

759



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

**"EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO EN
LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIANA ROSAS CASTAÑEDA



ASESOR: DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO

MEXICO, D. F.

2002



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.

Paginación Discontinua



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

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

La alumna MARIANA ROSAS CASTAÑEDA, realizó bajo la supervisión del suscrito el trabajo titulado: **"EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES"**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

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

Por sesión del día 3 de febrero de 1993 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

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

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 22 de enero del año 2002

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRO
DIRECTOR



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER.

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.
AFMP/rga

DEDICATORIAS

A DIOS:

Por permitirme existir y llegar a este momento tan importante en mi vida.

A TI LALITO:

Tú eres el principal motivo para seguir siempre adelante, éste trabajo es una muestra de ello, con todo mi amor, para ti hijito, mí pequeñito.

A MIS PAPAS, DELFINA CASTAÑEDA Y PORFIRIO ROSAS:

Sin su apoyo, comprensión y el amor que como padres han sabido darme, no hubiera sido posible llegar a este logro, siempre estaré eternamente agradecida con ustedes, los quiero mucho.

A MIS HERMANAS, REYNA Y PAOLA:

El cariño, la confianza y el gran apoyo que me han dado, hoy se ven realizados, espero contar siempre con ustedes, gracias.

A PAPA COCO:

Por sus extraordinarios consejos, y ese gran apoyo moral que siempre me ha dado, sin duda alguna, mi segundo papá.

**A MI ABUELITA, LA SEÑORA
MARGARITA BECERRIL, VIUDA DE
ROSAS.**

**A LA MEMORIA DE MI GRAN TIA,
LILIA ROSAS BECERRIL.**

A MIS PRIMOS:

IVAN: Por las diversiones que me haces pasar, échale muchas ganas, con voluntad, todo se puede.

NICOLAS: Gracias por tú apoyo, sé que cuento contigo y con tu familia.

**A LA FAMILIA QUE SE ENCUENTRA
EN MORELOS:**

Por todos esos grandes momentos que paso, cuando voy para allá, mil gracias.

A MIS AMIGOS:

No quiero omitir a ninguno, sólo quiero que sepan que cada uno de ustedes han sabido brindarme su bella amistad, los tengo siempre en mi corazón.

AGRADECIMIENTOS

AL DR. FABIAN MONDRAGON PEDRERO:

Por su innumerable ayuda, sus sabios consejos, los conocimientos que me ha transmitido, y esa invaluable confianza que me ha dado, pero sobre todo, por ser una persona muy especial para mí, con todo mi cariño, infinitamente agradecida.

AL LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS:

Por su confianza y amistad, muchas gracias.

A MI UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO:

Con profunda gratitud, por la formación profesional que me otorgó.

AL SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL DE LA FACULTAD DE DERECHO:

Gracias por permitirme formar parte de ese gran equipo que te integra.

INDICE

INTRODUCCION

Pág.

I

CAPITULO I ANTECEDENTES

1. Antecedentes del Fideicomiso

1.1 En el Derecho Romano

1

1.2 Las Substituciones Fideicomisarias

5

1.3 El Use y el Trust en el Derecho Anglosajón

7

1.4 El Fideicomiso en el Derecho Mexicano

14

CAPITULO II CONCEPTOS GENERALES

2. Conceptos Generales

2.1 Concepto de Fideicomiso

20

2.2 Naturaleza Jurídica del Fideicomiso

23

2.3 Las partes que intervienen en el Fideicomiso

31

2.3.1 El Fideicomitente

31

2.3.2 El Fiduciario

34

2.3.3 El Fideicomisario

38

2.4 Comité Técnico	41
2.5 Patrimonio Fiduciario	43
2.6 Extinción del Fideicomiso	46

CAPITULO III

EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO DESTINADO A ACTIVIDAD EMPRESARIAL

3.1 Concepto de Empresa	52
3.2 Naturaleza Jurídica de la Empresa	57
3.3 Persona física Comerciante	58
3.4 Persona colectiva Comerciante	62
3.4.1 Sociedad en nombre colectivo	63
3.4.2 Sociedad en comandita simple	67
3.4.3 Sociedad de responsabilidad limitada	69
3.4.4 Sociedad anónima	76
3.4.5 Sociedad en comandita por acciones	90
3.4.6 Sociedad cooperativa	91
3.5 El Patrimonio Fideicomitido destinado a Actividad Empresarial, con la calidad de comerciante	96

CAPITULO IV
EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO
EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

4.1 Concepto de Concurso Mercantil	99
4.2 Presupuestos del Concurso Mercantil	101
4.3 El Comerciante en el Concurso Mercantil	105
4.4 Competencia Concursal	110
4.5 La Visitaduría e Identificación del Domicilio en Relación con el Patrimonio Fideicomitido	119
4.6 Determinación del Concurso Mercantil	122
4.7 Fase de Conciliación	127
4.8 Fase de Quiebra	134
4.9 Formas de Extinción del Concurso Mercantil en su Fase de Quiebra	142
4.10 Crítica a la Ley de Concursos Mercantiles en considerar como Comerciante al Patrimonio dado en Fideicomiso respecto de Actividades Empresariales	150
4.11 Propuesta	154
CONCLUSIONES	157
BIBLIOGRAFIA	160

INTRODUCCION

El comercio constituye uno de los pilares principales en el desarrollo económico de un país, realizado éste a través del comerciante persona física o jurídica colectiva; quienes hacen de aquél su ocupación ordinaria con fines de lucro, satisfaciendo necesidades actuales de la sociedad.

Por lo anterior nuestros legisladores afirman que hay necesidad de realizar diversas reformas a las legislaciones en materia de comercio, para estar acordes al avance de dicha sociedad, entre ellas encontramos la derogación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942; entrando en vigor el 12 de mayo del año 2000 la actual Ley de Concursos Mercantiles.

Fue un cambio tremendo, ya que prácticamente desapareció toda la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, quedando mínimas similitudes entre ambas. Esta investigación no tiene por finalidad hacer una comparación entre dichas legislaciones, sino que se pretende abordar una de las tantas problemáticas que presenta la actual ley.

El presente trabajo va encaminado a analizar una de las principales incrustaciones de los legisladores en la Ley de Concursos Mercantiles, tal es el caso, de que agrega un elemento al concepto de comerciante, estamos hablando del patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial.

El fideicomiso desde que fue implantado en México, hasta nuestros días, presenta una evolución que lo ha llevado a ser considerado una de las figuras más recurridas para diversos negocios jurídicos, como la empresa, que destina parte de los bienes que la constituyen para lograr un fin determinado y benéfico para la misma.

De acuerdo a su naturaleza jurídica contractual, el fideicomiso no cuenta con personalidad jurídica propia, ya que no es una persona, en consecuencia no es titular de derechos y obligaciones, sin embargo, la problemática se presenta cuando el legislador le atribuye dicha característica en el artículo 4º fracción segunda de la Ley de Concursos Mercantiles, lo cual constituye el principal motivo de realizar esta investigación.

Para poder explicar la hipótesis de la presente tesis, el trabajo se ha dividido en cuatro capítulos.

En el primer capítulo aportaremos los antecedentes del fideicomiso; desde que en el pueblo romano se dieron figuras jurídicas similares a aquélla, pero que sólo se utilizaron para eludir las diversas restricciones que en materia sucesoria existían, llegando así a las substitutiones fideicomisarias de origen anglosajón, éstas tuvieron como antecedente al fideicomiso romano, cayendo en desuso por no haber logrado el objeto para el cual se crearon, el origen formal del fideicomiso lo encontramos en las figuras jurídicas del *use* y el *trust* ingles, las cuales constituyen el principal antecedente del actual fideicomiso mexicano.

Posteriormente en el segundo capítulo encontramos las generalidades del fideicomiso, realizando un estudio de su naturaleza jurídica, así como de sus elementos personales que hacen posible su funcionamiento, de igual forma el marco jurídico que regula a dicha figura. A continuación se explicará al comité técnico y el patrimonio fiduciario, en éste último caso se recurrió a diversas opiniones de los jurisconsultos mexicanos para definirlo, concluyendo el capítulo con las formas de extinción del fideicomiso.

La ley concursal considera al fideicomiso como un comerciante, pero no cualquier fideicomiso, sino el que se haya destinado a una actividad empresarial; motivo por el cual en el capítulo tercero se comenzará a estudiar a la empresa, aportando su concepto, la naturaleza jurídica y los elementos que la integran, además que la

finalidad de la ley de concursos mercantiles es precisamente la conservación de ésta, considero necesario estudiarla. Posteriormente se analizará al comerciante, tanto como persona física, como jurídica colectiva, es decir, como sociedad mercantil, desarrollando para ello a todas las formas de sociedades previstas en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Teniendo conocimiento de esto finalizaré con una pequeña introducción a que se entiende por patrimonio fideicomitido destinado a actividad empresarial.

En el último capítulo se desarrollará el procedimiento concursal, desde que se declara procedente el concurso mercantil, la fase de conciliación, en caso de no ser factible ésta, declarar procedente abierta la fase de quiebra y las diversas formas de extinción del concurso mercantil dentro de ésta. Para mejor comprensión se realiza un resumen a través de esquemas de los puntos principales en dicho procedimiento. Llegando así al tema central que dio lugar a éste análisis, comenzando con una crítica respecto del mismo, para concluir con una propuesta que considero pertinente se debe realizar.

CAPITULO I ANTECEDENTES

1. Antecedentes del Fideicomiso, 1.1 En el Derecho Romano, 1.2 Las Substituciones Fideicomisarias, 1.3 El Use y el Trust en el Derecho Anglosajón, 1.4 El Fideicomiso en el Derecho Mexicano.

EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

CAPITULO I ANTECEDENTES

1. Antecedentes del Fideicomiso.

1.1 En el Derecho Romano.

Al comenzar el estudio de cualquier figura jurídica, se debe iniciar por los antecedentes de la misma, lo cual facilita la mejor comprensión del tema. La importancia de conocer los antecedentes de todo objeto de estudio, radica en tener una visión de lo que será el trabajo a desarrollar, así como las razones principales de la creación y aplicación de dicha figura.

Por lo cual comenzaré con el desarrollo de los antecedentes del Fideicomiso en general, partiendo del derecho romano que es el fundador dentro de la corriente histórica, de casi todas las ramas del derecho existente, sin embargo, en la figura a tratar no se puede decir que en el derecho romano se encuentre el origen de ésta, pero si se contempla de diferente forma.

En la época romana casi todas las regulaciones jurídicas que se dieron fueron encaminadas al derecho civil, de tal forma que el fideicomiso mexicano nada tiene que ver con el *fideicomisum romano*, como afirma el Dr. Floris Margadant: "el fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario."¹

De la definición anterior se desprende que al fideicomiso se le trato dentro de la figura de la sucesión, denominándosele *fideicomiso mortis causa*, en donde el fideicomitente era el autor de la

¹ MARGADANT, S. Guillermo Floris, **Derecho Romano**, vigesimoquinta edición, Editorial Esfinge, México, 2000, pág. 503

Antecedentes del Fideicomiso

herencia; el fiduciario, el heredero o legatario; y el fideicomisario un tercero.

Se realizaba con absoluta libertad, es decir, no había formalidad alguna a que constreñirse, por consiguiente, se dejó sin sanción jurídica. La finalidad de éste era favorecer *post mortem* a las personas parientes del *de cuius* que no contaban con testamento, denominado en esa época como *testamenti factio passiva*.

Por la misma regulación jurídica que tenía no tuvo gran éxito esta figura, dejándose de cumplir. Así después de las guerras púnicas, en Roma, para los hombres valía más el dinero que la reputación, dando lugar al incumplimiento del fideicomiso; motivo por el cual Augusto encargó a Claudio, cónsul en esa época y a dos pretores especiales que vigilarán el cumplimiento de los fideicomisos.

Como era de esperarse el fideicomiso fue sufriendo una serie de restricciones, parecidas a las que se dieron con la herencia y los legados.

Comenta el Maestro Margadant: "en tiempos de Vespasiano se introdujo el principio de la *Lex Falcidia* en los fideicomisos (senado consulto Pegasiano), y que las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron al fideicomiso. En tiempos de Adriano, los peregrinos y las *personae incertae*, incapaces de recibir herencias y legados, fueron declaradas también incapaces de recibir fideicomisos."²

De esta manera se fue dando una clara diferencia entre lo que era el fideicomiso en comparación con la herencia y el legado, que en aquel tiempo con base en la finalidad de cada uno de ellos era considerados semejantes, aunque no del todo; ya que aquellas personas que no contaban con testamento para heredar los bienes del familiar fallecido, podían recibirlos en fideicomiso, hasta en los tiempos del Bajo Imperio.

² *Ibidem*; Pág. 504.

Antecedentes del Fideicomiso

Posteriormente se presentó la *sustitución fideicomisaria* en la cual se permitía designar "fideicomisario del fideicomisario" aunque esto no se permitió en la herencia y en los legados. Esta sustitución fideicomisaria se desarrolló por una generación en la época clásica; y por cuatros generaciones, en los tiempos de Justiniano. En la Edad Media se permitía el fideicomiso sin límites de generaciones, que se conocía como el famoso mayorazgo, utilizado para impedir que los importantes bienes que constituían el patrimonio salieran de una determinada familia.

Por otro lado existió la figura de la *fiducia* que no era más que una forma solemne de realizar la transmisión de la propiedad del bien a una persona llamada *accipiens* éste la recibía y se obligaba a transmitirla a un tercero denominado *tradens*.

En el derecho Romano existieron dos formas de fiducia, la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*

La primera consistía, como mencionan los Maestros Acosta Romero y Almazán Alaníz en: "Originalmente el acreedor que quería tener una garantía real exigía retener como garantía, durante la existencia del crédito la propiedad de algún bien del deudor *fiducia cum creditore* o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de que éste hubiera pagado su deuda. Tal negocio, paralelo al convenio sobre el préstamo mismo, podía también combinarse en forma más íntima con este último; entonces, el acreedor compraba algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía como préstamo, y se obligaba a devolver el objeto al deudor dentro de cierto plazo, en caso de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese al original precio de compra, o sea, al importe del préstamo, más los intereses. Así, en lugar del moderno contrato de prenda se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa.

En el Derecho Romano, el efecto de tal promesa de retroventa se solía introducir en la venta por un *pactum fiduciae*, que

facultaba al deudor después de cumplir a exigir la retroventa, mediante un *actio fiduciae*.

No se trataba de un caso de simulación puesto que ningún tercero, conociendo las apariencias, se habría dejado engañar respecto de la verdadera situación jurídica. Todos sabían que bajo el *pactum fiduciae*, con su transmisión temporal de la propiedad, se escondía, en realidad, una operación de garantía. Es una de las consecuencias de la antigua economía de conceptos, que obligaba con frecuencia a los romanos a utilizar un negocio jurídico para fines distintos a los que originalmente había inspirado la institución respectiva.³

De lo anterior se puede apreciar que simplemente se trataba de garantizar el cumplimiento de una obligación.

En tanto que en la *fiducia cum amico* se utilizaba para el uso y goce del bien transmitido por aquella persona a quien se le había otorgado, lo cual era de manera gratuita, una vez realizado éste cometido, el bien debía retransmitirse, a esto se debe la consecuencia que el *pactum fiducia* tenía implícita.

En la última etapa del Derecho Romano la figura de la *fiducia* cayó en desuso, sin embargo, constituye otro antecedente del fideicomiso

Concluimos que tanto los fideicomisos testamentarios y la figura de la *fiducia* que existieron en Roma no guardan ninguna relación con nuestro actual fideicomiso, más que la nominal, lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del derecho romano, sino más bien es una transformación del llamado "trust" anglosajón, del que posteriormente hablaremos en forma amplia.

³ ACOSTA Romero y ALMAZAN Alaníz, **Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso**, editorial Porrúa, México 1997, pág. 2

1.2 Substituciones Fideicomisarias.

Figura jurídica que se origina en la Edad Media, en la época de las monarquías absolutas, ya que la perpetuación del patrimonio se dejaba sólo a unas cuantas familias aristócratas, esto permitía la tranquilidad de la monarquía y aseguraba el sostenimiento de la nobleza.

Presenta sus antecedentes en el derecho romano, en el fideicomiso "gradual" o "sucesivo", transformación del fideicomiso puro u ordinario, aquí se encuentra una tendencia a la vinculación de la propiedad inmueble.

Las substituciones fideicomisarias consistían en que: "Los testadores, con el propósito de perpetuar los bienes en la misma familia o en agrupaciones constituídas en agrupaciones morales determinadas, instituían al heredero no solamente con el carácter de fiduciario, sino también como fideicomisario; le trasmitían los bienes en propiedad durante su vida, con la misma obligación, impuesta por el testador, de transmitirlos a su muerte a otra persona, quien a su vez los adquiría y conservaba durante su propia vida, con la misma obligación, impuesta por el testador, de transmitirlos a su muerte a otra persona, y así sucesivamente, de tal manera que mediante estas substituciones fideicomisarias, en realidad los bienes inmuebles gravados se convertían en bienes vinculados, inalienables durante años y generaciones enteras".⁴

Simplemente las substituciones fideicomisarias consistían en que el testador dejaba a una persona como heredero de sus bienes, los cuales no podían enajenarse, ya que debían conservarse dentro de la familia, esto daba lugar a que los fideicomisarios sucesivos reclamaran el cumplimiento, por lo que se conoció como substitución gradual.

⁴ RABASA, Oscar, "El Derecho Angloamericano", segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 263

Se conocieron a estas "substituciones fideicomisarias" como "substituciones" o "bienes substituídos", esta conservación de los bienes en la familia predominó en la jurisprudencia francesa del antiguo régimen. Cuando se presenta la Revolución Francesa y con ello la destrucción de la vieja organización feudal y los privilegios de la nobleza, nacen los nuevos principios de la economía política, se da a conocer que todas estas ideas de dejar los bienes en determinadas familias, retira del comercio a la riqueza inmobiliaria, estanca el desarrollo de la agricultura, perjudica el desarrollo de las industrias y propaga la miseria en general; dando lugar a la extinción total de las "substituciones fideicomisarias", asimismo, se abolieron los mayorazgos, la amortización eclesiástica los censos irremediables, los usufructos sucesivos y obvio se suprimió la transmisión testamentaria con prohibición de enajenar y en suma todas aquellas disposiciones que tendieran a poner la propiedad territorial fuera del comercio y del libre cambio.

Todo lo anterior se llevó a cabo porque se encontraba en pugna con los principios de justicia, de la moral, pero sobre todo como se comentaba, con los de la economía política, ya que dichos actos no sólo eran el ejercicio de un derecho privado, sino un derecho que atienden a las mayorías.

Por mencionar existieron diversos tipos de substitución, entre ellos se encontraban, la substitución vulgar, substitución pupilar, la substitución ejemplar y la substitución compendiosa, cada una con sus peculiaridades de esa época.

Estos fideicomisos graduales o substituciones fideicomisarias fueron prohibidos en Francia desde el año de 1792, aunque en la época de Napoleón aparecen nuevamente los mayorazgos y las substituciones fideicomisarias, al pretender crear su efímero imperio, su sueño fracasa, ya que las substituciones fideicomisarias se ven abolidas en el año de 1849 por una disposición expresa de la legislación francesa y en consecuencia en todos los demás países del mundo.

Como prueba se encuentra que en el artículo 896 del Código de Napoleón se disponía: "Están prohibidas las substituciones. Será nula toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario quedan encargados de conservar y restituir a un tercero".

Como se ha mencionado en varias legislaciones de distintos países del mundo las substituciones fideicomisarias quedaron prohibidas, entre ellos encontramos a los países de Centroamérica, por mencionar algunos tenemos a Guatemala, Honduras, Costa Rica y Panamá. Es importante hacer referencia que cuando hablamos de legislación, no se trata de la mercantil, sino que se encontraban reguladas estas figuras jurídicas en los Códigos Civiles respectivamente de cada país.

En México, como se verá más adelante, el fideicomiso, en su especie de sucesivo o substitución fideicomisaria, no tuvo vigencia, ya que se prohibió antes de nuestro Código Civil de 1870.

Los verdaderos antecedentes de nuestro fideicomiso, se encuentran en el Derecho Anglosajón, en el llamado *use* y el *trust*, que a continuación se explican.

1.3 El Use y el Trust en el Derecho Anglosajón.

El *use* y el *trust*, dos instituciones del derecho inglés, que forman los antecedentes más importantes de nuestro fideicomiso. El *use* viene siendo el antecedente moderno del *trust* y éste último constituye el antecedente más próximo de nuestro fideicomiso actual.

La práctica del *use* comenzó cuando por diversos motivos en Inglaterra, la persona propietaria de una tierra traspasaba el dominio de ella a otra denominada "*Feoffe to use*" (sujeto del derecho de uso) con el acuerdo entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, un tercero llamado "*Cestui que use*" (el que tiene el uso de la cosa) a quien el autor del

Antecedentes del Fideicomiso

uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de los beneficios de un verdadero propietario con respecto al bien con esta operación, el cesionario adquiriría el dominio de la cosa y en consecuencia el título de propietario en derecho; pero no para que él la aprovechara en beneficio propio, sino que el cargo confiado era a su buena fe, de lo que poseyera era para uso exclusivo del "*cestui que use*" persona sobre la cual se constituía el uso y aprovechamiento total del inmueble traspasado.⁵

Ha sido dudoso el origen del *use*, la práctica de condicionar la enajenación de la tierra a un *use*, *trust* o *confidence* (uso, fideicomiso o confianza), el traspaso a favor del propio cedente o de un tercero designado por él, hizo aparecer este doble tipo de dominio. Sin embargo, las constantes e injustas cargas que imponía el sistema feudal, hizo que el pueblo ideara un instrumento para eludir el sistema imperante existente en esa época.

El uso, fue una clara respuesta a las injusticias del sistema feudal, esto marca la diferencia fundamental con el fideicomiso romano, con el mayorazgo y las capellanías, figuras jurídicas ya mencionadas, puesto que él *use* constituyó una defensa del pueblo en contra de los señores feudales, entre otros beneficios encontramos que en los siglos XII y XIII, se utilizaba para emancipar a los esclavos, se trataban de ventas formales realizadas por un Lord a una tercera persona, respecto de un siervo o esclavo, mediante la figura del *use* o *trust*.

En opinión de historiadores y tratadistas del derecho inglés afirman que el origen del *use* se encontraba en la práctica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra, pues la Ley de las Manos Muertas, regulaba lo concerniente a la propiedad y dejaba fuera a la iglesia de la obtención de tierras, por tal motivo por medio de esta figura jurídica del uso se evadían las restricciones de esa ley.

La creación de esta Ley en el año de 1217 tuvo lugar porque el clero había adquirido una serie tremenda de tierras, se

⁵ Cfr. ACOSTA y ALMAZAN, ob. cit., pág. 4

podría decir que el país se encontraba en manos de las asociaciones religiosas, dando lugar a que la propiedad raíz se convirtiera en improductiva y en consecuencia había un acaparamiento de los recursos económicos del reino. De ahí que para impedir la innecesaria acumulación de bienes por parte de la Iglesia, el Parlamento de Inglaterra dictara, la *Statute of Mortmain* o Ley de Manos Muertas.

Así fue que para evadir esta ley, las personas que querían donar ciertas tierras al clero lo harían por medio del *use*, es decir, se enajenaban los bienes a una tercera persona, gente de confianza de la iglesia, de tal manera que las corporaciones religiosas utilizarían las tierras, sin tener la propiedad y de esta forma no se violaba la antigua Ley de las Manos Muertas

. De ahí que en Inglaterra medieval los primeros en dar una utilización clara al *use* fueron estas corporaciones eclesiásticas (1413-1422), a tal grado que el uso, fue la regla, más que la excepción para ser dueño de la tierra en Inglaterra.

Es necesario mencionar que el uso era un derecho diverso al dominio o la llamada propiedad legal, en consecuencia se encontraba libre de cualquier obligación inherente a la propiedad conforme al *common law*.

La utilización del *use* dio origen a la creación del Sistema de Justicia de Equidad, consistente en el desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia.

Debemos señalar que, el derecho que se concedía al *cestiu que use* o beneficiario del uso en la cosa, no se encontraban protegidos ni sancionados por la ley común británica, ya que el *common law* y los jueces que lo aplicaban sólo reconocían la titular del dominio, haciendo a un lado al titular del *use*, pero como acontece con las figuras jurídicas, lo que comenzó como una práctica usual, sentó las bases, para lo que se convirtió finalmente en un derecho jurídico y el *use* antecesor del *trust*, tuvo un auge extraordinario desde la época de Enrique V.

Antecedentes del Fideicomiso

Cuando más se extendió la práctica del uso, se creó una nueva jurisdicción, encargando su aplicación al Canciller Rey, persona encargada de la administración de justicia, independiente del *common law*, quien legalizó finalmente el *use* anglosajón y el *trust* moderno. Esto dio lugar a la creación de los Tribunales de Equidad, llamados también *Court of Chancery*, quienes se encargaban de aplicar la rama jurídica *Equity* separada del derecho anglosajón o *common law*.

La diferencia entre estos dos sistemas de administración radicaba en que la llamada "*Equity*" era aplicada por la *Court of Chancery*, cuyas normas son actualmente esgrimidas por los Tribunales de Equidad, en cambio el *Common Law*, era aplicada por los antiguos Tribunales del "*Common Law*".

Esta figura del *use* fue evolucionando en pausas, de tal forma que de ser una obligación moral se fue convirtiendo en un acto de naturaleza jurídica, creado y evolucionado por el derecho de equidad, aunque del llamado *Common Law* tomaron las disposiciones relativas a la transmisión del dominio entre vivos o por sucesión, así como lo relativo a su nacimiento. De esta manera se aprecia la competencia jurisdiccional entre los jueces comunes y los tribunales de equidad.

Llegando así, al año de 1534 época en donde el *use* tuvo un desarrollo grandioso, sin embargo, esta figura representaba inconvenientes al Rey y obvió a los terratenientes del país, respecto de los grandiosos privilegios que tenían a su favor, dando lugar a que el parlamento inglés, en los tiempos de Enrique VIII, expidiera la "Ley Sobre Usos", que acordaba que aquella persona que gozara del *uso* se consideraba como propietario de pleno derecho, dando como resultado que todo traspaso de un bien raíz a determinada persona para uso de otra, produciría el efecto jurídico de transmitir la propiedad tanto con apego al *Common Law* como al *Equity law* para con el beneficiario del uso, por lo que se eliminaba el intermediario llamado *feoffe to usee*.

A partir de entonces es como el hoy llamado *trust* adquiere fuerza jurídica y estaba compuesto por dos tipos de dominio,

Antecedentes del Fideicomiso

el legal, reconocido por la ley común estricta o *common law* que pasa al cesionario nominal, también conocido como *feoffe to use* (trustee) o fiduciario en español, y el otro dominio llamado beneficioso o equitativo, impuesto al principio como un deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho de equidad (equity), que se constituye a favor de un tercero *cestui que use*, actualmente *cestui que trust* o fideicomisario. Coexisten al mismo tiempo dos propietarios y dos dominios respecto a una misma cosa; y esto es solo posible en este tipo de derecho, el angloamericano, ya que encontramos dos tipos de normas, las normas del derecho común y las de derecho-equidad.

Realizando la comparación con otra figura jurídica, podría tener cierta similitud con el usufructo, en el que se puede usar y gozar temporalmente de un derecho que pertenece a otro, sobre un bien, aunque éste no podrá disponer de dicha cosa, sino solo se concretizará a usarla, en cambio en la institución del *use*, el primero debe tener la cosa para beneficio y a disposición del segundo, pues cada cual ejerce un derecho propio y distinto.

El objeto de los creadores de la "Ley sobre Usos" fue derogar la distinción entre el dominio legal y el beneficioso, ya que había conducido en la práctica a varios males de orden legal y moral, mismos que se encontraban enumerados en el preámbulo de la misma ley. De haberse llevado a cabo tal idea, actualmente no estaría en vigencia la institución del *trust*.

En el texto de la ley de usos sólo se hablaba de derechos referentes a los bienes "inmuebles", no afecto a los "usos" constituidos sobre los bienes muebles.

A través del tiempo esa dialéctica jurídica, depurada y corregida por la legislación moderna, quedó establecida definitivamente en el derecho angloamericano la antigua institución de los "usos" con la diferencia del nombre tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, en donde se rigen por el sistema de derecho llamado *common law*.

Actualmente se les denomina en el lenguaje español como *fideicomisos* y tal es el origen del *trust* moderno, que es importante señalar los aspectos más importantes del mismo.

El Trust.

Es una figura jurídica que surge en el derecho anglosajón, cuyas disposiciones se encuentran regidas por el sistema del *common law*, el antecedente directo del *trust* como se ha mencionado es el *use* y ha ido evolucionando de una manera tan rápida que actualmente es importante en la riqueza nacional de un país.

Para entender mejor esta figura partiremos de su concepto y explicaré cada uno de los elementos que lo conforman.

Jorge Serrano, lo define como: "un *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*)".⁶

"En los Estados Unidos de América, un *trust* es una relación fiduciaria que surge generalmente por la voluntad expresa de quien teniendo la disposición de determinados bienes (*settlor, creator o trustor*), otorga su posesión al *trustee* (fiduciario), quien se obliga en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*)".⁷

De las definiciones anteriores se desprende que son tres los elementos que interviene en el *trust* o fideicomiso, en primer lugar aparece el *settlor* o fideicomitente quien es el creador del *trust*

⁶ Citado por VILLAGORDOA LOZANO, Manuel, **Doctrina General del Fideicomiso**, tercera edición, Porrúa, México, 1998, pág. 20

⁷ Acosta y Almazán, ob. cit., pág. 12

Antecedentes del Fideicomiso

expreso y como tal se conoce como creador o *trustor*, pero generalmente desaparece una vez que sé constituye el *trust*.

En segundo término tenemos al *trustee* o fiduciario, es la persona en quien el *settlor* deposita la confianza de sus bienes y en consecuencia se convierte en el titular de los derechos y bienes que se le entregan o fideicomiten. Esta persona debe tener la capacidad de goce y ejercicio, es decir, la aptitud legal para ser titular de los bienes y derechos que constituyen su materia, en caso contrario el tribunal de equidad procede a la remoción del *trustee* por carecer de la capacidad de ejercicio, para evitar daños ocasionados a los beneficiarios o llamados también *cestui que trust*. El *trust* no puede delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al constituir el *trust* obedece precisamente a esa confianza que a puesto en sus manos el *settlor*.

Y por último encontramos al beneficiario de la creación de este acto jurídico el *cestui que trust* o fideicomisario para el derecho español, él cual en caso de que no se lleve a cabo el acto del fideicomiso tiene el derecho de exigir el mismo, ya que en virtud de él se constituyó.

"Puede coincidir en una misma persona los caracteres de *settlor* y *cestui* y *trustee*, cuando formalmente se crea el patrimonio propio del *trust*; no así las calidades de *trustee* y *cestui* dentro del mismo *trust*, salvo que se trate de un grupo de personas en donde los derechos a las mismas sean esencial y recíprocamente diferentes."⁶

En caso de que el *settlor* no designe *trustee* en el momento de la celebración del *trust*, no implica la invalidez del mismo ya que la equidad siempre suplirá esta deficiencia y quien designará este elemento faltante será el tribunal competente de acuerdo con el principio que dice: "La equidad no permitirá que un *trust* se frustre por falta de *trustee*".

⁶ Ibidem., pág. 13

Antecedentes del Fideicomiso

Explicado a manera de síntesis el *trust* anglosajón, procedemos a desarrollar como fue que apareció en México la figura jurídica del Fideicomiso actual.

1.3 El Fideicomiso en el Derecho Mexicano.

El primer antecedente formal del fideicomiso en México, se atribuye al Proyecto llamado Limantour, desarrollado en el año de 1905, redactado por el Lic. Jorge Vera Español, siendo en esa época el Secretario de Hacienda José Y. Limantour, quien envía el 21 de noviembre de ese año una iniciativa a la Cámara de Diputados, en virtud de la cual se facultaba al Ejecutivo en expedir una Ley para constituir Fideicomisos, dicho proyecto se componía de ocho artículos, sin embargo, no consiguió el éxito que se hubiese querido, ya que sólo fue un antecedente de carácter teórico

Cabe mencionar que este proyecto supeditaba la creación de Instituciones Comerciales, con aprobación y vigilancia de la Secretaría de Hacienda, quién les otorgaba exenciones y privilegios en la materia fiscal.

Para el año de 1924 surge otro proyecto en la primera Convención Bancaria celebrada en febrero de ese año, cuyo autor fue Don Enrique C. Creel, mismo que se conoce como "Proyecto de Creel", a quien se atribuye el mérito de haber introducido el término "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro", estas tenían por objeto fungir como fiduciarias, entre otras características este proyecto trató de explicar la práctica norteamericana de la institución del fideicomiso y su principal operación consistía en aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc. de la misma forma que el anterior proyecto no se llevo a la práctica, quedando solo como antecedente de la institución.

En el mes de diciembre de 1924 aparece la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925), introdujo en su contenido al fideicomiso en nuestro derecho, según su artículo 6º. Fracción VII, incluía a los bancos de fideicomiso y los reputaba como instituciones de crédito, mismas que tendrían una duración máxima de treinta años, según la concesión que el Ejecutivo Federal otorgara, esta norma sustituyendo a la Ley de Instituciones de Crédito de 1897.

El aspecto importante que resalta en esta ley fue, que en sus artículos 73 y 74 denominaba a los Bancos de Fideicomiso como aquellos que servían los intereses del público en varias formas, principalmente administrando los capitales que les confiaban e intervenían con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, dicha inclusión no llenó los vacíos que se encontraban en la ley, ni tampoco precisa las características del fideicomiso ni reglamentaron sus efectos.⁹

Sin embargo, en el año de 1926 aparece el llamado Proyecto Vera Estañol, su autor del mismo nombre había ya intervenido en el Proyecto de Limantour. Dicho proyecto tomó el nombre de Proyecto de Ley de Compañías Fiduciarias y de Ahorro incurrió al igual que su antecesor en el año de 1905 en una terminología errónea, en cuanto al término "fideicomisaria", denominándose de manera correcta fiduciaria.

Este proyecto estaba inspirado en las instituciones norteamericanas y en el Proyecto Alfaro de Panamá, dicho proyecto estableció en el artículo 132 que la vigilancia de las Instituciones de Crédito y los Establecimientos Bancarios correspondía a la Secretaría de Hacienda, la cual ejercería sus atribuciones por medio de inspectores.

⁹ Cfr. Acosta y Almazán, ob. cit., pág. 22

Antecedentes del Fideicomiso

La Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926, regula por primera vez a los fideicomisos, otorgándole una estructura compuesta por 86 artículos, contenidos en cinco capítulos, donde lo denominaba como mandato irrevocable.

Cabe mencionar que desde la exposición de motivos se expresó que la Institución del fideicomiso fue nueva en México, por lo que esta ley significaba la legalización de una Institución Jurídica Moderna que en otros países, se practicaba hacia largo tiempo con productivos resultados; permitía que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin los problemas del derecho tradicional.¹⁰

Además se advertía en la exposición que el fideicomiso era una institución jurídica distinta a las anteriores y en especial a la del fideicomiso romano, y concluía la misma con la autorización a los bancos de fideicomiso para tener departamentos de ahorro

Dentro de los artículos más importantes de la ley en comento, destacan las disposiciones relativas a la prioridad de esta institución en las operaciones por cuenta ajena y a favor de terceros, las cuales estaban autorizadas por la propia ley, no admitía a ningún otra institución del extranjero que realizara operaciones de fideicomiso; explicaba con claridad que ésta operación, es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco fiduciario, determinados bienes, para que dispusiera de ellos o de su producto, según la voluntad de quien los entregaba, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero denominado fideicomisario.

Lo expuesto se detalló en el artículo sexto, mientras que en décimo catorce se decretó: El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitados, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, ni gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso.

¹⁰ Idem.

Antecedentes del Fideicomiso

Los demás preceptos precisaban los requisitos necesarios para la organización y funcionamiento de este tipo de bancos, así como las operaciones que estaban autorizados a llevar a cabo, a diferencia de los anteriores proyectos en los cuales esto no se contempló.

La vigencia de la Ley de los Bancos de Fideicomiso tuvo una duración corta (cuatro meses), ya que en ese mismo año, en el mes de agosto surgió a la vida jurídica la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, incorporando los preceptos de la Ley anterior, reproducía algunos de sus artículos y su vigencia fue de seis años, un poco más que las anteriores.

Para agosto de 1932 aparece nuestra vigente y reformada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, actualmente regula al fideicomiso del artículo 381 al 414, lo conceptúa y otorga la forma de operar del mismo, cuyos temas se tratarán en el capítulo correspondiente.

En el mismo año se crea la Ley General de Instituciones de Crédito, adopta las disposiciones de la anterior ley de 1926, la diferencia que se marca es que esta ley detalla exhaustivamente los fideicomisos de quiebra, testamentario y el de administración.

En esta ley cuando se autorizó la constitución de fideicomisos, siempre que el fiduciario fuera una institución sujeta a la inspección del Estado, con las prohibiciones para realizar las substituciones indebidas o la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal; sin embargo conservó respecto de las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar comisiones, mandatos, y encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros.

Antecedentes del Fideicomiso

La finalidad de que las instituciones fiduciarias realizaran las funciones citadas, obedecía que con ello se aseguraba un campo más amplio de acción además de su función propia, la ejecución de fideicomisos. Esta ley fue tajante al considerar a las fiduciarias instituciones de crédito, sujetas una concesión del gobierno, con la prohibición de que las sucursales de bancos extranjeros pudieran actuar como tales.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, reguló al fideicomiso en forma integral y sustantiva, surgiendo reformas desde 1932 respecto al fideicomiso en mayo del año 2000, en cuyas disposiciones se adiciona una Sección segunda, al Título Segundo, Capítulo V, dando tratamiento al fideicomiso de garantía, tema que en estos momentos no es el eje central del presente trabajo.

El legislador cataloga al fideicomiso como una operación de crédito, creando reglas específicas y técnicas para su mejor funcionamiento, asegurándose que éste fuese el adecuado.

Por otro lado aparece la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares el 31 de mayo de 1941 la cual, tuvo vigencia por 44 años, que tenía por finalidad de ser complementaria de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, actualmente vigente, en el capítulo de banca múltiple incorporado por reformas en 1979, encontramos que ésta realizaba todas las actividades fiduciarias prevista para departamentos fiduciarios de banca especializada (artículos del 44 al 45 bis).

Además se expidió una regla que ordenó que en el ejercicio de fideicomisos, mandatos o comisiones, así como en la realización de otras actividades fiduciarias, no podría implicar operaciones con las propias instituciones y con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin embargo dicha regla quedó sin efecto con la aparición de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones

Antecedentes del Fideicomiso

Auxiliares de 1941. Dicha ley tuvo una existencia breve por que a su vez quedo abrogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 14 de enero de 1985, que a su vez fue abrogada por nuestra legislación bancaria actual, la Ley de Instituciones de Crédito de 18 de julio de 1990, en la cual se sigue dando el tratamiento al Régimen Legal del Fideicomiso.

Son diversas las leyes que tratan sobre el fideicomiso actual, entre ellas tenemos:

- ◆ La ley de Instituciones de Crédito, artículo 46, fracción XV;
- ◆ Ley del Mercado de Valores, artículo 20, fracción iv, inciso d);
- ◆ Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, artículo 34, fracción IV;
- ◆ Ley Federal de Instituciones de Fianzas, artículo 16, fracción XV;
- ◆ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, capítulo V y 14 artículos más.
- ◆ Conforme a las reformas del 12 de mayo del 2000, aparece regulado el fideicomiso en la vigente Ley de Concursos Mercantiles, concretamente la figura del patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial, tema principal de la presente investigación y que se desarrollará a lo largo del trabajo.

Llegando así, al final del capítulo correspondiente a antecedentes del fideicomiso, teniendo conocimiento de como esta figura jurídica llevo a tener plena vigencia actual, pero aún no hemos concretizado sobre su concepto, la naturaleza jurídica y sobre todo ampliar el comentario sobre las partes que intervienen en él, tema que se abordará en el siguiente capítulo.

CAPITULO II CONCEPTOS GENERALES

2. Conceptos Generales, 2.1 Concepto de Fideicomiso, 2.2 Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, 2.3 Las partes que interviene en el Fideicomiso, 2.3.1 El Fideicomitente, 2.3.2 El Fiduciario, 2.3.3 El Fideicomisario, 2.4 Comité Técnico, 2.5 Patrimonio fiduciario, 2.6 Extinción del Fideicomiso.

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

2. Conceptos Generales.

2.1 Concepto de Fideicomiso.

A lo largo de la evolución jurídica del fideicomiso, se han aportado diversos conceptos, recordemos que en la Ley de Bancos de Fideicomisos de 1926 lo definía de la siguiente manera: "un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, que tiene el carácter de *fiduciario* determinados bienes para que disponga de ellos o de su producto, según la voluntad del que los entrega, llamado *fideicomitente* a beneficio de un tercero denominado *fideicomisario*".

La evolución de este concepto ha sido clara, ya que actualmente el fideicomitente puede reservarse el derecho a revocar el fideicomiso, siempre que tal situación conste por escrito al momento de constituirse el fideicomiso, lo que pone de manifiesto que si es revocable, y en consecuencia aquella definición quedo obsoleta.

Diversos son los autores que han definido al fideicomiso, a continuación mencionaré algunos de ellos, para posteriormente aportar mi concepto.

El Maestro Oscar Vásquez del Mercado opina: "El fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quién designa aquél que otorga las facultades."¹¹

Por otro lado el Dr. Acosta Romero Miguel define al fideicomiso como: "Un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una

¹¹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, **Contratos Mercantiles**, sexta edición, editorial Porrúa, México, 1996, pág. 515

Conceptos Generales del Fideicomiso

institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.¹²

Al respecto el Lic. Erick Carvallo Yañez dice : " Por virtud de la constitución del contrato de fideicomiso, una persona física o moral, entregan bienes o derechos a otra para que los administre correctamente, y los entregue a un beneficiario que pueda ser el propio afectante del patrimonio o un tercero; lo anterior, en cumplimiento de los fines del contrato de fideicomiso que ha fijado previamente la persona que lo constituyó."¹³

De las anteriores definiciones se desprenden varios aspectos en común, tal es el caso de que todos coinciden en que el fideicomiso es un contrato y la aparición de tres sujetos en la constitución del mismo, aunque en su momento oportuno veremos como uno de ellos no es necesario que se encuentre determinado.

Por último tenemos la definición legal de fideicomiso, consagrada en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que lo define como:

Artículo 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.

Los bienes que se transmiten al fideicomiso, se consideran afectos al fin que se destinan

Es importante mencionar que el fin con que se constituye dicha figura jurídica debe ser lícito y determinado.

Una vez, leído lo anterior por nuestra parte definiremos al fideicomiso como:

¹² ACOSTA ROMERO, Miguel, citado por QUINTANO ADRIANO, Elvia Arcelia, **Diccionario de Derecho Mercantil**, editorial Porrúa, México, 2001, pág. 251

¹³ CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVIÑO, **Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles**, editorial Porrúa, México, 2000, pág. 239

El contrato jurídico de carácter mercantil, por virtud del cual una persona capaz, afecta parte de sus bienes en forma legítima a un fin lícito determinado, quedando a cargo de una institución fiduciaria la titularidad de esos bienes y en consecuencia se ejecute el fin propuesto a favor de un tercero señalado o no.

Como bien se señaló, se le otorga el carácter mercantil por encontrar su regulación jurídica en la Ley General de Títulos y Operaciones Crédito, la cual dice que las operaciones de crédito que la misma reglamenta son actos de comercio. Por otro lado el Código de Comercio en su artículo 75, fracción XIV, reconoce como actos de comercio a las operaciones de los bancos y la citada ley de títulos indica que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas por la ley de Instituciones de Crédito, la que señala en su artículo que el servicio de banca y crédito, será prestado por instituciones de crédito, quienes de acuerdo con el artículo 46 fracción XV practicarán las operaciones a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.¹⁴

En sí la mercantilidad del contrato se encuentra determinada por estar contemplado en una legislación que pertenece al ámbito mercantil, como lo es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Resulta de particular importancia comprender a la perfección la naturaleza de este acto jurídica, ya que la amplitud del concepto permite su aplicación a una multitud de operaciones, lo que impide encuadrarlo exactamente como a otros presupuestos legales, convirtiéndolo en una institución de naturaleza tan sutil, que es posible adaptarla a ciertos contratos, a efecto de que un sujeto de derecho cumpla con una obligación a su cargo, sea cual fuere la naturaleza de ésta dentro del campo patrimonial.

Por lo tanto, el punto siguiente a tratar será determinar la naturaleza jurídica de esta figura jurídica, tomando en consideración la opinión de varios doctrinistas, especialistas en la materia.

¹⁴ Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, ob. cit., pág. 517

2.2. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.

Al explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es necesario acudir al criterio de los diversos juristas en la materia, ya que ha sido punto de debate la misma.

Existen dos corrientes, la primera que opina que se trata de un contrato, si estamos en el caso de que se pacta entre vivos, encontramos el acuerdo de voluntades, es decir, que el fideicomiso se crea por un acuerdo bilateral de voluntades y la segunda corriente que opina que el fideicomiso se constituye por declaración unilateral de voluntad, estamos en el caso de que se puede crear por testamento, desde mi punto de vista considero que ambas corrientes tiene la razón, veamos el porqué, al tenor de los siguientes razonamientos.

Consideró necesario hacer referencia a algunas de las diversas teorías que han tratado de definir la naturaleza jurídica de este acto.

Teoría del Mandato.

Apunta el jurista panameño Ricardo J. Alfaro que el fideicomiso es una especie de mandato, ya que en resumidas cuentas lo que hace el fiduciario es desempeñar un encargo del fideicomitente y de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente el mandante.¹⁵

Desde mi punto de vista, el fideicomiso mexicano no tiene ninguna relación con el mandato, ya que el mandato es revocable en el momento que el mandante lo decida, el fideicomiso esencialmente tiene el carácter de irrevocable y cuando se revoca son por causas determinadas en la ley, en el mandato el mandatario puede ser cualquier persona con capacidad para desempeñar el cargo, en el

¹⁵ Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, Ob. cit., pág. 101-103

fideicomiso son las instituciones fiduciarias autorizadas para desempeñar el fideicomiso, a pesar de que existen algunas similitudes entre una y otra figura no las hace análogas pues sus diferencias son muy claras.

El Fideicomiso como Desdoblamiento del Derecho de Propiedad

La presente teoría se debe a Lizardi Albarrán, según su opinión hay una posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro.

Este autor afirma que: "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 fideicomitados tiene dicho sujeto; además, se trata de un derecho temporal cuyo fundamento es el fin a realizar y carece para su titular de todo valor económico."¹⁶

Caracteriza al derecho real de que es titular el fideicomisario, como aquel que tiene un contenido económico con validez "erga omnes" (aplicable a todos), que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso, al grado de poder confundirlos y porque si bien, no obstante ese fiduciario el que en forma directa ejerce el dominio sobre los bienes objeto de la relación, el fideicomisario puede, en los casos legalmente establecidos, perseguirlos y aún reivindicarlos para hacer restituidos al fondo del fideicomiso. En resumen, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y el del fideicomisario, por el contrario, 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.

¹⁶ Citado por DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge, **El Fideicomiso**, séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 156

El Fideicomiso como una Transmisión de derechos de lo que es Titular el Fiduciario.

La naturaleza jurídica del fideicomiso de acuerdo con esta teoría, debe tener como ángulo de observación la transmisión de derechos que tiene lugar del fideicomitente al fiduciario.

Es importante destacar que también se fundan en la idea de la titularidad del fiduciario sobre los bienes transmitidos por virtud del fideicomiso, ya que como podemos ver se crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, ya que la traslación de dominio que se hace produce efectos frente a terceros que hace aparecer como dueño al fiduciario, entendiéndose que dicha titularidad presenta ciertas limitaciones ya que no tienen un libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitados. Dichas limitaciones son las siguientes:

- Se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario (arts. 381 y 386, párrafo segundo).
- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario (arts. 383, primer párrafo).
- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.
- Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente (art. 393), con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de personas de orden público (operaciones de derecho público).

De esta forma los bienes fideicomitados vienen a constituir un patrimonio separado, esto es, un patrimonio fin o un patrimonio de afectación, pero hecha la advertencia de que tal patrimonio cuenta con su titular.

El Fideicomiso como Operación Bancaria.

Esta tesis sostenida por el jurista Rodríguez y Rodríguez considera al fideicomiso como un patrimonio de afectación y como una operación bancaria, ya que el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito (art. 385 de la LGTOC).

El fideicomiso como operación bancaria, es un acto de comercio, conforme al artículo 75, fracción XIV del Código de Comercio, y a su vez, de conformidad con el contenido del artículo 1º. De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es también acto de comercio como operación de crédito, pasiva o más bien un servicio bancario, aunque la figura en cuestión encuadra mejor en el grupo de los servicios bancarios.

Tesis del Negocio Jurídico.

Sin lugar a dudas esta teoría se debe al más importante de los estudiosos en los últimos años de la figura del fideicomiso, me refiero al Maestro Domínguez Martínez, quien es el primero en postular con claridad la necesidad de analizar la naturaleza del fideicomiso como un acontecimiento dotado de jurisdicción propia, asimismo, explica que: "el fideicomiso es un negocio jurídico, como especie de los acontecimientos jurídicos voluntarios y en oposición a los actos jurídicos en sentido estricto, la estructura del negocio jurídico es compleja, es decir, en cuanto se refiere a su constitución implica un negocio unilateral y respecto a su ejecución, es de naturaleza contractual; por ende, y tomando en cuenta los elementos personales de ambos actos, podemos afirmar por el momento que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante la manifestación unilateral de 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 ese

Conceptos Generales del Fideicomiso

fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.¹⁷

Se observa que este jurista a parte de otorgarle como naturaleza jurídica la de un negocio jurídico al fideicomiso, hace mención de una declaración unilateral de voluntad, es decir, califica al fideicomiso como un negocio jurídico por un lado y como una declaración unilateral de voluntad por el otro, obvió no coincido con ninguna de las dos tesis sostenidas, independientemente de que la declaración unilateral de voluntad la expondré más adelante.

Tesis del Negocio Fiduciario.

Por otro lado el ilustre Maestro Barrera Graf Jorge, sostiene que el fideicomiso es un negocio fiduciario; primero porque ha sido acogido expresamente, de manera típica, por la legislación y segundo, porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio, con energía afirma que: "de no aceptarse la explicación de negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio "sui generis", lo cual es decir nada, es la forma de adecuar una figura que se origina en un derecho diferente al mexicano y en el que un desdoblamiento de la propiedad, que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad, no es posible."¹⁸

Sin en cambio, Don Jorge Alfredo Domínguez Martínez define al negocio fiduciario como. "aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero."¹⁹

¹⁷ DOMINGUEZ MARTINEZ, ob. cit., pág. 188

¹⁸ Citado por DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe, **Derecho Bancario y Contratos de Crédito**, tomo II segunda edición, Editorial Oxford, 2001, pág. 855

¹⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, ob. cit., pág. 167

Conceptos Generales del Fideicomiso

Por mi parte y con base en las definiciones anteriores considero que el fideicomiso no puede tener la naturaleza jurídica de un negocio fiduciario, ya que ésta figura jurídica no se encuentra prevista en la ley, no niego la similitud que tiene con el fideicomiso, en los aspectos de afectación de ciertos bienes por su titular original y la obligación del fiduciario a destinarlos al fin señalado por aquél, sin en cambio, se trata de un acto simulado y atípico, es decir, no reglamentado en ninguna legislación, el fideicomiso demuestra todo lo contrario, basta solo para ejemplificar esto la regulación jurídica que tiene del artículo 381 a 414 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El fideicomiso, Declaración Unilateral de Voluntad.

El gran Jurista Mexicano, Don Raúl Cervantes Ahumada, sostiene que el fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad, en virtud de que puede constituirse por testamento o por acto inter vivos, ya que solo es necesario la participación de una voluntad para su perfección, continúa diciendo que el fideicomiso puede haberse formado por un contrato; pero no habrá acuerdo de voluntades, sino se estará a la constitución del mismo, por una declaración de voluntad del fideicomitente.²⁰

Sin embargo, desde mi punto de vista la ejecución del fideicomiso se tiene que establecer contractualmente, entre el fideicomitente y el fiduciario, y si lo hubiera conjuntamente con el fideicomisario, la aceptación de la fiduciaria perfecciona el contrato, toda vez que se hace imposible su ejecución debido a que el fideicomiso es perfecto desde que reúne sus elementos esenciales a través de un contrato, es cierto que en un principio el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, luego entonces la declaración sería obligatoria para él, en virtud de no poder revocarla sino se reservó ese derecho, ni puede modificarla sin consentimiento del fideicomisario.

²⁰ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Títulos y Operaciones de Crédito**, décima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 289

Conceptos Generales del Fideicomiso

La simple declaración de la voluntad no transmite los bienes o derechos; para que esta se efectúe, es menester la aceptación de quien recibe el patrimonio a fideicomitir.

La confusión en considerar al fideicomiso como una declaración unilateral de voluntad radica en la redacción del artículo 385 en su párrafo segundo, de la LGTOC que a la letra dice así:

Artículo 385. 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.

El Dr. Miguel Acosta Romero referente a la transcripción anterior opina: "En primer lugar, en la práctica o uso bancario, puede afirmarse que en los fideicomisos no se designan varias instituciones fiduciarias que conjuntamente los desempeñen, pues esto acarrearía muchos problemas prácticos de ejecución."²¹

Es cierto que en la práctica no se impone la designación de una Institución fiduciaria, ésta puede aceptar o no la constitución del fideicomiso, a falta de ésta, obviamente no existiría el fideicomiso.

Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en la Legislación Mexicana Actual.

Uno de juristas más destacados en el tratamiento del fideicomiso es el Maestro Batiza quien le otorga una naturaleza de carácter contractual a ésta figura jurídica, opinión con la cual coincidimos, ya que se encuentra dentro de la clasificación de un contrato bilateral, sinalagmático y perfecto, se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas.²²

²¹ ACOSTA ROMERO y ALMAZAN ALANIZ, ob. cit. pág. 180

²² Cfr. BATIZA, Rodolfo, **El Fideicomiso, Teoría y Práctica**, segunda edición, Editorial Jus, México, 1985, pág. 50

Conceptos Generales del Fideicomiso

Considero que, el fideicomiso mexicano tiene la naturaleza jurídica de un contrato, ya que nos encontramos ante una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre encontramos a un fideicomitente y una institución fiduciaria, hay obligaciones y derechos para ambas partes, y por lo tanto no puede ser una declaración unilateral de voluntad.

Adicionalmente es importante explicar el contenido de la figura del contrato, surgiendo lo siguiente:

El artículo 1792 de Código Civil para el Distrito Federal define al convenio como: el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

En el siguiente artículo se menciona que: los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. (art. 1793)

Para concluir con los artículos 1794 y 1795 que a manera de resumen señalan: para la existencia y validez del contrato se requiere consentimiento, objeto, capacidad, perfección en la expresión del consentimiento, licitud y formalidad.

El contrato como sabemos es una especie del convenio, es cierto que hay especies de contratos que la Ley señala, ya sea el Código Civil, el Código de Comercio, etc. pero no implica que sólo éstos caen dentro de la tipología genérica establecida por aquellos cuatro artículos fundamentales, sino que también lo serán todos los acuerdos de voluntad que, estén organizados típicamente o no, concuerden con el tipo de género.

Adecuando lo anterior al estudio del fideicomiso en su naturaleza jurídica es un acuerdo que crea, transfiere, modifica e incluso extingue obligaciones, para su existencia y validez requiere del consentimiento, (formado por la propuesta y la aceptación), objeto, capacidad, perfección en la expresión del consentimiento, licitud y formalidad, elementos que realizan las partes que en él intervienen y que son los siguientes puntos a tratar.

2.3 Las Partes que Intervienen en el Fideicomiso.

En este apartado al referirnos a los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso, connotaré la importancia de las personas que en él intervienen; al constituirse el fideicomiso es común que aparezcan el fideicomitente y el fiduciario, no así la presencia del fideicomisario, ya que no es necesaria, sin embargo, el fideicomiso es válido, esto no quiere decir que se excluya de manera definitiva al fideicomisario, ya que el fideicomiso no tendría razón de ser, pues el fin lícito y determinado del fideicomiso se desvirtuaría.

El artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone: El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

La anterior transcripción viene a confirmar lo que anteriormente se explica, la propia ley establece que no será necesario la presencia del fideicomisario, en consecuencia se asegura que dos son los sujetos esenciales que intervienen en una relación de fideicomiso, no se excluye la presencia de tres sujetos en dicha figura.

En resumen, el fideicomitente es la persona que transmite la titularidad de los bienes al fiduciario y afecta a éstos a los fines mismo del fideicomiso; el fiduciario recibe los bienes para destinarlos a los fines indicados por el fideicomitente y que va a ostentar la titularidad de estos; por último el fideicomisario, quien recibe los beneficios para los cuales se constituyó esta figura jurídica.

A continuación comenzaré la explicación de cada uno de estos elementos.

2.3.1 El Fideicomitente.

El Dr. Miguel Acosta Romero señala: "el fideicomitente es la persona titular de los bienes o derechos que se transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego,

debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.²³

El Maestro Cervantes Ahumada haciendo incapié en su teoría define al fideicomitente como: "es la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso. Debe tener poder de disposición sobre los bienes materiales o derechos que constituyan el patrimonio fideicomitado."²⁴

Desde otro punto de vista, el Lic. Carvallo Yañez, opina: "es la persona que entrega bienes o derechos de su propiedad, constituyendo con ellos el patrimonio inicial del fideicomiso; igualmente es la persona que determina las finalidades lícitas, posibles, determinadas o determinables que se pretenden conseguir con la constitución del contrato de fideicomiso."²⁵

Una vez leídas las definiciones anteriores, conceptualizo al este elemento personal de la siguiente manera: el fideicomitente es la persona física o jurídico colectiva, que teniendo la libre disposición de sus bienes o derechos, cuenta con la capacidad para transmitirlos al fiduciario, con el propósito de lograr un fin lícito y determinado.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 384, respecto del fideicomitente redacta: 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 trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designe.

En la ley de la materia no se encuentra previsto un artículo en donde se encuentren plasmados los derechos y obligaciones del fideicomitente, éstos se desprenden de algunos de los artículos que tratan a la figura jurídica del fideicomiso, podemos señalar los siguientes derechos y obligaciones:

²³ Acosta Romero, citado por Quintana Adriano, ob. cit., pág. 251

²⁴ CERVANTES AHUMADA, ob. cit., pág. 291

²⁵ CARVALLO YAÑEZ y LARA TREVÍÑO, ob. cit., pág. 239

Derechos:

Artículo 383, párrafo segundo:

- Designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción segunda del artículo 394.

Artículo 392, fracción VI:

- Establece que el fideicomitente también tendrá el derecho de revocar el fideicomiso cuando se haya reservado ese derecho en el momento de constituirse el fideicomiso.

Artículo 385, párrafo tercero:

- La designación de varias instituciones fiduciarias, para que conjunta o separadamente cumplan con su función, siempre que se establezca un orden y las condiciones en que hayan de sustituirse, excepto lo que se disponga al momento de la constitución del fideicomiso, en caso de que la institución fiduciaria no acepte o bien cese en el desempeño de su cargo ya sea por renuncia o remoción, se nombrará a otra para que la sustituya. De no ser posible dicha sustitución el fideicomiso cesará.

Artículo 393:

- Una vez extinguido el fideicomiso, recibirá los bienes que la institución fiduciaria le devuelva. Cuando dicha entrega consista en bienes inmuebles o derechos reales, la institución fiduciaria lo establecerá en el documento constitutivo del fideicomiso y para que surta sus efectos deberá inscribir esta declaración en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio.

Además de estos derechos consagrados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tenemos otros como:

- Todos los derechos derivados del acto constitutivo.
- Nombrar al Comité Técnico., dentro de los fideicomisos privados la constitución del comité técnico no es impositivo a diferencia de los fideicomisos públicos en donde su existencia es obligatoria.

Conceptos Generales del Fideicomiso

- Solicitar cuentas al fiduciario señalando el mecanismo para ello y en su caso podrá revocar al fiduciario si no rinde cuentas de su gestión.
- Transmitir sus derechos de fideicomitente, es decir, podrá reservarse el derecho de transmitir su calidad de fideicomitente a otra persona (física o jurídica) sin afectar los derechos del fideicomisario.

Obligaciones:

Artículo 381:

- La fundamental es la de destinar determinados bienes para la realización de un fin lícito y determinado en el fideicomiso.
- Por la transmisión de derechos y obligaciones, saneamiento para el caso de evicción, el fideicomitente tiene la necesidad de garantizar que los bienes que forman el fondo fideicomitado, estén libres de todo gravamen.
- Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.
- Pagar los honorarios fiduciarios.
- Colaborar con el fiduciario para el cumplimiento del fin.

2.3.2 El Fiduciario.

El jurista De Pina Vara Rafael define al fiduciario como: "la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso. El fiduciario se convierte en el titular del patrimonio constituido por los bienes o derechos destinados a la realización de tal finalidad."²⁶

Por mi parte el fiduciario es la persona que recibe del fideicomitente los bienes o derechos para la realización del fin establecido al momento de constituirse el fideicomiso.

²⁶ DE PINA VARA, Rafael, **Diccionario de Derecho**, vigesimosegunda edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 290

Conceptos Generales del Fideicomiso

En México generalmente son las instituciones de crédito las autorizadas para fungir como fiduciarios (persona jurídica), a diferencia del derecho anglosajón y panameño que admite sin restricción alguna a la persona física o jurídica.

Al hablar de institución de crédito, se contempla tanto las de banca múltiple privadas o de banca de desarrollo. Las privadas como forma estructural de S.A. y las instituciones de banca de desarrollo, como sociedades nacionales de crédito y, además, por el Banco de México y el Patronato del Ahorro Nacional.

A partir de julio de 1993, también están autorizadas para realizar operaciones de fideicomiso las instituciones de fianzas, de seguros y las casas de bolsa.

Es importante mencionar que con la transmisión de los bienes se transmite también los derechos que estos implican, el derecho de propiedad se sujeta a las modalidades especiales creadas en la ley, es decir, la limitación de facultades de disposición y de goce. Ya que como se ha mencionado esos bienes se encuentran destinados a la realización de un fin determinado.

En la Ley en cuestión no se conceptualiza al fiduciario, más sin en cambio se encuentra establecidos los derechos y obligaciones que el mismo tiene en el desempeño de su función.

Derechos:

- En el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que establezcan al efecto, al constituirse el mismo. Es decir, para que el fiduciaria pueda cumplir con el objeto del fideicomiso tendrá todos aquellos derechos

Conceptos Generales del Fideicomiso

Claro el derecho del fiduciario esta concebido como un derecho de propiedad sujeto a modalidades establecidas en la ley, como ya he mencionado.

- Podrá renunciar a su cargo siempre que existan causas graves consideradas como tales por el juez de primera instancia (artículo 391 LGTOC).
- Derecho de ejercer actos de dominio respecto de los bienes que le han sido entregados, para cumplir con los fines del fideicomiso.
- La facultad de erogar, respecto de los gastos realizados por el fiduciario en la administración del fideicomiso, siempre y cuando sean necesarios.
- El derecho de exigir al fideicomisario el reembolso de los gastos que se hubiesen realizado con motivo de su facultad de erogar (artículo 305 del Código Civil para el Distrito Federal).
- En caso de urgencia y sobre todo para lograr el fin del fideicomiso haya necesidad de comprometer en árbitros, se le concede éste derecho al fiduciario.
- Como todo cargo, tiene derechos a cobrar honorarios, en la ley de la materia no se contemplan, pero si en otras legislaciones tal es el caso del artículo 48 de la LIC. y 3º y 26, segundo párrafo de la LBM, en donde se señala que los gastos, comisiones, operaciones pasivas, las tasas de interés, etc. se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México. Las tarifas para el pago de honorarios fueron emitidas en el mes de septiembre de 1985 por la Asociación Mexicana de Bancos, actualmente y de acuerdo a la actualización que se le han dado a esas tarifas, ninguna fiduciaria se sujeta a las mismas.
- Por último la autorización a los fiduciarios de realizar la publicidad de sus servicios, conforme al artículo 94 de la LIC.

Obligaciones:

- De la lectura del artículo 381 en su parte final, se establece la principal obligación, la de ejecutar el fideicomiso, es decir, cumplir con el fin determinado.
- Debe ajustarse a los términos del acto constitutivo, para cumplir con el fideicomiso.
- La obligación de responder de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes por su negligencia o culpa, con base en la titularidad que tiene del patrimonio fiduciario.
- Debe devolver los bienes que tenga en su poder como consecuencia de la extinción del fideicomiso, ya sea al fideicomitente o a sus herederos.
- Tiene la obligación de hacer llegar al fideicomisario los beneficios del fideicomiso y con ello dando lugar al cumplimiento del fideicomiso.
- Llevar en orden la contabilidad del fideicomiso. (artículo 79 de la LIC.).
- Realizar sus actividades mediante un delegado fiduciario, así como acatar las ordenes que dictamine el Comité Técnico. (artículo 80 de la LIC.).
- La obligación de contratar al personal que sea necesario y diferente con el que cuenta la institución de crédito, para la realización del fideicomiso; dicho personal será considerado al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. (artículo 82 LIC.).
- Cumplir con las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso. (artículo 97 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Se puede prever en la constitución del fideicomiso algún procedimiento que garantice el cumplimiento de obligaciones, sino

existiere, el mismo artículo 83 de la ley en comento, establece que se aplicará el procedimiento contenido en el artículo 341 de la LGTOC., a petición del fiduciario.

2.3.3 El Fideicomisario.

El fideicomisario constituye el último elemento personal del fideicomiso, es la persona física o jurídica que contando con la capacidad necesaria recibe el provecho del fideicomiso, en otras palabras, es la persona que tiene derecho de exigir cuentas al fiduciario, así como el cumplimiento exacto de sus funciones.

Cuando se habla de capacidad, es válida la distinción hecha entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, a continuación se define cada una de ellas:

Capacidad de goce: "es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación."²⁷

La capacidad de goce, en otras palabras, es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

Capacidad de ejercicio: "es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma."²⁸

Comúnmente se le conoce a la capacidad de ejercicio como aquella que se adquiere por el nacimiento y se extingue con la muerte.

No obstante las definiciones anteriores es menester recalcar que el fideicomisario recibe una serie de beneficios de muy variada y diversa índole, entre una de ellas se encuentra la transmisión

²⁷ BONNECASE, Julien, **Elementos de Derecho Civil**, tomo I, segunda reimpresión, Cárdenas Editor, México, 1998, pág. 377

²⁸ *Ibidem*; pág. 378

Conceptos Generales del Fideicomiso

de bienes, ya sea muebles o inmuebles, por lo cual debe tener la capacidad necesaria para adquirirlos, a diferencia del fideicomitente que como ya he mencionado debe tener la capacidad para enajenarlos.

Otro punto de gran importancia respecto de la figura del fideicomisario se encuentra en la primera parte del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece: "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario"

De la transcripción anterior se desprende que no va a ser necesaria la presencia de este elemento personal, ya que como afirma el Maestro Cervantes Ahumada: "El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que puede darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo: se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicomitado se levante una estatua a un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico, y las acciones que a él pudieran corresponder serán ejercidas por el Ministerio Público."²⁹

En el caso anterior no sólo el Ministerio Público podrá ejercer los derechos correspondientes cuando no existe fideicomisario, puesto que el fideicomitente al constituirse el acto, podrá señalar un comité técnico en los términos del artículo 80 de la LIC.

Otra regla que es válida para el fideicomisario es cuando esta figura coincide con la del fideicomitente, es decir, el fideicomitente puede adquirir el carácter de fideicomisario, en el orden que sea, en un fideicomiso por él constituido.

A pesar de que el fideicomisario es el beneficiario de la creación del fideicomiso, como ente jurídico tiene derechos y obligaciones, que a continuación se señalan:

²⁹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, ob. cit., pág. 294

Derechos:

- En primer lugar todos los derechos que se le conceden en el acto constitutivo del fideicomiso.
- Tiene el derecho de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso. (artículo 390 LGTOC.).
- Tiene el derecho de atacar los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe o por exceso en el ejercicio de sus facultades concedidas.
- En el mismo artículo 390 de la ley mencionada, se establece que el fideicomisario podrá reivindicar los bienes que a consecuencia de actos realizados por negligencia o mala fe la institución fiduciaria hayan salido del patrimonio fideicomitado.
- Conforme al artículo 84, segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito, el fideicomisario tiene derecho a exigir a la institución fiduciaria rendir cuentas de su gestión.
- El derecho de elegir institución fiduciaria, cuando ésta renuncie, fuera removida, siempre y cuando en el acto constitutivo no fuere designada
- Tiene derecho a revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se prevé en el acto constitutivo del mismo.

Obligaciones:

- La obligación de cumplir con los requisitos y condiciones establecidas para ser considerado fideicomisario.
- A su cargo se encuentra la obligación de pagar los honorarios de la institución fiduciaria, así como gastos, derechos, impuestos que se hubiesen generado por la ejecución del fideicomiso.

- En general el fideicomisario tiene la obligación de aceptar las disposiciones y el objeto del fideicomiso de conformidad con el acto constitutivo.

2.4 Comité Técnico.

Como se ha venido mencionando, en la Ley de Instituciones de Crédito se encuentra también disposiciones relativas al fideicomiso, en el artículo 80 párrafo tercero de la ley en mención establece: En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

La creación de este elemento formal, esta supeditada a que en ocasiones ilustran al fiduciario sobre el cumplimiento de los fines del contrato, el fideicomitente al momento de la constitución del fideicomiso, puede reservarse facultades para instruir a la fiduciaria sobre determinados aspectos relacionados con los fines del contrato; no obstante puede también constituir un comité técnico, designando al número de miembros que quiera, todos ellos pueden instruir a la fiduciaria sobre cualquier asunto relacionado con el contrato de fideicomiso. La constitución de este comité es obligatoria tratándose de fideicomisos públicos, ya que las personas que interviene en el son de gran tamaño e importancia, encontramos por ejemplo entre otros fideicomisos públicos al Fondo Especial para Financiamientos Agropecuarios (FEFA), Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda (FOVI) y Fondo de Garantía y Fomento para las Actividades Pesqueras (FOPESCA).

En la parte final del artículo 80 se establece que cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad, lo que hace pensar que el comité tiene responsabilidad cuando esos dictámenes afecten al fideicomiso, concretamente a la realización del fin., en principio el fiduciario es el responsable de la ejecución de los actos que el fideicomiso implica, así como de sus consecuencias, sin embargo,

Conceptos Generales del Fideicomiso

cuando se crea un comité técnico, éste comparte la responsabilidad con el fiduciario, realizando la aclaración que se supone que el fiduciario tiene conocimientos amplios en la materia, objeto del fideicomiso y en consecuencia no puede argumentar un desconocimiento en la materia y sobre todo porque a su cargo tiene todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, con la excepción de las limitaciones que se establezcan en la constitución del acto, por lo tanto, cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes y acuerdos del comité y contravengan a la naturaleza del fideicomiso, será responsable si atendemos que debe actuar como "buen padre de familia".

En caso de que la institución fiduciaria no estuviere de acuerdo con esos dictámenes y acuerdos emitidos por el comité, podría hacer saber por medio de un escrito el motivo de desacuerdo para acatar dichas ordenes y liberarse de responsabilidad alguna.

Dentro de las características principales del Comité Técnico encontramos:

1. El Comité Técnico es un órgano discrecional y optativo, las disposiciones legales no señalan el número de sus integrantes, ni un mínimo, ni máximo.
2. Son designados por el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario y representan sus interés que no siempre son comunes entre ellos.
3. Sus facultades no están consignadas en la ley, sino dentro del contrato.
4. La votación del comité técnico se hace por mayoría, teniendo el presidente voto de calidad, sobre todo en los fideicomisos públicos, en estos el representante del fiduciario tiene voz pero no voto.
5. El comité técnico no tiene ninguna jerarquía dentro de la Institución Fiduciaria, ni está subordinada en consecuencia, en ciertos casos el fiduciario puede negarse a cumplir las decisiones del comité técnico, si estas implican incumplimiento de leyes, exceso del uso de sus facultades del propio comité o violación del pacto fiduciario
6. En los fideicomisos en que interviene el gobierno, invariablemente habrá un representante de la dependencia coordinadora del sector en el que este agrupado el fideicomiso y uno del fiduciario.

Conceptos Generales del Fideicomiso

7. En los privados, no es necesaria la existencia de este cuerpo colegiado.
8. No existen normas expresas que establezcan responsabilidad al comité técnico, por los acuerdos que tome o las decisiones que adopte.
9. Las cuestiones de responsabilidad del comité técnico aún no se han planteado ante los tribunales competentes.

2.5 Patrimonio Fiduciario.

Antes de entrar al estudio de este otro elemento formal, es necesario conocer el significado de la palabra patrimonio de manera general.

La palabra patrimonio proviene "del latín *patrimonium*, parece indicar los bienes que el hijo tiene heredados de su padre y abuelos. Desde el punto de vista jurídico, patrimonio es el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona. Se utiliza la expresión poderes y deberes en razón de que no sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, sino que también podrían ser las facultades, las cargas y, en algunos casos, el ejercicio de la potestad, que pueden traducirse en un valor pecuniario.³⁰

El maestro De Pina, define al patrimonio como: "suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona. Conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a un solo titular."³¹

Por otro lado el jurista Rafael Rojina Villegas dice que el patrimonio es: "el conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas juris*)."³²

³⁰ LOPEZ MONROY, José de Jesús, citado por QUINTANA ADRIANO, ob. cit. pág. 368

³¹ DE PINA, Rafael, ob. cit., pág. 400

³² ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesorios**, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 7

Conceptos Generales del Fideicomiso

De las anteriores definiciones se desprende que en primer lugar el patrimonio esta constituido por el activo y el pasivo de una persona, el primero integrado por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, que se traducen siempre en derechos reales y personales y el segundo por el conjunto de obligaciones y cargas también susceptibles de valorización pecuniaria.

De esta manera siempre que se esté en presencia de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica, se trata de un patrimonio, ya que se constituye una masa autónoma y organizada jurídicamente en forma especial. En el patrimonio es importante el destino que en determinado momento tengan los bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, conforme al cual se organizan legalmente en forma autónoma, este es el llamado patrimonio de afectación, es decir, el patrimonio se destina a un fin lícito determinado

Dado lo anterior y continuando con el estudio del patrimonio fiduciario, éste constituye el objeto del fideicomiso, cabe destacar que es diferente al fin que persigue el mismo, en el artículo 386 de la LGTOC, se establece: "puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular." Por lo tanto, el objeto del fideicomiso se encuentra formado por toda clase de bienes y derechos, propiedad del fideicomitente, en cambio el fin, es aquel al que se destinan esos bienes y derechos, para lograr el resultado que se persigue con la constitución del fideicomiso.

El patrimonio fiduciario se integra por el conjunto de bienes y derechos afectos, en forma temporal y con limitación, para el fiduciario, ya que solo puede realizara con ellos actos exigidos para el cumplimiento del fin.

Los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente, para que la fiduciaria adquiera la titularidad de los mismos, se habla de titularidad ya que con fundamento en el artículo 386, segundo párrafo y 391 de la multicitada ley se establece: "Los

bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, **en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran . . .**”

Artículo 391. La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo . . .”

La interpretación simultánea de ambos artículos, permite apreciar las facultades y deberes de la titularidad del fiduciario, en la transcripción del primer artículo se establece el fin del fideicomiso, y para lograr éste es necesario que la fiduciaria tenga todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del mismo, en el segundo precepto legal, encontramos las limitaciones a partir de la constitución del fideicomiso, la titularidad se encuentra limitada por las reglas establecidas conforme a la letra del contrato.

La titularidad la limitan a las cláusulas del contrato, al fin y a los efectos del fideicomiso, es decir, al derechos, la restricción y la transmisión real, esta última sustento de los dos primeros.

En conclusión, la situación del fiduciario respecto de los bienes dados en fideicomiso, está determinada por el fin para el cual se constituyó. De ahí las razones que el legislador tuvo para afirmar que el fiduciario es el titular y no el propietario de los bienes muebles o inmuebles afectos al fideicomiso. En el caso de que esos bienes sean inmuebles, la ley dispone que deberá inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público de la Propiedad o bien del Comercio, del lugar donde los bienes estén ubicados, tal inscripción es importante para que el fideicomiso surta efectos frente a terceros. (artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Más adelante volveré a dar tratamiento al patrimonio fideicomitado, concretamente al que es destinado a actividad empresarial, tema que se abordará en el tercer capítulo.

2.6 Extinción del Fideicomiso.

En el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establecen siete formas de extinción del fideicomiso, a saber:

- I. Por la realización del fin para el cual se constituyó;
- 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 veinte 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;
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir al fideicomiso; y
- VII. En el caso del párrafo final del artículo 386.

Las siete causas anteriores no son limitativas, existen otras que en este apartado se explicarán.

En el caso de las primeras, se explican de la siguiente manera:

- a) **Por la realización del fin para el cual fue constituido:** Es la esencia del fideicomiso y una de las razones más obvias para dar por extinguido el mismo, no requiere mayor explicación.

- b) **Por hacerse éste imposible:** El fin del fideicomiso debe ser lícito y posible, esto debe quedar especificado desde el momento de la celebración, pero puede darse el caso que a lo largo del desarrollo del fideicomiso se vayan dando conductas, que alteren totalmente la finalidad para la cual fue constituido y en este caso procede la extinción.
- c) **Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado:** El artículo 1939 del C.C.F. establece por condición suspensiva "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación". Aplicando lo anterior al caso concreto, cuando la condición suspensiva no se ha realizado, no obstante que el fideicomiso se haya formado, el acto no produce sus efectos, de tal forma que si para la eficacia del contrato de fideicomiso se estableció implícita o explícitamente una condición suspensiva y ésta no puede darse, el contrato debe extinguirse, es el caso también que la condición no sea imposible pero en el término que se fija en el contrato para darse no se cumplió, para no propiciar un congelamiento de bienes debe extinguirse el fideicomiso.
Cuando no se haya establecido plazo específico para que la condición se cumpliera, y transcurrido los veinte años siguientes de constituirse el fideicomiso, no se haya realizado el cumplimiento, se extingue el fideicomiso.
- d) **Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto:** El artículo 1940 del C.C.F. establece: "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido". Celebrado el fideicomiso y especificada una condición resolutoria, si se llegara a dar cumplimiento a ésta no sería posible la continuación del fideicomiso y por lo tanto se extingue.

- e) **Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario:** El fideicomitente, creador del fideicomiso y el fideicomisario, beneficiario del mismo, pueden acordar dar por terminado el contrato, ya que ambas partes manifiestan su voluntad y de ser así se extingue.
- f) **Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso:** La revocación es un acto jurídico unilateral, por virtud del cual una persona deja sin efecto otro acto jurídico celebrado en fecha anterior, a través del cual había otorgado derechos a favor de una tercera persona. Tal es el caso del fideicomiso no requiere del consentimiento del fideicomisario para su validez, y podrá revocarlo siempre y cuando el fideicomitente se haya reservado este derecho en la celebración del fideicomiso.
- g) **En el caso del párrafo final del artículo 386:** El párrafo final del artículo mencionado establece que el fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

Conforme a las reformas del 23 de mayo del 2000 se modificó esta última fracción, anteriormente se decía: "En caso del párrafo final del artículo 350". Ese párrafo establece: (actualmente párrafo final del artículo 385 LGTOC.) "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso".

Independientemente de esa reforma, este párrafo final sigue siendo una de las formas de extinción del fideicomiso, aunque ya no se encuentre enumerada dentro de las siete consagradas en el artículo 392. Como comentarios a esta fracción podemos dividir en tres

momentos el contenido del párrafo transcrito, el primero de ellos, cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso sin señalar a una institución fiduciaria, en el caso del segundo, cuando el fideicomitente señala al fiduciario sin tener conocimiento éste de la designación y en consecuencia no comparezca a la escritura de constitución del fideicomiso a aceptar su cargo. En ambos casos, no se habla de la constitución de un fideicomiso, ya que como hemos explicado se necesita la presencia de la figura del fiduciario, toda vez que a él es a quien se realizará la transmisión de los bienes del patrimonio del fideicomitente. Y aunque se haya designado fiduciaria ésta puede aceptar o no el cargo, en cuyo caso queda a criterio de la institución fiduciaria la aceptación o rechazo del fideicomiso, por lo tanto, si no se designa al fiduciario ni por el fideicomitente, ni por el fideicomisario (si lo hubiere) o por el juez (en ausencia del fideicomisario o ante su negativa) y la o las fiduciarias designadas no acepten el cargo, el fideicomiso se extingue y la actuación del fideicomitente queda como una simple declaración unilateral de voluntad.

En el caso del tercer momento, cuando ya constituido el fideicomiso y estando en operación, el fiduciario renuncia o es removido por mal desempeño de su cargo, y no es posible nombrar a otra fiduciaria o nombrándosele, esta nueva fiduciaria no acepte el cargo, el fideicomiso se extingue.

Existen otras formas de extinción del fideicomiso, que diversos autores contemplan, dentro de ellos los Maestros Acosta Romero Miguel y Almazán Alaníz Pablo Roberto, exponen las siguientes:

1. "Por cumplimiento del término o plazo al que se sujeta el fideicomiso;
2. Por destrucción de los bienes fideicomitidos;
3. Por renuncia del fideicomisario;
4. Por expropiación de los bienes fideicomitidos;
5. Por revocación de la autorización o por disolución o liquidación del fiduciario;
6. Por confusión de la calidad del fideicomisario y fiduciario y

7. Por invalidez del fideicomiso.³³

A las anteriores causas de extinción agregaré que conforme a la actual Ley de concursos mercantiles, el patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial, entra al concurso mercantil, es decir, si la institución fiduciaria se encontrara en ese supuesto, el patrimonio del fideicomiso que tenga en su poder se contemplan dentro de la masa de los bienes destinados al concurso y en consecuencia se extingue el fideicomiso.

Una vez extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria deberán ser devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos; tratándose de bienes inmuebles o derechos reales, la declaración realizada en el acto constitutivo respecto de dichos bienes deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio.

El fiduciario conjuntamente con el fideicomitente o con el fideicomisario deberán realizar un convenio de extinción del fideicomiso en documento por separado, en el cual se incluye la entrega de los bienes y paralelo a ese convenio se levanta un acta especial de entrega de los mismos, ya que el más interesado en que todo quede en orden es el fiduciario y de esta forma quede liberado de cualquier responsabilidad.

El fiduciario en ese momento tendrá el derecho de exigir sus honorarios y gastos que le adeuden, causados con motivo del cumplimiento del fideicomiso, además deberá cerciorarse que haya quedado cubierto el pago de los impuestos, derechos o cualquier otra carga fiscal.

A lo largo del desarrollo del presente capítulo ha quedado establecido que la naturaleza jurídica que tiene el fideicomiso es contractual, ya que surgen derechos y obligaciones entre el fideicomitente y el fiduciario, en consecuencia el fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia y mucho menos el patrimonio que lo forma, con base en la reforma del 12 de mayo del año 2000, por virtud

³³ Cfr. ACOSTA ROMERO y ALMAZAN ALANIZ, ob. cit. pág. 334-341

Conceptos Generales del Fideicomiso

de la cual se abroga la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y surge a la luz la Ley de Concursos Mercantiles vigente, en su artículo 4º se atribuye al patrimonio fideicomitado (con la nota distintiva que debe ser destinado a actividad empresarial) la calidad de comerciante, el comerciante puede ser tanto persona física como jurídico colectiva y en consecuencia gozan de personalidad jurídica propia, el patrimonio no tiene personalidad jurídica, no es titular de derechos y obligación, sin embargo, la ley le otorga dicha calidad, por lo tanto en el siguiente capítulo se realiza el estudio del patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial, explicando antes la figura del comerciante en sus dos acepciones.

CAPITULO III
EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO
DESTINADO A ACTIVIDAD EMPRESARIAL

3.1 Concepto de Empresa, 3.2 Naturaleza Jurídica de la Empresa, 3.3 Persona Física Comerciante, 3.4. Persona Colectiva Comerciante, 3.4.1 Sociedad en Nombre Colectivo, 3.4.2 Sociedad en Comandita Simple, 3.4.3 Sociedad de Responsabilidad Limitada, 3.4.4 Sociedad Anónima, 3.4.5 Sociedad en Comandita por Acciones, 3.4.6 Sociedad Cooperativa, 3.5 El Patrimonio Fideicomitido destinado a Actividad Empresarial, con la Calidad de Comerciante.

CAPITULO III

EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO

DESTINADO A ACTIVIDAD EMPRESARIAL

3.1 Concepto de Empresa.

La empresa constituye un ente económico, social y jurídico muy importante en el desarrollo de un país. En el presente capítulo se abordará a la empresa en el ámbito jurídico y para ello es necesario iniciar por su concepto, a continuación transcribiré algunas definiciones respecto de la misma.

En términos generales "la palabra empresa, según el Diccionario de la Real Academia Española, procede del latín *inprehensa*, que quiere decir cogida o tomada, y da dos acepciones que se aplican al concepto jurídico: "Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo negocios o proyectos de importancia." Obra o designio llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas."³⁴

De la definición anterior observamos como a la empresa se le llega a confundir con la sociedad mercantil, esta una de las tantas comparaciones que hacen algunos autores, respecto de estas dos organizaciones.

El derecho Alemán conceptúa a la empresa: "como conjunto de bienes patrimoniales al servicio de la actividad empresarial, o como conjunto de trabajo que se realiza en el seno de la empresa, entre el empresario y sus auxiliares."³⁵ Esta definición concibe a la empresa como una actividad del empresario.

Diferentes tratadistas han conceptualizado a la empresa de la siguiente forma:

³⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Diccionario Jurídico Mexicano**, tomo II, Porrúa, México, 1996, pág. 1262

³⁵ Citado por CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Derecho Mercantil**, editorial Porrúa, México, 2000, pág. 492

Mossa define a la empresa como: "una organización de capital, trabajo y fuentes naturales."³⁶

Para Francesco Ferrara es una: "organización de personas y bienes para el ejercicio de una actividad productiva cuyo riesgo soporta el empresario."³⁷

El tratadista Mario Guiron, considera a la empresa como: "el conjunto de los que trabajan, de los cuales el empresario, como jefe, forma parte."³⁸

A decir de Uría, la empresa es: "el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios."³⁹

César Vivante en su Tratado de Derecho Mercantil define a la empresa como: "un organismo económico que bajo su propio riesgo, recoge y pone en actuación sistemáticamente los elementos necesarios para obtener un producto destinado al cambio."⁴⁰

El Jurista Joaquín Garrigues, la conceptúa de la siguiente manera: "la empresa es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico."⁴¹

De las definiciones transcritas se aprecia el enfoque económico ya que coinciden en que la empresa es un conjunto de bienes organizados por el titular de la misma, con fines de lucro, es decir, que donde quiera que exista una persona individual o social, que coordine los factores de la producción, utilizando a los trabajadores en la labor para que sean aptos, aprovechando las fuerzas de la naturaleza y aportando el capital necesario; si esa

³⁶ *Ibídem*; pág. 493

³⁷ Citado por CERVANTES AHUMADA, *Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 493

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, novena edición, tomo I, Editorial Porrúa, México 1998, pág. 177

coordinación tiene por objeto satisfacer las necesidades del consumo a fin de tener a cambio la correspondiente remuneración, surgiendo así el organismo que se llama empresa.

Por otro lado el Maestro Jorge Barrera Graf explica que la empresa: "No es una persona moral, ni una unidad económica o universalidad de hecho o de derecho...; no es tampoco, meramente, un conglomerado de personas ni una combinación de bienes. Tampoco se explica en función de los derechos reales de propiedad o de garantía, ni de los derechos personales de uso o goce, todos los cuales pueden existir concurrentemente, y darse respecto a su titular y a los bienes y derechos que integran la hacienda, no se trata solamente de la actividad –actos en masa- del empresario, o sea del ejercicio del comercio en forma habitual, sistemática y homogénea, sino que es esa actividad sobre bienes, derechos y relaciones jurídicas y económicas con la cooperación de personas auxiliares y dependientes del titular..."⁴²

De lo anterior se observa que este famoso autor, sólo trata de enmarcar lo que la empresa no es, sin embargo, también muestra la complejidad de elementos que convergen dentro de la misma, por lo que no basta basarse en un solo aspecto como el económico o el titular, sino hay que observar el conjunto.

La mayoría de los autores citados para definir a la empresa parten de la figura del empresario ya que, la empresa deriva precisamente de la actividad de aquél.

Consideró que para poder llegar a un concepto de empresa, de acuerdo con la tendencia del Derecho Mercantil, se debe armonizar al Derecho de la Economía e interpretar y aplicar el Derecho Mercantil, ya que para formular el concepto jurídico de la empresa tenemos que recurrir necesariamente al aspecto económico, ambos elementos están íntimamente relacionados.

⁴² BARRERA GRAF, Jorge, **Instituciones de Derecho Mercantil**, tercera reimpresión, Editorial Porrúa, México 1999, pág. 82

Antes de aportar mi concepto de empresa analizaré brevemente los elementos que forman a la misma. Estos se clasifican en objetivos, subjetivos y materiales:

A. HACIENDA: Es el conjunto de bienes y derechos que pertenecen a la empresa, siendo esta el patrimonio de la misma.

B. LA CLIENTELA: Este elemento puede ser considerado de dos formas: la primera esta integrada por las personas que de una manera habitual, se encuentran en el establecimiento del comerciante, debido a la calidad de sus productos, de su abundancia y de la comodidad de sus precios, así como de su presentación y el trato amable del vendedor. La segunda se refiere a la posibilidad de llevar a cabo cierto número de negocios.

C. AVIAMIENTO: Se define como la tarea del empresario consistente en organizar los bienes de la hacienda en coordinarlos y adaptarlos a la finalidad de la empresa, formar con todos ellos un Instrumento apto y eficaz para que la negociación surja, prospere y se imponga a los competidores.

D. DERECHO DE ARRENDAMIENTO: También se le conoce como el nombre de propiedad comercial, es el conjunto de derechos reconocidos al empresario sobre el local arrendado en el cual se encuentra ubicada su empresa.

E. PROPIEDAD INDUSTRIAL: Son las medidas de protección hacia la empresa en sí misma, hacia lo que produce o ingresa al mercado en todas sus variantes por lo que se divide en:

ELEMENTOS OBJETIVOS

1. Protección de la empresa:

*El nombre comercial. Es el medio de individualización de la empresa, conocido comúnmente como denominación o razón social

*La muestra o emblema. Consiste en el signo distintivo del local, el cual puede estar compuesto por signos, dibujos, palabras o esculturas.

*La marca. s el signo distintivo de las mercancías, siendo la señal externa que es usada por el comerciante, para distinguir los productos por él elaborados, vendidos o distribuidos.

2. Monopolios de explotación:

*Patente. Es el derecho a explotar con carácter exclusivo, durante cierto tiempo una invención Industrial determinada, debe constar en un documento expedido por autoridad gubernamental, existiendo diversos tipos como: invención, mejoras y modelos.

*Aviso comercial. Se define como la combinación de letras, dibujos o de cualesquiera otros elementos que tenga señalada originalidad y sirvan para distinguir fácilmente una negociación o determinados productos o de los demás de su especie.

F. DERECHOS DE AUTOR: Es le reconocimiento que hace el estado en favor de todo creador de obras literarias, como artísticas, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios de carácter personales(derechos morales), y patrimonial.

ELEMENTOS SUBJETIVOS

A. EL EMPRESARIO: Es el elemento más importante e indispensable dentro de la empresa, sobre él recae el mérito de la creación y materialización de la idea, al igual que la responsabilidad administrativa y del capital de la misma, el empresario puede ser persona:

*Individual. Es la persona física que ejerce en nombre propio, por sí o por medio de representante legal, una actividad constitutiva de empresa.

*Colectiva. Es un conjunto de personas que se organizan voluntariamente, que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa.

B. AUXILIARES: Son las personas que coadyuvan a la realización del Comercio o de la empresa, los cuales se dividen de acuerdo a su subordinación al titular en dos:

*Auxiliares dependientes. Aquellos que tienen una dependencia económica del patrón, es decir, son todos los trabajadores de una empresa o comercio.

*Auxiliares independientes. A contrario sensu, son aquellos que no están supeditados al empresario, despliegan su actividad a quien la solicite.

ELEMENTOS MATERIALES

Los elementos materiales comprenden las cosas que sirven a la explotación del fondo de comercio, excluyendo los bienes inmuebles y pueden ser:

*Mercancías. Todo objeto corpóreo susceptible de elaboración, consumo, descomposición, peso, marcaje, transportación, tangibilidad y mediación.

*Maquinaria. Todo elemento mecánico necesario para transformar las materias indispensables para obtener un producto.

*Materias Primas. Aquel material de primera mano que necesita ser transformado para llegar a un producto final.

*Muebles y Enseres. Comprende todo el mobiliario necesario para desarrollar las actividades de la empresa.

Una vez explicado lo anterior se concluye que en los diversos intentos por conceptualizar a la empresa existen ciertas características que les son comunes, por lo cual la defino de la siguiente forma: *es la organización llevada a cabo por el empresario, con una correcta organización de los elementos materiales e inmateriales, del trabajo y capital, para producir o distribuir bienes o servicios, colocándolos en el mercado, obteniendo una ganancia y al mismo tiempo satisfaciendo una necesidad.*

3.2 Naturaleza Jurídica de la Empresa.

La doctrina mexicana ha establecido varias teorías para determinar la naturaleza jurídica de la empresa, se le ha considerado como una *cosa mercantil*, en razón de que las características de la misma tiene en común la corporalidad.

La empresa desde el punto de vista sustancial puede ser *comercial*, porque a través de ella la persona que la organiza y dirige, es decir, el empresario, hace del comercio su ocupación ordinaria, dicha actividad generalmente es de carácter lucrativo, que es una nota propia del derecho mercantil, aunque no todas las empresas tienen esta característica, pueden constituirse como tal, más no tener el carácter lucrativo.

El autor Manuel Broseta expresa: "la actividad mercantil servirá para dotar de mercantilidad a la empresa como simple medio o instrumento para realizar sus efectos jurídicos respecto del empresario como sujeto a quien la actividad de empresa constituye un centro del sistema y confiere un especial status jurídico."⁴³

Confrontando con la opinión del Maestro Felipe de J. Tena menciona: "el carácter mercantil de las empresas comprende, así los actos creadores y constitutivos de las mismas, como los actos de su explotación y funcionamiento, y sin que quepa distinguir en cuanto a los segundos las operaciones pasivas, por los que la empresa se proporcione materias primas, máquinas, obreros, de las operaciones activas, por las que realiza sus productos ya que es un organismo indivisible, jurídico y económico."⁴⁴

En el artículo 75 en sus fracciones V a VII, X, XI, XIII Y XVI del Código de Comercio, se establece:

Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:
V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

⁴³ BROSETA PONT, Manuel, **La Empresa, la Unificación del Derecho, de Obligaciones y el Derecho Mercantil**, Tecnos, Madrid España, 1965 pág. 183

⁴⁴ TENA DE JESUS, Felipe, **Derecho Mercantil Mexicano**, décimo octava edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 82

El Patrimonio Fideicomitido destinado a Actividad Empresarial

- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles; y
- XIV. XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas.

En una conversación con el director del Seminario de Derecho Mercantil, el Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero, afirma que la naturaleza jurídica de la empresa es de índole económica y que sus actividades se desarrollan en el ámbito comercial, de ahí que en el Código de Comercio, sólo se remite a considerar a las anteriores empresas como actos de comercio, con base en la finalidad en que cada una de ellas se constituye.

Desde mi punto de vista, la naturaleza jurídica de la empresa es totalmente económica, con base en cada uno de los elementos que la organizan y conforman.

3.3 Persona Física Comerciante.

En términos generales se entiende por comerciante: "aquella persona física que realiza habitualmente, con carácter profesional, actos de comercio."⁴⁵

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se establece la siguiente definición: "es comerciante quien ejerce una profesión comercial, entendiéndose por tal toda explotación o empresa que tenga por objeto la realización de actos de comercio."⁴⁶

Sin embargo, existen diversos autores que han conceptualizado al comerciante, entre ellos tenemos:

⁴⁵ DE PINA, Rafael, ob. cit., pág. 163

⁴⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 2543

como: "la persona jurídica individual o la persona jurídica colectiva que son titulares de una empresa mercantil."⁴⁷

De la definición anterior, se desprende que se considera comerciante a las personas individualmente designadas y a las colectivas, como es el caso de las sociedades mercantiles, en este apartado se tratará solamente a las personas físicas comerciantes, ya que las sociedades mercantiles se abordarán en el siguiente punto.

De Pina Vara Rafael conceptúa al comerciante de la siguiente manera: "Son sujetos del derecho mercantil los comerciantes. También lo son las personas que accidentalmente realizan alguna operación de comercio, aunque no tengan establecimiento fijo y, por tanto, se encuentran sujetas a la legislación mercantil."⁴⁸

El autor Cesar Vivante, comenta que para ser comerciante se requiere de dos requisitos, que son: el ejercicio de actos objetivos de comercio y el ejercicio en nombre propio. El primero de ellos, en virtud del principio económico según el cual se hace mejor, con más provecho y menores gastos lo que se repite continuamente, los actos habituales de comerciante serán homogéneos, es decir, encaminados al ejercicio de una rama especial de comercio, en donde el comerciante puede aprovechar los mismos instrumentos de crédito y de trabajo. Pero también está preparado para aprovechar las ocasiones de ganancias que nacen en la esfera de sus negocios habituales. Se amplía así su actuación, también esta nueva actividad entra en el ejercicio de su comercio, por ejemplo: las presunción de comerciabilidad, la obligación del registro de los libros de comercio, la obligación de llevarlos con esa especial probidad que constituye una obligación profesional del comerciante.⁴⁹

⁴⁷ APODACA Y OSUNA, Francisco, **Presupuestos de la Quiebra**, editorial Stylo, México, 1945, pág. 204

⁴⁸ DE PINA VARA Rafael, **Elementos de Derecho Mercantil Mexicano**, vigésimo sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 47

⁴⁹Cfr. VIVANTE, César, **Tratado de Derecho Mercantil**, vr. Española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpresa, volumen primero. El comerciante. Madrid, 1932, pág. 163

Además este doctrinario afirma que en cuanto al ejercicio en nombre propio, es indiferente que quien ejerce el comercio lo haga personalmente o por medio de un representante, sólo requiere que en ejercicio del comercio use su nombre, que asuma en su propio nombre frente a terceros los derechos y obligaciones que deriven del negocio. Por consiguiente concluye que son comerciantes el menor, el incapacitado, el ausente, las sociedades mercantiles, que ejercen el comercio por medio de sus legítimos representantes, el comisionista que lo ejerce en nombre propio y por cuenta ajena.⁵⁰

En la fracción primera del artículo tercero del Código de Comercio se considera comerciante individual:

Artículo 3. Se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;...

Después de haber leído las anteriores definiciones por mi parte considero al comerciante ***aquel sujeto que hace del comercio su ocupación habitual con fines preponderantemente de lucro o de especulación comercial.***

Por otro lado como se desprende de la lectura del artículo tercero del Código de Comercio, es importante que las personas que vayan a ejercer el comercio tengan la capacidad legal para ello. Respecto a esto el gran Jurista Mantilla Molina Roberto comenta: "la capacidad para ser comerciante, la tiene, por regla general, cualquier persona"⁵¹ y el Maestro Oscar Vásquez del Mercado agrega "sino la capacidad para ejercer el comercio".⁵²

En el presente trabajo ya se ha definido que se entiende por capacidad de goce y capacidad de ejercicio⁵³ la capacidad a que hace referencia el artículo tercero, es la capacidad para ejercer el comercio, es decir, la capacidad de ejercicio, en artículo 5º del Código

⁵⁰ *Ibidem*; pág. 165

⁵¹ MANTILLA MOLINA, Roberto, **Derecho Mercantil**, vigesimonovena edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 87

⁵² VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, ob. cit., pág. 65

⁵³ Ver página 38 del presente trabajo.

de Comercio se establece que toda persona que, según las leyes comunes pueden contratar y obligarse, existe la posibilidad de tener la profesión de comercio, pero no todos ellos pueden ejercerlo, para esto es necesario que las mismas leyes no se lo prohíban.

En cuanto a los incapaces, como ya es bien sabido son aquellas personas que no pueden realizar validamente actos jurídicos y por consiguiente no pueden ejercer el comercio por sí mismos, es decir, sólo podrán ejercerlo por medio de su representante legal.

Hay otras personas que teniendo la capacidad de ejercicio no pueden ejercer el comercio por disposición de la ley, tal es el caso del artículo 12 de Código en comento:

Artículo 12. No pueden ejercer el comercio:

- I. Los corredores;
- II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;
- III. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

Respecto de la fracción segunda, en la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el comerciante que había quebrado se le inhabilitaba para ejercer el comercio, de ahí el contenido de esta fracción, quitándosele la calidad de comerciante, aunque en el transitorio Tercero de la actual Ley de Concursos Mercantiles hace referencia que las disposiciones contenidas en otras leyes hagan al estado o a los procedimientos de quiebra o de suspensión de pagos, se entenderán referidas al concurso mercantil.

Analizando lo anterior, independientemente del contenido de tal disposición transitoria, las cosas no son así, ya que en la Ley en comento, en ningún momento el comerciante deja de tener tal calidad, se le permite continuar con la operación de su empresa, durante la etapa de conciliación, en la etapa de quiebra esto no es posible, pero ni aún así pierde la calidad de comerciante.

Los extranjeros también pueden ejercer el comercio, la Constitución señala que dichas personas tiene derecho a las garantías

consagradas en la misma, sin embargo dicho ejercicio se encuentra limitado en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 14 del Código de Comercio a saber:

Artículo 13. Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que hubieren convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.

Artículo 14. Los extranjeros comerciantes, en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este código y demás leyes del país.

Retomando la lectura del artículo 3º fracción primera, en su parte final, para que se determine la calidad de comerciante, es necesario que éste del comercio haga su ocupación ordinaria, ¿qué se entiende por ésta?

Al hablar de ocupación ordinaria, es hacer alusión a una actividad que se realiza en forma habitual, entonces el ejercicio del comercio no puede realizarse en forma esporádica o aislada, sino que debe practicarse en forma continua, permanente.

Al inicio del presente apartado, mencioné que el concepto de comerciante, no sólo comprendía a las personas físicas, sino que también abarca a las personas jurídicas colectivas, el tratamiento que se le da a las mismas, es el siguiente.

3.4 Persona Colectiva Comerciante (Sociedad Mercantil).

Se ha mencionado que el comercio no solo se ejerce por personas físicas comerciantes, sino que encontramos a los entes colectivos, o sea las sociedades mercantiles, tienen el carácter de comerciante las sociedades mercantiles a que hace referencia el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

Art. 1. Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I. Sociedad en nombre colectivo;
- II. Sociedad en comandita simple;
- III. Sociedad de responsabilidad limitada;

- IV. Sociedad anónima;
- V. Sociedad en comandita por acciones; y
- VI. Sociedad cooperativa.

Para comprender mejor el tema, analizaré a cada una de ellas.

3.4.1 Sociedad en nombre colectivo.

La sociedad en nombre colectivo, es el más antiguo tipo de sociedad mercantil, nace en la Edad Media, surge como consecuencia de la comunidad patrimonial de los herederos de un comerciante, que continuaban explotando la negociación del *de cujus*; la primera ley que la reglamentó fue la Ordenanza francesa de 1673, que la llamó sociedad general, en cambio las Ordenanzas de Bilbao la llamaron compañía de comercio y designaron a los socios como compañeros.

El concepto de sociedad en nombre colectivo se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

Art. 25. Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de un modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.

De la definición anterior, destacan como notas distintivas las siguientes:

1. Bajo una razón social; y
2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria, ilimitada y solidariamente.

¿Por qué bajo una razón social? Porque se crea con base en la persona de los socios, es decir, se crea con el nombre de uno o más socios, cuando no sea posible que figuren todos los nombres, se hará acompañar a la razón social con las palabras "y compañía" (art. 27 LGSM).

La ley establece, la posibilidad de que la razón social se integre por el nombre de una persona extraña a los socios, en este caso, dicha persona asume la misma responsabilidad, de como si fuere socio.

En caso de que se realice el ingreso o la separación de un socio, no impedirá que continúe la misma razón social hasta entonces empleada; pero si el nombre del socio que realiza su separación apareciere en la razón social, deberá agregarse a ésta la palabra "sucesores" (art. 29 LGSM).

En cuanto a la responsabilidad de los socios, *subsidiaria* quiere decir, que los acreedores sociales deberán primero tratar de hacer efectivos sus créditos en el activo patrimonial de la sociedad, y solo podrán reclamar del socio lo no pagado, después de hacer excusión de los bienes sociales. *Solidaria*, cuando la sociedad se encuentre frente a un acreedor de la misma y no sea posible cubrirle su pago por todos los socios, si uno de ellos paga, éste podrá exigir de los demás socios las cuotas que le correspondan, es el carácter solidario entre los socios. *Ilimitada*, comprende todo el activo patrimonial de los socios, o sea, los socios responden de las deudas sociales en su totalidad y con todos sus bienes, independientemente de la participación que tengan en la sociedad.

Respecto de las obligaciones que tienen los socios, se encuentran las siguientes:

- La principal consiste en responder de las obligaciones sociales de una manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente.
- Obligación de no hacer competencia a la sociedad, es decir, no dedicarse al mismo género de negocios comerciales.
- De igual manera la obligación de no formar parte de sociedades que tenga similar objeto al de la sociedad en la cual forman parte.

Respecto de sus derechos tenemos:

- En relación con lo anterior tiene el derecho de exigir daños y perjuicios al socio que realice competencia ilegal.

- El derecho de separar a cualquier socio que utilice la firma social para negocios propios, lo cual constituye una infracción a la escritura constitutiva, pero sobre todo a la ley mercantil que rigen a este tipo de sociedad.
- Asimismo, se tiene el derecho de separar al socio que haya realizado actos fraudulentos o dolosos en contra de la sociedad, anteriormente se consideraba dentro de este supuesto a aquél socio que había sido inhabilitado para ejercer el comercio, con la Nueva Ley de Concursos Mercantiles, este supuesto ha desaparecido.

En los casos anteriores, será motivo de rescisión del contrato social respecto del socio que haya incurrido en dichos actos.

En cuanto a los órganos de la sociedad, encontramos que al frente de la Dirección General de los negocios, esta la **Junta de Socios**, éste órgano no se reglamenta suficientemente en la ley, en el artículo 36 sólo se explica:

Art. 36. La administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios administradores, quienes podrán ser socios o personas extrañas a ella.

El Maestro Raúl Cervantes Ahumada respecto de la junta de socios comenta: "debe considerarse que su constitución es necesaria, por la naturaleza misma de la entidad colectiva que es la sociedad, y porque el artículo 46 dice: los socios resolverán... por el voto de la mayoría de ellos".⁵⁴

Lo que implica, que es necesaria la creación de una junta para resolver los puntos importantes de la sociedad. Para la reunión de la junta de socios, en la escritura constitutiva se determinarán las épocas de reunión, ante la omisión de esto, la junta o cualquier socio podrá convocar en cualquier momento.

Las votaciones se realizarán por personas, puede establecerse en la escritura constitutiva que se computen por las cantidades que los socios representen en el capital social, independientemente de esto, aunque un socio represente la mayoría

⁵⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Derecho Mercantil**, ob. cit., pág. 59

de capital, para que una resolución sea válida requerirá del voto de otro socio, recordemos que se trata de una sociedad de personas, y no de capital.

Las principales facultades de la junta de socios son:

- ◆ Autorizar la cesión de las partes sociales,
- ◆ Aprobar la admisión de nuevos socios,
- ◆ Modificar el contrato social,
- ◆ Autorizar que los socios se dediquen a negocios del mismo género de los que constituyen el "objeto de la sociedad",
- ◆ Nombrar y remover a los administradores,
- ◆ Autorizar a los administradores a enajenar o gravar los bienes inmuebles de la sociedad,
- ◆ Autorizar a los administradores la delegación de su encargo,
- ◆ Exigir a los administradores en cualquier tiempo, la rendición de la cuenta de la administración,
- ◆ Revocar el nombramiento de los liquidadores,
- ◆ Acordar las bases de la liquidación,
- ◆ Acordar la fusión, transformación y escisión de la sociedad.

Como se aprecia la junta de socios constituye el máximo órgano de una sociedad en nombre colectivo.

La Administración en este tipo de sociedad se encuentra a cargo de uno o varios administradores, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad, en este último caso cuando en contra del voto de algún socio el nombramiento de administrador recaiga en persona extraña a la sociedad, el disidente tendrá el derecho de separarse de la sociedad.

El nombramiento de los administradores, salvo pacto en contrario se hará por mayoría de votos de los socios, de igual forma en caso de remoción; en caso de que no se haya designado administrador, concurrirán en la administración de la sociedad todos los socios, los socios administradores podrán percibir periódicamente, por acuerdo de la mayoría de los socios, una remuneración con cargo a gastos generales, pueden realizar todas las operaciones inherentes al

objeto de la sociedad, por lo tanto la firma social corresponde a todos los administradores, a menos que en la escritura social se limite a alguno de ellos.

En caso de que haya varios administradores, sus decisiones deberán tomarse por el voto de la mayoría de ellos, decidiendo en caso de empate los socios. Entre las obligaciones principales de los administradores se encuentra la rendir semestralmente, la cuenta de la administración, salvo pacto en contrario, asimismo, formular el balance anual a que se refiere el artículo 38 del Código de Comercio.

Por último encontramos al **Órgano de Vigilancia**, concretamente no existe determinación alguna en la ley, referente a este órgano, salvo el artículo 47 de la L.G.S.M. que establece:

Art. 47. Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán el derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes.

La creación de este órgano será potestativo, si la junta de socios lo acuerda se constituirá, ya que en todo caso los socios no administradores tiene el derecho de examinar el estado de la administración, la contabilidad y demás papeles de la sociedad, pudiendo hacer las reclamaciones que estimen pertinentes.

Este tipo de sociedad, por lo explicado entro en desuso, ya que los socios se percataban que la responsabilidad a que quedaban sujetos era extremista y por tal motivo no les convenía formar parte de una sociedad en nombre colectivo.

3.4.2 Sociedad en Comandita Simple.

Los datos históricos de este tipo de sociedad nos remontan al siglo XII, donde surge el contrato de *commenda*, por virtud del cual el *commendator* entrega dinero u otros bienes al *tractor commendatarius*

para que lo emplee en negocios mercantiles y repartirse las utilidades que de ellos se obtengan⁵⁵.

La sociedad en comandita simple, se creo con la finalidad de superar a la sociedad en nombre colectivo, es decir, se considera una desviación de la colectiva, ya que, según es un tipo mixto de sociedad.

El artículo 51 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, otorga el concepto legal de la sociedad en comandita simple:

Art. 41. Sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social, y se compone de uno o varios socios comanditados que responde, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

A diferencia de la sociedad en nombre colectivo, este tipo de sociedades se encuentran integradas por dos grupos de socios, *los comanditados* y *los comanditarios*, los primeros forman el grupo de los personalistas y el otro formarían los capitalistas, estos últimos de nada responden simplemente aportan una porción de capital.

La razón social se integrara al igual que la de la sociedad en nombre colectivo, salvo que ésta se completará con las palabras "sociedad en comandita" o su abreviatura "S. en C.", si se omite lo anterior, se considerará a la comandita como si fuera colectiva y los comanditarios responderán ilimitadamente de las obligaciones sociales.

Aquí si hay modificación respecto al capital social, este se divide en dos porciones: la de los comanditarios, ya mencioné que estos socios sólo aportan la parte social que les corresponde; y la de los comanditados, cuya aportación va relacionada con su responsabilidad ilimitada, en esta circunstancia al igual que en la colectiva la ley no fija un mínimo de capital.

⁵⁵ Cfr. MANTILLA MOLINA, ob., pág. 279

En cuanto a las obligaciones y derecho de los socios, son los mismos que en la sociedad colectiva, salvo el caso de que los socios comanditarios no pueden ser administradores.

Prácticamente la misma regulación jurídica que tiene la sociedad en nombre colectivo, es aplicable a la sociedad en comandita simple, por lo tanto los órganos en esta última son: La Junta de Socios, la administración estará integrada por los socios comanditados, los socios comanditarios nunca podrán ser administradores, ni actuar como apoderados de los administradores, en cuanto a la vigilancia,, sigue las mismas reglas que la colectiva.

En su momento la sociedad en comandita simple, fue un ingenioso invento que logro desarrollar industrias que carecían de capital suficiente, por medio de la incursión de los socios comanditarios, quienes simplemente aportaban capital. En la actualidad esta sociedad ha desaparecido de la práctica mercantil, por tal motivo debería de ser suprimida de la ley, al igual que la sociedad en nombre colectivo.

3.4.3 Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Al no tener éxito con la sociedad en nombre colectivo, ni con la sociedad en comandita por acciones, con motivo de la responsabilidad a que se sujetaban los socios, era necesario buscar la creación de una sociedad en donde su responsabilidad estuviera limitada hasta la aportación de su capital; por tal motivo surge la sociedad de responsabilidad limitada, esta institución es de origen germánico, y fue reglamentada por primera vez, por una ley especial alemana de 1882. El nombre de sociedad de responsabilidad limitada fue usado por primera vez por una ley francesa de 1863 y el primer Código de Comercio que usó la expresión fue nuestro Código Mercantil de 1884, independientemente de que reglamentaban tipo diferente de sociedad a lo que hoy es la limitada. Inglaterra la admitió, sin reglamentarla, por la Companies Act de 1900 y tuvieron reglamentaciones sucesivas en las leyes inglesas de 1907, 1908, 1912 y 1917. Posteriormente la fueron introduciendo en ordenamientos de

El Patrimonio Fideicomitido destinado a Actividad Empresarial

diversos pases, hasta que llego a nuestro derecho en el año de 1932, por nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que se refiere a su concepto, el artículo 58 de la ley multicitada menciona:

Art. 58. Sociedad de Responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables a la orden o al portador, pues sólo serán cesibles en los casos y con los requisitos que establece la presente ley.

Y el artículo 59 agrega:

Art. 59. La sociedad de responsabilidad limitada existirá bajo una denominación o bajo una razón social que se formará con el nombre de uno o más socios. La denominación o la razón social irá inmediatamente seguida de las palabras "S de R. L. " La Omisión de este requisito sujetará a los socios a la responsabilidad que establece el artículo 25.

De las transcripciones anteriores, destacan las siguientes características:

- a) Que todos los socios responden de las obligaciones sociales de un modo limitado;
- b) Las cuotas en el capital social en que se divida se llamarán partes sociales, y no acciones;
- c) Estas partes sociales no podrán estar representadas por títulos de crédito, ni serán transferibles sino en los casos autorizados por la ley, en consecuencia la circulación estará restringida;
- d) El nombre de la sociedad podrá ser razón social o denominación, lo que implica que la sociedad podrá organizarse como sociedad de personas o sociedad de capitales;
- e) En la formación de la razón o denominación social se incluirá la expresión Sociedad de Responsabilidad Limitada o su abreviatura S. de R.L.

El Maestro Hector Macedo Hernández, comenta: "Posee características que la asemejan a la sociedad anónima, tal como la responsabilidad limitada del socio al pago de su aportación y la

posibilidad de operar bajo una denominación social, pero tiene también características que la semejan a la sociedad en nombre colectivo, tales como la posibilidad de operar bajo una razón social y fundamentalmente la no negociabilidad de las partes sociales, las que únicamente pueden ser cedidas de acuerdo a los procedimientos del derecho común, permitiendo la posibilidad de pactar en los estatutos, que sea necesario el consentimiento unánime de todos los socios para enajenar válidamente una parte social. Se trata de una sociedad mixta que pretender conjuntar el beneficio de la responsabilidad limitada de los socios con elementos de privacía propios de las sociedades *intuitu personae*.⁵⁶

Consideró que estamos ante la presencia de una combinación de las sociedades de personas y de capitales, con las ventajas fundamentales de aquéllas y de éstas, pero ni así tuvo el éxito que se hubiese deseado, como a continuación se vera.

Para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, en primer lugar se requiere de un capital social mínimo de tres mil pesos, en el momento mismo de la constitución habrá que exhibirse cuando menos el 50% del capital social, el resto se pagará en los plazos y condiciones que hayan fijado los socios en la escritura constitutiva, además se constituirá ante notario y en ningún caso su constitución podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública.

En cuanto al número de socios, ninguna sociedad de responsabilidad limitada tendrá más de 50 socios, esto con la finalidad de que los socios tengan comunicación mutuamente de todos los asuntos relacionados con la sociedad.

Por otro lado, para la admisión de nuevos socios, se requiere el consentimiento unánime de éstos, es decir, quienes representen la mayoría del capital social, en caso de que se autorice la cesión de partes sociales a favor de personas extrañas a la sociedad, los socios tendrán el derecho de tanto y gozarán de un plazo de quince

⁵⁶ MACEDO HERNANDEZ, José Hector, **Ley General de Sociedades Mercantiles**, anotada, comentada, concordada con jurisprudencia y tesis, tercera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1993, pág. 60

El Patrimonio Fideicomitado destinado a Actividad Empresarial

días para ejercitarlo, contado desde la fecha de la junta en que se hubiere otorgado la autorización; si llegase a presentarse la muerte de uno de los socios, podrán continuar sus herederos y para transmitir a éstos la parte social del de cujus, no será necesario el consentimiento de los socios sobrevivientes, salvo que en la escritura constitutiva se haya determinado.

Las partes sociales serán indivisibles y cada socio será titular sólo de una parte social, aunque en el acto constitutivo se puede autorizar que éstas se dividan y que se cedan parcialmente, las partes sociales sólo pueden ser amortizadas, en la medida y forma en que se establezca el contrato social vigente en el momento en que las partes afectadas hayan sido adquiridas por los socios. La amortización se llevará a efecto con las utilidades líquidas de la sociedad, que conforme a la ley pueden disponerse para el pago de dividendos.

Por lo que respecta a las obligaciones de los socios, además de realizar las aportaciones necesarias para la integración de capital social, se encuentran las aportaciones suplementarias o prestaciones accesorias, las primeras consisten en prestaciones en dinero o bienes, que sirven para aumentar los medios de acción de la sociedad, o solventar las obligaciones sociales, si el patrimonio de la compañía resulta insuficiente para ello; y respecto de las segunda, sólo se enumera en párrafo segundo del artículo 70, la prohibición de realizar prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicio personal de los socios, independientemente de estas obligaciones implícitamente se autoriza que en la escritura social se estipulen otras obligaciones a cargo de los socios, como la obligación de abstenerse de realizar actividades en determinadas regiones.

Referente a los derechos, se concede a los socios hasta un nueve por ciento de interés sobre el monto de su aportación, y por un periodo que no exceda de dos años, aún cuando no haya beneficios.

En la sociedad de responsabilidad limitada, se estructura con mayor firmeza a los órganos de esta sociedad, a diferencia de la sociedad en nombre colectivo y de la comandita simple; existe un

órgano supremo denominado por la ley **Asamblea de Socios**, quien lleva la dirección general de la sociedad (art. 77 LGSM).

Conforme al artículo 78 de la ley en comento, se establecen como facultades de la Asamblea de Socios las siguientes:

Art. 78. Las asambleas tendrán las facultades siguientes:

- I. Discutir, aprobar, modificar o reprobado el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado y tomar, con estos motivos, las medidas que juzguen oportunas;
- II. Proceder al reparto de utilidades;
- III. Nombrar y remover a los gerentes;
- IV. Designar, en su caso, el consejo de vigilancia;
- V. Resolver sobre la división y amortización de las partes sociales;
- VI. Exigir, en su caso, las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias;
- VII. Intentar contra los órganos sociales o contra los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios;
- VIII. Modificar el contrato social;
- IX. Consentir en las cesiones de partes sociales y en la admisión de nuevos socios;
- X. Decidir sobre los aumentos y reducciones del capital social;
- XI. Decidir sobre la disolución de la sociedad; y
- XII. Las demás que les correspondan conforme la ley o contrato.

La convocatoria para las asambleas debe solicitarse por los gerentes a lo menos una vez al año y el lugar de reunión será el domicilio social fijado en los estatutos o en la convocatoria, en caso de que los gerentes no convoquen, podrán hacerlo, el consejo de vigilancia, a falta de éste por los socios que representen más de la tercera parte del capital social, todos los socios tiene derecho a participar en las decisiones de las asambleas gozando al efecto de un voto por cada mil pesos de su aportación o el múltiplo de esta cantidad que se hubiere determinado, salvo que el contrato social establezca sobre partes sociales privilegiadas.

La manera en que se harán llegar las convocatorias será por medio de cartas certificadas que se entregarán a los socios a la celebración de la asamblea con acuse de recibo, conteniendo la orden del día, estas se entregarán con una anticipación de ocho días a la celebración de la asamblea, serán nulas las resoluciones de las

asambleas, cuando no hayan sido legalmente convocadas, analógicamente se aplica el contenido del artículo 188 de la LGSM.

A diferencia de la sociedad anónima (tema que se abordará más adelante), en la de responsabilidad limitada se habla de asuntos ordinarios y extraordinarios, lo que sería en la anónima asambleas ordinarias y extraordinarias; en los asuntos ordinarios se requerirá que la asamblea esté representada, cuando menos, la mitad del capital social, y que las resoluciones se tomen por la mayoría absoluta (mitad más uno) de los votos presentes, en primera convocatoria, en segunda convocatoria se tomarán decisiones por simple mayoría de votos, cualquiera que sea la porción del capital representado.

El sistema de la doble convocatoria ha sido justamente criticado, ya que la convocatoria personal y directa a todos los socios garantiza que han tenido conocimiento de la reunión que ha de efectuarse; y si no asisten a ella, demuestran una tácita conformidad con lo que resuelvan los socios que sean diligentes en ir a la asamblea.

En caso de que se trate de asuntos extraordinarios, no podrán celebrarse por regla general, si no es con presencia de los socios que representen las tres cuartas partes del capital social, en los casos de cambio de objeto o de las reglas que determinen un aumento de las obligaciones de los socios, se requerirá la unanimidad de votos.

De igual forma se aplica analógicamente el contenido del artículo 188 de la LGSM y el contenido del artículo 178 del mismo ordenamiento legal.

Puede presentarse que la asamblea de socios se realice por correspondencia, en este caso, se remitirá a los socios por carta certificada con acuse de recibo, el texto de las resoluciones o decisiones, emitiéndose el voto correspondiente por escrito, los socios que representen más de la tercera parte del capital social, pueden convocar asamblea, aún cuando el contrato social sólo exija el voto por correspondencia.

La administración de la sociedad de responsabilidad limitada se llevará acabo por uno o más gerentes, podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad, designados temporalmente o por tiempo indeterminado, los gerentes son removidos y designados por la asamblea de los socios, salvo pacto en contrario, si en la escritura constitutiva o contrato social no se designaron a los gerentes, todos los socios tendrán tal carácter y en consecuencia todos usaran la firma social.

Cuando la administración recaiga en un solo gerente, le corresponderá la representación de la sociedad, y podrá realizar todas las operaciones inherentes a la finalidad social, si hay varios gerentes, puede distribuirse entre ellos la representación y la gestión interna de la sociedad.

Son obligaciones específicas de los gerentes:

- a) Llevar el libro especial de los socios, respondiendo personal y solidariamente de su existencia regular y de la exactitud de sus datos;
- b) Rendir a los socios la cuenta semestral de administración correspondiente a su gestión; y
- c) Formular el balance general anual.

Por lo que hace a su responsabilidad, los gerentes deben responder por los daños y perjuicios que con motivo de su gestión ocasionen, respecto de esto, la asamblea de socios tiene la facultad, de demandar la acción de responsabilidad en interés de la sociedad, contra de los gerentes, obligándolos a responder de los daños y perjuicios que ocasionen, esta acción también la pueden ejercer los acreedores sociales.

Respecto de la **Vigilancia**, la creación de este órgano, al igual que en las anteriores sociedades es potestativo, es decir, si se establece en la escritura constitutiva, la creación de un consejo de vigilancia, formado por socios o personas extrañas, la formación de este tipo de órganos se da en las grandes empresas y donde hay mucho socios, por lo que es poco frecuente que en las sociedades de responsabilidad limitada exista.

Fundamentalmente este órgano está facultado para ejercer funciones de fiscalización de la gerencia, el nombramiento y remoción de sus miembros corresponde a la asamblea de socios, una de sus principales funciones es convocar a ésta, cuando los gerentes no lo hicieren.

Esta sociedad tampoco reúne los requisitos que requieren los socios por así convenir a sus intereses, por tal motivo fue necesaria la creación de una sociedad que por excelencia es la que actualmente es de mayor constitución, y se trata de la sociedad anónima.

3.4.4 Sociedad Anónima.

“En Roma se conocen algunas formas de Contrato de Asociación como la indivisión de los coherederos y las sociedades de publicanos para el cobro de impuestos que se consideraban distintas de los asociados, se habla así de las *societas vectigalis publicanorum rerum*.⁵⁷

El antecedente verdadero de la sociedad anónima surge cuando se intentan grandes empresas de descubrimiento y colonización de nuevas tierras y para ello se organizan la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, en el año de 1602, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y 1621, la Compañía Sueca Meridional de 1626, no solamente perseguían finalidades económicas, sino políticas, todo lo anterior dio origen a la estructura actual de la sociedad anónima.⁵⁸

En México en 1854, en el Código de Comercio, mejor conocido como Código de Lores, regulo el comercio terrestre y el marítimo y compañías de comercio, la Sociedad Colectiva, la Comandita y la Anónima, de los artículos 23 al 264, su vida fue efímera, para el 10 de abril de 1988, se expidió la Ley de sociedades Anónimas, cuya vigencia fue también fue breve, no es sino hasta el

⁵⁷ ACOSTA ROMERO, GARCÍA RAMOS y GARCÍA ALVAREZ, **Tratado de Sociedades Mercantiles con Énfasis en la Sociedad Anónima**, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 3

⁵⁸ Cfr. MANTILLA MOLINA, ob. cit., pág. 342

año de 1934, cuando se promulga la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde actualmente se regula a la sociedad anónima, entre otras leyes que regulan el Sistema Financiero Mexicano.

Por Sociedad Anónima se entiende la que existe bajo una denominación y su capital está dividido en acciones, se compone de socios que únicamente están obligados al pago de sus acciones (art. 87 LGSM) tiene una estructura jurídica propia diferente a la de los socios y dentro de sus características principales se encuentran:

- a) Denominación, diferente a la de otras sociedades,
- b) capital social dividido en acciones,
- c) las acciones son títulos negociables en México y todas son nominativas,
- d) domicilio social
- e) órganos de decisión y representación,
- f) y la responsabilidad limitada de los socios, por los negocios o por el capital social.

Existe libertad en la formación de la denominación, pero deberá ser diferente a cualquier otra sociedad, control que en la práctica es realizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, además la denominación deberá ir seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S.A."

El procedimiento de constitución se realiza de dos maneras, por la comparecencia ante notario y por suscripción pública; en el primer caso se crea por las declaraciones de voluntad que simultáneamente emiten quienes comparecen ante notario, en el segundo procedimiento se crea después de una serie de negocios jurídicos sucesivamente realizados, éste último actualmente se encuentra en desuso.

De acuerdo con el artículo 89 de la multicitada ley, son requisitos para la constitución de una sociedad anónima:

- I. Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;

- II. Que el capital social no sea menor de cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito;
- III. Que se exhiba el dinero en efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario; y
- IV. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos al numerario.

En cumplimiento con la Ley Reglamentaria de la fracción I del artículo 27 constitucional se requiere además para la constitución de una sociedad anónima permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, con la finalidad de que la sociedad no admita socios extranjeros, en el caso de que si los admita, deberán sujetarse a las leyes de éste país, los notarios y los corredores públicos deben llevar el apéndice de la escritura constitutiva el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; además de recabar las autorizaciones y licencias administrativas y fiscales correspondientes, por último concurrir ante notario público para la formalización de la escritura constitutiva y los estatutos.

Conforme al artículo 6º y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la escritura constitutiva deberá contener:

1. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas que constituyan la sociedad;
2. El objeto de la sociedad;
3. Su denominación social;
4. La duración;
5. El importe del capital social;
6. La aportación que debe hacer cada uno de los socios;
7. El domicilio de la sociedad
8. Tipo de la administración y facultades de los administradores
9. Forma de nombrar a los administradores y la designación de quienes han de llevar la firma social;
10. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
11. El importe del fondo de reserva;
12. Indicación de los casos en que la sociedad puede disolverse anticipadamente;
13. Bases para la liquidación y el nombramiento de los liquidadores;
14. La parte exhibida del capital social;
15. El número valor y la naturaleza de las acciones;

16. La forma y términos para el pago de la parte insoluta de las acciones;
17. La participación en las utilidades concedidas a los fundadores;
18. El nombramiento de uno o varios comisarios;
19. Las facultades de la Asamblea General y los requisitos para la validez de sus deliberaciones y;
20. La forma de votar en las Asambleas.

Además deberán transcribirse en el acta constitutiva los estatutos (reglamentación interna de la sociedad), realizarse la correspondiente inscripción de la sociedad en el Registro Público del Comercio, y la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Anteriormente mencione que las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos, estos servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, serán de igual valor y conferirán iguales derechos, sin embargo, en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase, cada acción sólo tendrá derecho a un voto, salvo que en el contrato social se haya estipulado que una parte de las acciones tenga derecho de voto en las asambleas extraordinarias. En el contrato social podrá emitirse a favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad, acciones especiales en las que figurarán las normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les correspondan.

La distribución de las utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones, cada acción es indivisible y, en consecuencia, cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombrarán un representante común, y si no se pusieran de acuerdo, el nombramiento será hecho por autoridad judicial, el representante común no podrá enajenar o gravar la acción, sino de acuerdo con las reglas de la copropiedad, en los estatutos puede establecerse que las acciones en un término que no exceda de tres años, contados desde su emisión, tengan derecho a intereses no mayores del nueve por ciento anual. Los títulos representativos de las acciones deberán estar expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contados a partir de la fecha del contrato social, se

reconocerá como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro de acciones, la transmisión de las acciones podrá realizarse sólo con aprobación del consejo de administración, la transmisión de una acción que se realice por medio del endoso deberá anotarse en el título de la acción; no podrá emitirse nuevas acciones, hasta que las anteriores hayan sido debidamente pagadas.

En cuanto a los derechos de los socios, estos se clasifican de diferentes formas, por lo que me remitiré a señalarlos de manera general:

1. El derecho a ser reconocido como socio al tenedor de acciones, por la sociedad;
2. Tiene derecho a percibir la cuota que le corresponde en el momento de la liquidación;
3. Los derechos que sean concedidos por la ley para permitir o facilitar el ejercicio de aquéllos;
4. El derecho de voto;
5. Derecho de provocar la convocatoria de la asamblea;
6. El derecho de examinar los libros y papeles de la sociedad;
7. El derecho de separarse de la sociedad y que se le entregue el valor de sus acciones, calculado sobre las bases que suministre el último balance aprobado.

Concluido lo anterior, el siguiente tema a tratar corresponde a los órganos de la sociedad anónima, comenzaré por el más importante de ellos, la **Asamblea General de Accionistas**.

La Asamblea General de Accionistas, constituye el órgano supremo de la sociedad, facultado para acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la misma, sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, a falta de designación por el administrador o por el consejo de administración. En los estatutos podrá establecerse que en caso de que se hayan tomado resoluciones fuera de asamblea, por unanimidad de accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto, tendrá n para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieran sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial.

Existen diversas clases de asambleas, las generales y las especiales, a las primeras tiene derecho a concurrir todos los socios y a las segundas sólo los tenedores de una clase especial de acciones, cuyos derechos se pretendan afectar.

Las asambleas generales a su vez pueden ser constitutivas, ordinarias y extraordinarias.

Asambleas Constitutivas.

La regulación jurídica de ésta asamblea se encuentra consagrada de los artículos 99 a 102 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuya función consiste:

1. Comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos;
2. Examinar y comprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno o más socios se hubiese obligado a aportar;
3. Deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubieren reservado en las utilidades; y
4. Hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quiénes de los primeros han de usar la firma social.

Una vez aprobada por la asamblea general la constitución de la sociedad, se procederá a la protocolización y registro del acta de la junta y de los estatutos. Toda operación hecha por los fundadores de la sociedad anónima, con la excepción de las necesarias para constituirla, será nula con respecto la misma, si no fuere a probada por la asamblea general.

Asambleas Ordinarias.

La distinción entre asambleas ordinarias y extraordinarias, se hace en función de los asuntos que cada una de ellas ha de realizar; por lo tanto corresponde a la asamblea ordinaria:

- ◆ Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores, es decir, el informe financiero de la sociedad, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas;
- ◆ En su caso, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios;
- ◆ Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

La asamblea ordinaria deberá reunirse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, y el lugar de reunión será el domicilio social, es decir, la dirección que hayan establecido en los estatutos, puede darse el caso de que no se realice en las oficinas de la compañía, o también que se adopten resoluciones sin reunirse, siempre y cuando se haya establecido en los estatutos, exista consentimiento unánime de los socios y conste por escrito.

El quórum legal para convocar a una asamblea ordinaria es el 50% del capital social y las resoluciones serán válidas cuando se tomen por mayoría de votos presentes. En caso de que no haya habido quórum en primera convocatoria, se cita para una segunda convocatoria en donde habrá quórum de asistencia con el número de comparecientes y las decisiones serán válidas por mayoría, puede establecerse en el documento social un porcentaje mayor; éstas decisiones serán válidas por ausentes y disidentes.

En general se ha dado un bosquejo de las principales facultades de una asamblea ordinaria, pero en los estatutos puede ampliarse la competencia, en los casos de enajenación de inmuebles sociales, la designación de gerentes, la aprobación de nombramientos de altos empleados, entre otros.

Asambleas Extraordinarias.

Es competencia de la asamblea extraordinaria:

- ◆ Prórroga de la duración de la sociedad;

El Patrimonio Fideicomitado destinado a Actividad Empresarial

- ◆ Disolución anticipada de la sociedad;
- ◆ Aumento o reducción de capital social;
- ◆ Cambio de objeto de la sociedad;
- ◆ Cambio de nacionalidad de sociedad;
- ◆ Transformación de la sociedad;
- ◆ Fusión con otra sociedad;
- ◆ Emisión de acciones privilegiadas;
- ◆ Amortización de la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
- ◆ Emisión de bonos;
- ◆ Cualquier otra modificación del contrato social; y
- ◆ Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial.

Se aprecia que en este tipo de asambleas se deliberan los principales asuntos de una sociedad, por lo tanto la época de reunión será en cualquier momento, en cuanto al lugar de reunión será en el domicilio social establecido en los estatutos.

Para convocar a éste tipo de asambleas se necesitan las $\frac{3}{4}$ partes del capital social, y las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.

En ambos tipos de asambleas la convocatoria deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la anticipación que fijen los estatutos, o 15 días antes de la fecha señalada para la reunión. La convocatoria deberá contener la orden del día y será firmada por quien la haga, que generalmente es por el administrador o por el consejo de administración, las actas de las asambleas generales de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y por el secretario de la asamblea, así como por los comisarios que concurran, se anexarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta ley establece, en caso de que lo anterior no pudiese asentarse de esa forma, el acta se protocolizará ante notario público e inscrita en el Registro Público del Comercio.

Asambleas Especiales.

Las asambleas especiales se contemplan desde dos puntos de vista:

- a) Con base a un quórum superior al de una asamblea general ordinaria para el tratamiento de determinados asuntos; y
- b) Con base a la calidad de las acciones, con el objeto de que puedan en determinados puntos ser escuchados los accionistas que tuvieran acciones especiales.

Lo anterior se explica de la siguiente manera, las acciones emitidas por las sociedades anónimas tienen el carácter de títulos de crédito o títulos valor y se conceptualizan como el documento necesario para ejercitar el derecho en el consignado, teniendo como fundamento legal el artículo 5º. De la Ley General de Títulos Y Operaciones de Crédito.

A su vez las acciones representan una parte alicuota de la participación de los accionistas en el capital social, es regla general que las acciones contiene iguales derechos que los socios existiendo prohibición que se les genere deberes a los socios y puedan renunciar a sus derechos, sin embargo, llegan a presentarse privilegios adicionales que se confieren a uno o varios accionistas como es el caso de las acciones preferentes en donde el socio tiene el derecho de recibir en primer lugar dividendos, o bien, las acciones de goce que permiten a socios a los cuales se amortizo su acción obtener una cierta utilidad en un determinado tiempo o quizás las acciones de voto limitado en las cuales los accionistas no se interesan por lo que respecta a las determinaciones de las Asambleas Generales Ordinarias y a cambio de ello en primer lugar se le cubran las utilidades que hubieren surgido en el ejercicio social, por tal motivo se realiza todo lo anterior por medio de asambleas especiales.

Las acciones a su vez legitiman al socio generándoles un derecho corporativo, es decir, una facultad para conocer la situación

existente en la sociedad, adicionalmente la facultad para comparecer en las asambleas teniendo voz y voto.

Adicionalmente existe otra clasificación de asambleas, llamada **Asamblea Mixta**, es una modalidad que se presenta en la Asamblea General de Socios, cuando en una convocatoria se establecen puntos de la orden del día de Asamblea Ordinaria y de Asamblea Extraordinaria, sin que exista impedimento para que pudieran también tratarse algún punto de asamblea especial.

Otro de los órganos que integran a una sociedad anónima lo constituye la figura del **Administrador Unico o bien el Consejo de Administración**, éste último integrado por dos o más personas, el órgano de administración de conformidad con el artículo décimo de la L.G.S.M. es calificado con la calidad de representación con todas las facultades inherentes para el cumplimiento del objeto social.

Sin embargo, conforme al artículo 142 de la mencionada ley, se asigna al órgano de administración la calidad de mandatario con el carácter de revocable, por lo que hay dos figuras diferentes aplicables al órgano de administración, la representación y el mandato.

Representación: Quien pueda actuar por sí mismo, puede hacerlo a nombre de un tercero, existe representación legal y voluntaria, la que nos interesa es la primera en ésta no existe limite, sino todo lo necesario para el cumplimiento del objeto de la sociedad.

Mandato: Conforme al artículo 2546 del Código Civil del Distrito Federal, por mandato se entiende, un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. Existe mandato para pleitos y cobranzas, de administración y de dominio, por lo que aplicado lo anterior a la representación de la sociedad se habla de facultades, facultades para demandar, articular posiciones, etc. por lo que no constituye el objeto social.

En el caso de consejo de administración, cuando fueren más de dos los administradores surgirá el derecho de las minorías, consistente que cuando un 25% del capital social solicite la designación de un consejo de administración y fue parte reconocida dentro de dicho consejo estará una de las personas que hubiere designado reduciéndose el porcentaje a un 10% cuando las acciones se cotizan en la bolsa de valores (art. 144 LGSM).

La administración de la sociedad no es delegable, sin embargo, es factible designar uno o varios gerentes o bien mandatarios jurídicos; al hacerse la designación del administrador o administradores se deberá revisar el documento social con el objeto de conocer si es obligatorio el otorgar caución para garantizar la responsabilidad en que pudieran incurrir sus encargados.

En caso de no establecerse lo anterior, en términos de los artículos 151 y 152 de la ley General de Sociedades Mercantiles, no podrán ejercer el cargo de administrador o administradores, las personas que son inhábiles para ejercer el comercio, como es el caso de los Ministros, Magistrados, Jueces, Corredores Públicos, Notarios Públicos, etc. Antes de la reforma del 12 de mayo del 2000, cuando un comerciante era declarado en quiebra se consideraba inhábil para ejercer el comercio, con la salvedad de que podía ser rehabilitado; dependiendo de la responsabilidad en que hubiere incurrido y que podía ser fortuita, culpable o fraudulenta.

En el primer caso, cuando se trataba de quiebra fortuita, el comerciante o en su caso el administrador debería cumplir con su obligación o bien manifestar bajo protesta de decir verdad que cuando tuviere posibilidad económica de cubrir su deuda, así lo haría y cumpliendo con esto sería rehabilitado, un ejemplo común de este tipo de quiebra es cuando hubo un incendio en la empresa del comerciante.

Cuando se trata de quiebra culpable, era necesario que cumpliera con la sanción penal que se le hubiere impuesto, cumpliera con su obligación o bien que transcurrieran tres años desde que cumplió con su pena privativa de libertad y que bajo protesta de decir

verdad manifestará que cuando tuviera la posibilidad económica cumpliría con pago, sólo así se le rehabilitaría.

En la quiebra fraudulenta, tenía que cumplir con su sanción penal, (5 años de prisión), transcurrir 3 años y que cumpla con su obligación permitiéndose que lo haga en moneda de quiebra. Sin embargo, a la fecha con base a la Ley de Concursos Mercantiles la declaración de quiebra no inhabilita al comerciante, es decir, no pierde la calidad de comerciante y en el caso de los administradores tampoco pierden su calidad.

Los poderes que hubiere otorgado los administradores para uno o varios mandatarios, aunque el administrador sea removido o revocado de su cargo subsistirán para éstos últimos mientras no sean revocados.

Cuando el administrador o administradores tuviesen intereses contrarios a la sociedad deberán abstenerse de intervenir en el acto o negocio jurídico y en caso contrario responderán por los daños y perjuicios que pudiesen generar a la sociedad.

En la administración cuando se maneja con base en un consejo de administración las decisiones se tomarán conforme a lo que establezca el estatuto social, en caso de surgir oposición, así lo deberá hacer saber el órgano de administración ya que en caso contrario no liberará la responsabilidad. Para que esté consejo funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes, en caso de empate, el presidente del consejo decidirá con voto de calidad.

Con relación a la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores, deberá ser decidida por la Asamblea General de Accionistas, respetando la regla particular a que hace referencia el artículo 163 de la LGSM, que establece:

El Patrimonio Fideicomitado destinado a Actividad Empresarial

Art. 163. Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes:

- I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes; y
- II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la Asamblea General de Accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación, serán percibidos por la sociedad.

Por otro lado el órgano de administración en su calidad de representante de la sociedad y en cumplimiento con el artículo 181 de la multicitada ley deberá rendir un informe financiero con los requisitos y características del artículo 172, y si notará alguna irregularidad de la administración anterior deberá informarlo, ya que en caso contrario serán solidariamente responsables con la administración anterior.

Habrá responsabilidad solidaria de los administradores cuando se trate:

- a) De la realidad de las aportaciones hechas por los socios;
- b) Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas;
- c) De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley; y
- d) Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas.

No será responsable el administrador que estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate; los administradores cesarán en el desempeño de su encargo inmediatamente que la asamblea general de accionistas pronuncie resolución en el sentido de que se les exija la responsabilidad en que hayan incurrido.

El último de los órganos de la sociedad corresponde al de **Vigilancia**, estará a cargo uno o varios comisarios, temporales y revocables, que como regla general vigilarán al órgano de administración e informarán a la Asamblea de las irregularidades que aprecien.

Estarán impedidos para fungir con el carácter de comisarios las personas a que hace referencia el artículo 165 de la ley General de Sociedades Mercantiles:

Art. 165. No podrán ser comisarios:

- I. Los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;⁵⁹
- II. Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento; y
- III. Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

En cuanto a los derechos y deberes de los comisarios se encuentran:

- Otorgar garantía, con la finalidad de asegurar la responsabilidad en que pudieran incurrir en el desempeño de su encargo;
- Exigir a los administradores un informe mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados;
- Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone,
- Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas;
- Pueden insertar puntos que crean pertinentes en la orden del día en las sesiones del consejo de administración,
- Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas;
- Asistir en voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas; y

⁵⁹ Tema que se explicó en la página 61 del presente trabajo.

El Patrimonio Fideicomitado destinado a Actividad Empresarial

- En general vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

Los comisarios, serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, podrán auxiliarse de las personas que necesiten para el cumplimiento de sus funciones, sin embargo, la contratación y designación de dicho personal dependerá de los propios comisarios. Los comisarios que en cualquier operación tuvieran un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, en caso contrario, al igual que los administradores serán responsables por los daños y perjuicios que causen a la sociedad.

Concluido el estudio de la sociedad anónima, se aprecia porque es actualmente la sociedad que más constituyen las personas sin que pueda estar en peligro el capital que no se encuentra dentro de la misma.

3.4.5 Sociedad en Comandita por Acciones.

“La sociedad en comandita por acciones es una creación del moderno derecho francés; estuvo en boga a principios del siglo pasado, como medio de eludir las restricciones que el mencionado derecho imponía a la S.A. En la actualidad es rarísima.”⁶⁰

Por sociedad en comandita por acciones se entiende a aquella que se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comisarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones. Son aplicables a la comandita por acciones las reglas genéricas de la comandita simple; y algunas reglas de la sociedad anónima, conforme al artículo 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la diferencia con la comandita simple es que los derechos de los socios están incorporados en acciones, sin embargo, los comanditados no pueden ceder sus acciones sin la aprobación de todos los de su clase, y de las dos

⁶⁰ MANTILLA MOLINA, ob. cit., pág. 439

terceras partes de los comanditarios; esta restricción a la negociabilidad de las acciones les quita, en realidad, el carácter de tales.

Puede existir bajo una razón, o bien, bajo una denominación social, en este caso debe hacerse la indicación de Sociedad en Comandita por Acciones o, abreviadamente, S. en C. por A.

Las obligaciones de los socios comanditarios, son idénticas a las de los socios de la anónima, en cambio los comanditados además del pago de su aportación, responden ilimitada y solidariamente de las deudas sociales, sin que el pacto contrario produzca efectos contra terceros, aunque sí entre los socios, están obligados también, bajo las mismas sanciones que los socios colectivos, a no hacer competencia a la sociedad.

En cuanto a los órganos sociales, la comandita por acciones se rige por las mismas reglas que la sociedad anónima, no del todo es correcto, ya que no puede tener la misma importancia del socio que responde solidaria e ilimitadamente, al que posee el mismo número de acciones, pero que no responde de manera personal por los actos de la sociedad.

Por lo que hace a la administración, los socios comanditarios no pueden ser administradores, es válido el pacto que confía la administración de modo irrevocable a uno o varios de los comanditados. La vigilancia de la sociedad en comandita por acciones se rige por las reglas aplicables a la sociedad anónima.

3.4.6 Sociedad Cooperativa.

De conformidad con el artículo 2º de la Ley General de Sociedades Cooperativas, es una forma de organización social, integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través

de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Esta conceptualización surge con base en las reformas aprobadas y publicadas el 3 de agosto de 1994, observándose de este precepto, que se pierde la naturaleza jurídica originaria que justificaba su propia nominación jurídica relativa a la asociación de miembros o sujetos de la clase trabajadora.⁶¹

Serán principios para el funcionamiento a la fecha de las sociedades cooperativas los siguientes:

- a) Libertad de asociación y retiro voluntario de los socios;
- b) Administración democrática;
- c) Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios si así se pactara;
- d) Distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios;
- e) Fomento de la educación cooperativa y de la educación en la economía solidaria;
- f) Participación en la integración cooperativa;
- g) Respeto al derecho individual de los socios de pertenecer a cualquier partido político o asociación religiosa, y
- h) Promoción de la cultura ecológica.

Por lo que respecta a los requisitos de constitución de una sociedad cooperativa tenemos:

1. Todos los socios tendrán derecho de voto, independientemente de sus aportaciones, en este caso votarán por personas y no por aportación;
2. Este tipo de sociedades tendrá la modalidad de capital variable;
3. Tendrán una duración indefinida,
4. Deberá manejarse un mínimo de cinco socio;
5. El manejo de la sociedad podrá ser bajo la figura de responsabilidad limitada o bien por responsabilidad suplementada, significando que para el manejo de los derechos se estará a lo manejado en el documento social y hasta por el monto de la aportación de cada uno

⁶¹ Comentario tomado de la clase de Derecho Mercantil, impartida por el Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero, el día 30 de abril del año 2001.

de los socios y responderán a prorrata, es decir, con base a un porcentaje sobre un todo en el cumplimiento de las obligaciones.

La constitución de la sociedad se presentará mediante Asamblea General en donde se hará constar lo siguiente:

1. Datos de los socios fundadores;
2. Personas señaladas para el manejo de la administración y en su caso para el manejo de las comisiones; y
3. Las bases constitutivas.

Conforme al artículo 16 de la Ley General de Sociedades Cooperativas son bases constitutivas como mínimo las siguientes:

- I. Denominación y domicilio social;
- II. Objeto social;
- III. El tipo de responsabilidad que tendrá la sociedad, ya sea limitada o suplementada;
- IV. Como quedará constituida y en su caso como se incrementará el capital social, lo cual quedará integrado en los certificados de aportación, documentos en los cuales se indicará que valor representa y en su caso como surgirá devolución de su valor;
- V. Requisitos para admisión, exclusión y en su caso separación voluntaria de los socios;
- VI. Integración de los fondos sociales,
- VII. Las reglas para las comisiones que desarrollen la educación cooperativa;
- VIII. La duración del ejercicio social (en la práctica similar al de las otras sociedades mercantiles);
- IX. Forma de convocar y formalizar las asambleas ordinarias y extraordinarias,
- X. El señalamiento de derechos y obligaciones de los socios y el tratamiento de la comisión y conciliación de arbitraje, en caso de conflictos sobre el particular; y
- XI. La designación de los administradores y sus facultades, y en su caso conductas que se consideren generen responsabilidad en el órgano de administración.

Por lo que respecta a los órganos sociales de una sociedad cooperativa, de conformidad con el artículo 34 de la LGSC, serán órganos sociales en primer lugar, la **Asamblea General de Socios**, podrá ser identificada en una participación ordinaria y en una participación estatal, entendiéndose como éstas aquellas que se asocien con autoridades federales, estatales o municipales para la explotación de unidades de producción o de servicios públicos pudiendo ser a nivel local, regional o nacional. Las ordinarias, son las que no contienen la participación estatal.

En segundo lugar tenemos el **Consejo de Administración**, en el cual se señala que lo integrarán socios o personas ajenos a la sociedad con la limitante de que no sean de nacionalidad extranjera, le corresponde la representación de la sociedad.

Otro órgano dentro de este tipo de sociedades, lo constituye el **Consejo de Vigilancia**, el cual estará integrado por un número impar de personas no mayor de cinco, cada uno con sus respectivos suplentes y que estarán integrados por un Presidente, un Secretario y un Vocal, como mínimo teniendo como duración al igual que el Consejo de Administración un plazo que no podrá exceder de 5 años; sin embargo, permitiendo reelección con la salvedad que requerirá del consenso de las 2/3 partes de la asamblea.

Las sociedades cooperativas a su vez tendrán un cuarto órgano, el integrado por las **Comisiones**, que como mínimo deberán tener para la educación y para el fomento educativo.

Por otro lado las sociedades cooperativas se clasifican en:

- a) Sociedades de consumidores, a su vez se clasifican: en bienes y de servicios;
- b) También habrá cooperativas de producción que se subclasifican: de bienes y de servicios.

Las cooperativas de conformidad con el artículo 74 tendrán la potestad de integrarse en Federaciones o Uniones y dichas

federaciones a su vez cuando fueren 10 o más entidades federativas podrán quedar constituidas en confederaciones nacionales.

Son causas de disolución y liquidación de una sociedad cooperativa:

1. Por acuerdo de las 2/3 partes de los socios;
2. Por disminución de los socios a menos de cinco;
3. Porque el objeto de la cooperativa se haya consumado;
4. Porque la situación económica de la sociedad no le permita seguir operando;
5. Por determinación de la autoridad jurisdiccional, por la cual se haya decretado dicha disolución, conforme al artículo 9 de la ley; un motivo sería porque el objeto de la sociedad de lícito se haya convertido en ilícito.

Cabe mencionar, que una sociedad cooperativa en el supuesto a que hace referencia el artículo anterior, si se llegase a presentar que se encuentra en quiebra, no tendrá viabilidad de aplicación, toda vez, que con base en el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles, la competencia le corresponde a un juez de distrito.

El principal motivo por el que se explicó al comerciante como persona física y jurídico colectiva, es porque va aunado al tema central de la presente investigación, tal en el caso de que sucede cuando el comerciante destina parte de su patrimonio a un fideicomiso, y por ciertos problemas que se le presentan se encuentra en mal situación económica y en consecuencia incumple con sus obligaciones, entrando así en concurso mercantil. ¿Qué pasa con este patrimonio? Veamos el siguiente punto.

3.5 El Patrimonio Fideicomitido destinado a Actividad Empresarial, con la calidad de Comerciante.

Antes de entrar al estudio del presente tema, es necesario explicar que se entiende por una actividad empresarial.

En el diccionario de la Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano, se define a la actividad comercial como: "Aquella que se realiza comprando, vendiendo o permutando géneros o mercancías, así como toda la que se realiza con la finalidad de crear o explotar una empresa."⁶²

El Maestro Oscar Vásquez del Mercado, respecto de la actividad empresarial comenta: "la actividad del empresario debe ser de carácter económico, es decir, una actividad susceptible de ser valuada como riqueza y como tal remunerada, o en otras palabras, una actividad dirigida a la creación de una riqueza."⁶³ Pero además agrega: "no basta la actividad económica, el ejercicio de ésta es necesario que tenga por objeto la producción o el cambio de bienes y servicios."⁶⁴

El ejercicio de una actividad económica a los fines de producción o del cambio de bienes y servicios, debe ser organizada. La organización es el medio para la realización del fin especulativo que el empresario se propone, organizando un complejo de bienes, éste complejo de bienes lo constituye la hacienda de la empresa, es decir su patrimonio.

A este respecto el autor Joaquín Garrigues dice: "El círculo de actividades como elemento espiritual de la empresa, opera sobre un núcleo de elementos patrimoniales de la más varia índole. Cosas y derechos por un lado (activo), y obligaciones mercantiles por otro (pasivo), integran el llamado patrimonio mercantil"⁶⁵

⁶² QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, ob. cit., pág. 8

⁶³ VASQUEZ DEL MERCADO, ob. cit., pág. 122 y 123

⁶⁴ *Ibidem.*, pág. 123

⁶⁵ GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., pág. 178

Cuando se estudia la figura del patrimonio de empresa, no se utiliza la palabra patrimonio, en sentido técnico, puesto que, al no tener la empresa personalidad jurídica, no puede ser titular de un patrimonio, con la expresión "patrimonio de la empresa" se hace referencia en sentido económico al conjunto de bienes que se ponen a disposición del empresario para que éste pueda desarrollar su actividad lucrativa.

En conclusión, la actividad empresarial siempre va ir dirigida a la obtención de una ganancia, de una riqueza.

El punto medular de toda esta explicación consiste en que sucede cuando una parte del patrimonio de la empresa es destinado a un fideicomiso. En el artículo 228-C de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que para los efectos de la emisión de certificados de participación podrán constituirse fideicomisos sobre toda clase de empresas industriales y mercantiles, consideradas como unidades económicas. De la transcripción anterior se observa que se permite el fideicomiso de la hacienda mercantil, comenta el Maestro Barrera Graf: "es frecuente, en la práctica, la constitución de fideicomisos públicos de empresas, que son, por otra parte, los más importantes y los más famosos."⁶⁶

La hacienda dada en fideicomiso constituye el patrimonio fideicomitido, que tendrá la doble calidad de universalidad de aquella, y de patrimonio de afectación, propia de éste. En el artículo 386 de la LGTOC, se hace alusión a los bienes que pueden ser objeto de fideicomiso, entre ellos se encuentran toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular, lo que permite la existencia del fideicomiso del patrimonio de la empresa.

Como ya he mencionado en la Ley de Concursos Mercantiles, en su artículo 4º se define a las personas que se consideran como comerciantes y dentro de estos supuestos se encuentra el patrimonio fideicomitido destinando a actividad empresarial, lo que constituye la principal hipótesis de esta tesis y

⁶⁶ BARRERA GRAF, ob. cit. pág. 129

motivo por el cual surgen ciertas interrogantes, dentro de ellas tenemos las siguientes:

1. En el capítulo segundo de la presente investigación, se dio tratamiento a la figura del patrimonio del fideicomiso⁶⁷, en términos generales el patrimonio no tiene personalidad jurídica, ya que no es titular de derechos y obligaciones, la titularidad de los bienes dados en fideicomiso la adquiere la fiduciaria.
2. El fideicomiso tiene una naturaleza contractual, ya que existe una relación jurídica entre el fideicomitente y una institución fiduciaria, en donde se establecen derechos y obligaciones de ambas partes.
3. Por lo tanto, el patrimonio fideicomitido no puede adquirir la calidad de comerciante.

Por el momento sólo me permitiré enumerarlas, ya que la explicación a cada una de ellas se abordará en el siguiente capítulo.

Técnicamente es erróneo que el legislador, le haya atribuido la calidad de comerciante y en consecuencia personalidad jurídica al patrimonio fideicomitido destinado a actividad empresarial, sin embargo, se incluyó dentro de éste concepto porque los empresarios desviaban parte de su patrimonio a un fideicomiso, cuyo objeto principal sería destinado a una actividad propia de la empresa, en consecuencia cuando ésta pudiera encontrarse en un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones y por lo tanto sujeto a concurso mercantil, una forma de salvar parte de su patrimonio, sería destinándolo a un fideicomiso, el cual constituye un patrimonio separado de la empresa por el destino de los bienes, es decir, encamindo a un fin lícito determinado.

Para poder determinar que enfoque trató de darle la Ley de Concursos Mercantiles a esta figura jurídica, es necesario explicar el procedimiento que se sigue para determinar que un comerciante a entrado en concurso mercantil y el tratamiento que se le da a su patrimonio, como se estudiará en el siguiente capítulo.

⁶⁷ Confronte la página 43 y siguientes del presente trabajo.

CAPITULO IV
EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO
EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

4.1 Concepto de Concurso Mercantil, 4.2 Presupuestos del Concurso Mercantil, 4.3 El Comerciante en el Concurso Mercantil, 4.4 Competencia Concursal, 4.5 La visitaduria e Identificación del Domicilio en Relación con el Patrimonio Fideicomitido, 4.6 Determinación del Concurso Mercantil, 4.7 Fase de Conciliación, 4.8 Fase de Quiebra, 4.9 Formas de Extinción del Concurso Mercantil en su Fase de Quiebra, 4.10 Crítica a la Ley de Concursos Mercantiles en considerar como Comerciante al Patrimonio dado en Fideicomiso respecto de Actividades Empresariales.

CAPITULO IV

EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO

EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES

4.1 Concepto de Concurso Mercantil.

Es criticable la terminología jurídica que se le ha dado a la Ley de Concursos Mercantiles, por las razones siguientes:

1. En materia civil, las personas se concursan, a diferencia de la mercantil en donde;
2. El comerciante, que ha incumplido con sus obligaciones quiebra.

Dado lo anterior es erróneo someter a un comerciante en concurso mercantil, además de que la quiebra ha sido siempre una institución perteneciente al ámbito mercantil, en cambio aquél pertenece al ámbito civil.

"La palabra concurso tiene su origen en los vocablos latinos *cum* y *currere*, que significa *correr conjuntamente*. En el derecho procesal su significado correcto es el de una forma de ejecución universal, que hace referencia a la totalidad de los acreedores y a la masa de los bienes del deudor común."⁶⁸

"El concurso es un procedimiento colectivo que tiene lugar cuando un deudo no comerciante, se halla en estado de insolvencia y carece de bienes para pagar todos sus créditos. Por concurso de acreedores, [...] se entiende el juicio universal que se promueve, bien por el deudor o a su instancia, o bien por los acreedores para adoptar reunidos, los medios convenientes a fin de cobrar cada uno sus respectivos créditos de los bienes del deudor a la parte a que éstos alcanzaren."⁶⁹

En otras palabras, el concurso es un medio procesal que tiende a favorecer a todos los acreedores del deudor insolvente,

⁶⁸ MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael, **Delitos de Quiebra**, editorial Porrúa, México, 1998, pág. 34

⁶⁹ PALLARES, Eduardo, **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 170

mediante la afectación de la totalidad de sus bienes, pues se liquidan todos los activos del deudor insolvente para satisfacer los créditos de los acreedores, en la proporción que alcance a venderse esos bienes.

Desde mi punto de vista, el legislador utilizó el término concurso como sinónimo, en cuanto a que en el ámbito mercantil como en el civil se reúnen varios acreedores en un mismo acto con el fin de recuperar sus créditos a favor, sin embargo, consideró que cada rama del derecho tiene su terminología por lo que se debe ocupar como tal. Nuestros legisladores, esto no lo ven así, la técnica jurídica que utilizan deja mucho que desear y aunque en este caso no trasciende en el fondo del problema el nombre de la ley, genera crítica en cuanto a la preparación y disciplina de aquellos que la crean.

En el artículo primero de la Ley de Concursos Mercantiles se establece:

Artículo 1º. La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil.

Es de interés público conservar las empresas [.....]

Es muy importante la transcripción anterior, de ahí el intento por desaparecer la idea de la quiebra, o dar una visión de que esta figura sucede en caso extremo, la lucha por que la empresa prevalezca, es la idea fundamental en esta Ley, pero ni aún así es posible esto, ya que como se verá más adelante, un comerciante se puede ir desde la presentación de la demanda de concurso mercantil a quiebra, y entonces donde quedo el objeto de la Ley de proteger a la empresa, estos son unos de los tantos errores que a lo largo del desarrollo del presente capítulo se irán analizando, conjuntamente con la hipótesis principal de esta investigación.

En la Exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, se establece que se regularan los concursos mercantiles de las personas físicas, sociedades mercantiles y patrimonios

fideicomitidos cuando se afecten a actividades empresariales, que de acuerdo con nuestras leyes tiene el carácter de comerciante.⁷⁰

El procedimiento de concurso mercantil actualmente se desarrolla a través de dos etapas, la conciliación y la quiebra, cuyas finalidades son distintas, la primera tiene como objeto la conservación de la empresa, mediante el convenio que suscriban deudor común y los acreedores reconocidos, en cuanto a la segunda tiene por finalidad la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran, para el pago de los acreedores reconocidos.

Nuestra legislación jurídica regula los procedimientos de acuerdo a la calidad jurídica del deudor, por ello consideró que concurso mercantil *es el juicio universal, al que es sujeto un comerciante que ha incumplido en sus obligaciones y que para el cumplimiento de las mismas recurre a un convenio que realiza entre sus acreedores reconocidos, o bien mediante la venta de su activo, para que judicialmente se haga el pago correspondiente a cada uno de sus acreedores.*

Para que un comerciante sea sujeto a concurso mercantil, requiere de ciertos requisitos que la propia ley impone, por lo cual es necesario estudiar los presupuestos del concurso mercantil.

4.2 Presupuestos del Concurso Mercantil.

Antes de comenzar con el estudio de los presupuestos del concurso mercantil, debemos saber que se entiende por un presupuesto procesal, a continuación transcribo algunas definiciones del mismo.

Por presupuestos procesales se entienden: "Los requisitos necesarios para que el juez esté obligado a proveer sobre la demanda,

⁷⁰ Cfr. Iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles, propuesta por la Cámara de Senadores de la República de la LVII Legislatura del H. Congreso de la Unión. **Exposición de Motivos**, pág. 8

tales como la competencia del órgano jurisdiccional y la capacidad de las partes. Estos requisitos tienen el carácter de irrenunciable.⁷¹

En el Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas se define a los presupuestos procesales de la siguiente manera: "Son los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la iniciación o el desarrollo válido de un proceso, o en su caso, para que pueda pronunciarse la resolución de fondo."⁷²

El Maestro Pallares los define como: "los supuestos sin los cuales no puede iniciarse ni desenvolverse válidamente un proceso. Requisitos sin los cuales no puede iniciarse ni tramitarse con eficacia jurídica un proceso, por ejemplo si el juez no es competente, si las partes carecen de capacidad procesal, si el juicio no se inicia por medio de demanda en forma, el proceso no se constituye válidamente."⁷³

De las anteriores definiciones se desprende que como presupuestos generales encontramos, a la demanda, la competencia del Juez, la capacidad procesal de las partes, el interés procesal, etc. Por lo tanto los defino como los requisitos necesarios para poder solicitar la competencia del órgano jurisdiccional, que en materia corresponda.

Antes de comenzar con la explicación de los presupuestos del concurso mercantil, es necesario hacer referencia a la forma en que puede solicitarse éste, por ello el concurso mercantil puede ser:

Concurso Mercantil

Voluntario: Cuando la solicitud de concurso mercantil la realiza un comerciante que ha incumplido con sus obligaciones.

Necesario: Cuando el acreedor o el Agente del Ministerio, demandan que sea declarado en concurso mercantil un comerciante que ha incumplido con sus obligaciones.

⁷¹ DE PINA, Rafael, ob. cit., pág. 417

⁷² Instituto de Investigaciones Jurídicas, ob. cit., tomo IV, pág. 2524

⁷³ PALLARES, Eduardo, ob. cit., pág. 622

De lo anterior se desprende la promoción de una **solicitud de concurso mercantil**, cuando el propio comerciante es quien decide iniciar con este tipo de juicio. A contrario sensu, cuando estamos en presencia de acreedores o del Agente del Ministerio Público, se habla de **demandas de concurso mercantil**, en este caso es prudente aclarar que en el primer párrafo, en su parte final del artículo 10 de la Ley de Concurso Mercantiles hace mención que se debe tratar de dos o más acreedores distintos a quienes haya incumplido el comerciante, por lo tanto la demanda de concurso mercantil deberá ser formulada por dos o más acreedores.

En el caso del procedimiento concursal se han establecido como presupuestos los siguientes:

1. Debe tratarse de un comerciante, de acuerdo con el artículo 4º segundo párrafo de la Ley de Concursos Mercantiles;
2. Conforme al artículo 10 y 11 de la Ley mencionada, dicho comerciante se debe encontrar en el supuesto de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones;
3. Tratándose de los acreedores se requiere que cuando menos sean dos o más, no obstante que un acreedor puede formular su demanda de concurso, en este caso, desde el inicio deberá acreditar que hay dos o más acreedores con los que haya incumplido el comerciante;
4. Que los créditos tengan como mínimo 30 días de vencidos, adicionalmente que el monto de la deuda sea de 35% o más del patrimonio del comerciante;
5. Deberá acreditar su interés público;
6. Que sus pasivos sean superiores a 500,000 UDIS, dentro de los cinco años posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Concursos Mercantiles;
7. Tratándose de pequeños comerciantes, sus pasivos deberán ser superiores a 400,00 UDIS;
8. Que se presente solicitud o demanda de concurso mercantil, conjuntamente con los documentos y pruebas que la ley exige y que se acredite debidamente la personalidad del promovente; y
9. La exhibición de un billete de depósito, consistente en 1500 días de salario mínimo general vigente en el D.F..

En el caso de los presupuestos contenidos en los artículos 10 y 11 de la Ley de Concursos Mercantiles, se entiende que un comerciante ha incumplido en el pago de sus obligaciones cuando éstas tengan por lo menos 30 días de haber vencido y que representen el 35% o más del patrimonio del comerciante. El primer supuesto es claro, al momento de presentar la solicitud o demanda de concurso mercantil, deberán existir 30 días anteriores de vencimiento, en el cumplimiento de las obligaciones; el segundo supuesto es difícil de determinar, ya que tratándose de una demanda de concurso mercantil como van a saber los acreedores que la deuda constituye el 35% del patrimonio del comerciante ese pasivo, si todos los datos y documentos se encuentran en poder de éste, es uno de los tantos errores de la nueva ley, en fin, de todas formas es un presupuesto del concurso mercantil.

Por lo que hace a las unidades de inversión, mejor conocidas como UDIS, el comerciante cuyo pasivo sea superior a 500,000 UDIS podrá sujetarse a concurso, el inferior a dicha cantidad ya no podrá ser obligado a acudir a juicio mercantil.

Otra observación a esta ley radica en el presupuesto consistente en la exhibición del billete de depósito por la cantidad de 1500 días de salario mínimo general vigente en el D.F., dicha cantidad es para cubrir los honorarios del visitador, lo cual constituye una violación al artículo 17 párrafo segundo constitucional, que a la letra establece:

Art. 17.-...

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será **gratuito**, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Esta disposición es clara, ya que ninguna autoridad judicial puede cobrar por los servicios que presta, pero el legislador no tomó en cuenta esto y en el artículo 24 de la ley de concursos mercantiles estableció:

Art. 24. Si el juez no encuentra motivo de improcedencia o defecto en el escrito de solicitud o demanda de concurso mercantil, o si fueren subsanadas las deficiencias, admitirá aquella. El auto admisorio de la solicitud o demanda dejará de surtir efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se notifique el auto admisorio.

La garantía se liberará a favor del actor si el juez desecha la solicitud o demanda o dicta sentencia que declare el concurso mercantil.

En caso de que la demanda la presente el Ministerio Público no se requerirá garantía a la que se refiere este artículo.

Este artículo va en contra de la gratuidad de justicia, no es posible que para admitir la demanda de concurso mercantil sea necesario garantizar los honorarios del visitador, se supone que se encuentran prohibidas las costas judiciales, esta es una costa judicial, donde quedan entonces los auxiliares en este tipo de proceso como lo son el visitador, conciliador y el síndico, quienes no deben percibir honorarios respecto de su trabajo; conforme al artículo 333 de la misma ley, se establece la forma en que se cubrirán los honorarios a estos auxiliares, ¿por qué entonces, se viola en otro precepto una garantía individual? Esto forma parte de los múltiples errores de esta ley.

Por lo que se refiere al presupuesto de que se trate de un comerciante que ha incumplido en el pago de sus obligaciones, se ha explicado algunos de los requisitos que marca la ley, sin embargo, en la misma se encuentran contenidos otros de gran importancia, los cuales se tratarán a continuación.

4.3 El Comerciante en el Concurso Mercantil.

Se ha analizado que el comerciante puede ser persona física o persona jurídica colectiva o mejor conocidas como sociedades mercantiles,⁷⁴ conforme al artículo 4º de la ley de concursos mercantiles se consideran comerciantes, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este

⁷⁴ Confrontar página 58 y siguientes del presente trabajo.

concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de la misma ley.

Recordemos que el comerciante persona física es aquel sujeto que hace del comercio su ocupación habitual con fines preponderantemente de lucro o de especulación comercial. A la sociedad mercantil se le define como aquella persona jurídica colectiva integrada por dos o más personas físicas o naturales, organizadas para realizar lícitamente actos de comercio, con el objeto de obtener una ganancia y que pueden adquirir cualquiera de las formas consagradas en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La novedad que establece el artículo 4º de la ley de concursos mercantiles como ya lo he mencionado, es que se atribuye al patrimonio fideicomitido la calidad de comerciante, es erróneo considerar a esta figura jurídica como comerciante, se analizará con profundidad en el punto 4.11 de este capítulo porque no puede tener las atribuciones de una persona tomando en cuenta las disposiciones que establece nuestro Código Civil respecto la personalidad jurídica; por el momento daré el tratamiento al patrimonio fideicomitido con la calidad que le atribuye la ley de concursos mercantiles, comenzando por la representación de esta figura jurídica en el concurso mercantil.

En las personas físicas la representación puede ser por conducto de ellas mismas o bien por un representante o apoderado legal, en las sociedades mercantiles, esta corresponde al órgano de administración, quien elegirá a los representantes o apoderados legales de la sociedad,⁷⁵ cada uno con los asuntos que se les confiera.

Como ya ha quedado establecido el fideicomiso es un contrato por virtud del cual una de las partes denominada fideicomitente destina parte de sus bienes a otra denominada fiduciaria para el cumplimiento de un fin determinado.

⁷⁵ Ver página 85 del capítulo tercero de esta investigación.

Al momento de que el fideicomitente realiza la entrega de los bienes al fiduciario, éste adquiere la titularidad del patrimonio, con la finalidad de realizar el fin para el cual se constituyó; conforme al artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se indica que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, en consecuencia, es el fiduciario quien adquiere la representación del patrimonio fideicomitado.

La fiduciaria es quien pondrá a disposición del visitador toda la documentación del patrimonio fideicomitado, con la nota de que ese patrimonio deberá ser destinado actividad empresarial, así como la situación jurídica en la cual se encuentra dicho patrimonio al momento de ser declarado el concurso mercantil, es muy importante todo esto, ya que se supone que el fideicomiso se creó con un fin, al momento de que ese patrimonio entra en concurso mercantil prácticamente el objeto del fideicomiso se extingue y en consecuencia ¿qué paso con el beneficiario de ese fideicomiso? Más adelante se explicará como se llevará a cabo el procedimiento de la visitaduría del patrimonio fideicomitado en la ley de concursos mercantiles.

La ley de concursos mercantiles también considera como comerciante a las sociedades mercantiles controladoras o controladas, las principales disposiciones sobre éstas sociedades se encuentra en la Ley del Impuesto sobre la Renta y en la Ley de Impuesto al activo, con base en la consolidación que forman este tipo de sociedades, tal es el caso de que en el artículo 57 de la ley del impuesto sobre la renta se define a la sociedad controladora como: *aquellas sociedades que detentan más del 50% de las acciones con derecho a voto de otras sociedades, inclusive cuando dicha tendencia se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por aquella.*

Ahora también en la ley de concursos mercantiles se le da tratamiento a este tipo de sociedades y en el artículo 15 se indica que para los efectos de concurso mercantil serán sociedades controladoras:

- Que se trate de una sociedad residente en México;

El Patrimonio Fedecomitado en la Ley de Concursos Mercantiles

- Que sean propietarias de más del cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto de otra u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, y
- Que en ningún caso más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra y otras sociedades.

Por acciones con derecho a voto se considera aquéllas que lo tengan limitado y las que en los términos de la legislación mercantil se denominen acciones de goce; tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerará el valor de las partes sociales.

Y por sociedades controladas se entiende aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, de una sociedad controladora. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquélla que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

Por lo anterior se concluye que las sociedades controladoras y controladas cuando se encuentren en un incumplimiento generalizado en sus obligaciones, pueden ser sujetas a concurso mercantil, por considerarse como comerciantes.

Se regula en la Ley de Concursos Mercantiles que el comerciante será sujeto a concurso mercantil cuando haya un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, dentro de los supuestos a que se refiere este incumplimiento encontramos que en el artículo 9º de la ley de concursos mercantiles se señala:

Artículo 9. Será declarado en concurso mercantil, el Comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.
Se entenderá que un comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones cuando:

El Patrimonio Fedelcomitado en la Ley de Concursos Mercantiles

- I. El comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I o II del artículo siguiente, o;
- II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones I y II del artículo siguiente.

Se aprecia que en el artículo transcrito se da el contenido de los dos tipos de concurso mercantil, es decir, el concurso mercantil voluntario (fracción I), y el concurso mercantil necesario (fracción II), mismos que ya han sido explicados.

En el artículo 10 y 11 que a continuación se transcriben, se especifica cuales son los supuestos a que hace referencia el artículo 9º de la ley de concursos mercantiles.

Artículo 10. Para los efectos de esta Ley, el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones de un comerciante a que se refiere el artículo anterior, consiste en el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y se presenten en las siguientes condiciones:

- I. Que de aquellas obligaciones vencidas a las que se refiere el párrafo anterior, las que tengan por lo menos treinta días de haber vencido, representen el 355 o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso, y
- II. El comerciante no tenga activos enunciados en el párrafo siguiente, para hacer frente a por lo menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda.
Los activos que se deberán considerar para los efectos de lo establecido en la fracción II de este artículo serán.
 - a) El efectivo en caja y los depósitos a la vista;
 - b) Los depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda;
 - c) Clientes y cuentas por cobrar cuyo plazo de vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de admisión de la demanda, y
 - d) Los títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vencidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda sea conocida.

El dictamen del visitador y las opiniones de expertos que en su caso ofrezcan las partes, deberán referirse expresamente a los supuestos establecidos en las fracciones anteriores.

Artículo 11. Se presumirá que el comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos.

- I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;
- II. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;
- III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;
- IV. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa;
- V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias par atender o dejar de cumplir sus obligaciones;
- VI. Incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en los términos del Título Quinto de esa ley, y
- VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Conforme al artículo 27 de la Ley de Concursos Mercantiles todos los anteriores presupuestos admiten prueba en contrario, los cuales deberán aportarse al momento de contestar la demanda de concurso mercantil.

4.4 Competencia Concursal.

Antes de comenzar con la explicación de la competencia concursal, es importante señalar cuales son los requisitos de la solicitud o demanda de concurso mercantil ya que dentro de éstos se encuentra precisamente la competencia.

Ha quedado claro que el concurso mercantil puede iniciar a través de una solicitud realizada por el comerciante y por una demanda, realizada por dos o más acreedores (artículos 20 y 21 de la Ley de Concursos Mercantiles).

Cuando se trata de solicitud de concurso mercantil, ésta deberá contener los siguientes datos:

1. Nombre completo, denominación o razón social del comerciante,
2. Domicilio para oír y recibir notificaciones,

3. Domicilio social, incluyendo el de sus diversas oficinas y establecimientos, incluyendo plantas, almacenes, bodegas, especificando en caso necesario en dónde tiene la administración principal de su empresa, y
4. En caso de ser una persona física, el domicilio donde vive.

A la misma deberán acompañarse los siguientes anexos:

1. Los estados financieros del comerciante, de los últimos tres años, los cuales deberán estar auditados cuando exista esta obligación en términos de ley;
2. Una memoria en la que razone acerca de las causas que lo llevaron al estado de incumplimiento en que se encuentra;
3. Una relación de sus acreedores y deudores que indique sus nombres y domicilios, la fecha de vencimiento del crédito o créditos de cada uno de ellos, el grado con que estima se les debe reconocer, indicando las características particulares de dichos créditos, así como de las garantías, reales o personales, que haya otorgado para garantizar deudas propias y de terceros, y
5. Un inventario de todos sus bienes inmuebles y muebles, títulos, valores, géneros de comercio y derechos de cualquier otra especie.

La crítica que se realiza respecto de la solicitud de concurso mercantil radica precisamente desde el nombre "**solicitud**", que es totalmente diferente a una demanda, ya que en la primera no existe controversia porque el propio comerciante insolvente solicita sea declarado en concurso mercantil, en consecuencia ¿quién podría ser la contra parte? ¿los acreedores? No hay congruencia con estas disposiciones de la ley, pero no basto esto, en el artículo 20 de la ley de concursos mercantiles se establece en la parte final que la solicitud deberá tramitarse conforme a las disposiciones relativas a la demanda; entonces o es solicitud o demanda y volvemos a caer en la incongruencia anterior. Esto constituye uno de los tantos errores de esa ley.

En el caso de la demanda de concurso mercantil, encontramos que debe contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del tribunal ante el cual se promueva;

2. El nombre completo y domicilio del demandante;
3. El nombre, denominación o razón social y el domicilio del comerciante demandado, incluyendo, cuando se conozcan, el de sus diversas oficinas, plantas fabriles, almacenes o bodegas;
4. Los hechos que motiven su petición, narrándolos brevemente con claridad y precisión;
5. Los fundamentos de derecho, y
6. La solicitud de que se declare al comerciante en concurso mercantil.

Adicionalmente a la demanda que presenten los acreedores, se deberá acompañar:

1. Prueba documental que demuestre que tiene tal calidad;
2. El documento en que conste de manera fehaciente que se ha otorgado la garantía a la que se refiere el siguiente artículo, y
3. Los documentos originales o copias certificadas que el demandante tenga en su poder y que hayan de servir como pruebas de su parte. Los documentos que presentare después no le serán admitidos, salvo tratándose de los que sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el comerciante, los que fueren posteriores a la presentación de la demanda y aquéllos que, aunque fueren anteriores, manifieste el demandante, bajo protesta de decir verdad, que no tenía conocimiento de ellos al presentar la demanda.

Si el demandante no tuviera a su disposición los documentos a que se refiere este artículo, deberá designar el archivo o lugar en que se encuentran los originales, para que, antes de darle trámite a la demanda, a costa del demandante, el juez mande expedir copias de ellos.

Se ha explicado que la solicitud deberá reunir los mismos requisitos que una demanda, por lo tanto para dirimir este tipo de controversias ambos se someterán a la jurisdicción de un juez, llegando así a la explicación de la competencia concursal en los concursos mercantiles.

Es bien sabido, que la jurisdicción es el poder que tiene el estado, encaminado a la solución de una controversia a través de las leyes y tribunales correspondientes al caso concreto.

Por su parte la competencia es el campo en donde el órgano jurisdiccional desempeña su función. La competencia, como se sabe se establece de acuerdo al territorio, la materia, el grado y la cuantía.

En materia de concursos mercantiles de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Concursos Mercantiles la competencia se establece de la siguiente manera:

Artículo 17. Es competente para conocer del concurso mercantil de un comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio.

De la lectura del artículo anterior se desprende que quien conocerá de un concurso mercantil será un Juez de Distrito, de ahí que se considera que este precepto es violatorio del artículo 104 constitucional, por las siguientes razones.

Cabe mencionar que en la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos quienes conocían eran los jueces de primera instancia del fuero común, en virtud de la llamada **jurisdicción concurrente**.

La *jurisdicción concurrente* "es aquél fenómeno relativo a la atribución competencial simultánea o concurrente, a favor de una autoridad judicial federal y de autoridades judiciales locales."⁷⁶ El fundamento constitucional como ya he mencionado se encuentra en el artículo 104, fracción I-A de la Constitución Mexicana, que establece:

Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I-A. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado de Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten

⁷⁶ GOMEZ LARA, Cipriano, **Teoría General del Proceso**, editorial Oxford, novena edición, México, 2000 pág. 128

intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal.

La materia mercantil, como bien se sabe, es de carácter federal (art. 73 constitucional), el artículo anterior sólo se refiere a controversias del orden civil y criminal, en el caso concreto la materia de quiebras no pertenece ni al ámbito civil ni al criminal, el citado artículo tampoco dice nada respecto de esto, por datos históricos se sabe que desde que la Ley de Quiebras (hoy derogada) entro en vigor en el año de 1943 se ha aceptado la concurrencia de la materia, es decir, que en una quiebra podían conocer tanto los jueces locales como los federales a opción de la parte solicitante, y se vuelve a ratificar esta competencia concurrente en la Ley de Bancarrota de 1853;

Otro de los puntos sobre los cuales también se aplicaba la competencia concurrente es porque se decía que una quiebra afectaba intereses particulares entre el deudor y los acreedores, con la reforma de mayo de 2000 precisamente el cambio radical de la competencia se debió a esto, es decir, a la importancia tanto económica, política y social, que representa un juicio concursal, ya que de acuerdo con el artículo 1º de la ley de concursos mercantiles es de interés público, por lo tanto quienes conocerán serán los Jueces de Distrito, dicho de otra forma los juicios concursales no sólo afectan intereses particulares sino más bien generales o públicos de importancia, de ahí que en la exposición de motivos de la ley en cuestión se señala lo siguiente: "Tal y como se establecía desde la exposición de motivos de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Comisión reconoció que el concurso mercantil es un fenómeno económico que no sólo interesa a los particulares que en él intervienen, sino que se trata de una manifestación económico jurídica en la que el Estado tiene un interés preponderante y fundamental, por lo que en consecuencia propuso, en congruencia con lo que establece la fracción I del artículo 104 constitucional, que fuera competencia de los tribunales federales conocer del concurso mercantil de los comerciantes."⁷⁷

⁷⁷ Iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles, ob. cit., pág. 9

Cabe mencionar que en el diario de debates del 7 de diciembre de 1999 se apunta la incapacidad de los jueces estatales, ya que el Poder Legislativo Federal descalificó la integridad y la capacidad de los integrantes de los poderes judiciales estatales en comparación con el Poder Judicial Federal,⁷⁸ no tomando en cuenta la inmensa carga de trabajo con que cuenta los tribunales federales.

Queda claro que quienes conocerán de un juicio concursal serán los jueces de distrito que tenga jurisdicción en donde tenga el comerciante su domicilio, ésta competencia como limite o contenido de la jurisdicción para efectos de conocimiento, resolución, y en su caso ejecución, por materia y territorio, sin que se presente prórroga en razón de territorio ni de grado, ya que en éste último caso hay un nivel jerárquico establecido, es el caso del juez de distrito. En cuanto a la cuantía tampoco hay limite, por lo que el comerciante cuyo patrimonio sea menor de 400 mil UDIS, será potestativo que entre a concurso mercantil, para los que excedan de dicha cantidad será obligatorio.

A pesar de las múltiples criticas que ha tenido la Ley de Concursos Mercantiles hoy está vigente, y otorgando competencia exclusiva a los Tribunales Federales en los juicios concursales.

Una vez presentada la demanda de concurso mercantil ante la autoridad competente del domicilio del comerciante, a ésta le pueden recaer tres tipos de resoluciones, a sabed:

1. Desechamiento;
2. Prevención;y
3. Admisión.

En el desechamiento, el caso más común por el que se puede presentar éste, es porque no se demande a un comerciante.

La prevención en el concurso mercantil se da cuando hay deficiencia o alguna irregularidad y es aplicable en primer lugar las reglas de la Ley de Concursos Mercantiles y en segundo lugar las del Código de Comercio, en la normación anterior, es decir, en la Ley de

⁷⁸ Cfr. Diario de Debates Núm. 27, 7 de diciembre de 1999, pág. 32

Quiebras y Suspensión de pagos se aplicaba el Código de Procedimientos Civiles.

Cuando la demanda es oscura o irregular se previene al promovente para que aclare, corrija o complete el requisito que le falte y en consecuencia se pueda admitir la demanda. Al respecto la Ley de Concursos Mercantiles en el artículo 24 dispone lo siguiente.

Artículo 24. Si el juez no encuentra motivo de improcedencia o defecto en el escrito de solicitud o demanda de concurso mercantil, o i si fueren subsanadas, admitirá aquélla. El auto admisorio de la solicitud o demanda dejará de surtir efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio. La garantía se liberará a favor del actor si el juez desecha la solicitud o demanda o dicta sentencia que declare el concurso mercantil. En caso de que la demanda la presente el Ministerio Público no se requerirá garantía a la que se refiere este artículo.

Al escrito de demanda se vinculan tres tipos de documentos de gran importancia:

- a) El relativo a la legitimación procesal: documento del cual se desprende su calidad de acreedor (art. 23 fracción I LCM).
- b) En el caso de la representación: se debe exhibir el documento en el que se haga constar que se actúa con la calidad de representante o mandatario, si no es por su propio derecho.
- c) Admitida la demanda se correrá plazo de tres días al demandante contados a partir de que surta sus efectos de notificación en forma la resolución, para que exhiba constancia de depósito por el valor de 1500 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, generando apercibimiento que en caso de dejar de exhibir dicho documento dejará de surtir sus efectos el auto admisorio de la demanda.

Este último inciso se vincula con la parte final del artículo 24 de la Ley de Concursos Mercantiles antes transcrito, ya que por medio de esta suma de dinero se garantiza los honorarios al visitador.

Presentados todos los requisitos anteriores y en consecuencia admitida la demanda se realiza el emplazamiento al comerciante, para que en un término de 9 días realice la contestación a la misma, maneje las excepciones que crea convenientes y ofrezca sus medios de prueba, es conveniente señalar que en caso de que se interponga excepciones, éstas se tramitarán incidentalmente.

Es importante señalar que en la admisión de la demanda el acreedor (s) podrán solicitar al juez la adopción de providencias precautorias, mismas que en su caso se tramitarán por las reglas establecidas por el Código de Comercio (art. 25 LCM).

A manera de resumen de todo lo anterior, el auto admisorio de la solicitud o demanda de concurso mercantil, deberá contener los siguientes elementos.

1. Fecha;
2. El ordenar que tenga un número de expediente y la apertura del mismo;
3. Tener por presentado al promovente (comerciante, acreedor, agente del M.P);
4. La vía en que se demanda (un procedimiento concursal);
5. Ordenará en su caso se emplace al demandado para que dentro del plazo de 9 día produzca a la contestación de la demanda o manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo ofrecer sus medios de prueba;
6. Al admitirse la demanda se señalará que ésta dejará de surtir efectos si el actor no garantiza los honorarios del visitador por un monto equivalente a 1500 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se le notifique el auto admisorio;
7. Dictará las providencia precautorias necesarias a fin de evitar el riesgo la viabilidad de la empresa con motivo de la demanda o de otras que se presenten durante la visita;
8. Ordenará se envíe oficio al Instituto de Especialistas en Concursos Mercantiles, con el objeto de que se haga la designación de un visitador dentro de los cinco días siguientes a que reciba dicha comunicación;

9. Así también ordenará se comunique la demanda o solicitud a las autoridades fiscales competentes (SHCP e IMSS), ordenándose girar los oficios respectivos;
10. Reservará para el momento procesal oportuno lo relativo a los medios de prueba que se debieron ofrecer con el escrito de demanda; y
11. Deberá fundar su auto admisorio.

Al realizarse la contestación a la demanda se ha dicho que se deben ofrecer pruebas, dentro de ellas, la opinión de un experto que informe sobre la situación económica o patrimonial del comerciante, debiendo aportar en su caso, los documentos que justifiquen dicha información, entre los datos que debe aportar se encuentran los siguientes:

- Si tiene la calidad de comerciante;
- Revisar si ha incumplido con sus obligaciones y que éstas excedan de 30 días de vencimiento; y
- Que existan dos o más acreedores y que representen como mínimo el 35% de su patrimonio.

El comerciante si lo cree viable, en la contestación deberá desvirtuar todas estas hipótesis, por ejemplo debe justificar que no ha incumplido en el pago de sus obligaciones, que el pasivo no llega al 35% o que su pasivo tiene el 80% y puede cubrir a todos los acreedores y todavía le queda el 20%, todo esto con base en los medios de prueba; se concederá una fase procesal de 30 días para la recepción de probanzas.

Concluido el plazo de 9 días para la contestación de la demanda y no realizada ésta por el comerciante, el juzgador deberá certificar este hecho declarando precluido el derecho del comerciante para contestar y se continuará con el procedimiento. La falta de contestación en tiempo hará presumir, salvo prueba en contrario como ciertos los hechos contenidos en la demanda que sean determinantes para la declaración de concurso mercantil. El juez deberá dictar sentencia declarando el concurso mercantil dentro de los cinco días siguientes.

El comerciante que haya solicitado su declaración de concurso mercantil o, en su caso, los acreedores que lo hayan demandado, podrán desistir de su solicitud o demanda siempre que exista el consentimiento expreso de todos ellos. El comerciante o los acreedores demandantes sufragarán los gastos del proceso, entre otros, los honorarios del visitador y, en su caso, del conciliador.

Se ha señalado que en el auto admisorio se ordenará se gire oficio al Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles,⁷⁹ con la finalidad de que designe un visitador, a continuación se realiza el estudio de ésta figura jurídica, enfocándolo a la hipótesis principal de este trabajo de investigación.

4.5 La Visitaduría e Identificación del Domicilio en Relación con el Patrimonio Fideicomitido.

Al admitirse la demanda y enviándosele copia de la misma al Instituto, éste deberá designar al visitador dentro de los cinco días siguientes a que reciba dicha comunicación, una vez designado y aceptado el cargo por parte del visitador, el Instituto así lo hará saber al juzgador, para que dentro de los cinco días siguientes el visitador designe a sus auxiliares o delegados, al día siguiente de que el juez tenga conocimiento de los nombres de las personas que habrán de auxiliar al visitador dictará acuerdo y de esta forma se lo hará saber a los interesados.

El visitador comienza su función dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se dicte la orden de visita acudiendo al domicilio del comerciante con el objeto de que se ponga a su disposición la documentación contable y financiera que fuere necesaria, para que este en aptitud de rendir su dictamen. Es aquí donde el visitador determinará si el comerciante se encuentra en los

⁷⁹ El Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa, cuya función principal consiste en autorizar a las personas que cumplan con los requisitos necesarios para prestar sus servicios como visitadores, conciliadores o síndicos (figuras que a lo largo del presente trabajo se estudiarán).

supuesto contenidos en el artículo 10 de la LCM y la fecha de vencimiento de los créditos relacionados con los hechos.

El juez también acordará el lugar en donde se realizará la visita, los libros y registros del comerciante sobre los cuales versará la revisión, así como el período que abarque la misma, ya que libremente el visitador no puede estar revisando documentos que no son materia de la verificación.

Al momento de realizarse la revisión el visitador se dará cuenta si parte del patrimonio del comerciante se encuentra destinado a una actividad empresarial, si efectivamente resulta cierto, se pondrá en contacto con la fiduciaria, para que ésta ponga a su disposición toda la documentación inherente a ese fideicomiso, con la finalidad de saber cual es la situación actual de ese patrimonio.

Lo anterior es muy importante, ya que cuando se constituye un fideicomiso se determina un fin, si se llegase a presentar que el comerciante que destino parte de su patrimonio a la constitución de un fideicomiso se encuentra en posibilidad de entrar en concurso mercantil, la pregunta es ¿qué pasa con ese patrimonio?

Nuestro legislador no tomó en cuenta las consecuencias jurídicas de que el patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial se sujetara a concurso mercantil, tal es el caso de que sí en ese fideicomiso existe un fideicomisario, ¿cuál beneficio va a obtener?. Automáticamente al momento de determinarse el concurso mercantil ese patrimonio fideicomitado se integra a la masa de los bienes del comerciante, si en la fase de conciliación no se logra ésta se entra a la fase de la quiebra, en consecuencia el mismo servirá para el pago de los créditos vencidos y se extinguió el fideicomiso.

Entonces se aprecia que no sólo es el hecho de considerar al fideicomiso como un comerciante, calidad que no tiene por carecer de personalidad jurídica, sino también hay que ver el alcance legal que tendría si éste entrara en concurso mercantil.

Al momento de que el visitador se presenta en el domicilio del comerciante, puede darse el caso de que éste no se encontrará presente, el visitador debe dejar citatorio con hora determinada para que al día siguiente lo espere el comerciante. Si al día siguiente no se encontró al comerciante y ni dejó representante legal, pueden presentarse las siguientes conductas y consecuencias jurídicas:

- A) Generada la cita y no se encuentra al comerciante o su representante legal, el visitador procederá informarlo al juzgador con el objeto de que se practique una inspección por conducto del secretario de acuerdos del juzgado concursal y apercibimiento al comerciante que en caso de insistir en su omisión se procederá a declarar el concurso mercantil.
- B) Cuando se constituye el visitador y es atendido por el comerciante y colaborando el mismo para que pueda tener verificativo la visita, la información que tuviere dicho visitador conjuntamente con el escrito de demanda y de contestación le permitirá emitir un dictamen, cuyo plazo no podrá exceder de quince días y conforme a los formatos que al efecto dará a conocer el Instituto.
- C) El último caso se presenta cuando se permite la visita, sin embargo, no existe colaboración y existe cierta oposición por parte del comerciante, en este supuesto el visitador así lo hará saber al juzgador, quien podrá aplicar las medidas de apremio eficaces que considere pertinentes. Independientemente de las medidas de apremio por la oposición u obstrucción para la visita, el comerciante como mínimo puede llegar a tener una sanción penal de 1 a 3 años de prisión y en caso de que se obstruya la intención de los acreedores puede hacerse merecedor de una sanción penal de 1 a 9 años de prisión.

Si al visitador se le permitió el acceso a la documentación contable y financiera, contará con un plazo de 15 días para rendir su informe (dictamen), pudiendo prorrogar dicho término por otros quince días por causa justificada, apercibido que en caso de dejar de hacerlo será removido de su cargo, haciéndose la anotación a su expediente y responder ante las partes los daños y perjuicios que les generarán, en caso contrario si rindió su informe en tiempo, se dará a las partes un plazo de 10 días para que formulen sus alegatos y una vez concluida la

fase de recepción de pruebas se procederá a dictar la sentencia de concurso mercantil.

4.6 Determinación del Concurso Mercantil.

Transcurrido el término de 10 días para que las partes ofrezca los alegatos que a su derecho convenga, sin necesidad de citación, el juez dictará la sentencia que corresponda dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de aquél término, teniendo como efectos dicha citación que ya no se podrán ofrecer medios de prueba y mucho menos generarse recusación para el juzgador.

La sentencia de declaración de concurso mercantil se dará en dos sentidos: a) declarando procedente el concurso mercantil y b) declarándolo no procedente y contendrá:

- I. Nombre, denominación o razón social y domicilio del comerciante y, en su caso, el nombre completo y domicilios de los socios ilimitadamente responsables;
- II. La fecha en que se dicte;
- III. Fundamentación de la sentencia en términos de los artículos 9 y 10 de la Ley de concursos mercantiles, así como, en su caso, una lista de los acreedores que el visitador hubiese identificado en la contabilidad del comerciante, señalando el monto de los adeudos con cada uno de ellos, sin que ello agote el procedimiento de reconocimiento, graduación y prelación de créditos;
- IV. La orden al Instituto para que designe al conciliador, conforme al mecanismo previamente establecido, junto con la determinación de que, entretanto, el comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes tendrán las obligaciones que la ley atribuye a los depositarios;
- V. La declaración de apertura de la etapa de conciliación, salvo que el comerciante haya solicitado su quiebra;
- VI. La orden al comerciante de poner de inmediato a disposición del conciliador los libros, registros y demás documentos de su empresa, así como los recursos necesarios para sufragar las publicaciones previstas en la LCM;

- VII. La orden al comerciante para que permita al conciliador y a los interventores, la realización de las actividades propias de sus cargos;
- VIII. El mandamiento al comerciante de suspender pagos de los adeudos contraídos con anterioridad a la fecha en que comience a surtir efectos la sentencia,
- IX. La orden de suspender durante la etapa de conciliación, todo mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del comerciante, no se puede acumular al concurso los juicios individuales;
- X. Fecha de retroacción, es decir, se regresará al momento de incumplimiento de las obligaciones, para efectos de no pago a los acreedores;
- XI. La orden al conciliador de publicar un extracto de la sentencia conforme al artículo 45 de la LCM;
- XII. Se dará la orden al conciliador de registrar la sentencia de concurso mercantil en el Registro Público de Comercio, con el objeto de que no se afecten los bienes y sirva de garantía a los acreedores;
- XIII. La orden de iniciar el procedimiento de reconocimiento de créditos;
- XIV. El aviso a los acreedores para que aquéllos que así lo deseen soliciten el reconocimiento de sus créditos, y;
- XV. La orden de que se expida, a costa de quien lo solicite, copia certificada de la sentencia.

Es importante hacer notar que a diferencia de la derogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, al comerciante cuando se le declaraba en quiebra se le denominaba **"quebrado"**, conforme a la Ley de Concursos Mercantiles en ningún momento pierde la calidad de **"comerciante"**, puede perder la administración de su empresa, pero no dicha calidad.

Como se aprecia esta sentencia de concurso mercantil es constitutiva de un nuevo estado de derecho en las relaciones jurídicas del deudor con sus acreedores, no pudiendo el primero alterar los caracteres de sus obligaciones y ni los segundos ejecutar acciones derivadas de sus derechos. Para el comerciante surte los efectos de

arraigo y tratándose de personas jurídicas colectivas será a las personas encargadas de la administración, con la finalidad de que no se separen del domicilio donde se está ventilando el juicio concursal.

La publicación de la sentencia se hará al día siguiente de que se dicte sentencia que declare el concurso mercantil, generándose dos tipos de notificación:

- a) La personal y,
- b) Una publicación de un extracto de la sentencia.

La personal se hará al comerciante, al Instituto, al visitador, a los acreedores cuyos domicilios se conozcan.

A las autoridades fiscales competentes por correo certificado, al Ministerio Público se le notificará por oficio, así como, al representante sindical y en su defecto, al Procurador de la Defensa del Trabajo.

En cuanto a la publicación de un extracto de la sentencia, la misma se realizará por dos veces consecutivas en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación del domicilio del comerciante o de la sociedad, según sea el caso, la finalidad de esta publicación recae en que las personas que no se encuentren notificadas, por medio de esta publicación, se entenderá hecha la misma a partir del día en que se haga la última publicación de las señaladas.

En el caso de que no se declare procedente el concurso mercantil, se ordenará que las cosas vuelvan a su estado que tenía con anterioridad a la misma, asimismo, deberá ordenarse el levantamiento de las providencias precautorias que se hubieren impuesto o la liberación de las garantías que se hayan constituido, dicha sentencia se notificará personalmente al comerciante, y en su caso, a los acreedores que hubiesen demandado y en consecuencia se les dará conocimiento a estos últimos que se les condena al pago de gastos y costas judiciales que haya generado la presentación de la demanda.

En contra de la sentencia de concurso mercantil que declare procedente o improcedente el juicio, procede el recurso de apelación, cuya secuela procesal es la siguiente.

Las personas que se encuentran legitimadas para interponer el recurso de apelación son:

- A) El comerciante, que se haya declarado en concurso mercantil;
- B) El visitador, porque no se haya declarado procedente,
- C) Acreedores demandantes, porque no se haya declarado procedente el concurso, y
- D) El agente del Ministerio Público, porque se declaró o no el juicio concursal.

El recurso de apelación será procedente en **ambos efectos** (con suspensión del procedimiento), cuando se declaró improcedente la tramitación del concurso mercantil y se admitirá en el **efecto devolutivo** (sin suspensión del procedimiento), cuando se haya declarado procedente el concurso mercantil del comerciante.

Al momento de interponer el recurso de apelación deberá cumplirse con los siguientes requisitos:

1. Deberá interponerse por escrito, en tiempo, es decir, dentro de los 9 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución judicial que se dicte,
2. Se señalará en forma precisa cual es la resolución judicial que se combate,
3. Deberán señalarse constancias para integrar el testimonio de apelación,
4. Se deberán expresar los agravios que genere la resolución judicial,
5. El ofrecimiento de los medios de prueba que se vinculen con el recurso de apelación interpuesto, y
6. Se deberá hacer valer el recurso ante el juez que este conociendo del procedimiento concursal.

Admitido a trámite el recurso de apelación se dará vista a la otra parte para que dentro del plazo de 9 días conteste los agravios,

en su caso, señale las constancias para integrar el testimonio de apelación y ofrezca medios de prueba.

El superior será el tribunal unitario de circuito, ya que conoció inicialmente un juez de distrito.

Recibidos los autos originales o las constancias que integran el testimonio de apelación se revisará por dicho superior jerárquico la admisibilidad y calificación de grado, independientemente de que el juez admitió el trámite el tribunal unitario revisará si se expresan agravios y si se interpuso a tiempo; la calificación de grado implicará ratificar lo señalado por el ad quo, o bien realizar la calificación en el efecto que considere correcto o en su caso desestimar el recurso de apelación interpuesto si hubiere causa para ello.

Admitida en su caso la apelación por el tribunal de alzada se resolverá sobre las pruebas ofrecidas y en su caso, abrirá un plazo de quince días para su desahogo pudiéndose extender éste plazo por otros quince días adicionales en el caso de que no se haya desahogado alguna prueba por causas no imputable al oferente.

La crítica que se hace a la Ley de Concursos Mercantiles respecto de lo anterior es que no se regula si se debe recibir medios de prueba fuera del lugar del juicio y si habría periodo extraordinario para su recepción, además de que si transcurridos los 30 días no se han desahogado todos los medios de convicción ya no se recibirían, o si por el contrario se ordena su recepción, la ley es omisa ante estas interrogantes.

Recibidos los medios de prueba y desahogados los mismos, se concederá un plazo de 10 días a la parte recurrente para que formule sus alegatos y luego otros 10 días para que formulen sus alegatos las demás partes que hayan intervenido en el recurso de apelación; el tribunal de alzada dentro de los 5 días siguientes al vencimiento de dichos plazos deberá dictar la sentencia correspondiente.

En el supuesto de que se revoque la sentencia de concurso mercantil, ésta deberá inscribirse en el Registro Público del Comercio, en el cual aparece que se registro, de igual manera se procederá a la inscripción en los demás registros en que se hubiere generado la declaración de concurso mercantil, la notificación y publicación de la sentencia se realizará con base en las reglas a que hace referencia los artículos 44 y 45 de la ley concursal.

Cuando la sentencia de apelación haya confirmado la resolución del juez de distrito aceptando que es procedente el concurso mercantil, inmediatamente se iniciara con la etapa de la conciliación, presentándose de la siguiente manera.

4.7 Fase de Conciliación.

Desde la declaración de concurso mercantil puede iniciarse con la conciliación, es regla general tratándose de acreedores, salvo el caso de que en la solicitud del comerciante, éste puede directamente solicitar la quiebra en el entendido que en caso de hacer ninguna manifestación se entenderá que inicia la etapa de conciliación, siempre y cuando sea procedente el concurso.

La etapa de conciliación tiene por objeto lograr un convenio entre el comerciante fallido y sus acreedores reconocidos, con la finalidad de lograr la conservación de la empresa.⁸⁰

El conciliador será designado por el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles dentro de los 5 días siguientes a que reciba la notificación de la sentencia de concurso mercantil y al igual que la figura del visitador podrá designar a sus auxiliares, asimismo, deberá hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento y señalar un domicilio dentro de la jurisdicción del juez que conozca del juicio para el cumplimiento de sus obligaciones.

⁸⁰ En el artículo tercero de la Ley de Concursos Mercantiles, se establece que la finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos.

La duración de la etapa de conciliación es de 185 días naturales contados a partir del día en que se haga la última publicación en el Diario Oficial de la Federación de la sentencia de concurso mercantil.

El conciliador o los acreedores reconocidos que represente por lo menos las dos terceras partes del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta noventa días naturales contados a partir de la fecha en que se concluya el plazo señalado en el párrafo anterior, cuando consideren que la celebración de un convenio esté próxima a ocurrir. El comerciante y el noventa por ciento de los acreedores reconocidos podrán solicitar al juez una ampliación de hasta por noventa días más de la prórroga anterior.

En ningún caso la etapa de conciliación y sus prórrogas podrán exceder de trescientos sesenta y cinco días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiese realizado la última publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación.

Antes de comenzar con la explicación de las facultades del conciliador, es importante mencionar que los acreedores que representen el 10% del monto de los créditos a cargo del comerciante podrán designar a un interventor, quien representará los intereses de los acreedores y tendrán a su cargo la vigilancia de la actuación del conciliador, el síndico y de los actos que realice el comerciante.

Dentro de las facultades del conciliador estará la de recibir la presentación de los créditos que formulen los acreedores que en su primera fase será dentro de los 20 días naturales siguientes al cumplimiento de la publicación a que hacer referencia el artículo 45 de la LCM, con el objeto de que el conciliador dentro de los treinta días naturales siguientes contados a partir de la publicación de la sentencia formule su lista provisional de créditos, con base en la contabilidad del comerciante.

Presentando el conciliador la lista provisional de créditos al juez, éste la pondrá a la vista del comerciante y de los acreedores para

que dentro del término improrrogable de cinco días naturales presenten por escrito al conciliador, por conducto del juez, sus objeciones, éste es el segundo momento en que los acreedores pueden solicitar el reconocimiento de sus créditos.

La solicitud de reconocimiento, graduación y prelación de créditos deberá reunir los requisitos a que hacer referencia el artículo 125 de la LCM.

Artículo 125. Las solicitudes de reconocimiento de créditos deberán presentarse al conciliador y contener lo siguiente:

- I. El nombre completo y domicilio del acreedor;
- II. La cuantía del crédito que estime tener en contra y, en su caso, a favor del comerciante;
- III. Las garantías, condiciones términos y otras características del crédito entre ellas el tipo de documento que evidencie el crédito;
- IV. El grado y prelación que ha juicio del solicitante corresponda a su crédito, cuyo reconocimiento solicita, y
- V. Los datos que identifiquen, en su caso, cualquier procedimiento administrativo, laboral, judicial o arbitral, que se haya iniciado y que tenga relación con el crédito de que se trate.

La solicitud de reconocimiento de crédito deberá presentarse firmada por el acreedor, en los formatos que al efecto determine el Instituto y deberá acompañarse de los documentos originales en los que se base el solicitante o copia certificada de los mismos. En caso de que éstos no obren en su poder, deberá indicar el lugar en donde se encuentren y demostrar que inició los trámites para obtenerlos.

El acreedor deberá designar un domicilio para oír y recibir notificaciones dentro de la jurisdicción del juez o, a su costa y bajo su responsabilidad podrá señalar un medio alternativo de comunicación para hacer notificado tal como fax o correo electrónico. Ante la omisión de este requisito, las notificaciones que corresponda hacerle, aún las de carácter personal, se realizarán en los estrados del juzgado. En este caso, el conciliador hará sus comunicaciones por conducto del juez.

El conciliador valorará cada crédito y en la lista provisional deberá incluir, respecto de cada crédito, la información siguiente.

- ◆ El nombre completo y domicilio del acreedor;
- ◆ La cuantía del crédito que estime debe conocerse, en los términos establecidos;

- ◆ Las garantías, condiciones, términos y otras características del crédito, entre ellas, el tipo de documento que evidencie el crédito, y
- ◆ El grado y prelación que de acuerdo al artículo 217 de la LCM se estime le corresponde al crédito.

A la lista provisional el conciliador expresará respecto de cada crédito las razones y las causas en las que apoya su propuesta, justificando las diferencias que, en su caso, existan con respecto a lo registrado en la contabilidad del comerciante o a lo solicitado por el acreedor. Conjuntamente deberá incluir una lista razonada de aquellos créditos cuyo reconocimiento fue solicitado y que a su juicio propone no reconocer. De la misma forma hará acompañar a dicha lista los documentos que considere hayan servido de base para su formulación, los cuales formarán parte integrante de la misma o bien, indicar el lugar en donde se encuentren.

Los acreedores se clasificarán de acuerdo a la naturaleza de su crédito, de la siguiente manera:

- Acreeedores singularmente privilegiados:** Dentro de éstos se encuentran los gastos de entierro del comerciante, en caso, de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento, y los acreedores por los gastos de la enfermedad que hay causado la muerte del comerciante en caso de que la sentencia de concurso mercantil sea posterior al fallecimiento (art. 218 L.C.M.).
- Acreeedores con garantía real:** Tenemos a los hipotecarios, y los provistos de garantía prendaria, siempre y cuando dichas garantías estén debidamente constituidas, éstos percibirán el pago de sus créditos del producto de los bienes afectos a la garantía y con sujeción al orden que se determine (art. 219 L.C.M.).
- Acreeedores con Privilegio especial:** Son todos aquellos que conforme al Código de Comercio o leyes de su materia, tengan un privilegio especial o un derecho de retención, en el caso de los acreedores con un privilegio especial cobrarán en los mismos términos que los acreedores con garantía real o de acuerdo con la fecha de su crédito (art. 220 L.C.M.).

d) **Acreeedores comunes:** Todos aquellos que no estén dentro de los supuestos anteriores.

Es importante mencionar que existen créditos preferentes de pago, diferentes a los enumerados y que conforme al artículo 224 de la Ley de Concursos Mercantiles son:

- Los referidos a la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 constitucional y sus disposiciones reglamentarias aumentando los salarios correspondientes a los dos años anteriores a la declaración de concurso mercantil del comerciante;
- Los contraídos para la administración de la masa del comerciante con autorización del conciliador o síndico o, en su caso, los contraídos por el propio conciliador;
- Los contraídos para atender los gastos normales para la seguridad de los bienes de la masa, su refacción, conservación y administración;
- Los procedentes de diligencias judiciales o extrajudiciales en beneficio de la masa, y
- Los honorarios del visitador, conciliador y síndico y los gastos en que éstos hubieren incurrido, siempre y cuando fueren estrictamente necesarios para su gestión y hayan sido debidamente comprobados conforme a las disposiciones que emita el Instituto.

Por lo que hace a los créditos laborales diferentes a los señalados y los créditos fiscales se pagarán después de que se hayan cubierto los créditos singularmente privilegiados y de los créditos con garantía real, pero con antelación a los créditos con privilegio especial.

Concluido el término para presentar las objeciones a la lista provisional que exhibió el conciliador al juez, dicho conciliador tendrá un plazo improrrogable de 10 días contados a partir en que venza aquél plazo para formular y presentar al juez la lista definitiva de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

El conciliador no será responsable por las omisiones que aparezcan en la lista definitiva, que tengan como origen la falta de registro del crédito o cualquier otro error en la contabilidad del

comerciante, pudiéndose evitar esto con la solicitud de reconocimiento de crédito o con la formulación de objeciones a la lista provisional.

Transcurrido el plazo para que el conciliador presente la lista definitiva de reconocimiento, graduación y prelación de los créditos, el juzgador dentro de los cinco días siguientes dictará la sentencia que en derecho proceda, tomando en consideración la lista definitiva, así como todos los documentos que se hayan anexado. Al día siguiente de que se dicte la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de crédito, el juzgador la notificará al comerciante, a los acreedores reconocidos, a los interventores, al conciliador y al Ministerio Público mediante publicación en el Boletín Judicial o por los estrados del juzgado.

En contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, procede el recurso de apelación en efecto devolutivo, es decir, sin suspensión del procedimiento, se deberá interponer dentro de los 9 días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación de dicha sentencia. Es aquí donde se presenta el tercer momento para que los acreedores soliciten el reconocimiento de sus créditos.

Dentro de otras funciones que le corresponde al conciliador se encuentran:

1. El conciliador procurará que el comerciante y sus acreedores reconocidos lleguen a un convenio;
2. Debe decidir sobre la resolución de contratos pendientes y aprobar, previa opinión de los interventores;
3. Si existen, resolver sobre la contratación de nuevos créditos;
4. Debe resolver sobre la constitución o sustitución de garantías y la enajenación de activos, cuando no estén vinculados con la operación ordinaria de la empresa del comerciante;
5. Tiene decisión absoluta sobre bienes perecederos, de acuerdo a las posibilidades de la empresa y dar cuenta al juez y los acreedores;
6. Puede tener a su cargo la administración de empresa por decisión del juez, con la finalidad de proteger a la empresa;

7. La realización de estudios y avalúos necesarios para la obtención del convenio, los cuales deberá presentar al juez y éste a su vez los muestre a los acreedores y al comerciante; y
8. En caso de ser posible el convenio, el conciliador creará un plan de rehabilitación de la empresa y lo presentará al comerciante y a los acreedores para su aprobación.

De llevarse acabo éste último supuesto, el convenio podrá ser suscrito por todos los acreedores reconocidos, con excepción de los acreedores por créditos fiscales y los laborales y par a su eficacia requiere que dicho convenio sea suscrito por el comerciante y sus acreedores reconocidos que representen más del 50% de la suma de:

- a) El monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos comunes, y
- b) El monto reconocido a aquellos acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

El convenio se considerará suscrito por todos aquellos acreedores reconocidos comunes, sin que se admita manifestación alguna por su parte, cuando el convenio prevea con respecto de sus créditos lo siguiente:

- I. El pago del adeudo que era exigible a la fecha en surtió efectos la sentencia de concurso mercantil, convertido a UDIs al valor del día de la sentencia de concurso mercantil,
- II. El pago de todas las cantidades y accesorios que se hubieran hecho exigibles conforme al contrato vigente, desde la fecha de la sentencia de declaración de concurso mercantil, hasta la de aprobación del convenio, de no haberse declarado el concurso mercantil y suponiendo que el monto referido en la fracción anterior se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil. Estas cantidades se convertirán en UDIs al valor de la fecha en que se hubiera hecho exigible cada pago, y
- III. El pago, en las fechas, por los montos y en la denominación convenidos, de las obligaciones que, conforme al contrato respectivo, se hagan exigibles a partir de la aprobación del convenio, suponiendo que el monto referido en la fracción I se

hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil y que los pagos referidos en la fracción II se hubieran realizado en el momento en que resultaran exigibles.

Los pagos a que hacer referencia las fracciones I y II de este artículo se deberán hacer dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aprobación del convenio, considerando el valor de las UDIs del día en que se efectúe el pago.

Los créditos que reciban el trato a que se refiere este artículo se considerarán al corriente a partir de la fecha de aprobación del convenio.

El juez al día siguiente de que se le presente el convenio y su resumen para su aprobación, deberá ponerlos a la vista de los acreedores reconocidos, para que en un término de cinco días, presenten objeciones al mismo o ejerzan el derecho de veto, transcurrido dicho plazo el juez verificará que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos previstos y no contravenga disposiciones de orden público, cumplido todo esto el juzgador dictará la resolución que apruebe el convenio.

Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el concurso mercantil.

Si por el contrario, transcurridos los 180 días naturales, más los 180 días prorrogables a ese término, el conciliador no ve que haya posibilidades de que el comerciante llegue a un acuerdo con sus acreedores reconocidos, procederá a informárselo al juez de conocimiento para que éste declare la apertura de la fase de quiebra.

4.8 Fase de Quiebra.

La declaración de quiebra se presenta en tres supuestos:

- a) Cuando haya solicitado directamente el comerciante su declaración de quiebra;
- b) Cuando en el plazo previsto para la conciliación, no se hubiere obtenido convenio; y

- c) Cuando el conciliador en fase de conciliación consideró la imposibilidad de que surgiera convenio y así se lo hizo saber al juez y formulado el incidente de oposición y cumplidas las reglas del artículo 150 de la Ley de Concursos Mercantiles se hace la declaración de quiebra.

La sentencia que declare procedente la fase de quiebra tendrá como contenido lo siguiente:

- 1) La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del comerciante sobre los bienes y derechos que integran la masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad.

En la antigua ley de quiebras y suspensión de pagos al generarse la declaración de existencia de la quiebra surgía un efecto constitutivo y con base al mismo se presentaba un nuevo estado jurídico, toda vez que el comerciante dejaba de tener esta calidad convirtiéndose en quebrado y con base en ello siendo inhábil para ejercer el comercio. En cambio en la ley de concursos mercantiles se limita la capacidad de ejercicio del comerciante, sin que pierda dicha calidad de comerciante, toda vez que la limitación a la capacidad de ejercicio es sobre los bienes y derechos que integran la masa de la quiebra.

En el caso de que dicha suspensión se haya decretado con anterioridad, significa que en la fase de conciliación, el conciliador puede haber retirado al comerciante por ser mal administrador del patrimonio.

- 2) La orden al comerciante, sus administradores, gerentes y dependientes de entregar al síndico la posesión y administración de los bienes y derechos que integran la masa, con la excepción de los inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Esta regla de entrega de la administración y posesión de los bienes hacia el síndico es similar en el concurso y en la quiebra (efecto de condena de no hacer y de dar).

- 3) La orden a las personas que tengan en su posesión bienes del comerciante, salvo los que estén afectos a ejecución de una sentencia ejecutoria para el cumplimiento de obligaciones anteriores al concurso mercantil, de entregarlos al síndico.

En la ley de quiebras no se regulaba si los bienes embargados debían ser entregados al síndico, en cambio en la ley de concursos mercantiles en forma expresa se indica que quedarán a disposición del síndico, como se expresa en el párrafo anterior; es importante destacar que tanto en la ley de quiebras como en la de concursos mercantiles existe sentencia ejecutoriada, el ejecutante conserva la facultad de haber designado depositario de los bienes, subsistiendo los mismos con el depositario designado, sin embargo, en la ley de quiebras y suspensión de pagos con mejor técnica jurídica se establecía la obligación de rendir cuentas al síndico y al juzgador por parte del depositario de los bienes, observándose que es omiso el legislador en materia concursal de dar reglas al efecto.

- 4) La prohibición a los deudores del comerciante de pagarle o entregarle bienes sin autorización del síndico, con apercibimiento de doble pago en caso de desobediencia.

En el anterior párrafo se establece el viejo principio de: "quien paga mal, paga dos veces", es un castigo a los deudores, ya que el comerciante ha dejado de tener la administración de los bienes y derechos que integran la masa de la quiebra, en consecuencia esos pagos no son validos.

- 5) La orden al Instituto para que designe al conciliador como síndico; en un plazo de cinco días, o en caso contrario designe síndico; entre tanto, quien se encuentre a cargo de la administración de la empresa del comerciante tendrá las obligaciones de los depositarios respecto de los bienes y derechos que integran la masa.

En criticable este punto del contenido de la sentencia de quiebra, ya que el conciliador no pudo lograr un convenio en la fase de conciliación, pero lo premian nombrándolo síndico, resulta erróneo, puede ser que en verdad no se logro un convenio porque los

acreedores o el comerciante, según el caso, no quisieron, de todas formas deja mucho que desear esta disposición de la ley de concursos mercantiles.

Puede suceder que el 50% de los acreedores con crédito reconocido soliciten a un síndico específico de los autorizados por el Instituto, el juez así lo hará saber a dicho Instituto para que tome nota de dicha designación y en su caso el síndico que hubiere sido nombrado por los acreedores sea auxiliado por el conciliador.

Existe una segunda regla por virtud de la cual si el 75% de los acreedores reconocidos designaren síndico a favor de una persona física o jurídico colectiva que no figure en el registro del Instituto se hará la substitución a su favor y los acreedores con dicho síndico convendrán sus honorarios.

Designado el síndico, éste deberá comunicar al juez, dentro de los cinco días siguientes a su designación el nombre de las personas que lo auxiliarán en el desempeño de sus funciones, asimismo, deberá hacer del conocimiento de los acreedores su nombramiento y señalar un domicilio dentro de la jurisdicción del juez de conocimiento para el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley.

La publicación de la sentencia de declaración de quiebra deberá realizarse de la misma manera en que fue publicada la resolución judicial que declaro procedente el concurso mercantil, surgiendo obligatoriedad del síndico para inscribir la sentencia de quiebra y publicar un extracto de la misma en los términos del artículo 45 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Se ordenará que el comerciante señale un domicilio dentro de la jurisdicción del juzgador que conozca del concurso mercantil, con el objeto de que pueda dar cumplimiento a sus obligaciones con la salvedad que quedará arraigado a esa jurisdicción dicho comerciante.

La sentencia de quiebra será apelable por el comerciante, cualquier acreedor reconocido, así como por el conciliador, en los mismos términos que la sentencia de declaración de concurso

mercantil⁸¹, es importante señalar que cuando el comerciante solicite su declaración de quiebra o por medio del incidente del conciliador, en estos casos la apelación procede en ambos efectos, en el supuesto de no surgir conciliación se admite la apelación en efecto devolutivo, es decir, sin suspensión del procedimiento.

En los procedimientos concursales la declaración de quiebra no conlleva la aplicación de una sanción penal, sin embargo, puede ser sancionado penalmente aunque no haya sido declarado en quiebra el comerciante por haber interferido o ejercido dilaciones injustificadas que entorpecieren el normal procedimiento de la quiebra.

La administración en la fase de quiebra, incluido la ocupación de los bienes, derechos y papeles en general del comerciante quedarán a favor del síndico, con la salvedad que el conciliador mientras no aceptare la sindicatura tendrá facultades de vigilancia, entrando en funciones el síndico deberá proceder de inmediato al inventario de los bienes que integre el patrimonio del comerciante, de igual manera se requerirá a los depositarios en los diferentes juicios para que pongan a disposición del síndico los bienes, y en caso de negativa para hacerlo por conducto del juez se les apercibirá aplicándoseles las medidas de apremio correspondientes, es importante observar que sucede con los bienes de un comerciante que se encuentra dentro del matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, como en el de sociedad conyugal.

- a) Separación de bienes: En este caso, los bienes que tuviera la pareja del comerciante computados dos años anteriores a la fecha de retroacción de la sentencia de concurso mercantil se presumirá que son titularidad del comerciante, en cuya virtud el síndico en forma incidental podrá solicitarlo, sin embargo, manejándose bajo la figura de prueba presuncional permitirá que el cónyuge del comerciante pueda acreditar que son de su exclusiva pertenencia. Esta regla también es aplicable tratándose del concubinato.
- b) Sociedad conyugal: Establece incidentalmente el legislador que todos los bienes adquiridos en los dos años anteriores a la

⁸¹ Observar página 125 de éste capítulo.

retroacción a que hace referencia la sentencia de concurso son del comerciante, sin embargo, más adelante vincula exclusivamente los productos de los bienes cuando la sociedad conyugal fuere sobre dichos productos. El cónyuge que pudiera quedar afectado por la quiebra del comerciante podrá pedir la terminación de la sociedad conyugal reivindicando los bienes y derechos que le corresponde, con base a la legislación aplicable (valga las reglas del derecho familiar).

Con la declaración de quiebra pierde su capacidad el comerciante por lo que respecta a su patrimonio y en consecuencia éste queda integrado a la masa de la quiebra, esto es criticable toda vez que lo que sucede es la remoción de la administración sobre los bienes que integra la masa y no la capacidad. Si declarada la quiebra puede llegar admitir el recurso de apelación en ambos efectos, mientras se resuelve el recurso estando suspendida la jurisdicción del juez puede continuar con la administración el comerciante.

Respecto a lo anterior comenta el Dr. Mondragón Pedrero: "en la practica no se ha presentado dicha casuística, sin embargo, con base en la facultad para proteger la masa de la quiebra se podría considerar como medios provisionales al designar a un tercero para tener la administración máxime, que en la etapa de conciliación como ha quedado explicado es factible que pierda dicha administración el comerciante."⁸²

El síndico aún cuando no haya surgido la conclusión de reconocimiento de los créditos si se genero la declaración de quiebra tendrá la obligación de iniciar el procedimiento para la enajenación de los bienes y derechos que integran la masa, procurando obtener el mayor producto posible por su enajenación. La **realización del patrimonio o activos del comerciante** se presentarán mediante la figura de la enajenación por un procedimiento de subasta pública, la cual tendrá reglas generales y reglas particulares, a saber:

⁸² MONDRAGON PEDRERO, A. Fabián, **Apuntes de la clase de Concurso Mercantil**, del día 28 de setiembre del año 2001.

a) **Regla general:** Será partiendo de una publicidad para subasta conforme a las reglas que establezca el Instituto, debiendo llevar la convocatoria los requisitos del artículo 199 de la L.C.M. Para la subasta deberá haber una publicidad con base en los lineamientos que establezca dicho Instituto.

La convocatoria para la subasta la realizará el síndico, debiendo contener:

1. Una descripción de cada uno de los bienes o conjunto de bienes de la misma especie y calidad que se pretenda enajenar;
2. El precio que servirá de referencia para la adjudicación de los bienes subastados;
3. Fecha, hora y lugar en que tendrá verificativo la subasta; y
4. Los lugares en que los interesados podrán ver los bienes de que se trate.

Las reglas que manejará el Instituto son: **a)** periodicidad de la publicidad; **b)** en dónde se publico esa convocatoria; **c)** se va a realizar una enajenación de bienes, por lo tanto, se tendrá que saber el medio de valuación, ya sea, por un dictamen, un balance o bien por lo que indique el síndico o por medio del perito valuador; **d)** una vez que se tiene la valoración de los bienes se tiene como postura legal el mínimo del valor de los bienes, no se podrá manejar valores inferiores a los que tuvieron los bienes; **e)** cuales son las características de los bienes y cual es la postura legal mínima de cada uno de ellos; y **f)** como comparecerán cada uno de los postores.

b) Regla particular: Generada la publicidad de la convocatoria podrán comparecer postores hasta un día anterior a la fecha de celebración de la subasta, presentando el interesado en sobre cerrado posturas por los bienes objeto de la subasta (art. 200 LCM).

Todas las posturas u ofertas que se presenten para la enajenación de bienes del comerciante deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Presentarse en los formatos que para tal efecto publique el Instituto;

El Patrimonio Fedeicomitido en la Ley de Concursos Mercantiles

- Prever el pago en efectivo teniendo como regla particular que un acreedor reconocido se le permita presentar como oferta dicho monto equiparándolo al pago en efectivo;
- La propuesta tendrá una vigencia de 45 días naturales siguientes a la fecha de celebración de la subasta; y
- Se garantice la propuesta en los términos que para tal efecto indique el Instituto.

Al presentarse en sobre cerrado las posturas u ofertas deberán manifestar los postores o interesados bajo protesta de decir verdad sus vínculos generales o patrimoniales con el comerciante, sus administradores u otras personas relacionadas directamente con las operaciones del comerciante, deberán manifestar adicionalmente cuando comparezcan en calidad de representante o mandatario los vínculos correspondientes de la persona que representa. El síndico deberá hacer saber a los titulares del capital social y las personas que quedaron obligadas para con la sociedad con base en la firma social, sobre la enajenación del activo.

En conclusión la realización de activos del comerciante se puede realizar de tres formas:

- ◆ Por subasta pública;
- ◆ Por una propuesta del síndico (art. 205 L.C.M.); y
- ◆ A petición de cualquier interesado.

Dictada la fecha de sentencia de quiebra, el síndico cada dos meses presentara al juez un reporte de las enajenaciones realizadas y de la situación del activo y una lista de los acreedores que serán pagados, así como la cuota concursal que les corresponda.

Si, en el momento en que debiera terminarse el concurso mercantil, hubiese aún créditos pendientes de reconocimiento por haber sido impugnada la sentencia que los reconoció, el juez esperará para declarar la terminación del concurso mercantil hasta que se resuelva la impugnación correspondiente.

Concluido el concurso mercantil, los acreedores que no hubiesen obtenido el pago íntegro conservarán individualmente sus derechos y acciones por el saldo en contra del comerciante.

En la quiebra se presentan diversas formas de extinción del concurso mercantil, las cuales se explican a continuación.

4.9 Formas de Extinción del Concurso Mercantil en su Fase de Quiebra.

Se contemplan como formas de extinción de la quiebra las siguientes:

- I. Falta de activo en el patrimonio del comerciante,
- II. Falta de acuerdo unánime de los acreedores reconocidos;
- III. Tratamiento del convenio; y
- IV. Pago en moneda de quiebra.

En el caso de la **falta de activo en el patrimonio del comerciante** se da el manejo de la quiebra y con ello la extinción de la misma por la carencia de bienes.

Se da el **acuerdo unánime de los acreedores** con el objeto de que se extinga la quiebra y el comerciante siga con su empresa y pueda pagar las obligaciones pendientes con los acreedores. Esto es muy difícil que se pueda dar en la quiebra, ya que si no conciliarónn no podrá haber acuerdo unánime con los acreedores en la quiebra.

En el **tratamiento del convenio**, se infiere que surgió en la fase de conciliación, y en consecuencia no se inicia la fase de quiebra, aunque no se excluye la posibilidad de que pueda surgir en la quiebra.

Pago en moneda de quiebra: En este tipo de pago se contemplan diferentes reglas:

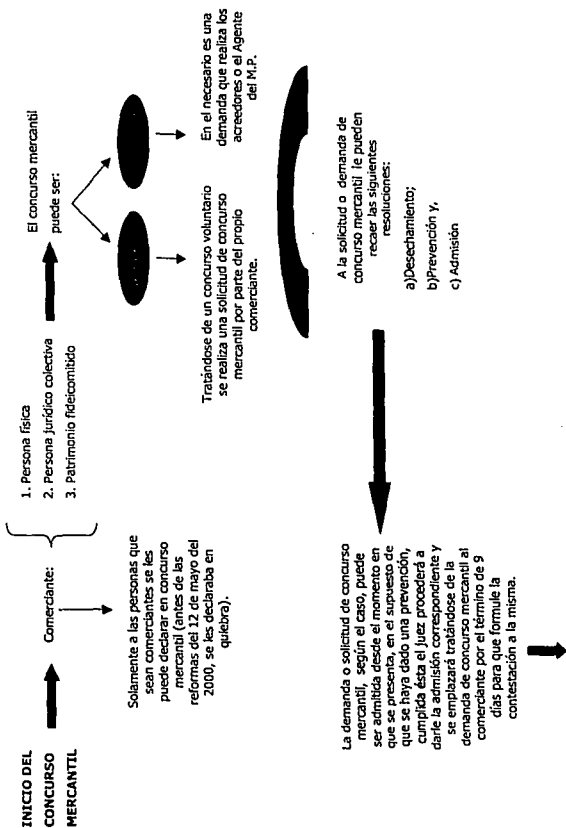
- A) En relación a los trabajadores tendrán un privilegio especial conforme a la Ley de Concursos Mercantiles de que se les cubra prestaciones hasta por un plazo de dos años, sin embargo, resulta irregular en virtud de que la prescripción en materia laboral para exigir prestaciones es de un año, en concordancia con el artículo 123 constitucional y con los artículos 516 a 518 de la Ley Federal del Trabajo.
- B) Tratándose de créditos con garantía real, como serían fundamentalmente los hipotecarios y los prendarios, se respetarán dichas garantías para cumplir a éstos acreedores. En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos si éstos acreedores no hubieran presentado sus créditos en tiempo perderían el privilegio de la garantía real a su favor, evento que ha desaparecido en la Ley de Concursos Mercantiles, con base a los diferentes momentos en que los acreedores pueden presentar sus créditos. Es importante mencionar que no se ha determinado en la Ley de Concursos Mercantiles si los créditos laborales pueden ser beneficiarios de bienes dados en garantía hipotecaria o prendaria, dando lugar a la existencia de criterios encontrados por lo que respecta a la derogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- C) A continuación seguirían los créditos que conforme a su normación jurídica tengan un especial privilegio, el ejemplo claro de esto es el FISCO, en el caso de que los acreedores permitieran que el comerciante siguiera con su empresa, el FISCO también lo haría.
- D) Para los acreedores comunes reconocidos con el patrimonio restante bajo la forma de extinción por pago se les cubrirá en moneda de quiebra a prorrata o proporcionalmente entre dichos acreedores.

La sentencia de terminación del concurso mercantil se notificará a través del Boletín Judicial o por los estrados del juzgado. Esta podrá ser apelable por el comerciante, cualquier acreedor reconocido o por el Ministerio Público, así como por el visitador o el conciliador en los términos que la Sentencia de Concurso Mercantil.⁸³

Consideró conveniente resumir a través de un esquema todo el procedimiento concursal para su mejor comprensión y entendimiento.

⁸³ Consultar el procedimiento del recurso de apelación contenido en la página 125 del presente trabajo.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL



En ese término de nueve días contestará la demanda y ofrecerá los medios de convicción que se encuentren en su poder, transcurrido dicho término precluirá su derecho para dar contestación y se presumirá salvo prueba en contrario que los hechos contenidos en la demanda son ciertos, declarándose procedente el concurso mercantil.



Contestada la demanda se notificará a:

Al Instituto de Especialistas en Concursos Mercantiles

Al FISCO

Al Sindicato o a la STPS



El Instituto dentro de los 5 días siguientes a la notificación deberá designar al:

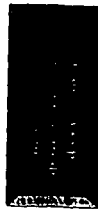
Designará a sus auxiliares



30 días para rendir su dictamen

10 días

Para que las partes alleguen en contra de ese dictamen lo que a su derecho converja.



Impugnación de su nombramiento por la vía incidental

La sentencia se declara
en dos sentidos:

Procedente
el concurso
mercantil

Admite recurso de
apelación en efecto
devolutivo (sin
suspensión del
procedimiento).

Improcedente
el concurso
mercantil

Admite recurso de
apelación en ambos
efectos (con
suspensión del
procedimiento).

Publicación de la
sentencia.
(art. 45 L.C.M.)

Desde la declaración
de concurso
mercantil puede
iniciarse con la
conciliación

A partir de la última publicación
de la sentencia los acreedores
contarán con veinte días
naturales para **presentar su
solicitud de reconocimiento,
graduación y prelación de
créditos.**

El conciliador dentro de los
treinta días siguientes
contados a partir de la
última publicación de la
sentencia formule su lista
provisional de créditos.

Esta se pondrá a la vista del
comerciante y de los acreedores para
que en un término de 5 días naturales
presenten sus objeciones por escrito al
conciliador por conducto del juez.

Las solicitudes
deberán contener los
requisitos establecidos
en el art. 125 de la
L.C.M.

Concluido dicho plazo el conciliador contará
con un plazo improrrogable de 10 días para
que presente al juez la lista definitiva de
reconocimiento, graduación y prelación de
créditos.

Sentencia de quiebra

La publicación se realizará conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 45 de la L.C.M.

La orden al Instituto para que designe al conciliador síndico, en un plazo no mayor a 5 días.

- Será apelable por el:
- a) Comerciante.
 - b) Por un acreedor reconocido.
 - c) Por el Conciliador.

Designado el conciliador tendrá 5 días para que designe a sus auxiliares.

Aunado a ello, si no ha surgido la conclusión de reconocimiento de los créditos debe iniciar con el procedimiento de enajenación del activo del comerciante.

Existen tres formas de realización de los activos:

1. Por subasta pública.
2. Por propuesta del síndico (art. 205 L.C.M.).
3. Por solicitud de cualquier persona interesada.

Concluida la etapa de reconocimiento, graduación y prelación de créditos y la enajenación de los activos se procederá a dictar **sentencia de quiebra**.

En la fase de quiebra pueden surgir las siguientes formas de extinción del concurso mercantil:

- Falta de concurrencia de acreedores,
- Falta de activo,
- Acuerdo unánime de acreedores reconocidos, y
- Pago en moneda de quiebra.

4.10 Crítica a la Ley de Concursos Mercantiles en considerar como comerciante al patrimonio dado en fideicomiso respecto de actividades empresariales.

A lo largo del presente trabajo se ha mencionado que uno de los cambios radicales de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en comparación con la nueva Ley de Concursos Mercantiles va enfocado a considerar como comerciante al patrimonio dado en fideicomiso y destinado a actividad empresarial, el artículo 4º fracción II de ésta última ley contiene la hipótesis en cuestión.

Artículo 4º. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

II. Comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales . . .

Se aprecia como claramente este artículo le otorga al patrimonio fideicomitido el carácter de persona jurídica, cuando definitivamente no la tiene.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define al fideicomiso como:

Artículo 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.

De la definición anterior se desprende que la naturaleza jurídica del fideicomiso es contractual, siendo un acto jurídico, ya que se observa la voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y específicamente como contrato porque existe una relación jurídica entre el fideicomitente y una institución fiduciaria en donde se establecen derechos y obligaciones para ambas partes, descartando la manifestación unilateral de voluntad.

Con base en lo anterior definitivamente el fideicomiso no puede tener personalidad jurídica, siendo conveniente para

comprender mejor el tema analizar éstos conceptos y con ello desvirtuar el error contenido en el artículo 4º fracción segunda.

En el mundo del derecho existen dos tipos de personas, las cuales a lo largo de esta tesis se han venido explicando, se trata de las personas físicas y las personas jurídicas colectivas.

La personalidad jurídica de una persona física se adquiere al momento de que es presentado vivo ante el Registro Civil o si llega a vivir 24 horas, y se extingue con la muerte; los derechos y obligaciones aún después de acaecida ésta no se extinguen pues pueden ser exigidos después del suceso. Toda persona física debe tener ciertos atributos, entre ellos tenemos: el nombre, su domicilio, patrimonio, nacionalidad, estado civil y la capacidad.

Por lo que hace a la persona jurídico colectiva, se entiende por ésta a aquél ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones, constituido por diversas personas físicas que, en forma permanente, unen parte de su voluntad para realizar un fin lícito. Cuenta con personalidad jurídica que les es específicamente señalada por la ley y ejercida ésta por sus representantes.

El artículo 25 del Código Civil respecto de las personas jurídico colectivas señala:

Artículo 25. Son personas morales:

- I. La Nación, los Estados y los Municipios;
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III. Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 constitucional;
- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; y
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Las personas jurídico colectivas también tiene atributos al igual que las físicas, entre ellos se encuentran: una personalidad

jurídica propia distinta a la de sus integrantes, un nombre o una denominación, un domicilio, patrimonio, nacionalidad, capacidad, objeto, finalidad y órganos de dirección y representación.

Entrando en materia, el fideicomiso no cuenta con ninguna de las características antes mencionadas, tanto de las personas físicas, como de las jurídico colectivas comparemos brevemente cada uno de los elementos.

Se ha dicho que la personalidad jurídica de la persona física se crea con el nacimiento y se extingue con la muerte, el fideicomiso no puede nacer del vientre de un ser humano, es extrema esta comparación, pero es importante realizarla, mucho menos tiene domicilio propio, nacionalidad, un estado civil o la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones por sí mismo.

En el caso del patrimonio, principal punto de interés en este análisis, es fundamental dentro del fideicomiso ya que éste es destinado para un fin lícito y determinado, es administrado por la institución fiduciaria como patrimonio afectado, la cual tiene facultades para disponer de él conforme a lo estipulado por el fideicomitente. No es un atributo en el fideicomiso, sino un elemento necesario para la creación de éste.

En comparación con una sociedad mercantil, el fideicomiso no cuenta con órganos de administración y representación exclusivos, ni siquiera el Comité Técnico cuenta con esta facultad, independientemente de tener de alguna forma poder de decisión y que en ocasiones coadyuva con la fiduciaria. La dirección y toma de decisiones en el fideicomiso se encuentran a cargo de la institución fiduciaria, en consecuencia no recaen en diferentes personas.

En el artículo 3º del Código de Comercio se establecen quienes se consideran comerciantes, en ninguna de sus tres fracciones se menciona al fideicomiso, el mismo Código establece las obligaciones comunes a aquéllos, por ejemplo:

1. Una publicación por medio de prensa, de la calidad mercantil con sus circunstancias esenciales y en su oportunidad sus modificaciones;
2. La correspondiente inscripción en el Registro Público del Comercio, de sus documentos auténticos;
3. A mantener un sistema de contabilidad; y
4. La conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.

Estas obligaciones comunes a los comerciantes no se aplican al fideicomiso, por ejemplo, una publicación por medio de prensa de un fideicomiso en ningún artículo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que sea obligatorio, tampoco requiere de una inscripción en el Registro Público del Comercio, es cierto que requiere de inscripción en la sección de la Propiedad del Registro Público por lo que respecta a los bienes dados en fideicomiso, pero no propiamente del contrato de fideicomiso; el fiduciario esta obligado a realizar todas las facultades necesarias para lograr el fin por el cual se constituyo un fideicomiso, dentro de éstas llevar en orden la contabilidad, cumplir con las obligaciones fiscales, etc. pero no precisamente como un comerciante, sino por la obligación que tienen con el acto en sí mismo, por dar un ejemplo llevar la contabilidad de la casa, no implica que por tener controlados los gastos en ella sea uno un comerciante.

Por todo lo transcrito, es criticable que nuestros legisladores le otorguen al patrimonio fideicomitido una personalidad jurídica al otorgarle la calidad de comerciante con la que definitivamente no cuenta, de ahí que considero pertinente realizar la siguiente propuesta.

4.11 Propuesta.

Antes de plasmar una propuesta de reforma que creo conveniente se debe hacer a la Ley de Concursos Mercantiles, es necesario realizar algunas reflexiones.

El patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, sea de naturaleza jurídica o económica, que pertenecen a una persona. Cuando este patrimonio se destina a un fin determinado, conforme al cual se organiza legalmente en forma autónoma, se le denomina *patrimonio de afectación*, es decir, el patrimonio se destina a un fin lícito determinado.

El patrimonio fiduciario constituye el objeto del fideicomiso, el cual se encuentra formado por toda clase de bienes y derechos que pertenecen al fideicomitente; éste patrimonio se afecta en forma temporal y con limitación para el fiduciario, quien adquiere la titularidad de dichos bienes.

Al momento en que se crea un fideicomiso, se determinan ciertos bienes para que sé de cumplimiento al fin que se persigue con la constitución de ese contrato y por lo tanto dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente, es decir, de toda la masa que constituye el activo y pasivo se desprende parte de la misma, volviéndose autónomo ese patrimonio.

Realizadas las aclaraciones anteriores, en el artículo 4º fracción segunda de la Ley de Concursos Mercantiles se establece que se considera comerciante al patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial.

Analizando el contenido de esta fracción se entiende que cuando una empresa a la que debemos identificar con la calidad de comerciante se sujeta a concurso mercantil, si parte de su patrimonio se encuentra dado en fideicomiso, ese patrimonio también entra a la masa de la quiebra.

En renglones anteriores se ha explicado que el patrimonio afecto a un fideicomiso sale del conjunto de los demás bienes, es decir, se vuelve autónomo, la ley concursal considera que si un comerciante se sujeta a concurso mercantil, el patrimonio de éste que se encuentre afecto a un fideicomiso entra a la masa del activo del mismo, lo anterior con base en que varios comerciantes desviaban partes de sus bienes a un fideicomiso, sabedores de que podían entrar en quiebra y de esta forma conservar ese patrimonio que se volvía intocable al destinarse a un fideicomiso.

El Licenciado José Luis de la Peza respecto de todo esto realiza el siguiente razonamiento jurídico: "El patrimonio en fideicomiso por tener la posibilidad de encontrarse en un estado de cesación de pagos puede recaer en la situación de quiebra, pero dicho patrimonio nunca puede ser considerado como comerciante, puesto que atribuirle tal carácter equivaldría a pretender dotarlo de personalidad, en virtud de que solamente las personas (individuales o colectivas) pueden ser reputadas en derecho comerciante."⁶⁴

Como se aprecia de la transcripción anterior, el mencionado autor no vincula la quiebra del patrimonio fideicomitido al carácter de comerciante, sino que lo coloca dentro de una cesación de pagos que se pueda presentar en ese patrimonio fideicomitido, se habla de cesación de pagos porque en la anterior Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el comerciante se declaraba en quiebra cuando cesara en el pago de sus obligaciones, con la actual Ley de Concursos Mercantiles se regula de un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

El objeto del presente trabajo es desvirtuar que al patrimonio fideicomitido destinado a actividad empresarial, no puede considerársele como comerciante, por lo tanto propongo que el artículo 4º fracción segunda de la Ley de Concursos Mercantiles se reforme para quedar de la siguiente manera:

⁶⁴ Citado por ACOSTA ROMERO Miguel y ROMERO MIRANDA Tania, **Manual de Concursos Mercantiles**, editorial Porrúa, México 2001, pág. 195

Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

II. Comerciante, a la persona física o sociedad mercantil que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. El patrimonio que se encuentre afecto a un fideicomiso destinado a una actividad empresarial, independientemente de que no se considera comerciante, entra a concurso mercantil. Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de esta Ley.

En conclusión, fue un error de terminología jurídica el que el legislador le haya otorgado al patrimonio fideicomitido destinado a actividad empresarial la calidad de comerciante, ya que si bien es cierto que puede ser sujeto a concurso mercantil, no tiene las características atribuibles a las personas físicas y jurídico colectivas.

CONCLUSIONES

Primera. El origen del fideicomiso lo encontramos en la figura jurídica llamado *trust*, pues dicha figura consiste en una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual las persona que los posee denominado *trustee* ésta obligada de manera equitativa a manejarlos en beneficio de un tercero llamado *cestui que trust*, como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust*, es decir, el *settlor*. Por lo tanto el origen del fideicomiso no lo encontramos en Roma, pues la analogía que guarda éste con el fideicomiso mexicano, es meramente nominal.

Segunda. Por fideicomiso se entiende un contrato jurídico, por virtud del cual una persona capaz, afecta parte de sus bienes en forma legítima a un fin lícito determinado, quedando a cargo de una institución denominada fiduciaria la titularidad de esos bienes y en consecuencia se ejecute el fin propuesto. Con base en esta definición, se afirma que la naturaleza jurídica que le atribuyo al fideicomiso es de un contrato.

Tercera. De la anterior definición se desprende que en el fideicomiso encontramos dos elementos personales necesarios, el fideicomitente, quien destina parte de sus bienes a un fin, y el fiduciario, quien adquiere la titularidad de esos bienes para dar cumplimiento a ese fideicomiso, pero existe un tercero denominado fideicomisario, que puede ser designado o no, de ahí que no consideramos importante incluirlo en nuestra definición.

Cuarta. En la constitución de un contrato de fideicomiso se destina una parte de determinados bienes para lograr el fin que se propuso con la creación del mismo, dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente, volviéndose autónomo dicho patrimonio.

Quinta. En el mundo del derecho existen dos tipos de personas denominadas, personas físicas y las personas jurídicas colectivas, cuenta con personalidad jurídica propia porque así se los ha designado la ley, por lo tanto pueden ser titulares de derechos y obligaciones.

Sexta. En el ámbito mercantil a las personas anteriormente enumeradas se les conoce como comerciantes, de ahí que el comerciante puede ser una persona física u jurídico colectiva que hace del comercio su ocupación habitual con fines preponderantemente de lucro o especulación comercial.

Séptima. Los comerciantes, conforme al Código de Comercio tienen derechos y deben cumplir con determinadas obligaciones que dicha ley les impone.

Octava. Las personas físicas y las jurídico colectivas cuenta con determinados atributos que por ser características propias emanadas de la ley nadie más puede contar con ellas, como son: nombre, denominación, domicilio, patrimonio, nacionalidad, capacidad, etc.

Novena. Por todo lo anterior el fideicomiso no puede contar con personalidad jurídica propia, sin embargo, nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles en su artículo 4º fracción segunda le atribuye dicha característica al considerar al patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial como comerciante.

Décima. La empresa que por sí misma adolece de personalidad jurídica y que normalmente actúa por el empresario (comerciante), es la organización llevada a cabo por el empresario, con una correcta organización de los elementos materiales e inmateriales, del trabajo y capital, para producir y distribuir bienes o servicios, colocándolos en el mercado, obteniendo una ganancia y al mismo tiempo satisfaciendo una necesidad. Cuando no hay la correcta organización de los elementos mencionados, y en consecuencia se comienza a incumplir con las obligaciones contraídas, se dice que esa empresa a entrado en concurso mercantil.

Décima Primera. Al momento de que un empresario comienza un procedimiento concursal, declarándose procedente el mismo, terminada la etapa de conciliación sin llegar a convenio alguno, se entra a la etapa de quiebra y en consecuencia se procede a la enajenación del activo para cubrir los créditos demandados, conforme al artículo 4º fracción segunda, el patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial se incluirá dentro ésta masa de la quiebra, extinguiéndose así el fideicomiso y con ello el fin que se propuso con el mismo.

Décima Segunda. El patrimonio fideicomitado destinado a actividad empresarial conforme a la Ley de Concursos Mercantiles puede ser sujeto a concurso mercantil, quedando claro que no tiene la calidad de comerciante que erróneamente los legisladores le han atribuido.

Décima Tercera. La ley en comento es poseedora de varios errores, la hipótesis objeto del presente trabajo constituye uno de ellos, a mi consideración el error más grave es la falta de ética y preparación por parte de nuestros legisladores, quienes permiten que proyectos de leyes pasen sin el debido estudio que la ciencia del derecho y la realidad social requieren, violentando el acuerdo de voluntades que originariamente se califica de legal y se delimita a lo establecido por las partes.

BIBLIOGRAFIA

1. ACOSTA ROMERO, Miguel, GARCIA RAMOS, Francisco, y GARCIA ALVAREZ, Paola, **Tratado de Sociedades Mercantiles, con Énfasis en la Sociedad Anónima**, editorial Porrúa, México 2001.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel, y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto, **Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso**, Editorial Porrúa, México 1997.
3. APODACA Y OSUNA, Francisco, **Presupuestos de la Quiebra**, editorial Stylo, México 1945.
4. BARRERA GRAF, Jorge, **Instituciones de Derecho Mercantil**, tercera reimpresión, Editorial Porrúa, México 1999.
5. BATTIZA Rodolfo, **El Fideicomiso, Teoría y Práctica**, segunda edición, Editorial Jus, México 1985.
6. BONNECASE, Julien, **Elementos de Derecho Civil**, tomo I, segunda reimpresión, Cárdenas Editor, México 1998.
7. BROSETA PONT, Manuel, **La Empresa, la Unificación del Derecho, de Obligaciones y el Derecho Mercantil**, Tecnos, Madrid España, 1965.
8. CARVALLO Yañez y LARA Treviño, **Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles**, Editorial Porrúa, México, 2000.
9. CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Derecho Mercantil Mexicano**, editorial Porrúa, México 2000.
10. CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Títulos y Operaciones de Crédito**, décima cuarta edición, Editorial Porrúa, México 2000.
11. DAVALOS MEJIA, Carlos, **Derecho Bancario y Contratos de Crédito**, tomo II, segunda edición, Editorial Oxford, 2001.
12. DE PINA VARA, Rafael, **Elementos de Derecho Mercantil Mexicano**, vigésimo sexta edición, Editorial Porrúa, México 1998.
13. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge, **El Fideicomiso**, séptima edición, Editorial Porrúa, México 1997.

14. GARRIGUES, Joaquín, **Curso de Derecho Mercantil**, tomo I, novena edición, Editorial Porrúa, México 1998.
15. GOMEZ LARA, Cipriano, **Teoría General del Proceso**, novena edición, editorial Oxford, México, 2000.
16. MACEDO HERNANDEZ, José Hector, **La Ley General de Sociedades Mercantiles**, anotada, comentada, tercera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1993.
17. MANTILLA MOLINA, Roberto L. **Derecho Mercantil**, vigésimo novena edición, Editorial Porrúa, México 2000.
18. MARGADANT S., Guillermo Floris, **Derecho Romano**, vigesimoquinta edición, Editorial Esfinge, México, 2000.
19. MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael, **Delitos de Quiebra**, editorial Porrúa, México, 1998.
20. MONDRAGON PEDRERO, A. Fabián, **Apuntes de la clase de Concurso Mercantil**, impartidas en la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el día 28 de septiembre del año 2001.
21. RABASA, Oscar, **El Derecho Angloamericano**, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
22. ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesorios**, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, México 1995.
23. TENA DE JESUS, Felipe, **Derecho Mercantil Mexicana**, décimo octava edición, Editorial Porrúa, México 1999.
24. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, **Contratos Mercantiles**, sexta edición, Editorial Porrúa, México 1996.
25. VILLAGORDOA LOZANO, Manuel, **Doctrina General del Fideicomiso**, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
26. VIVANTE, César, **Tratado de Derecho Mercantil**, vr. Española de la quinta edición Italiana, volumen primero. El Comerciante. Madrid, 1932.

DICCIONARIOS

1. DE PINA, Rafael, **Diccionario de Derecho**, vigesimosegunda edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
2. **Enciclopedia Jurídica Omeba**, tomo III, editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1992.
3. Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Diccionario Jurídico Mexicano**, tomo II, Porrúa, México, 1996.
4. ORTA MANZANO, Mariano, **Diccionario de Sinónimos**, tercera edición, editorial Juventud, Barcelona 1990.
5. PALLARES, Eduardo, **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, vigesimosexta edición, editorial Porrúa, México, 2001.
6. QUINTANO ADRIANO, Elvia Arcelia, **Diccionario de Derecho Mercantil**, editorial Porrúa, México, 2001.

LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa, 2001.
2. Código Civil Federal, editorial Sista, 2001.
3. Código de Comercio, editorial Sista, 2000.
4. Código de Procedimientos Civiles, editorial Porrúa, 2001.
5. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, editorial Sista, 2000.
6. Ley de Concursos Mercantiles, ediciones Luciana.

OTRAS FUENTES

1. Diario de Debates Número 27, del 7 de diciembre de 1999.
2. Iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles, propuesta por la Cámara de Senadores de la República de la LVII Legislatura del Honorable Congreso de la Unión. **Exposición de Motivos.**