantizar, se prohíbe que una persona constituya hipoteca para garantizar todas las obligaciones que pueda contraer, por que es indeterminada la garantía.

Un bien hipotecado puede volverse a hipotecar ya que el pacto de no volver a hipotecar es nulo.¹⁷¹

2.-Principio de Indivisibilidad:

En nuestro Código Civil vigente la hipoteca es en la actualidad divisible por disposición de la ley en cuanto a los bienes gravados e indivisible por naturaleza en cuanto al crédito.

El carácter indivisible en cuanto al crédito significa que aun cuando éste se reduzca por pagos parciales, la hipoteca continúa íntegramente sobre el bien afectado, es decir, que cada parte del crédito esta garantizada con la totalidad de los bienes hipotecados.

3.- Principio de Publicidad:

El principio de publicidad en el contrato de hipoteca se debe a la necesidad de que ésta surta efectos contra terceros así como la prelación de créditos, por lo que haya que inscribirla en el Registro Público de la Propiedad.

¹⁷¹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2901 C.C. "Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este código. El pacto de no volver a hipotecar es nulo".

4.3.4.- EFECTOS DE LA HIPOTECA

En los efectos de la hipoteca se distinguen dos períodos de importancia los cuales son los siguientes:

A.- Efectos de la hipoteca antes de la acción hipotecaria

B.- Efectos que se presentan con posterioridad a ese hecho.

A.- Los efectos de la hipoteca antes de la acción hipotecaria, se da porque el deudor o tercero que constituyan una hipoteca conservan la posesión del bien hipotecado.

Respecto a los actos de dominio , el que hipoteca puede enajenar el bien, por ser la hipoteca un derecho real que da acción persecutoria, y no implica la desposesión de la cosa.¹⁷²

Pero existe una excepción en cuanto no puede ejecutar en ella transformaciones o modificaciones que impliquen un demérito en la misma, y que por consiguiente haga insuficiente la garantía.¹⁷³

En cuanto a los actos de administración si conserva todos los derechos de dueño, entonces con mayor razón puede celebrar respecto de ella actos de administración como lo es el contrato de arrendamiento; sin embargo esta celebración podría prestarse a

¹⁷² CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2894 C.C. "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero".

¹⁷³ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2907 C.C. "Si el inmueble hipotecado se hiciere, con o sin culpa del deudor, insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que, a juicio de peritos, garantice debidamente la obligación principal".

maniobras fraudulentas, por eso el citado ordenamiento regula dicho acto en su artículo 2914.

Respecto al aseguramiento de los frutos y rentas el deudor hipotecario tiene derecho a los frutos de la cosa y no los transmite al constituir la hipoteca, pero puede estipularlo.¹⁷⁴

B. Los efectos procesales de la hipoteca al intentar la acción hipotecaria son de gran importancia los cuales son los siguientes:

1) Se presenta el escrito de demanda, y el juez mandará anotar ésta en el Registro Público de la Propiedad.

2) Pasa a hacer depositario judicial el deudor; y quedan inmovilizados los frutos y los muebles formando parte de la finca hipotecada. Podrá el deudor liberarse de esa responsabilidad entregando la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre

3) No se podrá practicar ningún embargo, toma de posesión en la finca, anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad

4) Desahogadas las pruebas el juez dictará sentencia.

¹⁷⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Texto Vigente:

2897 C.C. " Salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá:

I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago del crédito;

II.- Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada."

4.3.5.- EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Hay dos formas generales de extinción de la hipoteca siendo las siguientes:

- a) Extinción por vía directa es cuando deja de existir el derecho real de hipoteca pero subsiste la obligación garantizada por él.
- b) Extinción por vía indirecta es cuando se extingue la obligación principal que ella garantiza, ya sea en virtud del pago o de cualquier otro modo de extinción de las obligaciones.

4.3.6.- CONTRATOS DE HABILITACIÓN O AVÍO Y REFACCIONARIO

Ambos contratos se utilizan como su nombre lo indica para habilitar o refaccionar al acreditado quien obtiene recursos financieros del acreditante, para la realización del objeto convenido. Se trata de contratos de crédito bancarios para el fomento a la producción; regularmente son otorgados a mediano y largo plazo con tasa de interés blandas o preferenciales en ocasiones subsidiadas por el Gobierno Federal a través de Fideicomisos Públicos o por la Banca de Desarrollo (Sociedades Nacionales de Crédito); puesto que su intención primordial es movilizar y mejorar la producción nacional, en las ramas agropecuaria e industrial.

Su concepto es el mismo y ambos requieren de formalidad según lo dispone el artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, toda vez que deberán consignarse en instrumento escrito; su

única diferencia es el fin que persiguen ya que esta perfectamente delimitado por los artículos 321 y 323 de la citada Ley.

Los elementos personales de éstos contratos son el Acreditante y el Acreditado, el primero de ellos será una institución de crédito y el segundo cualquier persona física o colectiva que esté dedicada a una actividad productiva, ya sea comercial, industrial o agropecuaria.

En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente para los fines de su empresa. Por lo que hace al crédito refaccionario éste se utilizará específicamente para el fomento de la empresa del acreditado; y también para el pago de obligaciones fiscales que tenga el acreditado o de pasivos que se hayan generado con antelación a la celebración del contrato.

Raúl Cervantes Ahumada señala que ambos créditos 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 más a fondo, en preparar a la empresa para el fenómeno productivo.¹⁷⁵

¹⁷⁵ CERVANTES Ahumada, Raúl. TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. OP. CIT. P. 282.

CAPITULO QUINTO

EL FIDEICOMISO DE GARANTIA Y EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

Ha llegado el momento de intentar plantear lo que nosotros pensamos a cerca del contrato de fideicomiso de garantía, ya que ofrece múltiples ventajas en el aseguramiento de una obligación, sobre otras figuras que persiguen el mismo objetivo.

Recordemos que los antecedentes del fideicomiso de garantía los encontramos en las siguientes figuras: Del Derecho Romano el "Pactum Fiduciae Cum Creditore"¹⁷⁶; del Derecho Germánico la "Prenda Inmobiliaria"¹⁷⁷ y sin dejar a un lado el "Trust Anglosajón"¹⁷⁸ en el Derecho Angloamericano.

Cabe señalar que se comenzó a practicar en México por las instituciones fiduciarias autorizadas para ello, para poder garantizar ante sí mismas, los préstamos que concedía su departamento de crédito, de ahí que se le denominará "Fideicomiso de Garantía". Esta practica fue prohibida por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 348 que señalaba que era nulo el fideicomiso que se constituyera a favor del fiduciario; pero con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 1996 donde se adicione un quinto párrafo a dicho artículo permitiendo así, que la institución fiduciaria pueda adquirir directamente los bienes que son fideicomitidos para garantizar el cumplimiento de la obligación.

¹⁷⁶ Vid supra 1.1.1.- Pactum Fiduciae Cum Creditore Contracta. P. 5

¹⁷⁷ Vid supra 1.2.1.- La Prenda Inmobiliaria. P. 7

¹⁷⁸ Vid supra 1.4.1.- El Trust Anglosajón. P. 13-18

Actualmente atendiendo a que es un instrumento flexible y versátil, que puede satisfacer oportuna y eficazmente múltiples necesidades la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo regula en su Título Segundo, Capítulo Quinto, Sección Segunda “Del Fideicomiso de Garantía”. Así como su procedimiento de ejecución en el Código de Comercio en su Libro Quinto, Título Tercero Bis “De los Procedimientos de Ejecución de la Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso de Garantía”.

5.1.- DEFINICIÓN

Es importante citar en un primer momento los conceptos que nos proporcionan distintos autores al efecto de que podamos obtener, un concepto objetivo de nuestro tema de estudio.

En primer lugar la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice en una tesis jurisprudencial que: “En el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por la 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 a favor del fideicomisario”.¹⁷⁹

En efecto el fideicomitente garantiza, preferentemente el pago del crédito solicitado, es decir, es preferente en virtud de que si no se cumple con el pago en el plazo convenido, el fiduciario ejecutara el

¹⁷⁹ Tesis jurisprudencial citada por ORTIZ Soltero, Sergio Monserrat. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Editorial Porrúa. México. 1998. P.165.

fideicomiso previa comprobación del incumplimiento sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional.

Para José Manuel Villagordoa el fideicomiso de garantía es: “Aquel en virtud del cual, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente”.¹⁸⁰

De la definición anterior aún cuando se desprenden los elementos del fideicomiso de garantía, cabe señalar que no solamente el deudor de la obligación principal, actúa como fideicomitente, ya que muchas veces son terceros ajenos a la obligación que se pretende garantizar los que constituyen el fideicomiso.

Julián Bojalil nos dice que: “El fideicomiso de garantía es un contrato accesorio en el que el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitados con carácter irrevocable para que con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación principal a cargo del fideicomitente o de un tercero”.¹⁸¹

Estamos de acuerdo con el punto de vista antes expuesto en el sentido de que el fideicomiso de garantía es un contrato accesorio por que constituye un convenio por el cual se producen y transfieren derechos y obligaciones y por que supone la existencia de una obligación principal la cual determina la temporalidad del fideicomiso, ya que al extinguirse aquella se termina el fideicomiso.

¹⁸⁰ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. OP. CIT. P. 220.

¹⁸¹ BOJALIL, Julián. FIDEICOMISO. Editorial Porrúa. México D.F. 1989. P 79.

Proponemos el siguiente concepto de acuerdo con los puntos de vista antes expuestos: “El fideicomiso de garantía es un contrato accesorio mediante el cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la titularidad de ciertos bienes o derechos, con el fin de garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación a cargo del propio fideicomitente o de un tercero”.

Del concepto antes mencionado, podemos deducir los siguientes elementos:

- 1) Elemento personal.- Son los sujetos que intervienen en dicho fideicomiso siendo tres: Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario.
- 2) Objeto.- El bien mueble, inmueble o derechos propiedad del fideicomitente que transmite a la institución fiduciaria como garantía por el cumplimiento de una obligación.
- 3) Fin.- El único fin es que garantice el cumplimiento de la obligación que tiene el fideicomitente o una tercera persona a favor del fideicomisario; y si al vencimiento de su deuda no cumple con su obligación, la fiduciaria ejecuta el fideicomiso vendiendo el bien para que con el producto se pague al acreedor; en caso de que si cumpla con la obligación el fiduciario procederá a devolver el bien al fideicomitente.

Los conceptos de titularidad y transmisión cobran sentido en éste fideicomiso por que “ el fiduciario recibe la titularidad del derecho de propiedad en el sentido jurídico, más no económico; no adquiere para

él, tiene restringida esa titularidad a fin de garantizar, con el bien, al fideicomisario, el cumplimiento de una obligación que tiene frente al fideicomitente o por cuenta de quien hace la afectación”¹⁸².

Por su propia naturaleza los fideicomisos de garantía son contratos accesorios, porque se ligan a un contrato principal que los motiva; y son irrevocables hasta el momento en que el fideicomisario notifique a la fiduciaria que el fideicomitente cumplió con las obligaciones contraídas.

El fideicomiso es irrevocable como ya dijimos anteriormente, pero no irreversible ya que la intención de las partes no es transmitir definitivamente la propiedad del bien a favor de otra, sino garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, por lo tanto el fideicomitente está en posibilidad jurídica de readquirir el bien.

Se ha considerado que el fideicomiso de garantía es inválido porque supuestamente se le equipara a un pacto comisorio que se celebra en perjuicio del deudor.

No es aceptable esta crítica puesto que el pacto comisorio es aquel que se celebra entre el acreedor y el deudor, donde se le permite al primero en caso de que no cumpla el segundo su obligación, apropiarse automáticamente de la cosa dada en garantía. Y en el fideicomiso de garantía se establece en el contrato un procedimiento

¹⁸² ROALANDINI, Jesús. EL FIDEICOMISO MEXICANO. OP. CIT. P.69.

de ejecución , en el caso de incumplimiento con determinadas reglas que en ningún momento son injustas para el deudor.

Como el fin primordial en estos fideicomisos es el de garantizar una obligación “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”¹⁸³.

Para estos efectos de obtener la entrega material de dichos bienes es conveniente, que desde el momento de la constitución del fideicomiso, se establezca un plazo determinado , que comenzará a correr desde la fecha en que el fiduciario requiera del cumplimiento de la obligación garantizada al fideicomitente. Y en caso de que el fideicomitente se niegue a realizar la entrega de los bienes, en la misma forma se establece el pago de determinada suma de dinero como pena convencional, suma que incluso suele fijarse por cada día que pase de aquel en que debía haberse hecho la entrega.

Es necesario que concurra al momento de constituir el fideicomiso de garantía, el fideicomisario; ya que al estar en presencia de un contrato accesorio, éste debe de estar ligado a la obligación principal en donde el fideicomisario tiene el carácter de (acreedor). Es importante su intervención como una manera de dar su conformidad con la garantía que en este acto se está ofreciendo, además de que suelen establecerse ciertas obligaciones para él, que sólo son válidas con su consentimiento.

¹⁸³ LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. OP. CIT. P 271.

5.2.- PARTES DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

5.2.1.- EL FIDEICOMITENTE

Siendo el fin de este fideicomiso garantizar el cumplimiento de una obligación, es importante tomar en consideración que el fideicomitente puede ser:

- 1.- El propietario del bien que se ofrece en garantía, quien puede ser a la vez el deudor de la prestación garantizada;
- 2.- Un tercero que esté conforme en fideicomitir sus bienes para garantizar las obligaciones del deudor.

En virtud de que el fideicomitente mediante su voluntad es capaz de producir efectos jurídicos respecto de los bienes que afecte en fideicomiso, es indispensable que tenga capacidad de ejercicio.

Como ya se dijo anteriormente el fideicomitente se reserva el uso, goce y usufructo de los bienes fideicomitados, sin embargo perderá esos derechos en caso de que no cumpla con la obligación garantizada.

DERECHOS

- 1.- El fideicomitente tratándose de fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, puede hacer uso y enajenar los bienes fideicomitados;

así como percibir y utilizar los frutos y productos de los mismos, salvo pacto en contrario.¹⁸⁴

2.- A proponer al fiduciario, en todo momento, dentro del procedimiento de ejecución establecido en el contrato, compradores para los bienes del fideicomiso que sean objeto de ejecución.

3.- En caso de incumplimiento y venta del patrimonio fideicomitado por el fiduciario a que se le entregue el remanente del producto de la venta después de cubierto el crédito, los impuestos y gastos que el acto origine y los honorarios del fiduciario.

4.- Que se le revierta la propiedad del bien o el ejercicio de determinados derechos, en caso de que cumpla sus obligaciones.

5.- A oponerse a la ejecución del fideicomiso mediante el procedimiento establecido en el mismo, en caso de haber cumplido con la obligación.

¹⁸⁴ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. Texto Vigente:

402 L.G.T.O.C. "Tratándose de fideicomisos sobre bienes muebles, salvo pacto en contrario, el fideicomitente tendrá derecho a:

I. Hacer uso de los bienes fideicomitados, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la garantía en cuestión;

II. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y

III. Enajenar los bienes fideicomitados en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

El derecho otorgado al fideicomitente para vender o transferir en el curso normal de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el Libro Quinto, Título Tercero Bis del Código de Comercio. En caso de que los bienes pignorados representen más del 80% de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del Juez o del acreedor, según sea el caso.

El fiduciario no podrá encargarse de la realización de las actividades y las operaciones previstas en este artículo".

OBLIGACIONES

Por otro lado, el fideicomitente, tendrá las siguientes obligaciones:

1.- Cuando le corresponda la posesión material de los bienes fideicomitidos, estará obligado a:

- Conservarlos como si fueran propios;
- No utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario;
- Responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario.

De perderse o deteriorarse, el fideicomisario podrá exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido.

2.- Solicitar autorización por escrito del acreedor, para vender los bienes objeto de la garantía a las siguientes personas:

- Las físicas y morales que detenten más del cinco por ciento de los títulos representativos del capital del deudor;
- Los miembros propietarios y suplentes del consejo de administración del deudor; y
- Los empleados, funcionarios y acreedores del deudor.

De no hacerse bajo autorización serán nulas, por lo que no cesarán los efectos de la garantía y el acreedor conservará el derecho de persecución sobre los bienes respectivos con relación a los adquirentes.

3.- Entregar al adquirente de los bienes subastados en el procedimiento de ejecución la posesión física de los mismos, en el

plazo establecido. En caso de no hacerlo, se establecerá la obligación de pagar al adquirente, una pena convencional. Esta pena convencional es por el simple retraso en el cumplimiento de su obligación de entrega de la posesión física.

4.- La de responder al saneamiento para el caso de evicción frente al fiduciario y frente a terceros adquirentes del bien, en los términos de la legislación aplicable.

5.2.2.- EL FIDUCIARIO

Es otro de los elementos personales cuya voluntad es indispensable para la existencia del contrato de fideicomiso.

En nuestro país por determinación legal sólo pueden fungir como fiduciarias las instituciones debidamente autorizadas por el Estado y determinadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; ya que la fiduciaria viene a ser el órgano dentro del fideicomiso que recibe la encomienda con las instrucciones giradas por el fideicomitente.

Podríamos señalar que las características propias de las instituciones encargadas de desempeñar el papel de fiduciarias son la fidelidad, la rectitud, la confiabilidad, pero sobre todo la seguridad de una actuación cristalina y vertical, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo al prevalecer la firme idea y el esforzado propósito de llevar a cabo el cumplimiento del fideicomiso.

Es así que en la actualidad figuran como instituciones fiduciarias, las siguientes:¹⁸⁵

- Instituciones de Crédito;
- Instituciones de Seguros;
- Instituciones de Fianzas;
- Sociedades Financieras de Objeto Limitado, y
- Almacenes Generales de Depósito.

Éstas podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomiso cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

En el fideicomiso de garantía suele tener los siguientes derechos y obligaciones.

DERECHOS

1.- Cobrar los honorarios correspondientes, pues éstos deben obligadamente señalarse en el contrato de fideicomiso, previo acuerdo entre las partes contratantes.

2.- Renunciar al cargo en el caso de que no le sean cubiertos todos los gastos necesarios, para el cumplimiento de los fines del fideicomiso de garantía; o se pongan en riesgo los derechos del fideicomitente o del fideicomisario.

¹⁸⁵ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. Texto Vigente:

399 L.G.T.O.C. "Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que dispone al afecto 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.

OBLIGACIONES

1.- Cumplir fehacientemente con los fines del fideicomiso en los términos del contrato y de las instrucciones que reciba.

2.- Cuando se incumpla la obligación garantizada, deberá proceder a la ejecución del fideicomiso.

3.- Con el producto de la ejecución del patrimonio pagar al acreedor del crédito, previo pago de impuestos y gastos que ésta cause.

4.- Una vez que ha cesado el fideicomiso, la institución fiduciaria entregará el remanente al fideicomitente.

5.- En el supuesto de que se cumpla la obligación garantizada, revertir la propiedad del inmueble fideicomitado al fideicomitente.

6.- Mientras dura el fideicomiso deberá obrar como un buen padre de familia, y será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Es importante que la “actividad del fiduciario que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos fideicomitados, puede tener dos aspectos diferentes en los fideicomisos de garantía; el fiduciario ejercitará tales derechos, en el supuesto de que incurra en mora el deudor, o bien desde el principio y como medio de pago, el fiduciario ejercitará esos derechos, para dar cumplimiento a la obligación garantizada”.¹⁸⁶

¹⁸⁶ VILLAGORDOA Lozano, José Manuel. OP. CIT. P. 190.

5.2.3.- EL FIDEICOMISARIO

En el fideicomiso de garantía el fideicomisario viene a ser el acreedor de la obligación principal que se asegura a través del fideicomiso, dicho sujeto se encuentra plenamente determinado desde el momento de la constitución, ya que el motivo o fin de dicho fideicomiso es satisfacer su crédito en caso de incumplimiento del fideicomitente o de un tercero con quien tenga suscrito el crédito. En este estudio le llamaremos fideicomisario acreedor.

DERECHOS

Los derechos del fideicomisario acreedor de la obligación garantizada son:

1.- El principal, es exigir a la institución fiduciaria, ante el incumplimiento de la obligación, proceda a la ejecución de la garantía fiduciaria, con el objeto de que con el producto se liquide su obligación.

2.- A que se ejecuten los fines del fideicomiso en todo aquello que le conceda derecho. El artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, otorga acción jurídica al fideicomisario para exigirle a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso.

3.- Participar en cualquier subasta, dentro del procedimiento de ejecución de la garantía fiduciaria, sin mayor requisito, pudiendo pujar hasta por el monto del saldo insoluto de sus créditos y accesorios.

4.- Pedir en cualquier momento del procedimiento de ejecución convencional, la suspensión de la ejecución de la garantía fiduciaria, sin que ello afecte la existencia y validez del contrato de fideicomiso, lo anterior, permite que incluso iniciado dicho procedimiento se

negocie el cumplimiento de la obligación garantizada, lo que beneficia tanto al acreedor como al deudor.

OBLIGACIONES

1.- Comunicar a la institución fiduciaria el incumplimiento de la obligación garantizada.

2.- Dar su consentimiento para que el fiduciario tenga por liberada la garantía fiduciaria, en caso de cumplimiento.

3.- Expensar al fiduciario para que se proceda a la ejecución del patrimonio fideicomitido.

5.3.- OBJETO

El objeto del fideicomiso de garantía puede consistir, en toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles, propiedad del fideicomitente o de un tercero que de su consentimiento para afectarlos en fideicomiso, y que cumplan con las características necesarias para ser objeto de contratación, es decir que la cosa debe existir en la naturaleza, estar en el comercio y ser posible física y jurídicamente.

Aunque es más frecuente que el objeto sobre el que se constituye el fideicomiso de garantía sea un bien inmueble y que tiene como finalidad garantizar obligaciones de dar; éste puede tener como objeto cualquier tipo de bienes sean muebles o derechos, siempre y cuando

sean susceptibles de apropiación por los particulares y además puede garantizar obligaciones de hacer o no hacer.

Un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores.

El bien deberá ser garantía suficiente para el fideicomisario; en caso contrario la fiduciaria sólo, está obligada a garantizar el pago del adeudo hasta el valor de los bienes fideicomitidos.

5.4.- FORMA

El fideicomiso de garantía¹⁸⁷, como todo fideicomiso, deberá constar por escrito y se ratificarán las firmas ante fedatario cuando la operación se refiera a bienes muebles cuyo monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientos cincuenta mil unidades de inversión.

¹⁸⁷ LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. Texto Vigente:

407 L.G.T.O.C. "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 doscientos 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".

Tratándose de bienes inmuebles, se hará constar en escritura pública e inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados.

Si recae en títulos de crédito y títulos valor además del contrato privado, se debe realizar endoso de los títulos que sean nominativos, así como las anotaciones correspondientes en los registros del emisor, en su caso, y desde luego, la entrega física de los mismos.

Rodolfo Batiza opina que el clausulado de este contrato de fideicomiso de garantía "...contiene disposiciones en el sentido de ser traslativos de dominio e irrevocable mientras que la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; fija 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 por que el deudor no cumpla puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; establece 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 etc;”¹⁸⁸

Estamos de acuerdo con el punto de vista antes expuesto, ya que el mismo aborda todos los puntos que contiene todo contrato de garantía y podemos decir, que el fiduciario adquiere o contrae por virtud de éste, diversas obligaciones como son: la guarda y conservación de los bienes dados en fideicomiso, la defensa de los derechos accesorios inherentes a esos bienes y principalmente; la venta de éstos en caso de

¹⁸⁸ BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO DE LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. OP. CIT. P.P. 95 Y 96.

incumplimiento del deudor; o la devolución de los mismos, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada.

Además el traslado de dominio del patrimonio en el fideicomiso es precisamente el acto de confianza que demuestra el fideicomitente hacia el fiduciario, de que va a cumplir con las instrucciones que éste le dio.

5.5.- FINALIDAD

El fin del fideicomiso de garantía, es claro, pues el propósito fundamental es asegurar el cumplimiento de una obligación ya sea propia del fideicomitente o de un tercero, la cual se encuentra contenida en un contrato principal que se tiene celebrado con el fideicomisario acreedor.

Como podemos apreciar, la finalidad del fideicomiso es garantizar el pago de una deuda, y pueden darse dos casos dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del deudor.

- A) En caso de cumplimiento, es decir, si el crédito es pagado, el fiduciario debe de restituir los bienes fideicomitados al fideicomitente.
- B) En caso de incumplimiento, a solicitud del acreedor, el fiduciario venderá el bien y con el producto de la venta se pagará el crédito garantizado y los gastos de ejecución. Devolviéndose el remanente al fideicomitente.

No será válido el fideicomiso si no se determina en forma concreta el fin que se persigue a través de su constitución.

5.6.- VENTAJAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA SOBRE LOS DEMÁS CONTRATOS DE GARANTÍA

Estamos convencidos que el fideicomiso de garantía, ofrece claras ventajas al cumplir fehacientemente con la función de garantizar una obligación, dando mayor seguridad y eficacia; incluso sobre las tres figuras jurídicas tradicionales fianza, prenda e hipoteca.

A continuación trataremos de dar algunas ventajas del fideicomiso de garantía.

1. Los bienes salen del patrimonio del fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo destinado exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que contrajo a la firma del contrato de fideicomiso, el propio fideicomitente o un tercero con el fideicomisario.
2. No está limitada sólo a bienes muebles como la prenda, ni sólo a bienes inmuebles; es así que el fideicomiso de garantía puede constituirse sobre cualquier clase de bienes o derechos, aún sobre los que no existen en el momento mismo de su constitución.

3. Constituye una garantía eficaz el contrato de fideicomiso; ya que el fiduciario no tiene obligación en el pago por lo que no impondrá excepciones que perjudiquen a los acreedores. Tiene interés en que se cumpla la obligación garantizada; su función es velar por el que se realicen los fines del fideicomiso.

4. El procedimiento de ejecución para el fideicomiso de garantía normalmente es más ágil que el de hipoteca, lo que permite lograr una venta justa en cuanto a tiempo y costo; así como, el fideicomitente, tiene en el fideicomiso la seguridad de que no habrá acreedores posteriores, que en el caso de un juicio hipotecario acaban por ser los principales enemigos.

Por último podemos decir, que por sus características esenciales el fideicomiso de garantía resulta más ventajoso y accesible.

- “Transmisión al fiduciario por el fideicomitente , de la titularidad de ciertos bienes o derechos afectos al cumplimiento de fines lícitos y determinados.
- “ Realización de los fines estipulados por una institución fiduciaria, en beneficio de las partes.
- “Si el fideicomitente incumple , el fiduciario ejecuta el fideicomiso rematando los bienes materia del mismo y con el producto obtenido liquida la obligación a cargo del fideicomitente y si existe un remanente lo entrega a este último. Si no existieran posteriores interesados en adquirir los bienes materia del fideicomiso, el fiduciario los adjudica al fideicomisario.

- “Si el fideicomitente cumple cabalmente la obligación garantizada, el fiduciario le revierte al mismo la propiedad de los bienes o derechos materia del fideicomiso.
- “Existencia de un procedimiento de ejecución aceptado por las partes”¹⁸⁹.

5.7.- EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO Y SUS CONSECUENCIAS

En este apartado es necesario colocarse en el momento del incumplimiento de la deuda garantizada por la cual se constituyó el fideicomiso; se inicia la ejecución fiduciaria conforme a lo establecido en el contrato de fideicomiso respectivo.

Los ordenamientos legales que hacen mención expresa a dicho procedimiento, es la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 83, que a la letra dice: “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 de fiduciario”.

El citado artículo nos remite al Código de Comercio donde se regulan dichos procedimientos de ejecución siendo los siguientes: El Extrajudicial señalado en los artículos 1414 Bis al 1414 Bis 6 y el Judicial en los artículos 1414 Bis 7 al 1414 Bis 20.

¹⁸⁹ REVISTA MEXICANA DE SEGUROS, FIANZAS Y FINANZAS. Año 49; N° 566. Mayo 1997. PP. 17 Y 18. Vignau Quirós, Armando. LA OPERACIÓN FIDUCIARIA EN MATERIA DE FIANZAS.

La existencia de esta ejecución, se contempla a manera de cláusula natural y como disposición supletoria para los convenios de dicho fideicomiso; se dice que es natural porque es consecuencia predeterminada de esta garantía y admite pacto en diverso o en contrario.

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

Por otra parte debemos advertir y hasta no hace muchos años, esta figura ni era muy utilizada, preferentemente por que se consideraba que el fideicomiso de garantía era muy vulnerable, ya que resultaba relativamente fácil atacar su validez bajo los razonamientos siguientes:

El cumplimiento del fideicomiso de garantía por la institución fiduciaria ante el incumplimiento de la obligación principal, ha sido atacado por algunos autores mexicanos argumentando su inconstitucionalidad pues, hay quienes afirman que “la facultad que se otorga a la institución fiduciaria, 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”.¹⁹⁰

Al respecto Jorge Antonio Zepeda opina que: “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

¹⁹⁰ CERVANTES Ahumada, Raúl. TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. OP. CIT. P. 301.

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”.¹⁹¹

Sin embargo, en la actualidad las autoridades judiciales se han pronunciado a este respecto, permitiendo, con un mayor conocimiento de la figura del fideicomiso en general y concretamente, de fideicomiso de garantía; el acreditar que los argumentos que atacan su validez carecen de razón, las tesis jurisprudenciales, son las siguientes mismas que se citan.

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 7
Volumen: 133-138
Página: 97

FIDEICOMISO VENTA DE LOS BIENES AFECTOS AL. NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.- Tratándose de la venta por la institución fiduciaria de los bienes afectos a un fideicomiso, es inexacto que se contravenga lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, ya que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares faculta y obliga incluso a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que les fueron transmitidos en propiedad fiduciaria, sin intervención de la autoridad judicial, en virtud de que no se trata de bienes ajenos, dado que ellas son las titulares y están facultadas para disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso, y por ello es improcedente que en la venta intervenga la autoridad judicial, cuando no se pactó ese requisito; ni debe estimarse que la fiduciaria ejerce una función judicial, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es el titular, lo que de ninguna manera implica sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo la realización de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito y determinado, y de tal suerte que siendo ello así, es claro que la fiduciaria

¹⁹¹ LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. OP. CIT. P.273.

no vulnera ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso, si obra conforme a los términos estipulados en el mismo.

Amparo directo 3551/79. Juan Calvillo Lozano. 18 de abril. de 1980.

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 7 A
Volumen: 76
Página: 21

INSTITUCIONES DE CRÉDITO. REMATE AL MARTILLO, CONSTITUCIONALIDAD.- El remate al martillo de los bienes del deudor sin la intervención del órgano jurisdiccional, no está prohibido por la ley, sino autorizado por ésta. En efecto, es verdad que el ARTÍCULO 564 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, supletorio del de Comercio, dispone que toda venta que conforme a la ley debe hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en el citado Código de Procedimientos Civiles, relativas a los remates; sin embargo, el mismo precepto legal exceptúa de la regla general de que todo remate deberá celebrarse en el juzgado en que actúe el juez que fuere competente para la ejecución, en términos del ARTÍCULO 565, en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario. La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su ARTÍCULO 141, fracción IV, prevé el procedimiento especial de remate al martillo de los bienes dados en garantía sin la intervención judicial. No es exacta la aseveración que se haga en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitidos realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones; toda vez que, en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor quien, como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes, transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes sean destinados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y términos convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera

de la intervención judicial, porque se repite, en ello no hay controversia que ventilar y decidir. Pero si, además, las partes pactaron que el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se iniciará con la notificación notarial, o en vía de jurisdicción voluntaria, que la institución fiduciaria habría de hacer a la fideicomitente deudora, haciéndole saber su intención de efectuar el remate pactado, a fin de que ésta se opusiera, judicialmente, al mismo, en la forma y términos convenidos en la propia escritura pública en que se constituyó el fideicomiso, ello pone de manifiesto que antes de iniciarse el procedimiento de remate, la controversia puede surgir mediante la oposición que se previó podía hacer valer la fideicomitente deudora, a las pretensiones de la institución fiduciaria de llevar a cabo el remate al martillo de los bienes dados en garantía; y si en este supuesto las partes convinieron, conforme al ARTÍCULO 1051 del Código de Comercio, en un procedimiento mercantil convencional, preferente a los demás, conforme al cual, la contienda habría de ventilarse ante juez competente; procedimiento que, además de ajustarse a los requisitos y condiciones señaladas en los ARTÍCULOS 1052 Y 1053 del mismo ordenamiento, se encuentra previsto en el ARTÍCULO 141, fracción III, de la citada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en estas condiciones queda patentizado que la institución fiduciaria, al realizar los fines del fideicomiso de garantía, en los casos, forma y términos pactados en el acto constitutivo del mismo, y siguiendo las disposiciones del ARTÍCULO 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cumple las obligaciones que conforme al contrato y a la ley le corresponden; sin que este cumplimiento entrañe el ejercicio de la función de administrar justicia, porque esta función quedó reservada a los tribunales competentes, al convenir en el procedimiento a seguir en la ventilación y decisión de la opción de la fideicomitente deudora a la realización de los fines del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria; convenio en el que, además, se guarda el respeto debido a las garantías de audiencia, defensa, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los ARTICULOS 14, 16 Y 17 Constitucionales.

Amparo Directo 98/74. Mercedes Ascanio vda. De Castro. 30 de abril de 1975.

Como ya se dijo anteriormente la fiduciaria se limita a ejecutar lo convenido, esto es, la venta o remate del patrimonio fideicomitado, ya que el incumplimiento de la obligación principal era la base jurídica para iniciar el procedimiento de ejecución, además, cabe aclarar que el fideicomitente voluntariamente transmitió los bienes al fiduciario, por

lo que no sólo desde el momento de la ejecución del fideicomiso, sino desde su constitución, dichos bienes no se encuentran ya en su patrimonio.

5.8.- EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Las partes tienen la facultad de pactar un procedimiento de naturaleza mercantil, al que la fiduciaria deberá sujetarse, en caso de que el fideicomitente o el tercero incumplan sus obligaciones.

Más adelante hablaremos de cada uno de los procedimientos los cuales son los siguientes:

- 1.- PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL
- 2.- PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL
- 3.- PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

5.8.1.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN CONVENCIONAL

Sin duda el procedimiento clásico de los fideicomisos que tiene como fin el garantizar el cumplimiento de obligaciones, y que se incluye en casi todas las operaciones fiduciarias del país es el procedimiento de ejecución convencional.

Aquí las partes acuerdan que en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas mediante este contrato, la fiduciaria procederá, a la venta de los bienes fideicomitidos, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

A) El fideicomisario acreedor notifica al fiduciario por escrito el incumplimiento del deudor (que no necesariamente es el fideicomitente), solicitando la venta de los bienes fideicomitidos. Además deberá anexar la documentación complementaria que acredite sus facultades, así como una constancia certificada por contador público del adeudo reclamado.

En dicha notificación el fideicomisario acreedor manifestará que habiéndose cumplido el plazo pactado por las partes, el fideicomitente incumplió las obligaciones de pago que quedaron garantizadas a la firma del contrato de fideicomiso.

B) En un plazo de cinco días naturales contados a partir de la fecha de recepción de dicha notificación, el fiduciario notificará fehacientemente al fideicomitente que tiene un plazo de tres días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación, para que acredite haber cumplido con sus obligaciones o bien la cumpla; oponiéndose así a la venta de los bienes fideicomitidos.

C) En caso de que el fideicomitente no acredite el cumplimiento de sus obligaciones; el fiduciario procederá a llevar a cabo la venta de los bienes fideicomitidos procediendo según se estipule en el contrato que suele ser como se indica a continuación.

D) Solicitará el fiduciario la cantidad suficiente que le permita sufragar los gastos que originen con motivo del procedimiento de

ejecución de la garantía fiduciaria al fideicomisario acreedor, sin los cuales podrá abstenerse de iniciar el procedimiento de venta.

E) El fiduciario mandará practicar un avalúo a los bienes objeto del fideicomiso para determinar el precio base de la venta realizada por una persona debidamente autorizada.

F) Una vez determinado el precio inicial de venta, el fiduciario promoverá la venta del patrimonio fideicomitado, y lo suele hacer mediante corredores de bienes raíces especializados en la materia.

Vencido el plazo para la realización de la venta mediante corretaje de bienes y si dicha venta no se realizó, se iniciará las acciones para la celebración de las subastas públicas; mismas que se llevarán ante la presencia de notario o corredor público.

G) La fiduciaria publicará una convocatoria en los dos periódicos de mayor circulación de la localidad en donde se ubica el bien inmueble, con una anticipación no menor de quince días naturales a la fecha de remate.

La convocatoria que se publica suele contener lo siguiente:

- Indicación del monto de la postura mínima exigida, la que suele ser una suma igual al ochenta por ciento del valor del avalúo.
- Indicación del lugar en que habrá de desarrollarse la subasta, así como de la hora en que se iniciará.

H) La subasta pública se verificará en las oficinas de la institución de crédito que actúa como fiduciaria con la presencia del fedatario

público de la ciudad de México que elija el fideicomisario acreedor. Para poder participar en la subasta se deberá depositar cheque certificado a la orden de la fiduciaria, con una anticipación no menor a cuarenta y ocho horas contadas a partir de aquélla que se haya señalado para la subasta y en el domicilio que al efecto haya señalado la fiduciaria en las publicaciones periodísticas, por una cantidad igual al valor del cincuenta por ciento de la postura legal sin cuyo requisito no se admitirá ningún postor. Requisito que se exige para asegurar seriedad en las posturas.

I) Si la venta no hubiere podido llevarse a cabo en la primera subasta, se procederá a verificar la siguiente reduciendo en un diez por ciento de la postura legal; las subsecuentes subastas, en su caso, se harán con reducción de un diez por ciento cada una, y así sucesivamente, si en la quinta subasta no se hubiere logrado la venta, la sexta se verificara sin sujeción a precio mínimo y la venta se efectuará a favor del postor que ofrezca mejor precio de contado.

J) Fincado el remate a favor del postor o postores correspondientes, deberán liquidar el remanente del saldo del precio de los bienes vendidos en las oficinas de la fiduciaria; en un plazo no mayor de tres días hábiles contados a partir de la fecha en que se finque el remate. En caso de que los postores no obren de conformidad, perderán a favor de la fideicomisaria acreedora la cantidad depositada por concepto de indemnización, debiendo convocarse a una nueva subasta en la que se tendrá como precio de base el que correspondió a la última subasta celebrada.

K) La fiduciaria fincará el remate y declarará vendido el patrimonio fideicomitido a favor del postor que hubiere hecho la mejor postura , y para tal efecto, el fideicomitente instruye en el acto constitutivo del fideicomiso, de manera irrevocable al fiduciario, para que formalice, ante notario público la transmisión de propiedad, previa liquidación.

L) El fiduciario aplica la suma obtenida por el remate de los bienes, de acuerdo con lo establecido en el fideicomiso, lo que generalmente es de la siguiente manera:

- En primer orden, se cubren los impuestos, contribuciones especiales o derechos que se causen en virtud de este acto jurídico.
- En segundo orden, se cubren los gastos y honorarios en que se haya incurrido para lograr la venta.
- En tercer orden, se cubren los honorarios pendientes a esa fecha .
- En cuarto orden, se cubre el crédito o suerte principal de ese fideicomiso al fideicomisario acreedor, hasta donde alcance el producto de la venta de los bienes fideicomitados.
- Cubiertos los conceptos anteriores, y si quedare algún remanente, se entrega éste al fideicomitente, una vez que él haya entregado la posesión de los bienes subastados a la persona o personas que los hubiesen adquiridos.

Respecto a este procedimiento la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expuesto tesis jurisprudenciales, de las cuales citaremos algunas:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 7ª

Volumen: 115-120

Página: 47

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

Amparo Directo 3756/75. Compañía Administradora y Realizadora de Inmuebles, S.A. 13 de noviembre de 1978.

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: 7ª

Volumen: 97-102

Página: 107

FIDEICOMISO, TITULARIDAD DE LOS BIENES QUE CONSTITUYEN EL.- En el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por la ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas a favor del fideicomisario.

Amparo Directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977.

Instancia: Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 7ª
Volumen: 7
Página: 41

FIDEICOMISO EN GARANTÍA. FUNCIÓN DE LA FIDUCIARIA.- El fideicomiso constituido para garantizar el pago de un mutuo, resulta un acto accesorio y si la acreedora fideicomisaria consiste (sic) en recibir el pago y envía una carta en ese sentido a la fiduciaria, esta última no tiene derecho para oponerse a que la acreedora reciba el pago, sino por el contrario, debe buscar también la solución voluntaria, como lo hicieron las partes en el negocio principal, y acatar así la obligación de obrar como buen padre de familia que le impone el ARTÍCULO 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debiendo suspender la venta del inmueble fideicomitado, al conocer el convenio sobre el pago.

Amparo Directo 93/68. Banco Mercantil de Monterrey, S.A. 30 de julio de 1969.

5.8.2.- SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL

En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales y a falta de procedimiento convenido por las partes en el contrato, es

legalmente factible un procedimiento de ejecución, que se desahogue ante la autoridad judicial.

En consideración a lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito; que señala que se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio.

Es necesario señalar que gracias a las reformas que hubo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; al Código de Comercio y a la Ley de Instituciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo del 2000; se contemplan los procedimientos de ejecución del fideicomiso de garantía siendo los siguientes:

- A) Procedimiento de Ejecución Extrajudicial
- B) Procedimiento de Ejecución Judicial.

5.8.2.1.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

En esta vía se tramitará el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías, siempre y cuando no exista controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados

El valor de los bienes se podrá determinar por lo siguiente:

- a) Desde la celebración del contrato o en fecha posterior, las partes designan al perito para que rinda el dictamen.
- b) Cualquier otro procedimiento que acuerden las partes por escrito.

Este procedimiento se iniciará conforme a las disposiciones contempladas en los Artículos 1414 Bis al 1414 Bis 6 del Código de Comercio de acuerdo a lo siguiente:

A) Se inicia con el requerimiento formal de entrega de la posesión de los bienes, mediante fedatario público.

B) Una vez entregada la posesión al fiduciario, éste tendrá el carácter de depositario judicial; y procederá a la enajenación de los bienes fideicomitidos; deduciendo el crédito, los intereses y gastos; y entregará al deudor el remanente si lo hubiera.

La venta se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, a elección del fiduciario.

C) Si la venta se realiza ante el juez o fedatario público se tendrá que hacer lo siguiente:

- Se notifica cinco días antes al deudor del día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes.
- Se publica un aviso de venta de los bienes en el periódico de la localidad con cinco días hábiles de antelación. El aviso contendrá lugar, día y hora en que se pretende la venta, descripción del bien, el precio (conforme al avalúo), también las fechas de las ofertas sucesivas de venta de los bienes.

Cada semana en la que no se realice la venta el valor de los bienes se reducirá un diez por ciento.

- Realizada la venta y si fuere el monto superior al adeudo el acreedor procederá a entregar el remanente al deudor en un plazo no mayor de cinco días.

D) Se da por concluido éste procedimiento, en caso de que el fiduciario no obtenga la posesión de los bienes, o no hubiere acuerdo, es decir, imposible de cumplimiento; y tendrá que seguirse por la vía judicial.

Trataremos de sintetizar dicho procedimiento, mediante un cuadro sinóptico; para así comprenderlo mejor.

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA MEDIANTE FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Solicitud al Acreedor de la entrega del bien

Mediante fedatario público

Entrega de la posesión del Bien o bienes al Acreedor

Mediante Fedatario público

Sin controversia en cuanto a:

Exigibilidad del crédito
Cantidad del crédito
Cantidad reclamada, y
Entrega del bien

Deberá:

Levantar acta, y
Hacer un inventario pormenorizado de los bienes

Avalúo de los bienes

Por dictamen de perito designado por las partes, o
Cualquier otro procedimiento acordado por las mismas

***Enajenación de los bienes ante fedatario público**

Se notificará al deudor personalmente el día y hora – de la venta
Se publicará en un periódico de la localidad el aviso De venta de los bienes, señalando su descripción y el precio de venta
Se efectuarán ofertas y semanalmente se reducirá en 10% su valor

***Cobro del Crédito**

Si el valor del bien vendido fue menor o igual al monto del crédito, éste quedará liquidado totalmente
Si el valor es mayor, el acreedor entregará el remanente al deudor

5.8.2.1.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL

Se tramitará de acuerdo a éste procedimiento todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen; siempre y cuando conste en documento público o escrito privado.

Se iniciará dicho procedimiento conforme a las disposiciones contempladas en el Código de Comercio en su Título Tercero Bis; de acuerdo a los Artículos que van del 1414 Bis 7 al 1414 Bis 20.

1.- Se iniciará presentando ante el juez un escrito de demanda, la cual irá acompañada del contrato respectivo y la determinación del saldo que formule el acreedor.

2.- En un plazo no mayor de dos días el juez admitirá la demanda y dictará un auto para que el deudor sea requerido de pago y de no hacerlo entregará la posesión del bien al acreedor donde éste tendrá el carácter de depositario judicial.

3.- El juez en el mismo auto emplazará a juicio, en caso de que no pague o no entregue los bienes; el deudor tendrá cinco días para contestarla y oponer excepciones que a su derecho convenga.

Las excepciones se sujetarán a las reglas siguientes:

- Se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo de aquéllas que requieran del ofrecimiento y desahogo distinto a la documental.
- Si se declara procedente la excepción de falta de personalidad del actor, el juez concederá un plazo no mayor de diez días para que dicha parte subsane los defectos del documento presentado.
- Si se oponen excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción se considerarán improcedentes al dictarse la sentencia, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo.
- Sólo se admitirá la excepción de litispendencia cuando se exhiba con la contestación , las copias selladas de la demanda y la contestación a ésta.

4.- Si no hiciera entrega de los bienes el deudor en la diligencia, el secretario actuario lo hará constar y el juez procederá a hacer efectivo el medio de apremio decretado, al efecto siendo los siguientes:

- a) El auxilio de la fuerza pública, y
- b) El juez podrá ordenar arresto administrativo en contra de el deudor, hasta por treinta y seis horas, si fuera ineficaz el apremio por causa imputable a éste.

5.- Aun cuando no hubiere contestado en tiempo la demanda, el demandado tendrá en todo tiempo el derecho de ofrecer pruebas hasta antes de que se dicte la sentencia correspondiente. El allanamiento que

afecte toda la demanda producirá el efecto de que el asunto pase a sentencia definitiva.

6.- El juez resolverá sobre la admisión o desechamiento de pruebas en el auto que tenga por contestada o no la demanda, dando vista al actor con las excepciones opuestas por el demandado, por el término de tres días señalando fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas alegatos y sentencia.

Esta audiencia deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes; en que haya concluido el plazo fijado para que el actor desahogue la vista.

7.- Quedará a cargo de las partes la preparación de las pruebas, por lo que deberán presentar a sus testigos, peritos, documentos públicos y privados, pliego de posiciones y demás pruebas que les hayan sido admitidas.

8.- Debe presidir la audiencia el juez, ordenando el desahogo de las pruebas admitidas y preparadas; dará oportunidad a las partes para alegar lo que a su derecho convenga por escrito o verbalmente. Acto continuo, el juez dictará sentencia, y será apelable únicamente en efecto devolutivo.

9.- Obtenido el valor de avalúo de los bienes, se estará a lo siguiente:

- a) Cuando el valor de los bienes sea menor o igual al monto del adeudo condenado, quedará liquidado totalmente el crédito respectivo. En éste caso el fiduciario podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía, y
- b) Si el valor de los bienes es mayor al monto del adeudo, la fiduciaria entregará el remanente que corresponda por la venta de los bienes.

10.- A elección del fiduciario la venta se podrá realizar ante el juez o fedatario público, mediante el procedimiento siguiente:

- a) Se notificará con cinco días de anticipación al deudor del día y la hora en que se efectuará la venta;
- b) Se publicará en un periódico, un aviso de venta de los bienes en el que se señalará el día el lugar y la hora en que se realizará la venta, con cinco días hábiles de antelación.

11.- El fiduciario, en tanto no realice la entrega al deudor del remanente, cubrirá a éste, por todo el tiempo que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a dos veces el Costo de Captación a Plazo de pasivos denominados en moneda nacional.

En todo lo no previsto en el Título Tercero Bis serán aplicables las disposiciones contenidas en el Título Tercero De los Juicios Ejecutivos, del Código de Comercio.

Para un mejor entendimiento lo sintetizaremos en un organigrama.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA MEDIANTE FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Demanda

Juez

**Requerimiento al
Deudor**

Del pago del crédito

**De la entrega de la
posesión del bien –
dado en garantía
(apercibiendo multa)**

No se cumple

**Se emplaza a juicio al
Deudor**

Allanamiento

**Contestación de la
Demanda**

**Audiencia de Pruebas
Alegatos y Sentencia**

Sentencia

Avalúo de los bienes

***Enajenación de bienes y
Cobro del Crédito**

***Ver fases en el Procedimiento Extrajudicial**

Debemos advertir que hasta no hace mucho, esta figura no era muy utilizada, preferentemente porque se consideraba que el fideicomiso de garantía era muy vulnerable, ya que resultaba relativamente fácil atacar su validez en cuanto a la interposición del juicio de amparo por violación a las garantías individuales de igualdad ante la ley, de audiencia, de legalidad, de justicia y de jurisdicción contempladas en los artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución; sin embargo, en la actualidad ya se contemplan , los procedimientos de ejecución en el Código de Comercio en su Título Tercero Bis.

Es necesario que la legislación actual establezca, dentro de la celeridad de los procedimientos de ejecución del fideicomiso de garantía, las bases mínimas que deben contener los contratos que se celebren, de tal manera que contemplen las formalidades esenciales del procedimiento.

Dichos procedimientos, son insuficientes debido a que se aplican a la venta de los bienes que forman parte de la garantía prendaria, la cual gravita sobre un derecho real, aspecto que no corresponde al fideicomiso. Además nos remite al procedimiento ejecutivo mercantil.

Consideramos que a pesar de la existencia de dichos procedimientos de ejecución el fideicomiso de garantía requiere de su propia regulación con reglas más claras y precisas debido a que no se le puede equiparar a la prenda, tienen diferencias como antes ya señalamos. Además el poder judicial deberá solucionar las controversias que surjan de una manera más fácil y expedita que la prevista para un procedimiento ordinario, para que no se le despoje de la sencillez y claridad que se le atribuye.

Por lo anterior, proponemos la posibilidad de recurrir de manera opcional al arbitraje del cual hablaremos más adelante.

5.8.3.- EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Con la proposición de que se de un procedimiento jurisdiccional ágil y sencillo el arbitraje conservaría la imparcialidad que se busca en la solución de cualquier controversia que surgiera, pero sobre todo garantizando el derecho y respeto a las formalidades esenciales de cualquier procedimiento, así como el respetar la voluntad de las partes en el contrato respectivo.

Ciertamente el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares, donde la audiencia en la exposición verbal es suficiente para exponer el caso sin formalismos anacrónicos.

Lo único que pretendemos es que, además de la regulación específica que existe, debe instaurarse el arbitraje forzoso como medio de resolución de las controversias que puedan surgir.

Conforma una solución al litigio, dada por un tercero imparcial o juez privado, generalmente designado por las partes contendientes, o en ausencia de su consentimiento, por el juez competente, siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva cuenta con

una tramitación mucho más simple que el del procedimiento del proceso jurisdiccional.¹⁹²

¹⁹² REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO. Tomo XLV. Números 201-202; mayo-agosto 1995. P. 62. Flores García, Fernando. ARBITRAJE, CONCILACIÓN, AMIGABLE COMPOSICIÓN.

CONCLUSIONES

1.- El trust anglosajón y nuestro fideicomiso, a pesar de que el primero fue molde del segundo, tienen características que los hacen ser diferentes, ya que al hacer la adaptación del trust a nuestro sistema carente de normas de equidad y de common law, hubo muchas diferencias en su aplicación, por lo que poco a poco tuvo que irse adaptando hasta llegar a su configuración actual.

2.- El fideicomiso es un contrato; ya que se constituye por el acuerdo de dos o más voluntades, estableciéndose derechos y obligaciones entre las partes que intervienen, por lo tanto, es conveniente que se establezca así en el concepto de fideicomiso quedá el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

3.- Son muchas las teorías que se han sostenido respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, tanto desde, el punto de vista del acto que le da origen como en lo que respecta a su patrimonio. Para nosotros el Fideicomiso es un acto jurídico específicamente resulta ser un contrato, en virtud del cual una persona llamada fideicomitente, entrega a otra llamada fiduciaria bienes o derechos en propiedad fiduciaria, para la realización de un fin lícito y determinado, que beneficiará al fideicomisario.

4.- La propiedad fiduciaria, en virtud de la cual los bienes entregados en fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente para entrar en propiedad fiduciaria al fiduciario, con las limitaciones que se establezcan en el contrato de fideicomiso, donde el

fideicomisario tiene un derecho de crédito contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de los fines del fideicomiso que lo beneficia.

La propiedad fiduciaria no contradice al derecho real de propiedad, por lo cual al ser transmitido del fiduciario a un tercero o al fideicomisario o bien revertir el bien al fideicomitente, lo hace en forma plena, sin embargo por sus características especiales podemos hablar válidamente de propiedad fiduciaria.

5.- El artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, requiere ser reformado, en relación con los siguientes aspectos:

- a) En el primer párrafo; pues en la actualidad no solamente las instituciones de crédito pueden ser fiduciarias, como funcionaba anteriormente, sino que ahora pueden serlo también las (instituciones de seguros, instituciones de fianza, sociedades financieras de objeto limitado y almacenes generales de depósito); de conformidad con sus leyes respectivas y la Ley de Instituciones de Crédito.
- b) El segundo párrafo deberá eliminarse totalmente , ya que un fideicomiso no se constituye sino hasta el momento en que hay un acuerdo de voluntades, plasmado por escrito, donde conste la aceptación del fiduciario para desempeñar el cargo; por lo que no puede hablarse de una designación de una institución fiduciaria, pues esto implica una aceptación tácita forzosa, contraviniendo con ello la garantía contenida en el artículo quinto constitucional.
- c) En el tercer párrafo, establece que el fideicomiso cesará, cuando la institución fiduciaria no acepte en el acto constitutivo; esto es incongruente ya que no puede cesar algo que nunca empezó.

6.- Las figuras tradicionales que garantizan una obligación, tiene estipulaciones especiales, debido a sus características propias; sin embargo el Fideicomiso de Garantía, tiene características de fondo y de forma que lo hacen diferente de la fianza, prenda e hipoteca, primeramente por el hecho de existir un órgano mediador entre deudor y acreedor, después por la desposesión voluntaria que el mismo deudor hace al momento de constituir el fideicomiso y por las demás causas que expuse anteriormente.

En la prenda y la hipoteca, el deudor constituye un derecho real de garantía al acreedor, pero la desposesión material y legal de los bienes que garantiza la obligación tienen como requisito, la existencia de un procedimiento judicial.

En el fideicomiso no ocurre lo mismo, ya que el fideicomitente esta transmitiendo la propiedad fiduciaria al fiduciario, al constituir el fideicomiso, así que al rematar los bienes fideicomitados, en caso de incumplimiento, la fiduciaria sólo esta realizando los fines de fideicomiso y actuando conforme a derecho.

7.-El fideicomiso de garantía es un contrato en virtud del cual, una persona llamada fideicomitente transmite determinados bienes o derechos en propiedad fiduciaria a otra persona llamado fiduciario, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo el fideicomitente o un tercero, en caso de incumplimiento el patrimonio fideicomitado será objeto de ejecución, cuyo procedimiento puede ser convenido en el momento mismo de la celebración del contrato de fideicomiso.

8.- El fin del fideicomiso de garantía se cumple, si durante el tiempo que se mantuvo vigente el cumplimiento de la obligación por parte del fideicomitente o deudor, estuvo garantizado con el patrimonio fideicomitado, independientemente de que se ejecute o no.

9.- El fideicomiso de garantía representa muchas ventajas sobre los demás contratos de garantía, entre otras ya señaladas encontramos, el que pueden fideicomitirse bienes muebles o inmuebles o ambos, el procedimiento de ejecución puede ser convencional, con lo que se evita acudir a tribunales, lo que representa ahorro en tiempo, dinero y esfuerzo; la venta permite obtener mejor precio lo que beneficia incluso al fideicomitente ya que el remanente se le revertirá.

10.- Mucho se ha discutido sobre la constitucionalidad del procedimiento convencional de ejecución de la garantía fiduciaria. Al respecto, concluimos que el mismo no es violatorio de las garantías individuales, en virtud de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones entre particulares. El fideicomitente, voluntariamente sacó de su patrimonio los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado y voluntariamente acordó que en caso de incumplimiento el producto de la ejecución sería para el cumplimiento de las obligaciones pendientes. En ningún momento se le priva o se le molesta en sus derechos, por lo que resulta del fideicomiso en su favor es un derecho de crédito de reclamar se le devuelva el remanente, si es que llegara a existir de la ejecución, previo pago de la deuda garantizada, así como gastos y honorarios.

El fiduciario en la ejecución se limita a cumplir con las obligaciones asumidas válidamente en el Contrato de Fideicomiso.

11.- Sólo se tramitará por vía de procedimiento extrajudicial el pago de créditos vencidos y la obtención de la posesión del bien. Cuando existe controversias en cuanto al pago del crédito y la entrega de la posesión del objeto de garantía se recurrirá al procedimiento de ejecución judicial, siempre y cuando consten en documento público o escrito privado.

12.- Consideramos que a pesar de la existencia de dichos procedimientos de ejecución el fideicomiso de garantía requiere de su propia regulación con reglas claras y precisas, para que no se le despoje de la sencillez y claridad que se le atribuye.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ACOSTA ROMERO, MIGUEL y ALMAZAN ALANIZ PABLO ROBERTO. Tratado Teórico y Práctico de Fideicomiso. Editorial Porrúa, S.A; México, 1997.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Nuevo Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A; México, 1997.

AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A; México, 1985.

ALFARO, J. RICARDO. Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil. Cursos Monográficos Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. Volumen I. La Habana Cuba, 1940.

BARRERA GRAF, JORGE. Estudios de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A; México, 1991.

BATIZA, RODOLFO. Fideicomiso, Teoría y Práctica. Editorial Jus, S.A; México, 1998.

BATIZA, RODOLFO. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa, S.A; México, 1985.

BAUCHE GARCIADIEGO, MARIO. Operaciones Bancarias, Activas, Pasivas y Complementarias. Editorial Porrúa, S.A; México, 1995.

BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL. Obligaciones Civiles. Harla, S.A. de C.V; México, 1990.

BOJALIL, JULIÁN. Fideicomiso. Editorial Porrúa, S.A; México, 1989.

BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, S.A; México, 1990.

CERVANTES AHUMADA, RAÚL. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S.A; México, 1999.

DÁVALOS MEJÍA, CARLOS FELIPE. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II: Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Harla, S.A. de C.V; México, 1996.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. El Fideicomiso. Editorial Porrúa, S.A; México, 1997.

HERNÁNDEZ OCTAVIO. Derecho Bancario Mexicano. Volumen II. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. Editorial Jus; México. 1956.

LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. Banco Mexicano Somex; México 1982. Prólogo por Beteta Ramón Mario.

LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C; México, 1990.

MATEOS MUÑOS, AGUSTÍN. Compendio de Etimologías Grecolatinas del Español. Editorial Esfinge, S.A; México, 1993.

MUÑOS , LUIS. El Fideicomiso Mexicano. Cárdenas Editor y Distribuidor; México, 1973.

ORTIZ SOLTERO, SERGIO MONSERRIT. El Fideicomiso Mexicano. Editorial Porrúa, S.A; México, 1998.

ROALANDINI, JESÚS. El Fideicomiso Mexicano. Textos Jurídicos Bancomer; México, 1998.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN. Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A; México, 1988.

ROJÍNA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho Civil Mexicano. Tomo VI: Contratos. Volumen II. Editorial Porrúa, S.A; México, 1990.

VÁZQUEZ ARMENIO, RODRIGO. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácticas. Editorial Porrúa; México, 1965.

VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ MANUEL. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa, S.A; México 19998.

ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A; México, 1992.

REVISTAS

EL FORO. Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados; Quinta época, Número 34. Abril-Junio; México, D.F. 1974. Álvarez de la Torre Víctor. LA NATURALERZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. Primera Parte.

EL FORO. Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados; Quinta época, Número 35. Julio-Septiembre, México, D.F. 1974. Álvarez de la Torre Víctor. LA NATURALERZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. Segunda Parte.

PEMEX LEX. Revista Jurídica, Petróleos Mexicanos, Números 109-110. Julio-Agosto, México D.F. 1997. Roalandini Jesús. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL. Año XVI, Número 47. Junio 1972. Moreno Castañeda Gilberto. EL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL. Año XVII, Número 51. Junio 1981. Sánchez Medel Ramón. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO. Tomo XLV, Números 201-202. Mayo-Agosto, 1995. Flores García Fernando. ARBITRAJE, CONCILACIÓN, AMIGABLE COMPOSICIÓN.

REVISTA JUS. Tomo IX, Número 50. Septiembre 1942. Landerreche Obregón Juan. NATURALEZA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO.

REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA. Nueva época, Número 1. Enero-Marzo 1993. Villagordoa Lozano José Manuel. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FIDEICOMISO MEXICANO.

REVISTA MEXICANA DE SEGUROS, FIANZAS Y FINANZAS. Año 49 Número 566. Mayo 1997. Vignau Quirós Armando. LA OPERACIÓN FIDUCIARIA EN MATERIA DE FINANZAS.

TESIS

ARRECHEA ÁLVAREZ, MAXIMINO. Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso. México: Tesis UNAM. 1945.

ESCUADERO MENDOZA, SILVIA. El Fideicomiso de Garantía. México: Tesis ELD. 1994.

KRIEGER VÁZQUEZ, EMILIO. Notas sobre el Fideicomiso. México: Tesis UNAM. 1944.

LIZARDI ALBARRÁN, MANUEL. Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. México: Tesis UNAM. 1945.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO DE COMERCIO. Ediciones Delma; 2000.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ediciones Delma; 1999

COLECCIÓN FISCAL TEMATIZADA, ACTUALIZADA Y CORRELACIONADA. Ediciones Delma. 2000.

LEGISLACIÓN BANCARIA. Tomo I y II. Editorial Porrúa. 1999

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.
Ediciones Delma. 2000

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. Editorial Porrúa. 2000

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS. Ediciones
Delma. 2000.