

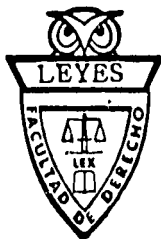


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE LA APLICACIÓN
DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL
FIDEICOMISO DE GARANTÍA, ANTES Y DESPUES
DE LAS REFORMAS A LA LEGISLACIÓN
MERCANTIL PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL
DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE MAYO DE 2000.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ARTURO VELÁZQUEZ SÁNCHEZ



ASESOR: DR. JESÚS DE LA FUENTE RODRIGUEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA



2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



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.

El alumno, ARTURO VELAZQUEZ SANCHEZ, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE LA APLICACION DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS A LA LEGISLACION MERCANTIL PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 23 DE MAYO DE 2000", con la asesoría del DR JESUS DE LA FUENTE RODRIGUEZ, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

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

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

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

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

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 07 de junio del año 2000

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO
DIRECTOR.

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

México, D.F., 20 de Mayo de 2002

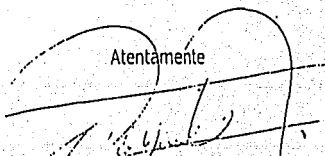
Dr. Fabián Mondragón Pedrero
Director del Seminario de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México
P r e s e n t e .

Me permito expresar a usted, que fui nombrado por ese Seminario a su digno cargo, asesor de la tesis que para optar por el título de Licenciado en Derecho realizó el alumno Arturo Velázquez Sánchez, con el número de cuenta 9024863-4 denominada: "Estudio comparativo sobre la aplicación del procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía, antes y después de las reformas a la legislación mercantil publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2000".

Sobre el particular, considero que dicho alumno ha concluido su trabajo de investigación, por el cual cumple ampliamente los requisitos que establece nuestra Universidad, por lo que no tengo inconveniente en presentarlo a la consideración de usted, para efectos de su aprobación final.

Aprovecho la ocasión para enviarle un afectuoso saludo.

Atentamente



Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

A MIS PADRES:

**MARIA TERESA SÁNCHEZ VIDAL Y
FERNANDO VELÁZQUEZ HERNÁNDEZ.**

Por su apoyo incondicional, amor y cariño.

A MIS HERMANOS:

**BERENICE, FERNANDO Y
AGUSTÍN.**

Por que siempre he recibido su
apoyo, gracias por estar conmigo en
todo momento.

A TI PILY:

Por darme tanto amor, esforzándote conmigo
para la culminación de este trabajo, por
tenerme tanta paciencia y consideración.

TE AMO.

A LOS SEÑORES:

**RAÚL LEMUS CARRILLO Y
ROSA MARÍA ANAYA DE LEMUS.**

Por la fe que tuvieron en mí, por su
apoyo, paciencia, dedicación, tiempo
y sabiduría para poder terminar la
tesis, gracias por el ejemplo a
seguir.

A RAÚL LEMUS ANAYA.

Por apoyarme y estar conmigo en todo momento.

A LA SEÑORA:

**† HERMELINDA ROMERO
GONZÁLEZ.**

Por todo el cariño que me mostró,
en donde se encuentre, gracias
MAMÁ MEME.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO.**

Mi alma mater de la sabiduría, ya que por
ella he logrado lo que soy hasta la fecha
y me ha brindado tanto conocimiento.

A MIS PROFESORES.

Por la enseñanza que me brindaron,
su sabiduría y moral, las cuales son
un ejemplo a seguir para mi vida
personal.

AGRADECIMIENTOS.



Quiero agradecer el apoyo recibido para la terminación de este trabajo principalmente al licenciado Raúl Lemus Carrillo, quien gracias a su conocimiento, motivación y dedicación hacía mi persona pude culminar esta meta. Gracias por lo que hizo por mí, lo aprecio muchísimo.

Asimismo agradezco el apoyo de Rosa María del Pilar Lemus Anaya, por todos sus desvelos, paciencia, amor y cariño que tuvo conmigo para que me esforzara a culminar con la presente tesis. Gracias, TE AMO.

De igual forma quiero agradecer el empeño que me brindaron mis amigos Mauricio Calvario Martínez y Francisco Javier García Aguilar quienes siempre están conmigo y creen en mí.

De la misma forma quiero agradecer infinitamente al doctor Jesús de la Fuente Rodríguez, quien acepto el ser mi asesor de tesis, por lo que es un gran honor para mi persona tal hecho, gracias por dedicarme su tiempo y enseñanza para culminar con este trabajo.

También quiero agradecer el apoyo y las facilidades otorgadas por el licenciado Vinicio Rómulo Hernández Villarreal para poder realizar la presente tesis.

**ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA, ANTES Y DESPUÉS
DE LAS REFORMAS A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL PUBLICADAS EN EL
DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE MAYO DE 2000.**

INDICE

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO PRIMERO.

EL FIDEICOMISO

1. Antecedentes.....5

1.1. Derecho Romano.....6

1.2. Use.....9

1.3. Equity.....12

1.4. Trust.....14

1.5. Proyecto Limantour 1905.....19

1.6. Proyecto Creel 1924.....20

**1.7. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos
Bancarios 1924.....21**

1.8. Proyecto Vera Estañol 1926.....	22
1.9. Ley de Bancos de Fideicomiso 1926.....	23
1.10. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios 1926.....	24
1.11. Ley General de Instituciones de Crédito 1932.....	25
1.12. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito 1932.....	26
1.13. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares 1941.....	26
1.14. Nacionalización de la Banca 1982.....	27
1.15. Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito 1982.....	28
1.16. Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito 1984.....	29
1.17. Ley de Instituciones de Crédito 1990.....	29
2. Concepto.....	31
3. Naturaleza Jurídica.....	33
4. Elementos Personales.....	35
4.1. Fideicomitente.....	35
4.2. Fiduciario.....	37
4.2.1. Instituciones Fiduciarias.....	38
4.2.1.1. Instituciones de Banca Múltiple.....	39
4.2.1.2. Instituciones de Banca de Desarrollo.....	40
4.2.1.3. Aseguradoras.....	40
4.2.1.4. Afianzadoras.....	41
4.2.1.5. Casas de Bolsa.....	41
4.2.1.6. Banco de México.....	42
4.2.1.7. Almacенadoras.....	42
4.2.1.8. Sociedades Financieras de Objeto Limitado.....	43
4.2.2. Delegados Fiduciarios.....	44
4.2.2.1. Delegado Fiduciario General.....	45
4.2.2.2. Delegado Fiduciario Especial.....	45

4.3. Fideicomisario.....	46
4.4. Entes que pueden recibir beneficios del fideicomiso.....	48
4.4.1. Representación a través del Ministerio Público.....	49
5. Formalización.....	49
6. Características del Patrimonio Fideicomitado.....	51
7. Duración.....	53
8. Clasificación de los Fideicomisos.....	54
8.1. Inversión.....	55
8.2. Administración.....	56
8.3. Garantía.....	57

CAPÍTULO SEGUNDO

GARANTÍAS

1. Concepto.....	61
2. Contratos de Garantía.....	62
3. Clasificación de los Contratos de Garantía.....	63
3.1. Contratos de Garantía Personal.....	64
3.2. Contratos de Garantía Real.....	64
3.3. Contratos de Garantía en Materia Mercantil.....	65
4. Fianza.....	66
4.1. Clasificación.....	68
4.2. Especies.....	69
4.3. Requisitos para ser Fiador.....	71
4.4. Sanción.....	73

4.5.	Efectos.....	74
4.6.	Beneficios del Fiador.....	75
4.6.1.	Beneficio de Orden.....	75
4.6.2.	Beneficio de Excusión.....	76
4.6.3.	Beneficio de División.....	77
4.7.	Extinción.....	77
5.	Prenda.....	79
5.1.	Clasificación.....	81
5.2.	Especies.....	83
5.3.	Elementos Personales.....	83
5.4.	Elementos Reales.....	84
5.5.	Requisitos.....	85
5.6.	Indivisibilidad de la Prenda.....	86
5.7.	Efectos.....	87
5.8.	Obligaciones del Acreedor Prendario.....	88
5.9.	Obligaciones Eventuales.....	89
5.10.	Derecho Real de Prenda.....	89
5.11.	Prenda sin Transmisión de Posesión.....	92
5.12.	Extinción.....	93
6.	Hipoteca.....	94
6.1.	Clasificación.....	96
6.2.	Especies.....	98
6.3.	Elementos Personales.....	99
6.4.	Elementos Reales.....	100
6.5.	Principios de la Hipoteca.....	101
6.6.	El Derecho Real de Hipoteca.....	102
6.7.	Efectos.....	105
6.8.	Extinción.....	106
7.	Depósito.....	109
7.1.	Clasificación.....	110

7.2.	Especies.....	111
7.3.	Elementos Personales.....	114
7.4.	Elementos Reales.....	114
7.5.	Obligaciones del Depositario.....	115
7.6.	Obligaciones del Depositante.....	117
7.7.	Extinción.....	118
8.	Caución Bursátil.....	118
8.1.	Elementos de Existencia.....	122
8.2.	Elementos Personales.....	125
8.3.	Elementos Formales.....	126
8.4.	Elementos Reales.....	126
8.5.	Características.....	127
8.6.	Efectos.....	128
8.7.	Derechos y Obligaciones del Acreedor.....	129
8.8.	Derechos y Obligaciones del Otorgante de la Caución.....	130
8.9.	Derechos y Obligaciones del Ejecutor de la Caución.....	132
8.10.	Derechos y Obligaciones de la Receptora de la Caución.....	133
8.11.	Derechos y Obligaciones de la Institución Depositaria de los Valores.....	134
9.	Fideicomiso de Garantía.....	135

CAPÍTULO TERCERO.

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1.	Antecedentes en México.....	138
2.	Concepto.....	147

3. El Fideicomiso de Garantía Aplicable antes de las Reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2000.....	149
3.1. Objeto.....	149
3.2. Fines.....	150
3.3. Elementos Personales.....	150
3.4. Forma.....	151
3.5. Plazo.....	152
3.6. Irrevocabilidad.....	154
3.7. Reversión.....	155
3.8. Ventajas.....	155
3.9. Accesoriedad.....	156
3.10. Inscripción.....	157
3.11. Procedimiento de Ejecución.....	158
4. Estudio Comparativo de las Disposiciones Legales Aplicables al Fideicomiso de Garantía, Antes y Después de las Reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2000	160
4.1. Fiduciaria.....	163
4.1.1. Responsabilidad.....	165
4.1.2. Utilización de los Bienes.....	166
4.1.3. Indemnización.....	166
4.2. Materia.....	167
4.3. Propiedad Fiduciaria.....	169
4.4. Forma.....	170
4.5. Inscripción.....	171
4.6. Fideicomitente.....	171
4.6.1. Derechos del Fideicomitente Sobre Bienes Muebles.....	172
4.6.2. De las Obligaciones del Fideicomitente Sobre la Posesión Material de los Bienes Fideicomitados.....	173

4.6.2.1. Aseguramiento.....	174
4.7. Fideicomisario.....	174
4.7.1. Extinción de la Obligación.....	175
4.7.2. Afectación de otros Bienes.....	175
4.8. Requisitos de Origen.....	176
4.9. Vencimiento Anticipado.....	177
4.10. Posesión.....	178
4.11. Riesgos.....	179
4.12. Multiplicidad.....	179
4.13. Valor de la Garantía.....	180
4.14. Valor de Mercado.....	180
4.15. Pagos Parciales.....	181
4.16. Prescripción.....	182
4.17. Prelación.....	183
4.18. Sanciones.....	184
4.19. Procedimiento de Ejecución en el Nuevo Fideicomiso de Garantía.....	185

CAPÍTULO CUARTO

EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

1. Procedimiento Extrajudicial de Ejecución en el Fideicomiso de Garantía.....	187
1.1. De la Posesión de los Bienes a cargo del Fiduciario.....	188
1.2. Procedimiento de Venta.....	189
1.3. Valor de los Bienes.....	191

1.4.	Causas de Terminación del Procedimiento Extrajudicial.....	192
1.5.	Vigencia del Procedimiento Convencional.....	193
2.	Procedimiento Judicial de Ejecución en el Fideicomiso de Garantía.....	195
2.1.	Objeto del Procedimiento.....	195
2.2.	Requisitos.....	196
2.3.	Procedimiento.....	196
2.4.	Medios de Apremio.....	198
2.5.	Excepciones.....	200
2.5.1.	Excepción de Falta de Personalidad.....	200
2.5.2.	Excepción Consistente en que el Demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo.....	201
2.5.3.	Excepción de Litispendencia.....	201
2.5.4.	Excepción de Improcedencia o Error en la Vía.....	201
2.6.	Del Allanamiento.....	202
2.7.	De la Demanda y las Pruebas.....	202
2.8.	Ofrecimiento de Pruebas.....	202
2.9.	Admisión y Desechamiento de las Pruebas.....	203
2.10.	De la Preparación de las Pruebas.....	203
2.11.	De la Prueba Pericial.....	203
2.12.	De la Testimonial y Documental.....	204
2.13.	Audiencia de Pruebas, Alegatos y Sentencia.....	204
3.	Problemática.....	206
3.1.	Transmisión de Propiedad de los Bienes Fideicomitidos.....	206
3.2.	Posesión de los Bienes Fideicomitidos.....	209
3.3.	Obligación que se Garantiza.....	210
3.4.	Dualidad de la Fiduciaria.....	213
4.	Extinción del Fideicomiso de Garantía.....	217
5.	Propuesta de Reforma al Procedimiento de Ejecución en el Fideicomiso de Garantía.....	218

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.....	231
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	235
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

La elaboración del presente trabajo tiene como finalidad realizar una investigación y un estudio comparativo del fideicomiso de garantía, con el cual se pueda observar la problemática y consecuencias que existen con la entrada en vigor de las reformas, adiciones y derogaciones a diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito de fecha 23 de mayo de 2000 y la aplicación que existía para regular a esta figura jurídica antes de las reformas mencionadas, ya que con las primeras, si bien es cierto, que se trató de establecer un instrumento en forma particular que brindara seguridad jurídica a las partes que intervienen en la constitución del fideicomiso de garantía, lo único que trajo con esto fue una desafortunada aplicación, en virtud del desacierto que implicaban estas, ya que en vez de superar los problemas que existían trajo consigo varias contradicciones y problemas que originan que en la actualidad esta figura jurídica no se lleve a cabo por las instituciones fiduciarias, en virtud del gran riesgo que traen consigo y las pérdidas que esta les representa.

Para tal efecto, se llevó a cabo un análisis deductivo del tema, para poder comprender en primera instancia el concepto general del fideicomiso para así llegar al tema central que nos ocupa, el cual es el fideicomiso de garantía y en particular el estudio comparativo sobre la aplicación del procedimiento de ejecución antes y después de las reformas mencionadas.

En éste orden de ideas, en el primer capítulo de éste trabajo de investigación se desarrolló lo relacionado a los antecedentes históricos, la evolución en otros países, así como su introducción en México en el ámbito jurídico hasta sus últimas reformas. Asimismo, se indica el concepto, naturaleza jurídica, elementos esenciales y personales que lo conforman, las personas jurídicas que tienen capacidad para llevar a cabo éste, la forma, características, duración y clasificación doctrinal del fideicomiso en general, todo esto para tener una idea general y clara del término fideicomiso, con el fin de entender el tema principal de la elaboración de ésta tesis.

El segundo capítulo se desarrolló dando un concepto de garantía y haciendo un breve estudio sobre algunos tipos de contratos de garantía que se utilizan en la actualidad en nuestro país con mayor frecuencia, como lo son: la fianza, la prenda, la hipoteca, el depósito y la caución bursátil, para así llegar al análisis del fideicomiso de garantía, con el fin principal de distinguirlo de las demás figuras jurídicas mencionadas y ver sus ventajas que existen con éste.

Con relación al capítulo tercero se ve lo relacionado a la aplicación del fideicomiso de garantía antes de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2000, dando un concepto de éste, así como sus características. Asimismo, se hace un estudio comparativo de las disposiciones legales aplicables al fideicomiso de garantía antes y después de las reformas citadas, todo esto para ver en que forma se aplicaba éste y como funcionaba sin mayor problema, más que en el caso en el que el deudor incumpla con el pago con lo cual sobrevenía el procedimiento de ejecución con el cual se solicitaba la entrega de la posesión de los bienes fideicomitados para dar término a dicho procedimiento. Es decir, éste tipo de procedimiento tenía ciertos fallos que se debían de solucionar se supone

con las reformas, sin embargo, su aplicación al caso concreto es de difícil aplicación por los problemas que se suscitan y que se hablará de ello en el transcurso de éste trabajo.

Por último, en el capítulo cuarto trata lo relacionado al nuevo procedimiento de ejecución que se aplica actualmente al fideicomiso de garantía, en el cual se ven dos tipos de procedimientos: a) el procedimiento extrajudicial de ejecución y b) el procedimiento judicial de ejecución, ambos procedimientos nuevos en su totalidad, sin embargo, por lo que representa al primero de ellos, éste se establecía de conformidad a la voluntad que estipulaban las partes desde la constitución del fideicomiso de garantía de acuerdo al artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Sin embargo, éste artículo también sufre reformas con el fin de que se obligue a las partes que a falta de procedimiento convenido entre ellas se apliquen los procedimientos establecidos en el título tercero bis del Código de Comercio.

Todo esto trae como consecuencia grave en el país que su funcionamiento no se lleve a la práctica, en virtud de los grandes desaciertos que traen éstas reformas.

Para poder llevar a cabo su aplicación, es necesario y vital realizar nuevas reformas, con el fin de que ésta figura no se pierda y pueda funcionar, como por ejemplo, para el otorgamiento de créditos.

CAPÍTULO PRIMERO.

EL FIDEICOMISO.

CAPÍTULO PRIMERO.

EL FIDEICOMISO.

1.- ANTECEDENTES.

El fideicomiso es una institución de procedencia extranjera, que se fue introduciendo en el derecho mexicano después de varios intentos, el cual floreció en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, al copiarse su mecanismo de alguna manera, del *trust* de los Estados Unidos de América.

El fideicomiso mexicano nada tiene que ver con el fideicomiso romano. Esta figura se utilizaba para favorecer a personas que no tenían la capacidad para heredar. Se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario.

Sin embargo, "el fideicomiso mexicano, aún cuando terminológicamente deriva de la antigua '*fiducia*' romana (forma solemne de transmitir la propiedad en la que el receptor del bien transmitido se obligaba a retransmitirlo, después de

realizar determinados fines, al anterior propietario o a un tercero), encuentra mayor sustento para su instauración en nuestro sistema jurídico en el *trust* americano.”¹

No obstante, la mayoría de los autores tratan de ubicar los antecedentes del fideicomiso en el derecho romano, por razón de que es en ese derecho donde se utilizó la palabra *fideicomisum*, por tal motivo se verá lo relacionado en el siguiente punto de este trabajo.

1.1.- DERECHO ROMANO.

En Roma “...existieron básicamente dos instituciones consideradas como antecedentes del actual fideicomiso: la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.”²

La *fiducia* consistía esencialmente “...en la entrega en propiedad de una cosa – realizada por una *mancipatio* o una *iure cesio* - , que hace el deudor al acreedor para garantizar una obligación, seguida de un pacto (*pactum cum fiducia*), por medio del cual el acreedor se obliga bajo la buena fe, a transmitir dicha cosa después de que la deuda se hubiere satisfecho.”³

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. TRATADO TEORICO PRACTICO DE FIDEICOMISO. Tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México. 1999. p. 12.

² ROALANDINI, Jesús. EL FIDEICOMISO MEXICANO, Primera edición. Textos Jurídicos, Bancomer, México. 1998. p. 24.

³ BIALOSTOSKY, Sara. PANORAMA DEL DERECHO ROMANO. Tercera edición. UNAM. México. 1990. p. 117.

A su vez, se utilizaron dos formas de *fiducia*: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La *fiducia cum creditore* tuvo gran importancia en el Derecho Romano, porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Operaba de la forma siguiente: "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 hubiere pagado su deuda."⁴ Es decir, el deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere cobrado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla (venta con pacto de retroventa).

"La *fiducia cum creditore* ofrecía plena garantía al acreedor, aunque resultaba peligrosa para el deudor. Como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo -de mala fe o por descuido -, en cuyo caso el deudor no tendría más que un derecho personal contra el acreedor, y no un derecho real sobre el bien en cuestión."⁵

⁴ PIÑA MEDINA, Jorge y otros. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. Primera edición. Edita Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México. 1982. p. 4.

⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 3.

La *fiducia cum amico* se empleaba para que aquellas "... personas que no tenían capacidad para heredar, disfrute *post mortem* del dueño."⁶ Es decir, la persona recibía el bien transmitido para usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del *pactum fiduciae*, los retransmitía a la persona que había entregado los bienes. Como se desprende, esta figura se identifica con el comodato, ya que era un préstamo gratuito de uso.

El doctor Guillermo Floris Margadant S. Señala: "en el fideicomiso romano, el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero."⁷

"El fideicomiso testamentario era usado cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio* (esclavos, peregrinos, herejes, personas inciertas, entre otras), por lo que sólo podía rogar a su heredero legítimo que fuera su ejecutor para dar al incapaz el beneficio deseado tomándose parte de la herencia del testador, quien en su testamento debía usar la expresión *rogo, fideicommitto*."⁸ El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos de ruego. Al heredero gravado se le llamó fiduciario y aquél a quien debía transmitirle los bienes, fideicomisario. En un principio el cumplimiento del fideicomiso quedó a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario.

⁶ Ibidem. p. 17.

⁷ Margadant S, Guillermo Floris, DERECHO ROMANO. Décima edición. Editorial Esfinge, S.A., México. 1981. p. 501.

⁸ ROALANDINI, Jesús. op. cit. p. 25.

No siempre el fiduciario tenía que entregar inmediatamente el objeto del fideicomiso. Podía mediar un intervalo de propiedad fiduciaria, durante el cual el fiduciario gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía ser limitado por un término resolutorio o por una condición. A causa de algunos escándalos provocados por fiduciarios deshonestos, posteriormente se encargó a cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos.

"Lo que actualmente se llama fideicomiso en México, no es una institución derivada directamente del Derecho Romano, sino más bien una transformación del '*trust*' anglosajón, introduciendo en México, a través de Panamá, en 1924. En 1932, el fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle, y se considera actualmente como la dedicación de ciertos bienes a un fin lícito determinado, cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria expresamente autorizada para figurar como tal."⁹

1.2.- USE.

Se puede decir que el más importante antecedente de la institución del fideicomiso mexicano lo constituye el *use* o *trust* del derecho británico y del derecho estadounidense.

⁹ MARGADANT S., Guillermo Floris. op cit. p. 504.

La palabra *use*, señala el profesor Maitland, "...derivada del latín bárbaro o vulgar *ad opus* que significa en su representación."¹⁰

"Desde tiempos inmemorables y por diversos motivos en Inglaterra comenzó la práctica de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella a otra persona denominada "*Feoffe to use*" (sujeto del derecho de uso), con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona llamada "*Cestui que use*" (el que tiene el uso de la cosa), a quien el autor del uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas del verdadero propietario con respecto al mismo bien. Mediante esta operación, el usuario recibía el dominio pleno de la cosa o título de propietario en derecho; pero no para que él la aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe, de que lo poseyera para uso exclusivo del *cestui que use*."¹¹

Puede manifestarse que el *use* "...fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponía el sistema feudal y los señores feudales sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época."¹² El *use* fue la respuesta al injusto sistema feudal.

"Los derechos que se asignaban al beneficiario del *Use*, denominado '*Cestui que Use*', no eran protegidos ni regulados por la ley común británica,

¹⁰ Aut. cit. por Rodolfo BATIZA, EL FIDEICOMISO, TEORIA Y PRACTICA. Quinta edición, Editorial Jus México. México. 1995. p. 33.

¹¹ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto ALMAZAN ALANIZ., op. cit. p. 4.

¹² PIÑA MEDINA, Jorge y otros. op.cit. p. 9.

reconocida como '*Common Law*', toda vez que había ocasiones, en que nadie reconocía el derecho de los beneficiarios al uso de los bienes afectados por esta figura; así los jueces sólo reconocían al titular del dominio, ignorando al titular del *Use*, por lo que apareció una nueva jurisdicción, encomendándose su aplicación al Canciller del Rey, quien era una persona que se encargaba de administrar justicia independientemente del rigorismo del '*Common Law*', que al final de cuentas acabó para regular la institución del *Use* y posteriormente al *Trust*. Fue así que se crearon los Tribunales de Equidad (*Court of Chancery*), los cuales se encargaban de aplicar la rama jurídica separada del '*Common Law*', llamada *equity*."¹³

"Los *uses* se creaban por convenio verbal; el *feoffe* aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al *cestui que use* tomar las utilidades; se obligaba a transferir la propiedad o el título de ella tal como se le instruyera. De esta manera, muchos propietarios lograban eludir las graves cargas que les imponía el régimen feudal consistentes en tener que donar parte de sus tierras al señor feudal o participar de los frutos de las mismas u obtener hombres armados para la guerra, etc...También fueron utilizados por las ordenes religiosas."¹⁴ Por lo que el sistema del *Common Law* estableció una serie de gravámenes y cargas contra los propietarios que daban en *feoffe* a otro el título legal de sus tierras reservándose únicamente su uso.

La utilización del *use* trajo como consecuencia también el florecimiento y desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia que es conocido con el nombre de Sistema de Justicia de Equidad.

¹³ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 5.

¹⁴ PIÑA MEDINA, Jorge y otros. op.cit. p. 10.

1.3.- EQUITY.

"El término equidad significa el espíritu de justicia, como la prudente adaptación de la ley general para aplicarla al caso concreto. La equidad es para Aristóteles en sí una forma de justicia y de rectitud que debe presidir las relaciones entre los hombres"¹⁵

"La justicia administrada por los cancilleres era real y práctica, en lugar de una justicia de acuerdo con la ley."¹⁶

La equidad tuvo auge en Inglaterra la cual funcionaba con la Cancillería, que era el tribunal de equidad en el que se decidía los casos de acuerdo a su conciencia y no de acuerdo con principios o normas legales, y por tanto, no tenía necesidad de acatar decisiones precisas.

"La Cancillería desapareció en 1875. Durante este período actuó como tribunal de conciencia fundamentalmente, inspirado en el anhelo de aplicar la justicia al caso concreto, cuando la rigidez del *Common Law* no preveía muchas situaciones."¹⁷

¹⁵ ROALANDINI, Jesús. op. cit. p. 30.

¹⁶ PIÑA MEDINA, Jorge y otros. op.cit. p. 16.

¹⁷ ROALANDINI, Jesús. op. cit. p. 30.

"La justicia administrada por los cancilleres era real y práctica, en lugar de una justicia de acuerdo con la ley."¹⁸

"El *use* y posteriormente el *trust* constituyeron la más frecuente razón de que los ciudadanos acudieran a la cancillería para demandar justicia de equidad, ya que ambas instituciones no estaban definidas por el *Common Law* y las obligaciones derivadas de las mismas eran las más de las veces morales y verbales. Es así como las dos instituciones se fueron perfilando a través de los siglos y como el *ius* y el *trust* constituyeron la gran creación jurisprudencial del derecho de equidad."¹⁹

En virtud de que las operaciones del *use* y posteriormente del *trust* no estaban previstas en el *Common Law* y se constituían verbalmente, muchos de los encargados de su administración tomaban la propiedad para sí mismos y deshonestamente no cumplían el encargo para el cual habían recibido las tierras, "...se cumplía pues la afirmación del doctor Margadant 'el dinero valía más que la buena reputación', entonces el *cestui que trust* acudía ante el canciller demandando justicia de equidad para ejercitar sus derechos y para que se obligara al *feoffee* deshonesto a cumplir con sus obligaciones. La equidad era criterio de prudencia en la aplicación de la justicia al caso concreto y no ciertamente estricto derecho."²⁰

¹⁸ PIÑA MEDINA, Jorge y otros. op.cit. p.16

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem. p. 17.

La *equity*, era el derecho reconocido y aplicado por los tribunales reales, a diferencia de los tribunales consuetudinarios y feudales. Era un sistema que se aplicaba por un tribunal separado.

1.4.- TRUST.

En el derecho anglosajón aparece como ordenamiento jurídico la *equity*, incorporado al *use*, para más tarde dejar de ser tal y convertirlo en *trust*.

"A finales del siglo XVIII los *Trust* tuvieron mucho auge en América, en virtud de que el sistema inglés se había desarrollado considerablemente y fue adoptado casi en su totalidad por los Estados Unidos de América y demás países americanos."²¹

El *trust* moderno proviene del antiguo *use*, como afirma el profesor Maitland: "... en su aspecto jurídico, el *trust* ha sido definido como una obligación de equidad, por lo cual una persona llamada *trustee*, debe usar una propiedad sometida a su control, que es llamada *trust property*, para el beneficio de personas llamadas *cestui que trust*."²²

²¹ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 8.

²² Aut. cit. por Jesús, ROALANDINI, op. cit. p. 35.

La definición más generalizada del *trust* según el profesor Domínguez Martínez es: "un *trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo."²³

"En los Estados Unidos de Norteamérica, 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 de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*)."²⁴

Así, los elementos personales que intervienen en la figura del *trust* son los siguientes:

"A) El *settlor*, que es quien realiza el acto de disposición y da los bienes en *trust* a un segundo sujeto, que es B) el *trustee*, a quien le confía el destino de dichos bienes y este debe realizar los actos tendientes a la conservación de tal fin, que es en provecho de una tercera persona C) el *cestui que trust*."²⁵

²³ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. Séptima edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1997. p. 140.

²⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto, ALMAZAN ALANIZ. op. cit. p. 12.

²⁵ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. op. cit. p. 143

A) El *settlor* es: "...toda persona capaz de disponer de un derecho legal (es el creador del *trust*) o de equidad, puede, si así lo desea, transferirlos a un *trustee* a efecto de cumplir sus propósitos."²⁶

El *settlor* también conocido como "el *trustor* debe tener capacidad para contratar y disposición de los bienes y puede reservarse el derecho de revocar o modificar el *trust*, así como el de dirigir al *trustee* en su actuación."²⁷

"El *trust* tiene como límite la licitud y la voluntad del *settlor* y puede ser privado o de carácter público o de beneficencia."²⁸

B) "El *trustee* es la persona a quien se trasmite el dominio legal de los bienes afectados a un *trust* por el *settlor*, y por ello, se trata del sujeto obligado a realizar los fines para los que dichos bienes fueron afectados."²⁹

"El que el *trustee* no pueda delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al constituir el *trust* obedece precisamente a esa íntima y estrecha relación derivada de la confianza.

"El *trust* se entiende constituido a favor del *cestui*, aún sin la designación del *trustee*, pues ésta puede ser hecha por la Corte de Equidad."³⁰

²⁶ BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 54

²⁷ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto, ALMAZAN ALANIZ, op. cit. p. 13.

²⁸ Idem.

²⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. op. cit. p. 144,

"Para poder serlo, una persona debe tener capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el *trust* se refiere y la de manejarlos conforme a los términos del instrumento respectivo; por otra parte, la ejecución del *trust* podrá exigir criterio y conocimiento de los negocios. En general, por tanto, el *trustee* debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el *trust* y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente".³¹

C) El *cestui que trust* es: "...la persona a favor de quien se constituyó y funciona el *trust*, esto es, su beneficiario."³²

"La capacidad para ser *cestui* se finca en quienes tienen capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se afectan en su beneficio. El *cestui* puede demandar al *trustee* por incumplimiento del *trust*, lo que se traduce en el pago de una suma de dinero.

"La constitución del *trust* es pues válida aunque el instrumento relativo no se encuentre en poder del *cestui* ni se entregue al *trustee*, a menos que el ordenamiento positivo exija un documento escrito para la transmisión del bien fideicomitido, que se hace necesario cuando el *settlor* y el *trustee* son dos personas distintas; o sea que la transmisión de bienes o derechos que pasan al *trustee*, debe hacerse conforme a las formalidades exigidas por la ley vigente en la materia."³³

³¹ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 12.

³² BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 54.

³³ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. op cit. p. 144

³⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 14.

En la actualidad el *trust* es la forma jurídica de mayor empleo en los países anglosajones, pues se utiliza para una sencilla compraventa, hasta para estructurar los monopolios más complicados, para legar un bien a un hijo o para consagrar los bienes a un fin determinado.

Los Estados Unidos de América dieron un gran impulso al *trust* al extender su aplicación a la actividad bancaria. Esta comercialización del *trust* diferencia principalmente a la institución inglesa de la norteamericana.

"En Estados Unidos el *trustee* tiende a ser profesional. En Inglaterra el *trustee* individual no recibe compensación por su trabajo a menos que así se pacte en el instrumento creador del *trust*; en tanto que en Estados Unidos sí recibe compensación. Las *trust companies* y los bancos que tienen facultad para actuar como *trustees*, son profesionales y actúan en el campo de los negocios de administración de *trusts*; una consecuencia de ello es que buscaban o solicitan activamente esa clase de negocios. Esto da por resultado una situación muy diferente a aquella que existe en Inglaterra."³⁴

El profesor Austin Wakeman Scott dice sobre el *trust* que: "...los fines para los cuales puede emplearse son tan ilimitados como pueda serlo la imaginación del abogado... es tan amplio su campo que puede utilizarse para cualquier tipo de acto."³⁵

³⁴ Ibidem. p. 13.

³⁵ BATIZA, Rodolfo. op cit. p. 33.

La figura del fideicomiso en México tiene poco más de 60 años de haberse efectivamente introducido en nuestro derecho, esto a partir de adoptarse la institución del *use* y que después se convirtió en *trust*, así hasta alcanzar su evolución actual.

1.5.- PROYECTO LIMANTOUR 1905.

Con el proyecto Limantour de fecha 21 de noviembre de 1905, el Sr. José Y. Limantour, Secretario de Hacienda de aquella época, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la iniciativa de ley para constituir en la República instituciones comerciales, encargadas de desempeñar funciones de agentes fideicomisarios. A este proyecto a pesar que se le denominó como "Limantour", su autor fue el licenciado Jorge Vera Estañol.

Dicha propuesta, "constaba de ocho artículos y en él, la institución quedaba configurada como el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquier actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato, o que fueran consecuencia legal del mismo."³⁶

³⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 19.

Cabe señalar que la denominación que se dio a estas Instituciones en este proyecto era muy distinta al llamarlas fideicomisarias y no fiduciarias, como actualmente son consideradas.

En la Exposición de Motivos del proyecto de ley se argumentaba "...que en los países anglosajones se denominan '*trust companies*' o compañías fideicomisarias, cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tienen interés directo, sino que obran como simples intermediarios, ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas."³⁷

Tiene el mérito de haber sido el primer antecedente teórico del fideicomiso mexicano, fue un intento legislativo para adaptar el *trust* y las *trust companies* a un sistema de tradición romanista, ya que no adquirió la categoría de ley.

1.6.- PROYECTO CREEL 1924.

El Proyecto Creel, fue elaborado en 1924 por el Sr. Enrique C. Creel, este nuevo proyecto se funda en las Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, en el que se "...corregía la terminología de la anterior al sustituir la expresión "instituciones fideicomisarias" por la denominación "compañías bancarias de

³⁷ BATIZA, Rodolfo. op cit. p. 103.

fideicomisos y ahorro,³⁸ y se proponía las bases de constitución y operación de este tipo de compañías, así mismo se indicaban las principales operaciones que regulaban, como la aceptación de hipotecas en garantía, de los bonos que emitieran en nombre de las sociedades, corporaciones o particulares; aceptar cualquier tipo de contrato de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc., así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños. Este proyecto tampoco tuvo resultados.

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

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924 y publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925, introdujo por primera vez la figura del fideicomiso en nuestro derecho y denominaba a los bancos de fideicomiso como los que "...sirven los intereses del público, en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo, con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia..."³⁹ siendo éstas además sus funciones, así como el facilitar el uso del crédito.

³⁸ ALMAZAN Alaniz, Pablo Roberto. op.cit. p. 30.

³⁹ BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 108.

1.8. -PROYECTO VERA ESTAÑOL 1926.

El licenciado Jorge Vera Estañol preparó un proyecto en el año de 1926 denominado "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", presentándose a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el cual se refería a las operaciones fideicomisarias.

"Los actos, operaciones o contratos que la sociedad podría ser autorizada a celebrar como 'fideicomisaria', consistían en adquirir, enajenar gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del fideicomiso y, en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre bienes".⁴⁰

"Podían ser objeto del fideicomiso los bienes inmuebles y derechos reales, cualquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, excepto aquellos que, conforme a la ley, no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecieran."⁴¹

"Entre los fines para los cuales podría crearse un fideicomiso, salvo las limitaciones legales, se enumeraban la venta, adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso; el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos; la administración, explotación o aprovechamiento de bienes y la entrega o aplicación

⁴⁰ Aut. cit. por ROALANDINI, Jesús. REVISTA JURÍDICA, PETRÓLEOS MEXICANOS, PEMEX LEX. Número 109-110, Julio-Agosto, 1997. p. 12.

⁴¹ Idem.

de una parte o de la totalidad de sus frutos o productos, la entrega de una renta o pensión fija o variable, la acumulación de rentas o productos de bienes de cualquier especie y, en general, ejecución de cualquiera prestación lícita de hecho o de cosa, a favor de cualquier persona."⁴²

Este proyecto mantenía básicamente las ideas expuestas en el Proyecto de 1905, por lo que su influencia en la legislación y en la doctrina fue relativa.

1.9.- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO 1926.

La Ley de Bancos de Fideicomiso fue promulgada el 30 de junio de 1926 y publicada en el Diario Oficial el 17 de julio de 1926. Este ordenamiento estaba compuesto de 86 artículos, mismos que se dividían en cinco capítulos, tuvo mucha influencia de Creel y Alfaro.

"El objeto propio de estas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros, autorizadas por el artículo 1°. Para su establecimiento, se requería el otorgamiento de una concesión, con la exigencia de ser constituida como sociedad anónima (artículo 2°)."⁴³

⁴² BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 109.

⁴³ ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto, ALMAZAN ALANIZ. op. cit. p. 23.



Esta ley define al fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

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

La Ley de Bancos de Fideicomiso fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de fecha 31 de agosto de 1926, y fue publicada en el Diario Oficial el 16 de noviembre del mismo año, esta ley incorporó los preceptos de la ley anterior, reproduciendo algunos de sus artículos, por lo cual existía una gran semejanza.

"Los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía), fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley."⁴¹

⁴¹ BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 116.

1.11.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO 1932.

La Ley General de Instituciones de Crédito, fue publicada en el Diario Oficial el 29 de junio de 1932. Esta ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

Asimismo, conserva con relación "...a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos o comisiones de toda clase de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general, aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros."⁴⁵ Con esto destruye, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros.

Esta ley tuvo como objetivo principal el regular las fiduciarias que habían de desempeñar el fideicomiso y que eran consideradas como instituciones de crédito, sujetas a concesión del gobierno.

⁴⁵ ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. op. cit. p. 36.

1.12.- LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO 1932.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, fue publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto. Esta ley regulaba al fideicomiso como institución sustantiva, conservando la idea de admitir solamente el fideicomiso expreso, dándole capacidad a ciertas personas para actuar como fiduciarias.

El autor de la ley sustantiva fue el licenciado Pablo Macedo, quien propuso el articulado de ésta que se convirtió en el título II, capítulo V, "Del Fideicomiso" que la Comisión redactora aceptó en sus términos.

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

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo, abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 y la reglamentación que contenía de las operaciones fiduciarias estuvo en vigor hasta fines de 1984.

"Su exposición de motivos indicaba que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufría modificaciones como no fuera añadir la enumeración de sus cometidos, algunos que podrían resultar propios de estas

instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales debían regirse las operaciones de inversión que realizara la Institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resultaran indicaciones suficientemente precisas."⁴⁶

"Añadía que, sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se había prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realizaran en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitieran identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que fuera posible o cuando no se hubiera renunciado a ella expresamente, y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones."⁴⁷

1.14.- NACIONALIZACIÓN DE LA BANCA 1982.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de septiembre de 1982 "se expropiaron a favor de la Nación, instituciones de crédito privadas a las que se había otorgado concesión para prestar el servicio público de banca y crédito."⁴⁸

⁴⁶ BATIZA, Rodolfo op. cit. p. 119.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Aut. cit. por ROALANDINI, Jesús. REVISTA JURÍDICA, PETRÓLEOS MEXICANOS, PEMEX LEX. Número 109-110, Julio-Agosto, 1997. p. 16.

"No eran objeto de expropiación el dinero y valores propiedad de usuarios del servicio público de banca y crédito o cajas de seguridad, ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes muebles o inmuebles que no estuvieran bajo la propiedad o dominio de las instituciones afectadas; tampoco eran objeto de expropiación las instituciones nacionales de crédito, ni las organizaciones auxiliares, ni la banca mixta, el Banco Obrero, el Citibank, ni tampoco las oficinas de representación de entidades financieras del exterior o las sucursales de bancos extranjeros."⁴⁹

El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda, previa la entrega de acciones y cupones por parte de los socios de las instituciones afectadas, pagaría la indemnización correspondiente en un plazo no mayor de diez años y el Ejecutivo Federal garantizaba el pago de todos los créditos a cargo de dichas instituciones.

1.15.- LEY REGLAMENTARIA DE SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO 1982.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982 la cual coexistió con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, esta ley se concibe como un ordenamiento transitorio a la normatividad que tendría que resultar de su nacionalización.

⁴⁹ Idem.

1.16.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO 1984.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Esta ley de fecha 28 de diciembre de 1984, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, derogó a la ley anterior y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Este ordenamiento sólo reconoce dos tipos de Instituciones de crédito, la banca múltiple y la banca de desarrollo y permite que ambas clases de Instituciones puedan realizar las operaciones de fideicomiso.

Se introduce en la nueva ley, como novedad, que para la ejecución de los fideicomisos de garantía se aplicará el procedimiento establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que se refiere a la venta de los bienes en prenda, y para lo cual se debe acudir a un juez que la autorice.

1.17.- LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO 1990.

La iniciativa de la Ley de Instituciones de Crédito expuesta por el Ejecutivo Federal se sometió a la consideración del Congreso de la Unión el día 28 de junio de 1990, la cual tenía como fin el restablecer el régimen mixto de la prestación del servicio de banca y crédito, ampliar su acceso y mejorar la calidad de los servicios para un beneficio colectivo evitando subsidios, privilegios y abusos.

Asimismo, el proyecto de ley tenía por objeto: "...regular los términos en que el estado ejercerá la rectoría del sistema bancario mexicano, la prestación del servicio de banca y crédito, las características de las instituciones bancarias, su organización y funcionamiento, su sano y equilibrado desarrollo, y las medidas tendientes a proteger los intereses del público".⁵⁰

En este periodo influyó mucho la figura del fideicomiso, ya que se realizó una transformación de las sociedades nacionales de crédito e instituciones de banca múltiple en sociedades anónimas, por la que se utilizó esta figura para hacer posible la privatización de la banca mexicana en virtud de que la cuantía para adquirir las acciones de las sociedades anónimas se requería la participación de numerosos inversionistas, así se utilizó el fideicomiso de inversión y administración en que figuraban, además del fideicomitente o fideicomitentes iniciales, fideicomitentes adherentes posteriores en secciones regionales integradas por unidades de participación fiduciaria.

"La iniciativa presidencial fue aprobada en sus términos por el Congreso de la Unión; la Ley de Instituciones de Crédito se promulgó el 16 de julio, Diario Oficial del 18. Integrada por 143 disposiciones, y salvo algunos cambios de estructura, la nueva ley, en sus dos terceras partes, es una reproducción literal o casi literal de la Ley Reglamentaria de 1984 que abrogó."⁵¹

"La ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones,

⁵⁰ BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 137.

⁵¹ Aut. cit. por ROALANDINI, Jesús. REVISTA JURÍDICA, PETRÓLEOS MEXICANOS, PEMEX LEX. Número 109-110, Julio-Agosto, 1997. p. 18.

su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público, y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.”⁵²

La figura del fideicomiso está reglamentada por dicha ley, que le da el carácter de operación de crédito (no en su aceptación de préstamos), sí en cambio se apoya en la fe, en la confianza, en el crédito de que disfrutaban las personas a quienes se les permite su ejercicio; pues la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es la ley sustantiva que regula nuestro fideicomiso.

2.-CONCEPTO.

El profesor Rodríguez y Rodríguez estima: "...el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan”.⁵³

El maestro Oscar Vásquez del Mercado señala: "...el fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice

⁵² Ídem.

⁵³ Aut. cit. por OLVERA DE LUNA, Omar. CONTRATOS MERCANTILES. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. p. 160

actos respecto a determinados bienes a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquél que otorga las facultades."⁵⁴

A su vez, el doctor Raúl Cervantes Ahumada considera: "...el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado."⁵⁵

Para el maestro José Manuel Villagordoa Lozano, "...el fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario."⁵⁶

Para el licenciado Emilio Krieger Vázquez "...el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, quien destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la ejecución de esa afectación patrimonial a una institución fiduciaria."⁵⁷

⁵⁴ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. CONTRATOS MERCANTILES. Tercera edición. Editorial. Porrúa, S.A. México, 1997. p. 467.

⁵⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Décima Cuarta edición. Editorial Herrero, México, 1999. p. 293-294.

⁵⁶ VILLAGORDOA LOZANO, José. DOCTRINA DEL FIDEICOMISO. Asociación de Banqueros de México, México, 1976. p. 16.

⁵⁷ KRIEGER VAZQUEZ, Emilio. MANUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO. Primera edición. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos. México, 1976 p. 32.

Después de exponer los conceptos anteriores, se puede decir que el fideicomiso es un negocio jurídico, que debe constar por escrito, por el cual una persona física o moral denominada fideicomitente, destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, en beneficio propio o de un tercero denominado fideicomisario, encomendándole la realización de dicho fin a un fiduciario (banco o alguna otra institución fiduciaria como las casas de bolsa, aseguradoras, afianzadoras, almacenadoras o sociedades financieras de objeto limitado), recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del propio fideicomiso.

3.- NATURALEZA JURÍDICA.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 381: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Sin embargo, no determina en su articulado que cosa jurídica es el fideicomiso.

De la enunciación de la ley resultan los siguientes elementos:

"El fideicomiso es un acontecimiento que produce consecuencias jurídicas (afectación de bienes, encomienda), y en consecuencia, entra a la categoría de los

actos humanos voluntarios que intencionalmente se realizan para producir efectos de derecho y por ello se debe de ubicar en la categoría de negocios jurídicos".⁵⁸

Mediante el fideicomiso, el fideicomitente con capacidad jurídica, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, con exclusión de otros posibles fines. Así, se crea una afectación patrimonial, o sea una vinculación jurídica, en la cual sólo dos elementos son jurídicamente esenciales: los bienes afectados y el fin a que se destinan.

Existe una encomienda, una misión contenida a una persona para que tome a su cargo y bajo su responsabilidad que aquella vinculación de bienes a un fin determinado se lleve a cabo, esta encomienda la realiza en México, únicamente las instituciones fiduciarias que gozan de autorización para llevar a cabo este tipo de operaciones.

La naturaleza del fideicomiso queda explicada por la creación de un patrimonio ligado a un fin concreto. Dicho patrimonio es autónomo por que es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguna de estas tres figuras, puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitados, ya que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado.

El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del

⁵⁸ Ibidem p. 23.

fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

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

4.- ELEMENTOS PERSONALES.

En el fideicomiso intervienen tres personas: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

4.1.- FIDEICOMITENTE.

El maestro José Villagordoa Lozano define al fideicomitente como "...la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios

para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.”⁵⁹

El doctor Miguel Acosta Romero se refiere al fideicomitente como “...la persona titular de los bienes o derechos que 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.”⁶⁰

El licenciado Jesús Roalandini lo define de la siguiente manera: “...la persona física o moral con capacidad legal para transmitir determinados bienes muebles o inmuebles al fiduciario en beneficio de una tercera persona.”⁶¹

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 384, que 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 designen”.

Con las definiciones anteriores podríamos señalar que el fideicomitente es la persona física o moral, mexicana o extranjera, con capacidad legal, que aporta a una institución fiduciaria para constituir el fideicomiso, el o los bienes muebles,

⁵⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José. op. cit. p. 172.

⁶⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel. NUEVO DERECHO BANCARIO, PANORAMA DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO. Octava edición. Editorial Porrúa. México, 2000. p. 452.

⁶¹ ROALANDINI, Jesús. EL FIDEICOMISO PUBLICO EN MEXICO. Ponencia.

inmuebles o los derechos con que se conformará su patrimonio, para ser destinados al fin que la misma señale.

4.2.- FIDUCIARIO.

Para el maestro José Villagordoa Lozano el fiduciario es: "...la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, a través del ejercicio obligatorio de los derechos recibidos del fideicomitente."⁶²

El jurista Oscar Vásquez del Mercado señala que el fiduciario: "...no puede ser sino una institución quien efectúa esta clase de operaciones. Al fiduciario se le transmite por el fideicomitente la titularidad fiduciaria de los bienes que han de lograr el fin del fideicomiso."⁶³

El maestro Acosta Romero define al fiduciario como: "...la institución de crédito que tiene concesión (autorización a partir de julio de 1990) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal."⁶⁴

⁶² VILLAGORDOA LOZANO, José op, cit. p. 175.

⁶³ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar op, cit. p. 471-472.

⁶⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel op, cit. p. 452.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 385 que "...solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito."

En mi opinión, el fiduciario es la institución debidamente autorizada que recibe en propiedad fiduciaria los bienes o derechos fideicomitidos, con la encomienda de destinarlos al fin lícito establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.

4.2.1.- INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.

La realización o ejecución del fideicomiso no puede encomendarse a cualquier persona, pues sólo las instituciones que gozan de autorización otorgada por el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para realizar operaciones fiduciarias, como lo establece la Ley de Instituciones de Crédito, podrán realizar dicha actividad. De acuerdo a dicho ordenamiento, el fideicomiso será prestado por instituciones de crédito. Estas instituciones serán de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo, aunque actualmente este servicio se ha ampliado a otro tipo de instituciones y que se verán más adelante.

"Corresponde a las instituciones fiduciarias llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitido, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, y éstos no pueden limitarse a los

actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquel, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitado, frente al actuar de autoridades que altere, obstaculice o imposibilite el cumplimiento de estos fines, pues ello implica, en un sentido amplio, llevar a cabo el objeto del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que en contrario se establezcan al constituirse el fideicomiso”.⁶⁵

4.2.1.1.- INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE.

La institución de banca múltiple, es una institución de crédito, la cual es autorizada por el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la cual dentro de las operaciones que puede realizar según el artículo 46 fracción XV, de la Ley de Instituciones de Crédito vigente, es la de practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre otras.

⁶⁵ ROALANDINI, Jesús, EL FIDEICOMISO MEXICANO. Primera edición, Textos Jurídicos Bancomer. México 1988, p. 191.

4.2.1.2.- INSTITUCIONES DE BANCA DE DESARROLLO.

Las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito. Esta institución de crédito está autorizada para llevar a cabo las operaciones de fideicomiso, de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito en el artículo mencionado anteriormente, para las instituciones de banca de desarrollo.

4.2.1.3.- ASEGURADORAS.

También la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros establece que las instituciones de seguros podrán realizar entre otras operaciones, fideicomisos de administración, como fiduciarias, en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren como excepción a lo dispuesto por el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.2.1.4.- AFIANZADORAS.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas y sus reformas de 1997, a la fracción XV del artículo 16 de esta ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1997, señala que dentro de las operaciones que pueden realizar las afianzadoras, se encuentra la de actuar como Institución fiduciaria únicamente en el caso de fideicomiso de garantía, así mismo estas compañías pueden ser fideicomisarias en fideicomisos que sirvan como instrumento de pago, señalando las bases a las que deberán sujetar su actuación.

4.2.1.5.- CASAS DE BOLSA.

A su vez, en la Ley del Mercado de Valores de 1993 indica que para ampliar la gama de servicios de la clientela, se plantea que las Casas de Bolsa puedan realizar actividades fiduciarias en negocios directamente vinculados en las funciones que le son propias, consignándose los principios generales de los fideicomisos, mediante disposiciones similares a las previstas sobre el particular en la Ley de Instituciones de Crédito. Así encontramos las actividades que sólo podrán realizar las Casas de Bolsa, precisando que de acuerdo a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México podrán actuar como fiduciarias. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ordenar después de escuchar la opinión del Banco de México la suspensión de las operaciones que infrinjan.

4.2.1.6.- BANCO DE MÉXICO.

Otra institución autorizada para realizar fideicomisos es el propio Banco de México, quien se encuentra con la facultad de actuar como fiduciario conforme a su ley del 17 de noviembre de 1995, o tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el Banco de México constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo.

4.2.1.7.- ALMACENADORAS.

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito considera a los almacenes generales de depósito como organizaciones auxiliares del crédito, la cual regula su organización y funcionamiento, y tiene aplicación al ejercicio de sus actividades.

Los almacenes generales de depósito tienen por objeto el almacenamiento, guarda o conservación, manejo control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia o que se encuentren en tránsito, amparados por certificados de depósito y el otorgamiento de financiamientos con garantía de los mismos. Asimismo, el artículo 11 fracción VIII de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, nos dice que los almacenes generales de depósito pueden afectar en fideicomiso irrevocable los títulos de crédito y los derechos provenientes de los contratos de financiamiento que celebren con sus clientes a efecto de garantizar el pago de las

emisiones de obligaciones subordinadas y demás títulos de crédito, en serie o en masa, para su colocación entre el gran público inversionista.

Todas las instituciones y sociedades mencionadas anteriormente podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomisarios, de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, según establece el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.2.1.8.- SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO LIMITADO.

De acuerdo a las reformas del 23 de mayo de 2000, en el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que las sociedades financieras de objeto limitado pueden actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 bis de la Ley de Instituciones de Crédito en cuanto al cumplimiento de los requisitos que señala esta ley para que puedan aceptar el desempeño de fideicomisos cuyos bienes afectos, deriven de las operaciones inherentes a su objeto social.

4.2.2.- DELEGADOS FIDUCIARIOS.

La ley y la doctrina no precisan ni comentan si los delegados fiduciarios son administradores o mandatarios de la institución fiduciaria.

En materia fiduciaria, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercitarán sus facultades por medio de funcionarios que se designan especialmente al efecto y que se les conoce con el nombre de delegados fiduciarios de conformidad con lo establecido por el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Este nombramiento corresponde al consejo de administración (en las instituciones de banca múltiple) o consejo directivo (tratándose de instituciones de banca de desarrollo) y para acreditar la personalidad de estos funcionarios, bastará la protocolización del acta, en la que consta el nombramiento hecho por el consejo o el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria.

A un cuando la ley no hace referencia a delegados fiduciarios generales, la práctica y también por disposiciones administrativas, se hace una distinción entre delegados fiduciarios generales y delegados fiduciarios especiales.

4.2.2.1.- DELEGADO FIDUCIARIO GENERAL.

El doctor Miguel Acosta Romero señala el concepto de delegado fiduciario general, el cual dice que es: "...uno o más funcionarios que designan las instituciones (por conducto del Consejo de Administración), especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios y de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran ellos personalmente".⁶⁶

El delegado fiduciario general podrá representar legalmente a la institución fiduciaria, en todos los fideicomisos y mandatos que tenga bajo su encargo.

4.2.2.2.- DELEGADO FIDUCIARIO ESPECIAL.

Los delegados fiduciarios especiales son nombrados, generalmente, por el Gobierno Federal en los fideicomisos públicos; pero en todo caso es el Consejo Directivo de las sociedades nacionales de crédito las que aprueban su nombramiento. Asimismo, el doctor Acosta Romero señala que el delegado fiduciario especial "...es la persona designada por el Presidente de la República, específicamente para actuar como administrador de un fideicomiso constituido por

⁶⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel y otros. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO. Primera edición. Edita Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C., México, 1982. p. 82.

el gobierno federal, y que, en consecuencia, el Consejo de Administración de la institución fiduciaria tendrá a su vez que nombrar delegado fiduciario especial.⁶⁷

El delegado fiduciario especial es aquella persona que representa a la institución fiduciaria, únicamente en un sólo fideicomiso o mandato fiduciario generalmente constituido por el Gobierno Federal, Estatal o Municipal.

4.3.- FIDEICOMISARIO.

El maestro José Villagordoa Lozano define al fideicomisario como "...la persona que recibe los beneficios del fideicomiso."⁶⁸

Para el doctor Acosta Romero el fideicomisario "...es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad."⁶⁹

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 383 que:

⁶⁷ Ibidem. p. 86.

⁶⁸ VILLAGORDOA LOZANO, José op, cit. p. 179.

⁶⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel. op, cit. p. 453.

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

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394.

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

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

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

Este último párrafo que se adicionó al artículo 348 (actualmente 383) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y fue publicado en el Diario Oficial en mayo de 1996, ha tenido grandes controversias en las instituciones fiduciarias, al grado de que en la práctica no se aplica. Antes de la adición de referencia, era práctica común que los bancos comerciales o múltiples "cruzaran" sus negocios fiduciarios de garantía, con otros bancos, para evitar que pudieran ser declarados de nulidad, al aducir que no pueden ser fideicomisarios y fiduciarios en un fideicomiso.

En este sentido, de acuerdo a las Leyes Orgánicas de las instituciones de banca de desarrollo, las fiduciarias pueden ser en un fideicomiso tanto fiduciarias como fideicomisarias, así lo establecen los artículos: 51 de la Ley Orgánica del Sistema Banrural, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, el artículo 9 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos y el artículo 8 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior.

De esta forma puedo decir que el fideicomisario es la persona física o moral, mexicana o extranjera y con capacidad legal, que recibe el beneficio del fideicomiso, o la que, una vez cumplida la finalidad, recibe los remanentes.

4.4.- ENTES QUE PUEDEN RECIBIR BENEFICIOS DEL FIDEICOMISO.

Según el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que sólo pueden ser fideicomisarios, las personas físicas o

jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

4.4.1.- REPRESENTACIÓN A TRAVÉS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

De acuerdo con el artículo 390 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando no exista fideicomisario designado o cuando éste sea incapaz, los derechos que tiene, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

Si bien es cierto que este tipo de representación esta regulado en la ley, en la práctica no se lleva a cabo, o es raro que suceda esta situación.

5.- FORMALIZACIÓN.

Para el derecho positivo mexicano la forma única para constituir un fideicomiso es por escrito.

De acuerdo al artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o de un

testamento. La constitución deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso”.

Cuando se trata de un fideicomiso que se establece por acuerdo expreso de las partes, éste debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso.

Cuando el fideicomiso conste en un testamento, ese fideicomiso deberá sujetarse a las formalidades propias del testamento de que se trate. El fiduciario al aceptar un fideicomiso testamentario debe hacerlo en instrumento público, ya sea ante notario o ante la autoridad judicial que conozca de la sucesión del fideicomitente.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. Y ese fideicomiso surtirá efectos contra terceros, desde la fecha de inscripción en el registro.

Requerirá autorización expresa de la Secretaría de Relaciones Exteriores únicamente los fideicomisos que se establezcan en las zonas restringidas que abarcan la franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las playas y litorales del territorio nacional. Así como será necesario la inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

En cuanto al fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles o derechos, podrá formalizarse mediante contrato privado, surtiendo efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan con los requisitos que a continuación se establecen, de conformidad con el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

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

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

6.- CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

Para el profesor Rafael Rojina Villegas el patrimonio "...es un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria que constituyen una universalidad de derecho."⁷⁰

⁷⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo III BIENES, DERECHOS REALES, POSESION. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981. p. 67.

Para el doctrinario Raúl Cervantes Ahumada: "los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en situación de patrimonio en afectación. Por lo tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de sus derechos, en cuyo caso aquellos lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana."⁷¹

Para el doctor Jesús de la Fuente Rodríguez existe "...un efecto traslativo de dominio, ya que en el fideicomiso, la transmisión se efectúa para que el fiduciario pueda realizar los fines que se encomiendan en el contrato, con las limitaciones impuestas tanto por el mismo instrumento como con los que establece la ley. Esta transmisión tiene como fin la constitución de un patrimonio distinto de otros y distinto sobre todo de los patrimonios propios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en donde el fiduciario sólo puede disponer de los bienes para destinarlos al cumplimiento de los fines del fideicomiso."⁷²

De acuerdo con los artículos 381 y 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el fideicomiso siempre existe un patrimonio que se transmite por el fideicomitente al fiduciario, para la realización de un fin lícito y que éste se convierte en titular del mismo, con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo o en sus reformas.

⁷¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl. op. cit. p. 297.

⁷² FUENTE RODRIGUEZ, Jesús De la. TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A., 2000. p. 341.

El titular del patrimonio que entra en fideicomiso, lo será siempre la institución del crédito que desempeñe el cargo de fiduciaria. El fideicomitente y/o los fideicomisarios o beneficiarios, sólo tendrán derecho a los rendimientos que produzca el patrimonio, a los remanentes que quedaren una vez cumplido el fin para el cual se constituyó, o a los derechos que expresamente se hubieren reservado en el acto constitutivo.

Cuando se trata de bienes lo que se transmite es la propiedad y si se trata de derechos de crédito, lo que se transmite es la titularidad de los mismos. Aunque la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta, esto es, que el fiduciario no puede disponer de los bienes y derechos transmitidos en su propio beneficio, sino que tiene la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio.

Por lo que concluiría en que al transmitir la titularidad de los bienes, muebles e inmuebles, o derechos a la institución fiduciaria, el fideicomitente deja de tener el poder de disposición sobre ellos, es decir, que solamente la institución fiduciaria podrá custodiar y disponer de los bienes fideicomitados, de acuerdo con las instrucciones que se hayan estipulado en el contrato.

7.- DURACIÓN.

En el artículo 394 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que la duración de los fideicomisos puede ser indeterminada, como es el caso típico de los constituidos por personas físicas. Sin

embargo, la ley estipula que los constituidos por personas morales, no podrán exceder de 30 años, salvo en los casos en que se designe como beneficiario a una persona moral de orden público o a una institución de beneficencia.

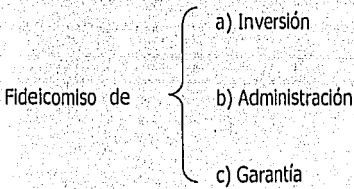
De acuerdo con el artículo 392 de la Ley Cambiaria el fideicomiso se extingue por el cumplimiento de su fin o por que este último o la condición suspensiva de que dependa se haga imposible; por no verificarse dicha condición dentro del término señalado en el contrato o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; por cumplimiento de la condición resolutoria a que este sujeto; por convenio expreso del fideicomitente y fideicomisario; por revocación hecha por el fideicomitente cuando se reserve ese derecho; y por no ser posible la sustitución del fiduciario cuando cese en el desempeño de su cargo.

8.- CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS.

Ni la Ley Cambiaria, ni la actual Ley de Instituciones de Crédito ni sus similares anteriores, establecen o establecieron clasificación alguna para agrupar los servicios fiduciarios por tipos o alguna otra forma. Son las instituciones fiduciarias la que con base en su experiencia han realizado una clasificación por tipo de servicio o finalidad de fideicomiso.

De acuerdo a disposiciones de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en materia de registro de las operaciones fiduciarias y a la práctica bancaria se ha

originado una clasificación del fideicomiso de tipo tripartita, y ha sido reconocida por la doctrina, esta clasificación es la siguiente:



8.1.- INVERSIÓN.

El fideicomiso de inversión lo define el jurista Batiza como "...el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto."⁷³

Para el licenciado Julián Bernal Molina el fideicomiso de inversión es aquél en el que el "...fideicomitente entrega al fiduciario una cantidad determinada de dinero para que dicho fiduciario adquiera determinados valores o establezca determinadas inversiones procediendo a aplicar los productos conforme señale el fideicomitente."⁷⁴

⁷³ BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 173.

⁷⁴ PANORAMA ACTUAL Y PERSPECTIVAS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO. Asociación de Banqueros de México. p. 62.

El licenciado Octavio Hernández lo define como "...aquél cuya finalidad es que la fiduciaria destine el patrimonio fideicomitado a la realización de operaciones económicamente provechosas al beneficio del fideicomitente."⁷⁵

Para las instituciones fiduciarias el fideicomiso de inversión consiste en la entrega de efectivo o valores que hace el fideicomitente (cliente) a la institución fiduciaria, para que éste invierta, administre y reinvierta en títulos o en valores que ofrezcan mayor rentabilidad y seguridad, generalmente en beneficio del mismo fideicomitente o de otras personas designadas por éste, y destinados a los fines establecidos por el propio cliente.

Por lo anterior, puedo definir a los fideicomisos de inversión como aquéllos que consisten en que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la titularidad de determinadas sumas de dinero o valores, encomendándole la realización de ciertos actos en beneficio del fideicomitente o de los fideicomisarios que éste designe.

8.2.- ADMINISTRACIÓN.

Para el jurista Batiza el fideicomiso de administración es "...aquél en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción

⁷⁵ HERNÁNDEZ, Octavio. DERECHO BANCARIO. Serie I, número 1, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956. p. 258.

de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc., todo ello en interés de beneficiario.”⁷⁶

El maestro José Villagordoa Lozano define al fideicomiso de administración como “...aquellos en virtud de los cuales se transmite al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.”⁷⁷

Los fideicomisos de administración se constituyen a efecto de transmitir, en forma temporal, la propiedad de determinados bienes Inmuebles, muebles y/o derechos a una institución fiduciaria, para que ésta los conserve, custodie, guarde, administre y posteriormente los transmita al fideicomisario (persona física o moral) que el fideicomitente indique, o Asimismo, una vez cumplidas las condiciones estipuladas en el contrato.

8.3.- GARANTÍA.

Entre las diversas clases de fideicomiso se encuentra el denominado fideicomiso de garantía, el cual ha tenido gran arraigo en la práctica, pues se ha venido utilizando como sustituto del contrato de hipoteca. El fin que se persigue con dicho fideicomiso es el de garantizar el pago de un préstamo con un bien

⁷⁶ BATIZA, Rodolfo. op. cit. p. 174.

⁷⁷ VILLAGORDOA LOZANO, José op. cit. p. 204.

inmueble o mueble, o derechos, entregándose estos, precisamente, en calidad de bien fideicomitado a una institución fiduciaria legalmente autorizada para fungir como tal. "El fin que se persigue es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble."⁷⁸

El fideicomiso de garantía lo define el jurista Batiza como: aquél utilizado "...por las instituciones autorizadas para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar ante sí mismas las préstamos que concedía su departamento de crédito,"⁷⁹ hasta que fue prohibido por ley, por decreto de fecha 30 de agosto de 1933 en su artículo 348 de la ley sustantivo; en que se agrego en su último párrafo, la nulidad del fideicomiso constituido en favor del fiduciario.

El maestro José Villagordoa Lozano lo define como: "...la transmisión al fiduciario de la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente."⁸⁰

El licenciado Víctor Manuel Giorgana Frutos define a este fideicomiso de la siguiente manera: "...la función de este tipo de negocios es asegurar cualquier obligación que el fideicomitente tenga frente a uno o a varios acreedores, de tal suerte que transmitiendo al fiduciario determinados bienes, éstos últimos tiene la

⁷⁸ ROALANDINI, Jesús, op. cit. p. 184.

⁷⁹ BATIZA, Rodolfo. op, cit. p. 174.

⁸⁰ VILLAGORDOA LOZANO, José. op, cit. p. 200.

certeza de pago, pues en caso de incumplimiento del primero, la institución cumple por su cuenta pudiendo simplificarse los trámites de ejecución."⁸¹

Por ello, defino a los fideicomisos de garantía como aquéllos en los que el fideicomitente aporta como patrimonio al fideicomiso, bienes muebles, inmuebles o derechos, con el fin de garantizar el pago de una prestación a su cargo o a cargo de terceros que éste determine, a favor de un fideicomisario.

La finalidad principal de este fideicomiso es el de asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fideicomitente o de un tercero y a favor del acreedor fideicomisario.

⁸¹ GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel. DERECHO BANCARIO. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1982. p. 45.

CAPÍTULO SEGUNDO.

GARANTÍAS.

CAPÍTULO SEGUNDO.

GARANTÍAS.

1. CONCEPTO.

El Diccionario de la Lengua Española define el vocablo garantía como: "Acción y efecto de afianzar lo estipulado -cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad-."⁸²

Asimismo, el Diccionario de Derecho indica que la garantía es el "...aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario."⁸³

"El lenguaje vulgar, usual, garantía es todo aquello que se entrega o se promete, para asegurar el cumplimiento de una oferta, que puede ser lisa y llana o

⁸² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Ediciones Culturales Internacionales, México. 1990.

⁸³ PINA VARA, Rafael De. DICCIONARIO DE DERECHO, Décima segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984. p. 510.

supeditada a la satisfacción de algún requisito. Esa connotación expresa también el carácter accesorio de la garantía respecto de un acto principal e incluye los dos aspectos de la garantía, uno en interés de quien ofrece, y otro en interés de quien acepta."⁸⁴

El término garantía la usamos como una idea de protección, cautela, prevención, seguridad o reparación de un daño resultante del incumplimiento de una obligación.

2. CONTRATO DE GARANTÍA.

El licenciado Ramón Sánchez Medal al referirse a los contratos de garantía los define como: "...aquellos que directamente sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor quienes contraten con él."⁸⁵

El Diccionario Jurídico Mexicano señala que la finalidad de los contratos de garantía es: "...asegurar al acreedor el pago de su crédito otorgando con ello, confianza en el deudor. Son pues, necesariamente contratos accesorios."⁸⁶

⁸⁴ BAZDRESCH, Luis. GARANTIAS CONSTITUCIONALES, Curso Introductorio, Quinta edición. Editorial Trillas. México 1998. p.11.

⁸⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Décimo séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México, 2001. p.454.

⁸⁶ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Décima primera edición, Editorial Porrúa, S.A. México 2000, p. 1506.

La Enciclopedia Jurídica Omeba nos señala que el contrato de garantía es "...en un sentido lato es todo negocio o acto jurídico que asegure el cumplimiento de una obligación principal, mediante la constitución de una seguridad de carácter personal o real, creada a favor del acreedor, ya sea en forma bilateral o unilateral."⁸⁷

Se puede decir, una vez analizado los conceptos anteriores que los contratos de garantía surgieron para asegurar al acreedor el pago de su crédito, los cuales a la vez son ventajosos para el acreedor, proporcionándole tranquilidad y seguridad de que su crédito le será satisfecho, benefician también al propio deudor, por cuanto le abren la posibilidad de encontrar crédito, de acuerdo a la confianza que a los terceros inspiran las garantías ofrecidas por él.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.

Los contratos de garantía se dividen en dos clases; de garantía personal y de garantía real, dependiendo de la seguridad emanada de las personas, en el primer caso, o de los bienes, en el segundo. Surgen como una expresión de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

⁸⁷ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IV, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 358.

3.1. CONTRATOS DE GARANTÍA PERSONAL.

"Los contratos de garantía personal, que históricamente aparecieron primero, tienden fundamentalmente a garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación, mediante el establecimiento o la creación de una pluralidad de deudores, de suerte que el riesgo que corre aquél, ya es menor, porque si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás codeudores."⁸⁸

Un ejemplo de este tipo de contratos lo encontramos en la fianza.

En algunos casos esta garantía personal no surge de terceros, sino a través de contratos innominados como podría ser un contrato de indemnización, con los que se cumple la finalidad de otorgar al acreedor una mayor seguridad sin que sea necesario afectar el patrimonio del deudor.

3.2. CONTRATOS DE GARANTÍA REAL.

"Los contratos de garantía real, son producto histórico de una evolución posterior y más avanzada, remedian los inconvenientes de los contratos de

⁸⁸ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p. 454.

garantía personal, ya que en éstos subsiste para el acreedor el peligro de no cobrar a causa de la insolvencia de todos los deudores, en tanto que merced a aquellos contratos, que son la prenda y la hipoteca, se afecta o grava un determinado bien del deudor, dotando al acreedor de un verdadero derecho real sobre ese bien, que lo faculta a obtener la venta de dicho bien, y el pago de su crédito con el producto de tal venta, con preferencia a todos los demás acreedores de su deudor.⁸⁹

Otro ejemplo de este tipo de contratos lo encontramos en el depósito y el fideicomiso de garantía.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2964 establece: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables".

3.3. CONTRATOS DE GARANTÍA EN MATERIA MERCANTIL.

En derecho mercantil, estas garantías contractuales toman características peculiares por su referencia a actos de comercio. La Ley de Instituciones de Fianzas regula a la fianza mercantil con la particularidad de ser onerosa y realizada en forma habitual por una institución de fianzas, esta es una garantía personal.

⁸⁹ Ibidem. p. 455

Por lo que respecta a las garantías reales en esta área la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta la prenda mercantil y el fideicomiso de garantía. Por su lado la Ley de Instituciones de Crédito se refiere a la prenda sobre bienes y valores y a la prenda en el descuento de créditos en libros.

Tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como la Ley de Instituciones de Crédito se refieren a la hipoteca mercantil como garantía de una emisión de obligaciones o las constituidas a favor de sociedades financieras y de bancos múltiples, respectivamente.

4. FIANZA.

El Diccionario Jurídico Mexicano indica que la terminología de fianza proviene "...del bajo latín, fidare, de fidere, fe, seguridad. Obligación que tiene una persona de pagar al acreedor si el deudor no cumple. También es el contrato por medio del cual el fiador se obliga como tal. La obligación del fiador puede consistir en pagar la deuda del fiado, una suma menor, o una cantidad de dinero si el deudor no presta una cosa o un hecho determinado. La fianza puede constituirse tanto a favor del deudor, como en favor de un fiador de éste. Puede otorgarse con consentimiento del fiado, sin que éste lo sepa o aun en contra de su voluntad."⁹³

⁹³ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. op.cit. p. 1435.

El licenciado Ramón Sánchez Medal define a la fianza como: "...el contrato por el que una persona, llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se obliga con este último a pagar dicha obligación, en caso de que el primero no lo haga".⁹¹

El licenciado Carlos Gilberto Villegas establece: "...la fianza es una garantía personal, constituida por un tercero, en refuerzo de cualquier tipo de obligaciones."⁹²

El licenciado Oscar Vásquez del Mercado señala: "...la fianza consiste, pues, en la obligación que una persona, fiador, asume como deber directo frente a un acreedor, de garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto llamado deudor principal."⁹³

El artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal se señala: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace."

El contrato de fianza, por tanto, se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor; éste no es parte en el contrato de fianza; el contrato se celebra entre un acreedor

⁹¹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p. 457.

⁹² GILBERTO VILLEGAS, Carlos. COMPENDIO JURÍDICO TÉCNICO Y PRÁCTICO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA. Tomo II, Segunda reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1990. p. 981.

⁹³ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. CONTRATOS MERCANTILES. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1997. p. 339.

y un tercero, que es el fiador. La obligación que asume el fiador consiste en hacerse responsable de que el deudor principal ejecute o cumpla la obligación a su cargo, razón por la cual en este sentido podría decirse que la obligación del fiador es una obligación de resultado.

La función de este contrato es el de servir de garantía al cumplimiento de una obligación; por tanto, la obligación del fiador tendrá que limitarse estrictamente; a lo sumo, al mismo nivel que la obligación del obligado principal. Asimismo, el artículo 2799 del Código Civil para el Distrito Federal nos marca que: "El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto."

4.1. CLASIFICACIÓN.

Es unilateral, porque sólo engendra obligaciones para uno de los contratantes, para el fiador.

Es accesorio; esta es la característica fundamental; todos los contratos de garantía son accesorios. "Es un contrato de garantía y un contrato accesorio, por cuanto que la validez del mismo depende por fuerza de una obligación principal, ya existente o que puede nacer, cualquiera que sea la fuente de dicha obligación, puesto que la obligación principal puede dimanar de la ley, de una resolución

judicial, de un delito, de un acto ilícito, de una declaración unilateral de voluntad o de otro contrato."⁹⁴

Es gratuito, ya que: "...el fiador contrae frente al acreedor obligaciones, como la de cumplir si el deudor no lo hace; no tiene un beneficio, una ventaja, solamente una carga, la obligación de pagar, de cumplir por el deudor si éste no lo hace. El contrato es gratuito por que no hay reciprocidad en los provechos y en los gravámenes, sino que los beneficios son para el acreedor; las cargas para el fiador."⁹⁵ Sin embargo, dentro de esta característica admite pacto expreso en contrario, para que la fianza sea remunerada u onerosa. En este último supuesto tiene ya el carácter de contrato bilateral en un sentido amplio, porque genera obligaciones a cargo de una y otra parte.

Es consensual, ya que no requiere formalidad alguna para su celebración, la ley no exige sino que el consentimiento se manifieste de una manera expresa.

4.2. ESPECIES.

El artículo 2795 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: "La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso."

⁹⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 457.

⁹⁵ LOZANO NORIEGA, Francisco. CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS. Sexta edición. Obra editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México, 1994. p. 366.

Fianza legal: Hay fianza legal, cuando la obligación de dar fiador está consignada en la ley.

Fianza judicial: La definen los tratadistas como aquella a que condena el juez o un tribunal, es decir, la constituida por la intervención o mandato del juez.

Fianza convencional: Es el contrato de fianza liso y llano, cuando es producto del acuerdo de las partes.

Fianza gratuita: Es cuando sólo el fiador se obliga, no hay remuneración al fiador.

Fianza onerosa: Es aquella en la que el fiador recibe por su obligación, una contraprestación del deudor principal.

También existe la fianza mercantil. Será mercantil la que se da con motivo de una operación de comercio, o de operaciones celebradas entre comerciantes. También la otorgada por una institución de fianzas. Estas últimas deberán ser sociedades anónimas. Sólo pueden organizarse y funcionar previa "concesión" otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Está prohibido a toda persona física o moral distinta de éstas, otorgar habitualmente fianza a título oneroso. Se presume, que lo anterior existe cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expliden pólizas, o utilicen agentes.

Asimismo, el doctor Arturo Díaz Bravo indica: "...el contrato de fianza de empresa, la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de la prima que se obliga a pagar el tomador o contratante."⁹⁶

4.3. REQUISITOS PARA SER FIADOR.

Dice el artículo 2802 del Código Civil para el Distrito Federal que: "El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse."

Esa obligación puede nacer de la ley o de un convenio.

Del párrafo anterior tenemos tres requisitos para que una persona pueda ser fiador, las cuales son:

- 1.- Capacidad.
- 2.- Que este domiciliado en el lugar.

⁹⁶ DÍAZ BRAVO, Arturo. CONTRATOS MERCANTILES, Editorial Harla, S.A. México, 1983. p. 175.

3.- Que tenga bienes suficientes.

La regla general es que todas las personas son hábiles para celebrarlo.

"Cuando se trata de una fianza convencional, basta que el fiador tenga la capacidad general para contratar, independientemente de su probidad, de su solvencia o del domicilio que tenga."⁹⁷

"Cuando se trata de una fianza legal o judicial, es menester no sólo que el fiador tenga capacidad para contratar, sino que es indispensable que sea titular, además, de bienes suficientes para responder de la obligación que se pretende garantizar, y que se someta él a la jurisdicción del juez del lugar donde la obligación principal deba cumplirse."⁹⁸

"Para la celebración del contrato de fianza... no se requiere la intervención del deudor principal, da tal suerte que este puede ignorar el otorgamiento de tal garantía, o puede estar conforme en que se otorgue, inclusive, puede hacerse contra su voluntad, sin que ninguna de estas tres circunstancias influya en la validez de la fianza, dado que el deudor principal no es parte en ella, sino un tercero."⁹⁹

⁹⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 460.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Ibidem. p. 461

En la práctica concurre ordinariamente el deudor a la celebración del contrato de fianza entre el fiador y el acreedor.

Aún sin haber sido parte el deudor en el contrato de fianza, tiene el fiador determinados derechos que puede hacer valer en contra del mismo deudor principal, como la acción personal o de reembolso y la de subrogación, en caso de que el mismo fiador haya efectuado el pago de la deuda principal, así como el derecho de exigir al deudor principal que asegure el pago de dicha deuda o que lo releve de la fianza, aun antes de haber efectuado ese pago, en ciertos casos previstos por la ley (artículo 2836 del Código Civil para el Distrito Federal).

4.4. SANCIÓN.

Si el fiador no reúne los requisitos establecidos en el artículo 2802 del Código Civil para el Distrito Federal, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas por dicho precepto.

Asimismo, en el artículo 2805 nos indica que: "El que debiendo dar o reemplazar al fiador, no lo presenta dentro del término que el juez señale a petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta."

El artículo 2806 nos señala: "Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquélla no se da en el término convenido o señalado por la ley o por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa."

4.5. EFECTOS.

La fianza produce dos clases de efectos que son:

1.- Los que nacen directamente del solo contrato de fianza y que se conocen como relaciones o efectos entre el fiador y el acreedor.

Así tenemos un efecto que nace directamente del solo contrato de fianza que es: "la obligación del fiador de pagar al acreedor si el deudor principal no lo hace. Esta obligación del fiador es una obligación personal del fiador, distinta de la del deudor principal, con carácter de accesoria y subsidiaria, pero no condicional."¹⁰²

2.- "Los que no nacen directamente del solo contrato de fianza sino de hechos posteriores a su celebración, tales como el pago que el fiador efectúa de la obligación principal, o la insolvencia sobreviniente de un fiador u otros hechos

¹⁰² Ibidem. p. 465.

similares, cuyos efectos se conocen como relaciones o efectos entre el fiador y el deudor principal o entre diversos cofiadores entre sí."¹⁰¹

4.6. BENEFICIOS DEL FIADOR.

Existen tres beneficios con los que cuenta el fiador y son el de orden y excusión, los cuales no existen en la fianza legal ni en la judicial, y el de división, cuando hay pluralidad de fiadores. Los beneficios antes mencionados son renunciables.

4.6.1. BENEFICIO DE ORDEN.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2814 del Código Civil para el Distrito Federal: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes."

Es decir, que antes de demandar al fiador o de continuar la demanda formulada en contra de éste, debe el acreedor haber ya demandado y terminado el

¹⁰¹ Ibidem, p. 464.

juicio respectivo contra el deudor principal, sin haber podido cobrar a éste por falta de bienes y no por otra causa.

4.6.2. BENEFICIO DE EXCUSIÓN.

Este beneficio consiste en que al ser requerido de pago al fiador, este puede defenderse e interponerlo, a efecto de que antes de proseguirse o continuarse el juicio en contra del fiador, proceda judicialmente el acreedor en contra del deudor principal y embargue o ejecute sobre los bienes de éste.

Para que este beneficio se aproveche por el fiador es indispensable cubrir los siguientes requisitos:

1.- Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago.

2.- Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago.

3.- Que anticipe o asegure los gastos de excusión.

4.6.3. BENEFICIO DE DIVISIÓN.

Este beneficio se estipula en el artículo 2827 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual determina que: "Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio."

Este beneficio no se aplica contra el acreedor, sino que se aplica sólo habiendo pluralidad de fiadores.

4.7. EXTINCIÓN.

La fianza se extingue de dos maneras: por vía de consecuencia, al extinguirse la obligación principal garantizada; y por vía principal, cuando se extingue la obligación del fiador pero continúa viva la obligación del deudor principal.

Por vía de consecuencia: Se extingue la obligación del fiador, dado su carácter de accesoria, cuando se extingue por cualquier causa la obligación principal, es decir, extinguida la obligación principal tiene que extinguirse también la accesoria.

Por vía principal: Se extingue la fianza, dejando viva la obligación del deudor principal, de dos maneras o por las causas establecidas en el derecho común, o por ciertos modos propios o privativos de la fianza.

Los modos de extinción propios de la fianza son:

1.-Si el acreedor libera a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros cofiadores, la fianza se extingue hasta el importe de la deuda del fiador liberado, pero continúa la deuda en su totalidad frente al deudor principal.

2.-Si por culpa o negligencia del acreedor no pueden los fiadores subrogarse en los derechos de prenda, hipoteca, retención o privilegios que tuviere el mismo deudor principal. Asimismo, la desidia del acreedor en promover el juicio de excusión, puede liberar total o parcialmente al fiador, en caso de insolvencia superveniente del deudor principal.

3.-Si el acreedor concede una prórroga o espera al deudor principal, sin consentimiento del fiador, se extingue la fianza.

4.-Si el acreedor conviene con el deudor principal en sujetar la deuda principal a nuevos gravámenes o condiciones que le hagan más onerosa o que exponga al fiador a un mayor peligro, tales hechos liberan al fiador de su responsabilidad.

5.-Si el acreedor no requiere judicialmente de pago al deudor principal dentro del mes siguiente a la fecha del vencimiento de la obligación principal o a la fecha en que ésta se haya hecho exigible cuando la fianza se haya otorgado por tiempo indeterminado.

6.-Si una vez iniciado el juicio contra el fiador por el acreedor, deja éste de promover sin causa justificada por más de tres meses en dicho juicio.

5. PRENDA.

El profesor Ramón Sánchez Medal define a la prenda como: "...el contrato por el que un deudor o un tercero en una determinada obligación entrega al acreedor o un tercero un bien mueble enajenable y le concede el derecho para hacer vender éste en caso de incumplimiento de dicha obligación y a que con su precio se haga pago de la misma con preferencia a otros acreedores."¹⁰²

Para el licenciado Francisco Lozano Noriega el contrato de prenda es: "...aquel por virtud del cual el deudor afecta un bien mueble enajenable con el derecho real del mismo nombre -derecho real de prenda- para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."¹⁰³

¹⁰² Ibidem. p. 477.

¹⁰³ LOZANO NORIEGA, Francisco. op.cit. p. 389.

El licenciado Carlos Gilberto Villegas define a la prenda como "...una garantía real, de antigua tradición, por la cual el mismo, deudor o un tercero entregan al acreedor un bien mueble, para asegurar una obligación civil o comercial, presente o futura, pura o condicionada....Hay constitución de prenda cuando el deudor o un tercero por él, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito, en seguridad de una deuda, cierta o condicional, presente o futura."¹⁰⁴

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal determina el concepto de prenda en su artículo 2856 el cual nos indica que: "la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

La palabra "prenda" tiene tres acepciones principales con el que denominamos:

1.- El contrato.

2.- El derecho real que da nacimiento al contrato.

3.- Nos sirve para designar la misma cosa sobre la que se constituye ese derecho real de garantía llamado prenda.

La finalidad del contrato de prenda, "...es la de servir de garantía para el cumplimiento de una obligación; si la obligación garantizada no es cumplida, el

¹⁰⁴ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. op. cit. p. 996.

acreedor prendario tiene derecho para hacer vender la cosa dada en prenda y aplicar su producto, su valor, su precio, al pago de la obligación; luego la prenda podrá actualizarse cuando la obligaciones haga exigible y producir una venta forzosa respecto del bien dado en prenda; de aquí que se exija, pues, que ese bien pueda ser llamado a ser vendido; que ese bien tenga el carácter de enajenable, porque si no, no podría cumplir su función el contrato de prenda, cual es la de garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en pago."¹⁰⁵

5.1. CLASIFICACIÓN.

"Es unilateral, porque únicamente hace nacer obligaciones a cargo del acreedor prendario; no es el deudor el que tiene obligaciones; él, en lo personal, no contrae obligación mediante la celebración de este contrato: las contraerá si la prenda queda en su poder porque entonces debemos considerarlo como depositario sobre bienes muebles que quedan en su poder, es responsable de la conservación y cuidado de la prenda; pero esto es lo excepcional."¹⁰⁶

El acreedor prendario es el obligado porque es el poseedor de la cosa; tiene la obligación de conservarla para restituirla si la obligación se cumple. Si la cosa queda en poder del deudor, será entonces para él que nazcan obligaciones; engendra obligaciones para aquél en cuyo poder queda la cosa en prenda.

¹⁰⁵ LOZANO NORIEGA, Francisco. op cit. p. 390.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 398.

Es un contrato accesorio, en virtud de que no se puede concebir sin que exista previamente una obligación a la cual ese contrato le sirva de garantía.

"Es formal, pues para ser opuesta a terceros requiere que sea constituida por escrito."¹⁰⁷

De acuerdo al artículo 2860 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente."

Es un contrato real, en virtud de que para que este se perfeccione debe ser entregada la cosa (entrega material de la cosa), para lo cual el Código Civil para el Distrito Federal estipula lo relacionado en su artículo 2858 que señala: "Para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente." Asimismo, en el artículo 2859 menciona que "Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público."

¹⁰⁷ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. op. cit. p. 998.

5.2. ESPECIES.

La prenda puede ser de dos tipos:

1.- Prenda voluntaria: Es cuando el contrato se lleva a cabo por voluntad espontánea del constituyente.

2.- Prenda legal: Es cuando se realiza para cumplir con una obligación legal de otorgar esa garantía, pero también en este caso hay un contrato, aunque no siempre es con el mismo acreedor, sino que puede ser con una tercera persona.

Asimismo, se encuentra la prenda mercantil, la cual según el jurista Rafael De Pina Vara señala: "la prenda es mercantil cuando se constituye para garantizar un acto de comercio o cuando recae sobre cosas mercantiles."¹⁰⁸

5.3. ELEMENTOS PERSONALES.

Las partes que intervienen en la prenda son:

¹⁰⁸ PINA VARA, Rafael De. ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO, Décima novena edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986. p. 251.

1.- "El constituyente de la prenda, que es el deudor o un tercero, los cuales requieren capacidad general para contratar y la legitimación o el poder para disponer del bien objeto de la prenda, porque sólo el dueño o la persona expresamente autorizada por él para ese efecto concreto puede pignorar una cosa,"¹⁰⁹ y

2.- "El acreedor prendario, que sólo necesita de la capacidad general para contratar. En ocasiones puede el constituyente celebrar el contrato no con el acreedor mismo, sino con un tercero."¹¹⁰

En la constitución de la prenda, no es parte necesariamente el deudor de la obligación que se garantiza, ya que puede constituirse la prenda por un tercero aun sin el consentimiento de dicho deudor.

5.4. ELEMENTOS REALES.

Son dos los elementos reales en la prenda: la cosa pignorada y el crédito garantizado.

1.- La cosa, debe ser un bien mueble, por excepción también pueden darse en prenda las cosechas en pie, que son inmuebles. La prenda puede recaer

¹⁰⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p.470.

¹¹⁰ Idem.

sobre un bien corpóreo o incorpóreo, como los créditos. Puede la prenda recaer sobre bienes fungibles, como frutos, y aún sobre dinero, en cuyo caso se transmite la propiedad al acreedor prendario y, por ello, se llama "prenda irregular".

La cosa pignorada debe, además, ser un bien enajenable.

2.- El crédito garantizado, debe éste ser válido, ya que no basta una obligación natural; puede ser una obligación futura.

5.5. REQUISITOS.

Existen los requisitos de existencia los cuales son:

1.- El consentimiento, el cual es el acuerdo de voluntad de la persona que otorga la cosa en prenda.

2.- El objeto, el cual únicamente pueden ser las cosas muebles y enajenables.

3.- La prenda no puede existir sin una obligación a la que sirva de garantía.

También se encuentran los requisitos de validez que son:

1.- La capacidad, se debe tener además de la capacidad general, la de la disposición, tratándose del deudor prendario, siendo suficiente la capacidad general, en cuanto al acreedor prendario.

2.- El consentimiento exento de vicios y el objeto, motivo o fin lícitos, de los cuales no hay una regla especial.

3.- Forma, la cual debe constar por escrito.

5.6. INDIVISIBILIDAD DE LA PRENDA.

"Por regla general la prenda es indivisible, en el sentido de que aunque se extinga parte del crédito o se destruya parte de la cosa pignorada, subsiste íntegro el derecho real de prenda originalmente constituido, porque cada parte del bien pignorado garantiza la totalidad del crédito y a su vez cada parte del crédito está garantizado por la totalidad del bien pignorado. Sin embargo, puede reducirse la prenda en forma proporcional a los pagos parciales que conforme a derecho se hubieren efectuado al acreedor prendario, en estos dos casos: cuando se hayan dado en prenda varios objetos, o bien cuando la cosa pignorada sea

cómodamente divisible, pero siempre que en uno y otro de estos supuestos queden los derechos del acreedor eficazmente garantizados.¹¹¹

5.7. EFECTOS.

Los efectos esenciales de la prenda son dos:

1.- Las obligaciones personales a cargo del acreedor prendario, o en su caso del tercero que haya recibido la prenda; y

2.- Un derecho real a favor del propio acreedor prendario.

Asimismo, hay efectos eventuales de la prenda, que son obligaciones personales a cargo del constituyente de la prenda.

¹¹¹ Ibidem. p. 481.

5.8. OBLIGACIONES DEL ACREEDOR PRENDARIO.

Las obligaciones del acreedor prendario son tres:

1.- Proveer a la conservación de la cosa como si fuera propia. Asimismo, tiene el deber de custodia jurídica y no sólo de conservación material de la prenda.

2.- Abstenerse de usar la cosa pignorada, pues no tiene el acreedor prendario el "*jus utendi*", a menos que expresamente esté autorizado por convenio. Tampoco tiene el "*jus fruendi*", o sea derecho a la percepción de los frutos, ya que, salvo pacto en contrario, los frutos no le pertenecen a él, sino al constituyente de la prenda, pero sin que éste pueda exigir que se le entreguen, dado que los frutos incrementan la prenda y forman parte de ella.

Cuando el acreedor usa de la cosa sin estar facultado para ello, incurre en un abuso que tiene como sanción que se le obligue a otorgar fianza o a que la cosa se deposite en poder de un tercero.

3.- Restituir la cosa al constituyente de la prenda, una vez pagada la deuda principal y sus accesorios y reembolsados los gastos de conservación de la misma cosa.

5.9. OBLIGACIONES EVENTUALES.

"Las obligaciones eventuales a cargo del constituyente o dueño de la cosa pignorada se reducen a rembolsar al acreedor pignoraticio los gastos necesarios y útiles que éste hubiere hecho para la conservación de la cosa, a menos que por convenio, el mismo acreedor usara de la cosa pignorada, ya que en este supuesto no existiría tal obligación, sino que se absorberían por el propio acreedor los gastos de referencia."¹¹²

También puede surgir la obligación del constituyente de la prenda de indemnizar al acreedor prendario, cuando la cosa pignorada ha causado daños y perjuicios a dicho acreedor.

5.10. DERECHO REAL DE PRENDA.

El derecho real de prenda a favor del acreedor pignoraticio implica cuatro derechos que son:

¹¹² Ibidem. p. 483.

1.- "El "*jus possidendi*", que da derecho al acreedor prendario a la posesión de la cosa y a perseguir la misma cosa para recuperarla, aun en contra del mismo deudor o constituyente de la prenda."¹¹³

"El acreedor tiene el derecho de retener los bienes dados en prenda hasta que le sea pagado el crédito que la prenda garantiza... Asimismo, tiene derecho de perseguir la cosa si estuviera en poder de un tercero o del mismo deudor. Ello si hubiere perdido por cualquier razón la tenencia de la cosa prendada."¹¹⁴

2.- "El acreedor tiene derecho de percibir intereses, rentas y frutos de la cosa dada en prenda, por cuenta del deudor y con la obligación de imputar esos intereses o frutos a los intereses de la deuda, si se debieran, o al capital, si no se debieran."¹¹⁵

3.- "El "*jus distrahendí*" que da derecho al acreedor prendario a la venta de la cosa pignorada. Es esencial en la prenda este derecho, por lo que no puede suprimirse por ningún pacto."¹¹⁶

La venta de la cosa empeñada se realiza ordinariamente por la autoridad judicial y en remate público, para lo cual el acreedor prendario a quien no se le ha pagado su crédito ya exigible, promueve juicio sobre venta de la prenda, emplazándose al constituyente de la prenda para que en el plazo legal para la

¹¹³ Ibidem. p. 484.

¹¹⁴ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. op. cit. p. 1003.

¹¹⁵ Ibidem. p. 1005.

¹¹⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p. 484.

contestación de la demanda pueda oponer excepciones, tales como nulidad de la prenda o que la obligación garantizada se extinguió, y para que después en su caso, se abra el juicio a prueba. Aunque ya se haya dictado sentencia en ese juicio, puede liberarse la prenda pagando la deuda antes del remate.

Por excepción, puede efectuarse la venta extrajudicial de la prenda por parte directamente del acreedor prendario mismo, cuando así se convino expresamente, en cuyo supuesto el citado acreedor prendario, para permitir al deudor o al constituyente de la prenda hacer uso del derecho a obtener la liberación de esta mediante el pago de la deuda, debe notificar al constituyente de la prenda que va a proceder a la venta de la cosa pignorada.

4.- El derecho a ser pagado con preferencia a otros acreedores y en la medida del valor de la cosa pignorada, con el producto de la venta de dicha cosa.

"Para que el acreedor prendario pueda hacer valer este derecho de preferencia o privilegio, es necesario que conserve él en su poder la cosa pignorada que se le entregó y no haya perdido por su culpa la posesión de ella, o que si la dejó en poder de un tercero o del mismo deudor y la inscribió en el Registro Público de la Propiedad, no haya consentido en que se entregará la cosa a otra persona."¹¹⁷

Los cuatro derechos ya analizados son los únicos que tiene el acreedor prendario, ya que carece del *jus fruendi* y del *jus utendi*.

¹¹⁷ Ibidem. p. 486.

Los límites de este complejo derecho real se extiende a garantizar al acreedor su crédito también con los frutos, accesorios e incrementos de la cosa pignorada.

5.11. PRENDA SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN.

El derecho de prenda era el único derecho real que por excepción requería de la entrega de la cosa para constituirse, sin embargo, a partir de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2000 en su artículo 346 se señala: "La prenda sin transmisión de posesión, constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados.

En cualquier caso, el proceso de ejecución de la garantía se sujetará a lo establecido por el Título Tercero bis del Código de Comercio."

De lo anterior, considero que ésta figura jurídica representa un riesgo para el acreedor, en virtud de que éste no cuenta con la posesión del bien dado en garantía y la falta de pago del deudor sobre el crédito otorgado al acreedor, tiene como consecuencia el no recuperar inmediatamente la cantidad del préstamo.

5.12. EXTINCIÓN.

Existen dos modos de extinguir el derecho real de prenda y son:

1.- Por vía indirecta: Cuando se extingue la obligación principal que ella garantiza, bien sea por virtud del pago o de cualquier otro modo de extinción de las obligaciones.

2.- Por vía directa: Cuando deja de existir el derecho real de prenda, pero subsiste la obligación garantizada por él.

Se mencionan a continuación algunas causas de extinción:

a) La renuncia expresa que el acreedor haga de la prenda, extingue ésta, pero deja en pie la obligación que estaba garantizando aquélla.

b) La destrucción o pérdida de la cosa pignorada, aunque extingue la prenda por vía directa, da derecho, sin embargo, a favor del acreedor prendario para exigir del deudor otra prenda o el pago de la obligación aun antes del plazo convenido, siempre que tal destrucción o pérdida no sea por culpa del mismo acreedor.

c) La quiebra del deudor prendario comerciante puede dar lugar a la pérdida del derecho real de prenda y aun del privilegio inherente al mismo, cuando el acreedor prendario no haya solicitado el reconocimiento de su crédito dentro del plazo concedido para el efecto a todos los acreedores del fallido, pues como sanción a esta omisión, se reduce a dicho acreedor prendario a la condición de un acreedor común desprovisto del privilegio de la prenda.

"La extinción de la obligación garantizada, sea por pago, sea por cualquier otra causa legal, extingue el derecho de prenda y por lo tanto el de retención."¹¹⁸

6. HIPOTECA.

Para el licenciado Ramón Sánchez Meda la hipoteca es: "...un contrato por el que el deudor o un tercero en una determinada obligación, conceden el derecho a hacer que se venda un determinado bien en caso de incumplimiento de dicha obligación y a que se pague con su precio el pago de la misma con preferencia a otros acreedores."¹¹⁹

El maestro Manuel Borja Soriano define a la hipoteca como: "...el contrato de hipoteca es aquél por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un

¹¹⁸ RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Décima novena edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1988. p. 265.

¹¹⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p. 489.

inmueble generalmente, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago."¹²⁰

Planiol da su definición de la hipoteca diciendo: "...la hipoteca es una seguridad real que se otorga sobre bienes determinados que no implica la desposesión por parte del deudor, pero que da derecho al acreedor para tomar, al vencimiento de la obligación garantizada con ellos, esos bienes de manos de quien se encuentren, hacerlos vender y aplicar su precio al pago de la deuda."¹²¹

Para el licenciado Carlos Gilberto Villegas la hipoteca es: "...una garantía real por la cual el deudor o un tercero afecta al pago de una deuda un inmueble (u otros bienes a los que la ley admite ser objeto de este gravamen) sin entregarlo al acreedor, conservando su uso y goce."¹²²

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2893 señala: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley."

"La palabra hipoteca es susceptible de tener tres interpretaciones: entendemos el contrato que da nacimiento al derecho real del mismo nombre;

¹²⁰ BORJA SORIANO, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Tomo I, Décima sexta edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1998. p. 138.

¹²¹ LOZANO NORIEGA, Francisco. op.cit. p. 411.

¹²² GILBERTO VILLEGAS, Carlos. op. cit. p. 1022.

también a ese derecho real y, por último, aun cuando en un sentido bastante restringido, podemos decir que por hipoteca también se entiende la cosa misma afectada con este gravamen, o la afectación misma cuando se crea por voluntad unilateral."¹²³

6.1. CLASIFICACIÓN.

"Es un derecho real, es decir, que confiere a su titular una facultad o un poder sobre la cosa hipotecada."¹²⁴

Es accesorio, porque supone la existencia de una obligación cuyo pago garantiza. El contrato se liga de manera permanente a la obligación principal; extinguida ésta, también se extingue la hipoteca por vía de consecuencia.

El contrato de hipoteca se encuentra fuera de las clasificaciones ordinarias de unilateral o bilateral, dado que no engendra obligaciones, ni derechos de crédito, sino sólo da nacimiento a un derecho real, el derecho real de hipoteca.

La hipoteca debe ser especial; esto es no debe recaer sobre la generalidad de los bienes del deudor, sino que debe ser especial en cuanto que debe recaer sobre ciertos y determinados bienes.

¹²³ LOZANO NORIEGA, Francisco. op. cit. p. 410.

¹²⁴ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. op. cit. p. 1023.

"No puede el deudor constituir hipoteca para garantizar todas las obligaciones que contraiga frente a una persona, sino que esas obligaciones deben ser determinadas que permitan a un tercero conocer por cuanto responde un bien."¹²⁵ El artículo 2912 del Código Civil para el Distrito Federal sobre el particular nos dice que: "Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza."

La hipoteca garantiza no sólo el pago de la obligación sino también de sus accesorios.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2915 dispone que: "La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años, a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público."

Es un contrato formal, por que o se otorga en escritura privada firmada por ambas partes y ante dos testigos, o bien se otorga en escritura pública, esto dependiendo de la cuantía. Esta formalidad basta para que la hipoteca produzca efectos plenos entre las partes, aun para el caso de juicio, pero para que produzca efectos contra terceros es indispensable siempre la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

¹²⁵ LOZANO NORIEGA, Francisco. op. cit. p. 413.

6.2. ESPECIES.

Hay dos clases de hipotecas: las voluntarias y las necesarias.

1.- Hipoteca voluntaria: "Son....las que se constituyen por voluntad espontánea del deudor, o para cumplir una obligación impuesta por el dueño de los bienes que se hipotecan... sea mediante una simple declaración unilateral de voluntad en la forma exigida por la ley, o bien mediante un contrato o acuerdo de voluntades."¹²⁶

El Código Civil para el Distrito Federal define a la hipoteca voluntaria en el artículo 2920 y dice que: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen."

2.- Hipoteca necesaria: "Existe cuando se constituye para cumplir una disposición de la ley, lo cual puede hacerse o por medio de un contrato o también mediante una simple declaración unilateral de voluntad del deudor."¹²⁷

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal da el concepto de hipoteca necesaria y dice al respecto: "Llámase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas

¹²⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p. 192.

¹²⁷ Idem.

para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores".

En ésta el deudor hipotecario procede a su constitución, a su otorgamiento, por una obligación, por un deber jurídico.

6.3. ELEMENTOS PERSONALES.

Las partes que intervienen en la hipoteca son:

1.- El constituyente (deudor o tercero) de la hipoteca, el cual requiere de la capacidad general para contratar, debiendo ser completa esa capacidad y no limitada. Así se debe de entender que sólo puede hipotecar el que puede enajenar, lo que significa que quien tiene capacidad limitada y carece de facultad para enajenar, tampoco puede hipotecar. Se requiere ser propietario de la cosa que va a hipotecarse, es decir, debe de ser titular de la propiedad o del derecho real que va a hipotecarse.

De igual forma, puede ser un tercero el constituyente de la hipoteca, el cual contrae una obligación hasta el límite del valor de la cosa hipotecada y con posibilidad de liberarse de ella con el abandono o enajenación de la misma cosa hipotecada.

2.- El acreedor hipotecario, que es la persona a favor de quien se otorga la hipoteca, es decir, a favor de quien se garantiza la obligación principal, y a éste se le concede el "*jus distrahend*", que consiste en la facultad de disponer de la cosa para que con el valor de ésta, mediante su venta, pueda cubrir el deudor o tercero la obligación principal.

Para el acreedor hipotecario no se requiere sino la capacidad general para contratar, que es una subespecie de la capacidad de ejercicio.

6.4. ELEMENTOS REALES.

Son dos los elementos reales de la hipoteca que son: los bienes hipotecables y los créditos susceptibles de ser garantizados con hipoteca.

1.- Bienes hipotecables: Sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, por lo que los bienes estrictamente personales, no pueden hipotecarse. Puede afirmarse que tampoco pueden hipotecarse los bienes futuros. La hipoteca generalmente, recae sobre bienes inmuebles, con tal que sean enajenables.

2.- Crédito susceptible de garantía hipotecaria: El crédito puede derivar de una declaración unilateral de voluntad, de un contrato, de la ley o de una resolución judicial. Pueden garantizarse créditos puros y simples o créditos sujetos

a término o a condición, créditos ya existentes o créditos futuros. El crédito garantizado con la hipoteca, comprende no solamente el capital, sino también los réditos vencidos y no pagados hasta por tres años si produce intereses, pudiendo inclusive extenderse, mediante pacto expreso, a los intereses devengados e insolutos en el plazo de cinco años, que es el término para la prescripción extintiva de los réditos. Para que este pacto produzca efectos contra tercero es menester que se tome razón en el Registro Público de la Propiedad.

6.5. PRINCIPIOS DE LA HIPOTECA.

Existe una correlación entre el bien hipotecado y el crédito garantizado con la hipoteca, que se manifiesta en tres principios fundamentales que son:

1.- La especialidad, en cuanto a bienes hipotecados y en cuanto a créditos garantizados con la hipoteca, está expresamente reconocida en nuestra ley, ya que unos y otros deben determinarse en concreto. La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados y no sobre la generalidad de los bienes del deudor.

2.- La publicidad, para que la constitución, modificación y extinción de la hipoteca se inscriba siempre en el Registro Público de la Propiedad, a fin de que produzca efectos contra terceros, si bien entre las partes tiene plenos efectos sin necesidad de esa publicidad.

3.- La indivisibilidad de la hipoteca, esta reconocida como regla general, tanto por lo que se refiere al crédito garantizado, como por lo que hace al bien hipotecado, ya que la hipoteca subsiste integra aunque por pago o por otro modo de extinción se reduzca la obligación garantizada, y asimismo gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que queden, aunque el resto de ellos hubiere desaparecido.

Esta regla general tiene dos excepciones: primera, cuando se hipotecan varias fincas para seguridad de una misma deuda, en cuyo supuesto hay que precisar por qué parte del crédito responde cada bien; segunda, cuando se hipoteca una finca susceptible de ser fraccionada, en cuyo caso pueden obtenerse liberaciones parciales y para ello, por excepción, se permite también implícitamente al deudor el pago parcial de su deuda.

6.6. EL DERECHO REAL DE HIPOTECA.

Del contrato de hipoteca no dimanen obligaciones o derechos de crédito, sino sólo un derecho real, el derecho real de hipoteca que implica una serie de facultades o derechos, como son:

1.- El derecho eventual a la posesión de la cosa, en el que "el acreedor hipotecario no tiene derecho a la posesión inmediata de la cosa hipotecada, pues en esto radica su distinción fundamental con la prenda y por esta razón se dice que la hipoteca es una garantía real sin desposesión de la cosa. Sin embargo, el

acreedor hipotecario (el acreedor con garantía hipotecaria) tiene un derecho diferido a la posesión de la cosa, pues su "*jus possidendi*" comienza hasta que la obligación garantizada se hace exigible y se incumple por el deudor, determinando al acreedor a intentar la acción hipotecaria. Esta acción ha de ejercitarse precisamente contra el "poseedor a título de dueño" de la cosa hipotecada, puesto que a partir del emplazamiento se hace pasar la posesión jurídica de dicha cosa al acreedor hipotecario,... constituyendo por ministerio de ley al poseedor demandado en mero depositario de la cosa hipotecada y de los frutos que a partir de entonces produzca la misma cosa."¹²⁸

Antes del emplazamiento de la demanda hipotecaria, el titular del bien hipotecado conserva la posesión de la cosa, y tiene, por tanto, el "*jus utendi*", para usar libremente de la cosa y para servirse de ella; y tiene también el "*jus fruendi*", para percibir los frutos de la cosa con las salvedades que la propia ley señala, así como darla en arrendamiento a terceras personas.

2.- Derecho a la enajenación de la cosa, en el que se cuenta con "el *jus distrahend*", que consiste en el derecho que tiene el acreedor hipotecario a pedir la venta de la cosa hipotecada, para realizar el valor de ésta. Esta venta de la cosa hipotecada siempre ha de hacerse por la vía judicial y nunca en forma extrajudicial.

En materia de hipoteca no puede pactarse que sin necesidad de remate, en caso de incumplimiento, se adjudique al acreedor la propiedad del bien al precio fijado a la misma cosa en el acto de constituirse la hipoteca.

¹²⁸ Ibidem. p. 503.

El acreedor sólo puede adquirir la cosa hipotecada, o como postor dentro del remate judicial de la misma cosa, o fuera de remate, pero al precio que las partes convengan al momento de hacerse exigible la deuda.

No debe confundirse con el mencionada "pacto comisorio", el convenio válido por el que las partes fijan desde el momento de constituirse la hipoteca el valor de la cosa hipotecada que servirá de base para el caso de remate de la misma, con el fin de eludir así la demora de un avalúo judicial de la finca hipotecada.

3.- Derecho de preferencia en el pago, en el que "el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con preferencia a los demás acreedores del deudor, sobre el valor realizado de la cosa hipotecada, o sea sobre el precio obtenido del remate. Esta preferencia se decide en favor del acreedor más antiguo, cuando hay concurso de varios acreedores hipotecarios sobre el mismo bien hipotecado, siendo preferente el acreedor que primero hubiere presentado su título para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad."¹²⁹

"Sin embargo, existen algunos créditos que se cobran antes que el mismo acreedor hipotecario, tales como los que tengan por objeto cubrir los gastos del juicio respectivo y los gastos necesarios de conservación y administración del bien hipotecado, así como los créditos de los trabajadores por salarios o indemnizaciones del último año."¹³⁰

¹²⁹ Ibidem, p. 505.

¹³⁰ Ibidem.0

6.7. EFECTOS.

Los efectos de la hipoteca son dos:

1.- Los efectos de la hipoteca entre el acreedor y deudor hipotecarios antes de que se promueva el juicio hipotecario correspondiente, es decir, antes de que la obligación principal sea exigible, para lo cual esta se divide en cuatro efectos que son:

Respecto de la posesión: En la hipoteca hay una seguridad real, ya que no se priva al deudor hipotecario de la posesión de la cosa, posesión que podrá perder cuando la obligación sea exigible.

Respecto a los actos de dominio: El deudor hipotecario conserva la propiedad de la cosa, no se le priva de su carácter de dueño, puede usar y disponer de la cosa, pero este uso y disposición no deben de afectar al acreedor hipotecario, ya que este es titular de un derecho real y como tal tiene la acción persecutoria de la cosa.

Respecto al arrendamiento: El deudor hipotecario puede celebrar respecto de la cosa, actos de administración, como lo es la celebración del contrato de arrendamiento.

Respecto a los frutos: El deudor hipotecario es el que tiene derecho a los frutos de la cosa, no los transmite por virtud de la constitución de la hipoteca, pero mediante un pacto en ese sentido puede estipularlo, así como la renta.

2.- Los efectos de la hipoteca entre acreedor y deudor una vez que se ha promovido el juicio hipotecario correspondiente o, por lo menos, una vez que la obligación principal es exigible.

En este caso el derecho fundamental que tiene el acreedor hipotecario es el de tomar la cosa, hacerla vender y aplicar su precio al pago de la obligación garantizada con la hipoteca.

El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establezca el Código de Procedimientos Civiles. Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero. El acreedor hipotecario, llegado el caso de que la obligación principal se haga exigible

6.8 EXTINCIÓN.

Hay dos modos de extinción del derecho real de hipoteca:

1.- Por vía indirecta: Cuando se extingue la obligación y a consecuencia de ello se extingue el derecho accesorio de hipoteca que la garantizaba. En este supuesto encontramos varios modos de extinguir este derecho real, como son los modos de extinción de las obligaciones como el pago, la novación, la compensación, la confusión, la remisión, la prescripción, la nulidad, y demás causas de la obligación garantizada, extinguen por vía de consecuencia el gravamen hipotecario.

Hay dos excepciones al principio general de la extinción de la deuda que son:

Aunque la obligación se haya extinguido por dación en pago y consecuentemente también se haya extinguido la hipoteca que la garantizaba; puede, sin embargo revivir después esa hipoteca si el acreedor sufre la evicción de la cosa que se le dio en pago o se pierde ella por culpa del deudor cuando todavía se hallaba en su poder.

Si la obligación se extingue por novación, se extingue también la hipoteca que la garantizaba, pero puede convenirse por las partes que la hipoteca pase a la nueva obligación, para lo cual se requiere el consentimiento de la persona a quien pertenezca el bien hipotecado.

2.- Por vía directa: Es cuando se extingue el derecho real de hipoteca, independientemente de la subsistencia de la obligación que ella garantizaba. En este supuesto encontramos varios modos de extinguir la hipoteca y son:

La extinción del bien hipotecado, hace desaparecer la hipoteca, pero con ciertas salvedades.

Si la cosa se destruyó sólo parcialmente, la hipoteca subsiste sobre los restos del bien hipotecado, para garantizar la totalidad de la deuda en razón del principio de la indivisibilidad de la hipoteca. Si la destrucción de la cosa ha sido total, o aun siendo parcial los restos de ella no son suficientes para garantizar la deuda, puede el acreedor exigir la inmediata mejora o sustitución de la hipoteca, ya que de no hacerse una u otra cosa por el deudor podrá el acreedor exigir el pago anticipado de la obligación si se hallaba ésta sujeta a término.

b) Por expropiación del bien hipotecado, en cuyo supuesto el importe de la indemnización se destinará al pago del crédito hipotecario o, en su caso, para garantizar ese pago si aún no se ha vencido tal crédito.

c) Por remate judicial.

d) Por resolución o extinción del respectivo derecho real hipotecado.

e) Por prescripción del derecho real de hipoteca o de la acción hipotecaria, en la inteligencia de que generalmente la hipoteca perdura por todo el tiempo del crédito garantizado por ella y si no tiene plazo de vencimiento dicho crédito, la hipoteca sólo dura el término de diez años.

f) Por falta de presentación del crédito hipotecario para su reconocimiento en la quiebra del deudor dentro del plazo concedido a todos los acreedores del fallido para el efecto por el juez de la quiebra, ya que tal omisión hace perder la hipoteca y convierte el crédito hipotecario en crédito común para cobrarse en moneda de quiebra.

7. DEPÓSITO.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2516 señala el concepto de depósito: "El depósito es un contrato por el que el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble que éste le confía, y a guardarla para restituirla individualmente cuando la pida el depositante."

Se requiere que la obligación de custodia sea la principal en este contrato.

Responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que sufrieren las cosas depositadas por la malicia o negligencia de éste mismo, excepto cuando los daños sean ocasionados por fuerza mayor o caso fortuito.

7.1. CLASIFICACIÓN.

El depósito es un contrato real, porque se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario y no por el simple consentimiento de las partes."¹³¹

"Es un contrato bilateral, porque ordinariamente genera obligaciones a cargo de una y otra parte, en virtud de que su naturaleza es onerosa."¹³²

Es onerosa por naturaleza, ya que necesita pacto expreso para ser gratuito.

Es principal o accesorio, según los casos.

Es "*intuitu personae*" en cuanto a la persona del depositario.

¹³¹ PINA VARA, Rafael. op cit. p. 221.

¹³² SANCHEZ MEDAL, Ramón. op.cit. p. 293.

7.2. ESPECIES.

Existen diferentes tipos de depósitos, entre los que se enumeran los siguientes:

1.- Depósito mercantil: "Es de naturaleza mercantil cuando la cosa depositada son objeto de comercio, a si se hace en consecuencia de una operación mercantil."¹³³

Es decir, es mercantil si se lleva a cabo entre comerciantes, o si recae sobre cosas mercantiles, o si es por causa de comercio.

"También hay que incluir como depósitos mercantiles los que se llevan a cabo en "almacenes generales de depósito" que son organizaciones auxiliares de crédito que emiten títulos de crédito denominados "certificados de depósito" y "bonos de prenda", que amparan los bienes o mercancías depositados en ellos."¹³⁴

Asimismo, son depósitos mercantiles los que se realizan en "instituciones para el depósito de valores", como el "Indeval", y a las cuales regula la Ley del Mercado de Valores.

¹³³ PINA VARA, Rafael De. op. cit. p. 221.

¹³⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 294.

2.- Depósito regular y depósito irregular: Es uno u otro según conserve la propiedad de la cosa el depositante o la transmita al depositario.

"El depósito regular se transfiere solamente la posesión de la cosa, más no la propiedad de la cosa depositada que sigue correspondiendo al depositante."¹³⁵

Dentro de los depósitos mercantiles son de mencionarse los depósitos irregulares de dinero de bancos, cuyos depósitos a veces son más bien contratos de mutuo.

El depósito irregular se celebra el contrato en interés del depositante y, por ello, puede éste solicitar siempre cuando quiera la devolución del depósito.

"La propiedad de la cosa pasa a principio al depositario, quien tiene facultad de disponer de ella y por consiguiente tendrá que devolver una cosa de la misma especie."¹³⁶

3.- Depósito miserable o depósito necesario: Este tipo de depósito tiene lugar en casos de grave necesidad o de infortunios, como naufragio, incendio, terremoto, etc., en los cuales se agravaban las responsabilidades del depositario en cuanto a su fidelidad y se aminoraba la severidad de la prueba en el depositante.

¹³⁵ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. op cit. p. 170.

¹³⁶ Idem.

4.- Secuestro judicial: Este "...no es un contrato, sino un acto procesal, ya que el depositario no recibe el bien ni el ejecutante ni el ejecutado sino por decreto del juez."¹³⁷

5.- Secuestro convencional: Este "...tiene lugar cuando los dos litigantes en una contienda depositan la cosa disputada en poder de un tercero, quien se obliga a entregarla una vez concluido el pleito, sólo al que resulte victorioso en el mismo, y quien, además, no puede liberarse de sus obligaciones antes de que termine el litigio, a no ser que consientan en ello los depositantes o tenga aquél una causa que haya sido declarada legítima por el juez."¹³⁸

6.- Depósito de personas: Este depósito es "...relativo a la mujer casada y en su caso, a los hijos menores, tenía lugar como acto prejudicial, previo al juicio de divorcio. También podía decretarse judicialmente el depósito de la mujer casada cuando ella o su marido pretendían demandar o acusar a su cónyuge. Este depósito era siempre por orden judicial y sólo también por orden judicial podía terminar el depósito."¹³⁹

¹³⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 295.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Ibidem. p. 296.

7.3. ELEMENTOS PERSONALES.

"Las partes que intervienen son depositante y depositario, y excepcionalmente, ninguna de ellas requiere la capacidad general para contratar. Aunque no haya capacidad en el depositario, de todas maneras debe devolver la cosa que recibió, devolución que también debe hacerse como consecuencia normal de la nulidad, pero sólo debe pagar daños y perjuicios si procedió con dolo o mala fe. Aunque el depositante sea incapaz, debe pagar la retribución al depositario y debe reembolsarle a éste los gastos que hubiere erogado para la conservación de la cosa."¹⁴⁰

No se exige propiedad sobre la cosa en el depositante, ni el derecho de uso sobre la misma cosa, basta que el depositante tenga la posesión o el cuidado de ella, a no ser que la guarda de dicha cosa deba ser personal.

7.4. ELEMENTOS REALES.

"Pueden ser objeto de este contrato, los bienes muebles o inmuebles, cosas corpóreas o incorpóreas (créditos). Se requiere que la cosa no sea fungible, porque de lo contrario se trataría de un mutuo o del llamado depósito irregular.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 298

Una cosa que no esté en el comercio también puede ser objeto de un contrato de depósito."¹⁴¹

No es necesario que se fije plazo para la devolución de la cosa.

En virtud de ser un contrato oneroso por naturaleza, la retribución al depositario puede considerarse como un elemento real.

7.5. OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO.

Las obligaciones del depositario se engloban en cuatro que son:

1.- Recibir la cosa.

2.- Cuidar o conservar la cosa: "La obligación típica del depositario es la de conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba."¹⁴²

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² PINA VARA, Rafael De. op. cit. p. 221.

Esta obligación implica la custodia material, para conservar la integridad física de la cosa, y la custodia jurídica, consistente en la realización de actos conservatorios.

"Dado el carácter de *"intuitu personae"* que corresponde al depósito, esta obligación de custodia de la cosa a cargo del depositario debe cumplirse por éste mismo, sin perjuicio de valerse de auxiliares o empleados, pero no puede delegarse en un tercero o través de un subcontrato de depósito, a no ser que el depositante haya facultado al depositario expresamente para tal efecto."¹⁴³

"En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia."¹⁴⁴

3.- Abstenerse de usar la cosa.

4.- "Restituir la misma cosa en el estado en que se recibió por el depositario, salvo que la cosa se hubiere deteriorado o perdido por caso fortuito o fuerza mayor y que el depositario pruebe estas circunstancias."¹⁴⁵

¹⁴³ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 299.

¹⁴⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Tomo II. Décimo novena edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1988. p. 49.

¹⁴⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 300.

La restitución de la cosa debe hacerse precisamente al depositante, sea o no éste el dueño de ella, a menos que el depositario descubra que la cosa es robada, y conozca a su dueño, en cuyo supuesto debe el depositario dar aviso a éste o a la autoridad competente.

7.6. OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE.

Se pueden señalar dos obligaciones del depositante que son:

1.- Retribución: "El depositante deberá pagar al depositario la retribución convenida, o, en su defecto, la que se determine de acuerdo con los usos de la plaza en que se constituyó el depósito, a menos que se haya pactado el depósito a título gratuito."¹⁴⁶

2.- "Indemnizar al depositario de todos los gastos necesarios que hubiera tenido que erogar en la conservación de la cosa, pero antes de hacer dichos gastos, debe avisarlo al depositante para que lo provea de fondos si desea que se hagan, a menos que se trate de gastos urgentes que no permitan previo aviso, en cuyo supuesto debe erogarlos el depositario, sin perjuicio de que después se le reembolse su importe. También responde de los perjuicios que el depositario haya sufrido por el depósito, entendiéndose aquí por "perjuicios", como sinónimo de daños."¹⁴⁷

¹⁴⁶ PINA VARA, Rafael De. op. cit. p. 222.

¹⁴⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. p. 302.

7.7. EXTINCIÓN.

El contrato de depósito se extingue en la forma normal de la terminación de los contratos, como por ejemplo, el vencimiento del plazo o la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor de la cosa depositada, sin embargo existen causas especiales como lo son:

1.- La denuncia o desistimiento unilateral del depositante, aunque no haya llegado el plazo estipulado.

2.- El desistimiento o la denuncia unilateral del depositario, cuando no se haya fijado plazo o aunque se haya señalado plazo, siempre que el depositario tenga causa para devolver el depósito con anticipación a dicho plazo, como por ejemplo, padecimiento de una enfermedad o necesidad de emprender un viaje.

8.-CAUCIÓN BURSÁTIL.

"Se entiende por caución bursátil el contrato por virtud del cual una persona denominada "otorgante de la caución, afecta en garantía determinados valores depositados en una institución para el depósito de valores, a favor de otra, denominada "acreedor" para asegurar el cumplimiento de las obligaciones propias

o de terceros, pudiendo convenirse en la misma la ejecución extrajudicial en caso de incumplimiento, por medio del "ejecutor".¹⁴⁸

Es importante analizar el término "caución bursátil".

Técnicamente, la palabra "caución" es sinónimo de garantía.

Caución significa: "Cualquier garantía dada por el deudor al acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación."¹⁴⁹

También puede definirse la caución como: "La seguridad que una persona da a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o fundado. En términos generales, cualquier forma de garantía."¹⁵⁰

Bursátil significa: En un sentido estricto lo relativo a la Bolsa.

Bursátil es: "Lo relativo a los negocios que se celebran en las bolsas de valores, o con su intervención."¹⁵¹

¹⁴⁸ IGARTUA ARAIZA, Octavio. "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO BURSÁTIL MEXICANO." Segunda edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1998. p. 345.

¹⁴⁹ PINA VARA, Rafael De. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. p. 348.

¹⁵⁰ PINA VARA, Rafael De. DICCIONARIO DE DERECHO. Décimo octava edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992, p. 149.

¹⁵¹ Ibidem. p. 137.

Así podemos decir que la caución bursátil da la idea de una garantía propia del mercado de valores, o bien propia de las negociaciones que se llevan a cabo en la Bolsa.

El licenciado Rodolfo León León menciona: "...la figura jurídica de la caución bursátil es la forma típica de garantía de las operaciones del mercado de valores."¹⁵²

"Se puede definir a la caución bursátil como el instrumento jurídico de garantía consistente en el acuerdo de voluntades por el cual una parte llamada otorgante de la caución o caucionero, da garantía constituyendo un gravamen que recae sobre los valores de su propiedad, necesariamente depositados en una institución para el depósito de valores, con el fin de asegurar el cumplimiento de obligaciones bursátiles contraídas por sí o por un tercero, a favor de la otra parte que se denomina acreedor, conviniendo las partes en la venta extrajudicial de los valores otorgados en caución a través de una bolsa de valores y por conducto de una tercera persona denominada ejecutor de la caución, para el caso de que se falte al pago oportuno de la obligación garantizada."¹⁵³

Por lo anteriormente expuesto se puede decir que el contrato de caución bursátil es un acuerdo de voluntades por virtud del cual una persona, a quien se denomina "otorgante de la caución" o "caucionero", que comparece en el acto de celebración de este pacto en razón de ser deudor original o para constituirse en

¹⁵² LEÓN LEÓN, Rodolfo. ADICIONES Y REFORMAS A LA LEY DEL MERCADO DE VALORES 1993. Revista de Derecho Privado; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, año 4 núm. 10, enero-abril, México, 1993, p. 118.

¹⁵³ [GARTUA ARAIZA, Octavio. op.cit. p. 346.

deudor subsidiario, garantiza el cumplimiento de obligaciones contraídas por sí (cuando se trata del deudor original) o asumidas por un tercero (caso en el cual el otorgante de la caución adquiere el carácter de deudor subsidiario), con motivo de una operación bursátil, mediante la constitución de un gravamen que recae sobre valores de su propiedad, depositados en una institución para el depósito de valores.

Se trata de una garantía que se constituye únicamente sobre valores que las casas de bolsa tengan en guarda y administración, depositados en una institución para el depósito de valores, que forzosamente deberán estar inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y operar en la Bolsa Mexicana de Valores. Los valores afectados en garantía deberán cotizar en la Bolsa Mexicana de Valores ya que el artículo 99 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores establece que si el otorgante de la garantía no exhibe o acredita el pago o incrementa la caución en cantidad suficiente, según sea el caso, el ejecutor ordenará la venta de los valores materia de la caución a través de la bolsa de valores y a los precios de mercado, hasta el monto necesario para cubrir el principal y accesorios pactados, que entregará al acreedor.

"La caución bursátil puede utilizarse para garantizar obligaciones que se ubiquen dentro de los siguientes límites:

1.- Que en el negocio principal haya intervenido directamente una casa de bolsa, actuando por cuenta propia o de sus clientes, quienes no necesariamente

han de ser inversionistas, ya que también podrían ser también sociedades emisoras de valores."¹⁵⁴

A diferencia del uso que pueden tener otros instrumentos de garantía como la prenda, el fideicomiso, la hipoteca o la fianza, la caución bursátil no puede utilizarse para asegurar el cumplimiento de obligaciones cuya naturaleza no sea bursátil en un sentido amplio.

2.- Esta segunda limitante radica en que el negocio principal consista en operaciones dentro del mercado de valores.

8.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Este contrato requiere como todos de dos elementos indispensables que son el consentimiento y el objeto que puede ser materia del contrato. El contrato de caución bursátil precisa de dos elementos que encuadran dentro del objeto y que son: a) la obligación principal y b) el bien sobre el que recae la garantía.

1.- El consentimiento: Este se perfecciona al ocurrir un acuerdo de voluntades que consista en:

¹⁵⁴ Ibidem. p. 348.

a) "Una de las partes tenga la intención y la exteriorice, en el sentido de ofrecer la afectación de determinados valores de su propiedad en garantía para el caso de que se falte al cumplimiento oportuno de una obligación bursátil igualmente determinada, destinando dichos valores a su venta para que con el producto de la misma se pague la correspondiente obligación."¹⁵⁵

b) "Otra de las partes a su vez exteriorice su voluntad real, seria y precisa consistente en aceptar que en caso de faltarse al pago puntual de una obligación bursátil de la cual es acreedora, dicho pago se lleve a cabo con el producto de la venta de determinados valores propiedad del otorgante de la garantía."¹⁵⁶

2.- La obligación principal: "Es necesario que en forma previa a la celebración del contrato de caución bursátil, exista una obligación bursátil que deba garantizarse, dicha obligación necesariamente debe tener su origen en una operación concertada dentro del mercado de valores con la intervención de una casa de bolsa. La garantía sobre la obligación bursátil sería el objeto que es materia de contrato."¹⁵⁷

3.- Bienes materia de la garantía: Los bienes sobre los cuales recae la garantía derivada del contrato de caución bursátil, sólo pueden ser valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como en la Bolsa Mexicana de Valores y encontrarse depositados en una institución para el depósito de valores.

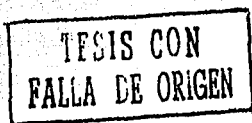
¹⁵⁵ Ibidem. p. 349.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 350.

4.- Requisitos de validez: Para la validez del contrato de caución bursátil se requiere que:

La obligación principal sea válida.



Las partes tengan capacidad, tanto de goce como de ejercicio, debiendo precisarse además que el otorgante de la caución bursátil debe contar con la capacidad especial para enajenar los valores que se afectan en garantía.

La voluntad de las partes se encuentre exenta de vicios.

La causa motivante para la celebración del contrato sea lícita.

El consentimiento conste por escrito.

Que el nombramiento de ejecutor de la caución bursátil recaiga en una casa de bolsa distinta a la que intervenga en el negocio principal, o bien, en una institución de crédito que no pertenezca al grupo financiero del que en su caso forme parte la casa de bolsa por cuyo conducto se celebre la operación fuente de la obligación principal.

Que el contrato de caución bursátil haya sido remitido a la institución depositaria de los valores caucionados.

Que se pacte el procedimiento para la venta extrajudicial de los valores caucionados.

8.2. ELEMENTOS PERSONALES.

Las partes que intervienen en el contrato de caución bursátil pueden ser cuatro y son:

1.- El otorgante de la caución: Es la persona que constituye la garantía como una forma de asegurar el cumplimiento de determinada obligación bursátil, en caso de que esta última no sea pagada oportunamente por ella o por un tercero. El otorgante de la caución debe tener como cualidad la de ser cliente inversionista de una casa de bolsa.

2.- El acreedor: Es la persona a favor de la cual se constituye la garantía, para asegurarle que en caso de que el otorgante de la caución o un tercero, obligado principal, falte al cumplimiento oportuno de determinada obligación bursátil respecto de la cual es acreedor, le será pagado el importe de dicho crédito con el dinero producto de la venta de los valores sobre los cuales se haya constituido la garantía.

3.- La receptora de la caución: Es la casa de bolsa que tenga a su cargo la guarda y administración de los valores sobre los cuales se constituye la garantía.

Su función básica es la de ser un puente o punto de unión entre las partes en el contrato. Su obligación es la de remitir a la institución depositaria de los valores materia de la garantía, el contrato de caución bursátil correspondiente.

4.- El ejecutor de la caución: La intervención de esta figura surge del acuerdo de las partes para la venta extrajudicial de los valores y la posterior aplicación del dinero que se obtenga como precio de la venta de dichos valores al pago de la obligación principal. Es la persona a quien las partes designan como responsable de llevar a cabo el procedimiento de ejecución previamente convenido también por las partes y deberá constar en el documento donde se haya plasmado el contrato de caución bursátil, esta designación sólo puede recaer en una casa de bolsa o en una institución de crédito.

8.3. ELEMENTOS FORMALES.

El elemento formal en este tipo de contrato es el documento o documentos en que se hace constar el acuerdo de voluntades.

8.4. ELEMENTOS REALES.

Son tres los elementos reales de la caución bursátil y son:

1.- La obligación bursátil materia de la garantía: Son aquellas operaciones que pueden ser fuente de la obligación principal en la caución bursátil.

2.- Los valores sobre los cuales se constituye la garantía: Es la cosa material que puede ser objeto de la caución bursátil, y sólo pueden serlo los valores bursátiles.

3.- El estado de cuenta emitido por la casa de bolsa receptora de la caución bursátil que resguarda los valores caucionados.

8.5. CARACTERÍSTICAS.

En el contrato de caución bursátil se pueden distinguir tres características que son:

1.- La especialidad: "Significa que la caución bursátil debe versar sobre bienes singulares o específicos, que únicamente pueden ser valores negociables en la bolsa y depositados en una institución para el depósito de valores."¹⁵⁸

¹⁵⁸ Ibidem. p. 354.

2.- La determinabilidad: "Esta característica se refiere al hecho de que la garantía establecida por el contrato de caución bursátil se destina siempre al aseguramiento del pago de obligaciones determinadas, no obstante que se extiendan los efectos de la garantía a los intereses y demás accesorios que legal o contractualmente correspondan a la obligación principal."¹⁵⁹

3.- La indivisibilidad: "Es la concepción unitaria de la caución bursátil en el sentido de que, aun cuando llegue a extinguirse parcialmente la obligación principal o se vea disminuido el precio de los valores caucionados, subsiste íntegra la garantía constituida, porque cada parte de los valores caucionados garantiza la totalidad de la obligación principal y a su vez cada parte de la obligación principal se encuentra garantizada por la totalidad de los valores caucionados."¹⁶⁰

8.6. EFECTOS.

Tratándose de los contratos de garantía, en términos generales éstos se caracterizan por no producir obligaciones a cargo del acreedor. El contrato de caución bursátil es partícipe de esta situación, por lo que su efecto esencial consiste en la producción de derechos para el otorgante de la caución, para el acreedor, para la receptora de la caución y, en su caso, para el ejecutor, así como de obligaciones a cargo de las partes antes señaladas, exceptuando al acreedor.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

8.7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACREEDOR.

Derechos:

1.- En caso de pactarse así con el otorgante de la caución, tiene derecho a aceptar o no la sustitución de valores afectos a la garantía.

2.- Solicitar al ejecutor que se dé inicio al procedimiento de ejecución de venta de los valores.

3.- A ser informado por el ejecutor sobre el estado del procedimiento, así como del resultado de éste.

4.- Al pago de la obligación bursátil en su favor, con el dinero obtenido producto de la venta de los valores otorgados en caución.

Obligaciones:

La caución bursátil no produce obligaciones a cargo del acreedor, circunstancia que en nada contrapone a la constitución de diversas obligaciones que en virtud de cláusulas accidentales, pueda asumir el acreedor.

8.8. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL OTORGANTE DE LA CAUCIÓN.

Derechos:

1.- A ser notificado oportunamente por parte del ejecutor, sobre la pretensión del acreedor que ha dado inicio con su solicitud a la aplicación del procedimiento previsto para la venta de los valores afectos a la garantía.

2.- A ser oído por el ejecutor, esto es, el derecho a manifestar las excepciones y defensas que le asistan en su interés.

3.- A que el ejecutor se ajuste al procedimiento instaurado ante él y pactado por las partes con apego a la ley.

4.- Tiene derecho de oponerse a la venta de los valores dados en garantía, mediante la comprobación ante el ejecutor de que la pretensión del acreedor es improcedente porque la obligación principal ha sido liquidada o los niveles de garantía corresponden a los parámetros acordados entre el acreedor y el otorgante de la caución, o a través del pago de la obligación principal.

5.- A reconstituir la garantía, en su caso.

6.- A que los valores caucionados solo se vendan en bolsas y a precio de mercado.

7.- Puede tener el derecho de sustituir los valores otorgados en garantía, cuando así lo haya pactado con el acreedor.

8.- A que sólo se vendan los valores otorgados en garantía, estrictamente en la medida que sea necesaria para obtener el efectivo suficiente para el pago de la obligación principal y sus accesorios.

9.- A la devolución de dinero excedente entre el precio de la venta de los valores y el importe de la obligación principal, incluyendo accesorios.

Obligaciones:

1.- De reconstituir la garantía, conforme a los parámetros pactados en el propio contrato.

2.- Al saneamiento por caso de evicción.

8.9. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EJECUTOR DE LA CAUCIÓN.

Derechos:

1.- Al cobro de una remuneración por la aceptación de su cargo, así como por el desempeño de sus funciones.

2.- A aplicar el procedimiento de ejecución convenido por las partes en la forma que se estime adecuada, siempre que se ajuste al propio pacto.

Obligaciones:

1.- Aplicar el procedimiento de ejecución una vez que se lo solicite el acreedor.

2.- Sujetarse a lo pactado por las partes en el convenio de venta extrajudicial de los valores afectados en caución bursátil.

3.- El ejecutor debe de realizar las notificaciones a las partes.

4.- Debe de ordenar a la receptora de la caución, a una tercera casa de bolsa o bien a sus propios apoderados para celebrar operaciones con el público, la venta en bolsa de los valores a precio de mercado.

5.- En caso de que la venta en bolsa no se lleve a cabo por su conducto, está obligado a exigir y recibir de la casa de bolsa que hubiere hecho la venta, el traspaso de los fondos producto de dicha operación a una cuenta del propio ejecutor o del acreedor de la caución.

6.- Pagar al acreedor la totalidad de la deuda correspondiente

7.- A entregar al otorgante de la caución el efectivo excedente que hubiere llegado a resultar luego de pagar totalmente la deuda principal.

8.- Está obligado a notificar a la institución depositaria la conclusión del procedimiento llevado a cabo, a efecto de que dicha institución se encuentre facultada a la movilización de valores que llegasen a quedar en la cuenta de valores en garantía abierta con motivo de la caución bursátil.

8.10. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA RECEPTORA DE LA CAUCIÓN.

Derechos:



1.- A exigir a las partes y conservar un ejemplar original del contrato.

2.- A cobrar una remuneración por intervenir en el contrato.

Obligaciones:

1.- Remitir un ejemplar del contrato a la institución depositaria de los valores.

2.- Concertar las operaciones que, en su caso, le sean ordenadas por el ejecutor sobre los valores de su cliente, el otorgante de la caución.

3.- En caso de que la venta de los valores se lleve a cabo por su conducto, está igualmente obligada a efectuar el traspaso del efectivo producto de la venta de los valores caucionados, a la cuenta que el ejecutor indique.

8.11. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA INSTITUCIÓN DEPOSITARIA DE LOS VALORES.

Derechos:

Tiene derecho al pago de una remuneración por los servicios prestados.

Obligaciones:

1.- Abrir o incrementar la cuenta de los valores depositados en garantía a nombre de la casa de bolsa receptora de la caución.

2.- Inmovilizar los valores afectados en garantía en el momento que reciba la notificación correspondiente por parte del ejecutor.

9. FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Entre las diversas clases de garantías encontramos al fideicomiso de garantía, el cual, como se ha dicho en el capítulo anterior, tiene como finalidad el de garantizar el cumplimiento de una obligación mediante la afectación de un bien (mueble o inmueble) o un derecho en fideicomiso a una institución fiduciaria legalmente autorizada para fungir como tal. El fin que se persigue es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en garantizar el cumplimiento de una obligación con un bien o un derecho.

Se mencionan entre otros conceptos los siguientes:

El fideicomiso de garantía indica el maestro Oscar Vásquez del Mercado: "implica que los bienes fideicomitados representan la seguridad de que será posible con ellos mismos, en su caso, cumplir con una obligación a cargo del fideicomitente. La obligación puede derivar de diversos actos jurídicos, sin embargo es muy normal que sea en virtud de créditos obtenidos por el fideicomitente o a su favor por el fiduciario, de tal manera que el fideicomiso se instituya para garantizar el pago a que se compromete el deudor fideicomitente."¹⁶¹

Asimismo, el licenciado Carlos Gilberto Villegas establece: "...por este contrato un deudor (u otra persona por él), actuando como fideicomitente, entrega un bien (mueble o inmueble) a otra persona que actúa como fiduciaria, para que sirva de garantía del pago de una deuda que tiene con un tercero, que es el fideicomisario o beneficiario del fideicomiso."¹⁶²

Es de advertir que este tema por ser el principal en la elaboración de la tesis, se tratará el desarrollo del mismo en el siguiente capítulo.

¹⁶¹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. op. cit. p. 477.

¹⁶² GILBERTO VILLEGAS, Carlos. op. cit. p. 1061.

CAPÍTULO TERCERO.

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

CAPÍTULO TERCERO.

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1. ANTECEDENTES EN MÉXICO.

El fideicomiso es una institución jurídica que desde su primera regulación en nuestro sistema legal, generó controversia, motivó dudas y provocó múltiples comentarios.

Sus antecedentes próximos en regímenes jurídicos que tienen bases distintas al nuestro, hicieron que los primeros intérpretes le encontrarán extraña y ajena a nuestra tradición legal. Fue blanco de críticas y de comentarios adversos por parte de quienes la consideraron como una figura que rompía moldes y generaba incongruencias.

Reconociendo hechos de este tipo y previendo dificultades futuras, ya se explicaba en la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo siguiente:

Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque su implantación sólida en México en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará que fijó un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso y adaptándolo a nuestro sistema legal, dentro de los límites que nuestra estructura jurídica permite, puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.

Durante 64 años, hasta 1996, la regulación del fideicomiso fue la misma, sin cambio alguno. En ese año se reformó como ya se dijo el artículo 348, en los siguientes términos:

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

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

una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas."

Este es uno de los desaciertos de que ha sido objeto la figura del fideicomiso cuando se han dictado medidas legislativas que con él se relacionan.

"Otra de las condiciones que establece la nueva disposición para que la fiduciaria pueda su vez ser fideicomisaria, es que el fideicomiso tenga por fin servir como instrumento de pago, pero el uso de ese calificativo suscita incertidumbre, por lo impreciso, pues referido al fideicomiso, tiene cuando menos dos interpretaciones, una que a través de la operación se lleva a cabo una dación en pago con los bienes fideicomitidos a favor de la institución acreedora, en cuyo caso, en el momento mismo del acto constitutivo, el adeudo quedará extinguido parcial o totalmente, según el monto por el que se haya hecho la dación. La otra sería que los bienes fideicomitidos sirvieran como fuente de pago, es decir, que el fiduciario, mediante la forma convencionalmente establecida, procediera a la venta de dichos bienes y una vez lograda esta, entregara al fideicomisario acreedor el producto obtenido de la venta, en pago del crédito, el cual sólo hasta ese momento quedaría pagado ya sea en parte o en su totalidad."¹⁶³

La disposición en comento obliga a designar una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiera un conflicto de intereses, pero no define qué es lo que debe entenderse por tal conflicto, ni tampoco cuál es el momento en que se va a considerar que éste surge, ni quién será el que determine que tal conflicto se ha presentado; graves omisiones, porque si bien es cierto que todos tenemos

¹⁶³ SUAYFETA Ozaeta, Juan. LA REFORMA AL ARTICULO 348 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Mexico. 1996. p.6.

una noción, más o menos vaga o imprecisa de lo que puede ser un conflicto de intereses, para el caso se requiere que haya una definición clara y objetiva, que no encontramos ni en el ordenamiento que nos ocupa ni en otras disposiciones legales, como tampoco en la jurisprudencia, y por lo que se refiere a la doctrina, si bien es cierto que con frecuencia se le alude, tampoco parece existir tal definición.

La lógica parece indicarnos que tal conflicto se da siempre que, entre dos sujetos surgen intereses encontrados entre sí, por ejemplo, cuando una persona tiene a favor de otra, una obligación exigible a la que no da cumplimiento. Es obvio que ahí hay intereses encontrados entre el acreedor y su deudor.

"Pero también se considera que hay conflicto de intereses, entre otros casos, cuando a una persona se le confieren facultades para que las ejerce en beneficio del otorgante o de un tercero y las utiliza o queda en posibilidad de utilizarlas exclusivamente en interés propio, dicho de otra manera, se presenta, cuando en un acto celebrado entre dos personas, una de ellas queda en condiciones de llevar a cabo, en su exclusivo beneficio, lo que debía realizar en provecho de la otra o de ambas partes."¹⁶¹

No es posible saber cuál debe ser la conducta a seguir en la condición establecida por la norma, independientemente de cual sea el supuesto en que nos coloquemos, pues si el deudor hubiere caído en incumplimiento del crédito, como lo quiere el precepto, a partir de ese momento surge el conflicto de Intereses y por consiguiente ya desde la constitución del fideicomiso, tendría que ser designado el fiduciario sustituto; pero si pese al incumplimiento, el deudor convino en dar el

¹⁶¹ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op cit. p. 7.

bien en pago parcial o total de su adeudo, ya sea directamente o a través del fideicomiso, en el momento de llegar a ese mutuo acuerdo con su acreedor, sea el conflicto de intereses y consecuentemente carece de sentido la designación de una fiduciaria sustituta.

"El fiduciario asume la propiedad del bien fideicomitido, para poder dar cumplimiento a los fines del fideicomiso, la fiduciaria titular u original, tendría que hacerle la transmisión formal del bien a la sustituta, para que ésta pueda entrar en funciones, lo que implicaría, si se trata de un bien inmueble que se efectúe la transmisión en escritura pública y su correspondiente inscripción en la sección de propiedad del Registro Público de la Propiedad correspondiente, como ha sido la costumbre, en los casos de sustitución de la fiduciaria, pues se ha considerado, con razón, que sólo así queda debidamente legitimada la sustituta, para realizar la ejecución del fideicomiso, que en el caso que nos ocupa es la venta de los bienes, salvo que podíamos admitir contra los principios tradicionales de nuestro derecho civil, que los derechos de propiedad, como si se tratara de meros derechos personales o de crédito, se pueden ejercitar solidaria o indistintamente entre dos o más personas y que tal posibilidad se diera, consecuentemente también, tratándose de lo que se le ha llamado propiedad fiduciaria."¹⁶⁵

Este problema ha sido precisamente la causa por la cual el tercer párrafo del artículo 350 de la ley cambiaria (antes de las reformas), que establecía la posibilidad de que un fideicomiso fuera desempeñado conjuntamente por varias instituciones fiduciarias, no haya tenido nunca aplicación.

¹⁶⁵ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p. 8.

Considero que lo anterior resulta injustificado, ya que ello propiciará evidentes abusos en aquellos casos en los que el fideicomitente incumpla con la obligación garantizada mediante esta figura.

Desde mucho antes de la reforma de 1996, el fideicomiso había alcanzado plena madurez, aceptación absoluta y un uso cada vez más frecuente para solucionar y atender necesidades de todo orden tanto en lo privado como lo público, en lo individual como en lo colectivo.

El resultado práctico de ese primer cambio efectuado hace apenas cinco años, es propiamente nulo. No se sabe de la aplicación de la reforma en medida tal que proporcione referencias válidas sobre su utilidad.

La experiencia de 1996 a 2000 relativa a ese primer cambio, nos lleva a la reflexión de que es necesario apreciar en su justa dimensión las modificaciones que se introducen a las instituciones.

Con relación al que ahora nos ocupa, el cambio en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para introducir una regulación especial para el fideicomiso de garantía, yo no me atrevería a darle el calificativo de afortunada.

"Cuando se conoció de la iniciativa que finalmente se concreta en reformas a la ley cambiaría, conocedores y expertos en la materia fiduciaria expresaron su opinión en el sentido de que más que generar un nuevo régimen adicionando disposiciones a la ley en vigor, resultaba sano y de mayor conveniencia el hacer

tan sólo algunos mínimos cambios en el texto que tuvo su origen en 1932, que durante seis décadas había demostrado su eficacia y que sólo requería adecuaciones para eliminar algunos tropiezos que en la práctica se presentan sobre la ejecución de la garantía fiduciaria.”¹⁶⁶

Nuestra realidad jurídica ha cambiado, pues tenemos frente a nosotros un régimen nuevo de cuya aplicación somos responsables en tanto que sujetos destinatarios de la norma.

El antecedente más remoto que tenemos con relación al fideicomiso de garantía es el establecido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, como lo establece el jurista Rodolfo Batiza al indicar: “...los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía), fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley.”¹⁶⁷

Asimismo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, cuyo ordenamiento no prohibía que los fideicomisos, cualquiera que fuere su naturaleza, incluyendo los de garantía, se constituyeran a favor de la propia Institución fiduciaria, lo que hacía legalmente factible, que coincidieran las dos calidades de fiduciaria y fideicomisaria en una misma persona jurídica, dando en consecuencia, que aquellas entidades bancarias y financieras de entonces, que contaban con la facultad para ser fiduciarias, utilizaran el privilegio de actuar con el doble carácter, en forma con frecuencia abusiva, para garantizar préstamos otorgados por sus propias áreas de crédito.

¹⁶⁶ MENDOZA Oswaldo. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA. México, Agosto 2000. p. 15 y 16.

¹⁶⁷ BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO. Quinta edición. Editorial Jus México, México, 1995. p.116.

No fue sino hasta agosto de 1933 cuando al artículo 348 de la ley cambiarla se le agregó un cuarto párrafo, para estipular: "Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario."

"Los efectos negativos de la experiencia vivida durante esos siete años, evidencian lo inconveniente de tal práctica, por el conflicto de intereses que implicaba, lo que daba lugar a conductas arbitrarias de las instituciones crediticias, en agravio de los deudores fideicomitentes, provocando frecuentes impugnaciones ante los tribunales, en la mayor parte de los casos justificadas, amén de las reiteradas críticas de la doctrina, por considerar que los fiduciarios, en esos casos, no estaban en condiciones de obrar con la imparcialidad necesaria, ni por ende, de cumplir con la exigencia de la ley, de obrar como un buen padre de familia, pues con frecuencia pasaban sobre los intereses de su deudor fideicomitente, para hacer prevalecer los propios, comprometiendo así la confiabilidad de ese servicio fiduciario."¹⁶⁸

Otra consecuencia fue, que a la actuación de las Instituciones fiduciarias, en la ejecución de los fideicomisos de garantía, se le tildara de Inconstitucional, criterio que de alguna forma aún prevalece en nuestros días, aun cuando ha dejado de tener justificación tal calificativo, en cuanto el fiduciario y el fideicomisario, por razón de aquella reforma habían tenido ya que ser siempre personas distintas salvo el caso de la expresa prerrogativa que con debatido fundamento, han venido concediendo a las instituciones de banca de desarrollo, sus leyes orgánicas.

¹⁶⁸ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p. 2 y 3.

"La modificación de entonces significó un claro propósito de depurar la figura del fideicomiso, darle la confiabilidad que su propio nombre exige y evitar su desprestigio. Se tuvo además el cuidado de no llevar a cabo ninguna otra reforma, aun cuando pudieran darse justificaciones para hacerlo, porque se había vivido la mala experiencia de que cada vez que el legislador intervenía para regular el fideicomiso en otros ordenamientos legales, incluyendo las leyes que han regido el funcionamiento de las instituciones de crédito en materia fiduciaria, se ha incurrido en faltas de congruencia y desaciertos, que han sembrado confusión y anarquía en la comprensión y operación de esta figura jurídica."¹⁶⁹

También tenemos como antecedente, la iniciativa de la Ley Federal de Garantías de Crédito, presentada al Congreso de la Unión, por el Ejecutivo Federal el día 7 de abril de 1999, por el que se pretendía entre otros propósitos, establecer una nueva forma de garantía prendaria e imprimir una regulación especial al fideicomiso de garantía. Asimismo, en los meses de noviembre y diciembre de 1999 y enero de 2000, se produjeron proyectos cuyos textos son casi idénticos entre sí, con ligeras variantes, en los que sin tratar de crear un nuevo ordenamiento legal, pero persiguiendo el mismo propósito de la ley proyectada antes, se proponen reformas y adiciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a otros ordenamientos legales ya existentes, con algunas de las cuales se intentan establecer una regulación especial para el fideicomiso de garantía.

Por decreto de fecha 29 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo de 2000, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del

¹⁶⁹ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p.3.

Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, esto para establecer instrumentos que brinden seguridad jurídica a las partes que intervienen en el crédito; además de constituir una medida de protección hacia los deudores, proponiendo la extinción de obligaciones a cargo del deudor, en caso de que ejecutada la garantía, el producto de la venta resultara insuficiente para cubrir el importe de las obligaciones garantizadas, propuesta que se ve reflejada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Asimismo, en esta ley se da una regulación especial al fideicomiso de garantía.

2. CONCEPTO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo 45/77, sala auxiliar, séptima época, volumen semestral 97-102, séptima parte, página 107, señala: "el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por la ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas a favor del fideicomisario".

Asimismo, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores señala al respecto: "Los fideicomisos de garantía son aquellos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero".¹⁷⁰

¹⁷⁰ ORTÍZ SOLTERO, Sergio Monserrit. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1998. p. 165.

Como ya lo analice en los capítulos anteriores el concepto de fideicomiso de garantía es aquel en el que el fideicomitente aporta como patrimonio al fideicomiso, bienes muebles, inmuebles o derechos, con el fin de garantizar una prestación a su cargo o a cargo de terceros que éste determine, a favor de un fideicomisario.

La finalidad principal de este fideicomiso es la de asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fideicomitente o de un tercero y a favor del acreedor fideicomisario.

De acuerdo con las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo de 2000, por el cual se da el concepto de fideicomiso de garantía en el que en su artículo 395 se define como:

"En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria."

3. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA APLICABLE ANTES DE LAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE MAYO DE 2000.

Si bien es cierto que el fideicomiso de garantía ha existido y se ha utilizado antes de las reformas del año 2000, fue con las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2000, en el que por primera vez se hace una regulación especial con respecto a este tipo de contrato de garantía, sin embargo, se explicará el funcionamiento del fideicomiso de garantía, el cómo estaba regulado antes de las reformas mencionadas, lo cual será en los siguientes párrafos.

3.1. OBJETO.

El patrimonio principal del fideicomiso de garantía antes de las reformas, es toda clase de bienes o derechos propiedad del fideicomitente. El bien fideicomitado constituye la absoluta garantía, por lo que la fiduciaria no responde con su patrimonio propio, ni estaba obligada a otorgar créditos para cumplir con las obligaciones asumidas por el fideicomitente con el fideicomisario; es decir, el bien deberá ser garantía suficiente para el fideicomisario; en caso contrario, la fiduciaria sólo está obligada a garantizar el pago del adeudo hasta el valor de los bienes fideicomitados.

3.2. FINES.

Los fines del fideicomiso de garantía eran que la fiduciaria mantuviera la propiedad del bien. Que lo revirtiera al fideicomitente en caso de que cumpliera con sus obligaciones. Que lo pusiera a la venta en caso de que incumpliera con las obligaciones garantizadas. Que entregara al fideicomisario en primer lugar el producto de la venta hasta el límite del adeudo, el remanente lo entregara al fideicomitente. Que transmitiera la propiedad de los bienes al adquirente.

Asimismo, la fiduciaria se obligaba a conservar en propiedad los bienes fideicomitados y de no acatar ninguna instrucción del fideicomitente sobre la disposición de los mismos, que originen la disminución o la eliminación de la garantía. No obstante, el fideicomitente y el fideicomisario, con la aceptación de la fiduciaria podrían pactar, bajo la mecánica que ellos formularan, que el bien pudiera ser transmitido a tercera persona con ciertas condiciones.

3.3. ELEMENTOS PERSONALES.

Las partes que conformaban el contrato de fideicomiso de garantía eran:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El fideicomitente: Era la persona física o moral, mexicana o extranjera, deudora que transmite a la fiduciaria bienes de su propiedad para garantizar su cumplimiento de obligaciones a su cargo o a cargo de terceros.

La fiduciaria: Era la institución de crédito (banca múltiple y banca de desarrollo), la casa de bolsa o la institución de fianzas, facultadas para actuar como fiduciarias conforme a las leyes que las rigen.

El fideicomisario: Era la persona física o moral, mexicana o extranjera, acreedora del fideicomitente que tiene derecho a recibir, hasta donde alcanzara o hasta el límite del crédito, el producto de la venta de los bienes fideicomitados que se realizó en los términos del procedimiento convencional pactado. Tiene un mejor derecho que el fideicomitente, por lo que este no podía revocar su designación, aunque sí podían nombrar a otros fideicomisarios; para lo cual debería mediar autorización del fideicomisario en primer lugar o para el caso de su fallecimiento.

3.4. FORMA.

En cuanto a la forma del fideicomiso de garantía, tratándose de bienes inmuebles, la constitución del fideicomiso debería constar en escritura pública, e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Cuando se tratara de bienes muebles, la constitución del fideicomiso podía constar en documento privado. En la práctica existían fideicomitentes y fideicomisarios que convenían con la fiduciaria de que el contrato se formalizara en escritura pública, ya que estimaban que contaban con mayor seguridad para todas las partes, con independencia de que se incluyera o no un procedimiento mercantil convencional para la venta de los bienes, como sucedía prácticamente en todas las operaciones de este tipo, en cuyo caso debería constar en escritura pública, póliza ante corredor público o en convenio judicial.

3.5. PLAZO.

En cuanto al plazo, era el necesario para el cumplimiento de los fines para el cual se había constituido el fideicomiso de garantía, siempre y cuando su duración no fuera mayor de los plazos que señala el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Al vencimiento del plazo pactado, para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente, se presentan dos alternativas:

1. Que el fideicomitente haya dado total cumplimiento a sus obligaciones.

En este caso, el fideicomisario notificará a la fiduciaria con precisión y claridad que el fideicomitente cumplió con todas y cada una de las obligaciones que contrajo.

Los efectos que ocasiona la notificación, son los siguientes:

a) Desaparece el fideicomisario de la relación jurídica fiduciaria.

b) El fideicomitente se convierte en el único fideicomisario en primer lugar.

c) Desaparece la irrevocabilidad.

d) El fideicomitente asume el derecho a disponer del bien, en la forma que mejor le convenga, ya sea pidiéndole a la fiduciaria que revierta en su favor o instruyéndolo para que lo transmita a favor de un tercero. (Aunque este último es un derecho del fideicomitente por tener la facultad de disponer del bien, la fiduciaria deberá revertirlo en su favor, para que el fideicomitente lo destine de la forma que más le convenga).

La carta de notificación a la fiduciaria debe señalar que el fideicomitente cumplió con las obligaciones a su cargo, que se otorgue el finquito y liberación correspondiente a la fiduciaria por su actuación y en todo caso que se proceda a la reversión en el caso de que así convenga a los intereses del fideicomitente. El fideicomisario en primer lugar no tiene ningún derecho, ni capacidad legal, para

instruir a la fiduciaria sobre el destino del bien, porque estaría limitando la facultad y el derecho del fideicomitente. Técnicamente el único que tiene el derecho para solicitar la reversión en su favor es el propio fideicomitente.

Si después de que el fideicomisario notifica a la fiduciaria el cumplimiento de las obligaciones del fideicomitente, este último instruye a la fiduciaria para transmitir el bien a un tercero, la fiduciaria debe abstenerse de actuar en tal sentido, para evitar crear relaciones jurídicas que se apartan de los fines del contrato de fideicomiso, a menos que así se haya pactado en el propio contrato del fideicomiso.

2.- Que el fideicomitente las haya incumplido.

En este caso, el fideicomisario en primer lugar notificará a la fiduciaria sobre el incumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente y le instruirá para que se inicie el procedimiento de ejecución de la garantía convenido en el clausulado del fideicomiso, y que llegará a poner a la venta el patrimonio fideicomitado.

3.6. IRREVOCABILIDAD.

Este tipo de fideicomiso era irrevocable hasta el momento en que el fideicomisario en primer lugar notificara al fiduciario que el fideicomitente había cumplido con las obligaciones contraídas.

3.7. REVERSIÓN.

El fideicomitente tenía el derecho de reversión porque la intención de las partes no era que el fideicomitente transmitiera definitivamente la propiedad del bien a favor de la fiduciaria.

3.8. VENTAJAS.

Algunas ventajas que tenía el fideicomiso de garantía eran:

El bien mueble o inmueble salía del patrimonio del fideicomitente (deudor) para constituir un patrimonio autónomo, destinado exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que contrajo a la firma del contrato de fideicomiso el propio fideicomitente o un tercero, a favor del fideicomisario.

En caso de incumplimiento, las partes pactaban un procedimiento para la venta de los bienes, que en el lenguaje fiduciario se conoce como "procedimiento convencional del fideicomiso de garantía", que en teoría debería de ser más expedito y menos costoso que los juicios hipotecarios o de ejecución de la prenda judicial.

Los derechos o acciones que ostentaban los terceros frente al fideicomitente, no podían ejercerlos sobre el patrimonio fideicomitido, ya que jurídicamente no son propiedad de éste, salvo el fideicomiso constituido en fraude de terceros como lo establece el artículo 386, último párrafo, de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Podía tener como objeto cualquier bien, ya sea mueble o inmueble, o bien un derecho.

Había una identificación exacta del marco jurídico que regulaba el contrato de fideicomiso, reputándolo de naturaleza mercantil.

3.9. ACCESORIEDAD.

El fideicomiso de garantía es un contrato accesorio, que garantizaba el cumplimiento de las obligaciones que asumía el fideicomitente o un tercero, en beneficio del fideicomisario, a la firma de un contrato principal, que pueda calificarse como de crédito, de reconocimiento de adeudo, de pago con condición suspensiva, de mutuo con interés, o a la suscripción de un título de crédito, entre otros.

Las obligaciones principales a cargo del fideicomitente o del fideicomisario, según sea el caso, se pueden derivar de otro contrato, previo o simultáneo, que

necesariamente debe relacionarse con el contrato de fideicomiso; o en su defecto las cláusulas que contienen las obligaciones respectivas, pueden ir insertas en el cuerpo del mismo, sin que éste pierda su accesoriedad.

Es decir, que el contrato de fideicomiso de garantía en su carácter accesorio, viene siempre ligado a un contrato principal.

3.10. INSCRIPCIÓN.

Particularmente en este tipo de operaciones, la inscripción de los contratos de fideicomiso es trascendental para la seguridad jurídica del fideicomisario y de terceros, ya que la posibilidad del ejercicio de acciones o derechos anteriores a la constitución del fideicomiso por parte de terceros acreedores del fideicomitente, los colocaría en una situación de riesgo, ya que la ley de la materia disponía que el contrato de fideicomiso surte efectos en contra de terceros a partir de su inscripción.

La fiduciaria debe vigilar, que en primer lugar se de, de ser posible el mismo día en que celebre el acto, el aviso preventivo al Registro Público de la Propiedad donde se encuentre ubicado el inmueble, y en segundo lugar que dentro del plazo que marcan los reglamentos de estas oficinas públicas de cada entidad federativa, se de el aviso definitivo, para lo cual deberá instrumentar controles de gestión que le facilitará el cumplir cabalmente con esta responsabilidad. Como alternativa colateral, más no opuesta, es recomendable incluir una cláusula mediante la cual

las partes, el fideicomitente y fideicomisario, se obligan a obtener la inscripción correspondiente, liberando de tal responsabilidad a la fiduciaria.

Además de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, es posible dada la naturaleza del bien, que requiera inscribirse en otra oficina pública o privada, como el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras o bien en los registros del emisor, tratándose de títulos de crédito nominativos.

3.11. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

Las partes, conforme a un acuerdo de voluntades, tenían la facultad de pactar un procedimiento de ejecución de naturaleza mercantil, a la que la fiduciaria debería de sujetarse en caso de que el fideicomitente o el tercero incumpliera con sus obligaciones, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el artículo 78 del Código de Comercio.

Para llevar a cabo el procedimiento de ejecución se requería de los siguientes documentos:

El contrato de fideicomiso de garantía constituido en escritura pública y debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad, mediante el cual el fideicomitente afectó en fideicomiso el bien inmueble, para garantizar a la

fideicomisaria el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato principal, como el caso de un crédito simple.

Recibir instrucciones de la fideicomisaria para que la fiduciaria pueda proceder al procedimiento de ejecución de la garantía fiduciaria, la cual se debe de llevar a cabo de la siguiente manera:

Se debe de proceder a llevar a cabo la notificación al fideicomitente, del procedimiento de ejecución, derivado del incumplimiento de sus obligaciones a favor de la fideicomisaria.

Una vez realizada la notificación, se procede a llevar a cabo el avalúo del inmueble dado en garantía, para designar el valor que servirá de base para realizar el procedimiento de subasta del inmueble dado en garantía.

Con relación a este punto se pueden suscitar diferentes dificultades para llevar a cabo el procedimiento, como lo es el que el fideicomitente cambie de domicilio, o este se encuentre con banderas de huelga, lo cual dificulta la realización de la notificación y del avalúo, para lo cual dificulta la realización de la notificación y del avalúo, para lo cual era conveniente solicitar otro domicilio al fideicomitente deudor, desde el acto constitutivo del contrato de fideicomiso de garantía, o facultar el realizar publicaciones a través de un periódico de amplia circulación, para evitar futuros problemas con este punto.

Para la realización de la subasta se deben de realizar las publicaciones, indicando que se llevará a cabo ésta, para convocar a los postores a la venta del inmueble fideicomitido. Éstas se deberían de realizar una por cada convocatoria que se efectuará, para la venta del inmueble.

4. ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE MAYO DE 2000.

Con las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de mayo de 2000, se regula en forma específica, la figura del fideicomiso de garantía.

El primer cambio que se da con las reformas se encuentra en la misma estructura de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues se adicionó una séptima sección al capítulo IV y una sección primera al capítulo V del título segundo, en el primero de estos capítulos se regula la prenda sin transmisión de posesión y comprende del artículo 346 al 380, en el segundo se ve lo relativo al régimen general del fideicomiso, el cual inicia en el artículo 381 (antes 346) concluye en el artículo 394 (antes 359).

La sección segunda del capítulo V que regula al fideicomiso de garantía, es nueva en su totalidad y comprende del artículo 395 al 414 inclusive, tomando el nombre con el que se había designado tradicionalmente al fideicomiso para operaciones de garantía.

"Uno de los propósitos de la reforma consistió en establecer instrumentos que brinden seguridad jurídica a las partes que intervienen en el crédito; además de constituir una medida de protección hacia los deudores, proponiendo la extinción de obligaciones a cargo del deudor, en caso de que ejecutada la garantía, el producto de la venta resultara insuficiente para cubrir el importe de las obligaciones garantizadas, propuesta que se vio reflejada en el artículo 412."¹⁷¹

Las disposiciones anteriores a las reformas en comento sobre el fideicomiso, siguen vigentes y por tanto las prácticas que se derivaron de las mismas; sin embargo, es importante hacer un deslinde para entender la naturaleza y alcance de unas y de otras formas de los fideicomisos existentes hoy en nuestra legislación.

El nuevo fideicomiso de garantía establecido a partir del artículo 395 ha provocado confusión y una amplia polémica por lo que es necesario aclarar diversas cuestiones.

"Se considera que el legislador quiso dejar vigente la figura tradicional del fideicomiso (artículos 381 a 394), contemplando por supuesto, los fideicomisos de

¹⁷¹ INFORME AL COMITÉ DE FIDUCIARIOS, México, Octubre, 2000. p.2.

garantía tradicionales que ha venido manejando la banca desde hace muchos años y que han sido de tal utilidad para el desarrollo del negocio fiduciario y los servicios de la banca en general, que lo más conveniente sería dejarlas en plenitud de aplicación, por lo que se deduce que si el legislador hubiere querido modificar la ley tradicional o dejarla sin efecto, lo hubiera hecho precisamente en las reformas; sin embargo, es necesario que esto se aclare en la propia ley, a efecto de evitar las interpretaciones o riesgos de sanciones que pudiere haber para las instituciones.¹²²

Tomando en consideración los puntos antes mencionados, así como la exposición de motivos de las reformas y las consideraciones hechas en el dictamen de las comisiones de comercio, justicia y estudios legislativos de la Cámara de Senadores, los cuales coinciden en aspecto facilitador del comercio y de mercaderías, se considera que las áreas fiduciarias de las instituciones de crédito podrían optar de acuerdo a las necesidades del servicio, por establecer fideicomisos de garantía con sujeción a las disposiciones que regulan el fideicomiso tradicional (artículos 381 a 394), o bien, sujetarse al fideicomiso de garantía previsto en las nuevas disposiciones (artículos 395 a 414).

En términos de la reforma en comento, se regula en forma específica, la figura del fideicomiso de garantía de lo cual se analizará en los siguientes párrafos.

¹²² INFORME AL COMITÉ DE FIDUCIARIOS. op. cit. p. 3

4.1. FIDUCIARIA.

A diferencia de lo que establece el régimen general, en materia de fideicomisos de garantía, desde la constitución de los mismos debe designarse a la Institución que habrá de desempeñar el cargo de fiduciaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 395 segundo párrafo de la actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sólo pueden actuar como fiduciarias en los fideicomisos de garantía y de acuerdo a lo establecido en el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 bis de la Ley de Instituciones de Crédito, las siguientes:

- 1.- Instituciones de crédito;
- 2.- Instituciones de seguros;
- 3.- Instituciones de fianzas;
- 4.- Sociedades financieras de objeto limitado, y
- 5.- Almacenes generales de depósito.

Con esta reforma sé amplio de manera expresa el campo de acción fiduciaria para aseguradoras y afianzadoras, instituciones que ya habían sido autorizadas para actuar como fiduciarias.

Las instituciones antes mencionadas podrán ser fiduciarias y fideicomisarias en el mismo asunto, tratándose de fideicomisos cuyo fin es el de garantizar obligaciones a su favor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 400 de la multicitada ley. Con esta reforma se extiende, en este tipo de fideicomisos, hacia las fiduciarias de los mismos, el régimen que ya estaba en vigor para la banca de desarrollo.

"Las instituciones de banca de desarrollo, que desde hace años vienen participando con el doble carácter de fiduciaria y fideicomisaria no han tenido ningún problema y en cambio han tenido muchas ventajas al participar con ese doble carácter...,¹⁷³ fomentando por ejemplo el otorgamiento de créditos con garantías fiduciarias complementarias.

Considero que las áreas fiduciarias en las instituciones de crédito, deberán ser totalmente independientes de las áreas de crédito, de comercialización y demás unidades de negocios, en sus acuerdos y resoluciones respecto del cumplimiento de los fines de fideicomisos de garantía en los que se tenga ese doble carácter. Sin embargo, dichas medidas no aseguran que se tenga una imparcialidad, ya que como se quiera ver es la misma persona con esa dualidad de caracteres.

¹⁷³ INFORME AL COMITÉ DE FIDUCIARIOS. op. cit. p. 6.

4.1.1. RESPONSABILIDAD.

Las Instituciones fiduciarias responden por mala fe o en exceso de sus facultades que le corresponden para la ejecución del fideicomiso, "salvo por aquellas actividades u operaciones distintas a las establecidas en el artículo 402 de esa ley"; distintas a aquellas actividades por las cuales los fiduciarios no deberían asumir responsabilidad alguna, al no detentar la posesión de los bienes fideicomitidos.

Se recomienda incluir en los contratos de fideicomiso en los que las instituciones fiduciarias decidan asumir simultáneamente el carácter de fiduciario y fideicomisario, una salvaguarda que bien podría incorporarse en una cláusula relativa a "responsabilidades del fiduciario", en la que las partes expresamente liberen al fiduciario de cualquier responsabilidad por las actividades u operaciones realizadas por el fideicomitente en los términos de lo dispuesto en el artículo 402.

Esta disposición es reiterativa del régimen que en materia de responsabilidad está establecida en la legislación común y del amplísimo margen que en la materia ya establece la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el régimen general del fideicomiso, con la conocida obligación de obrar siempre como buen padre de familia.

4.1.2. UTILIZACIÓN DE LOS BIENES.

La fiduciaria no podrá encargarse de la utilización de los bienes ni de la enajenación de los mismos en el curso normal de las actividades del fideicomitente.

En cierta medida esta disposición recoge un uso y práctica bancaria, salvo por lo que toca a la facultad de enajenación.

4.1.3. INDEMNIZACIÓN.

De acuerdo al artículo 411 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la institución fiduciaria deberá de indemnizar al fideicomitente con una cantidad que no será menor al equivalente al 10% del principal e intereses de la suma garantizada, cuando actué con mala fe o en exceso de las facultades que le corresponden para la ejecución del fideicomiso. Tal porcentaje se incrementa al doble si la institución es también fideicomisaria.

La indemnización, según disposición expresa cubre los perjuicios. Cabría suponer por tanto que queda a salvo la acción para reclamar los daños.

4.2. MATERIA.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Pueden ser materia del fideicomiso de garantía, toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles, lo que constituye una regulación similar a la general...,¹⁷⁴ de acuerdo a lo que establece el artículo 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dice:

"Artículo 401.- Pueden ser objeto de fideicomisos de garantía toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles.

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

Considero la conveniencia de prever en todo fideicomiso de garantía que se constituya sobre bienes muebles, que el fideicomitente estará impedido para combinarlos con otros; emplearlos en la fabricación de otros bienes, o bien enajenarlos en el curso normal de sus actividades preponderantes, ya que independientemente de la sanción penal que prevé la propia reforma, se perdería el control elemental de nuestra garantía, sujetándola a muy variadas

¹⁷⁴ MENDOZA Oswaldo. op. cit. p. 5.

interpretaciones de carácter subjetivo. Por lo anterior, se recomienda la derogación del artículo 402 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Se prevé la posibilidad de afectar en fideicomiso de garantía, todos los bienes muebles que la fideicomitente utilice para la realización de su actividad preponderante, en cuyos casos estos podrán identificarse en forma genérica.

Al igual que en el caso de la prenda sin desposesión, esta figura resulta impráctica, si se considera que la institución en su carácter de fiduciaria o fideicomisaria, no tendrá forma o medio alguno para controlar la indebida extracción de uno o varios de los bienes que se encuentran en tal hipótesis, y en todo caso el fideicomitente podría invocar que el bien del que dispuso indebidamente, ya no lo utilizaba para la consecución de su actividad preponderante.

Dispone el nuevo régimen que los contratos mediante los cuales se documente la constitución de garantías a través del fideicomiso de garantía serán mercantiles para todas las partes que intervengan en ellos. Esta disposición la encontramos en los artículos 347 y 414 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que en unión de la nueva fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio reitera este principio.

4.3. PROPIEDAD FIDUCIARIA.

En materia de fideicomisos de garantía en las reformas se señala, que el fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes.

La mención expresa sobre la transmisión de propiedad en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito encuentra dos antecedentes: El primero, en el artículo 387 (antes 352) que refiere que en la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas. El segundo, en el último párrafo del artículo 383 (antes 348), que señala expresamente que al constituirse el fideicomiso se transmite la propiedad de los bienes fideicomitados.

Otro antecedente de esta disposición la encontramos en las resoluciones jurisdiccionales a través de las cuales se ha reconocido el efecto de transmisión de propiedad en toda operación de fideicomiso, entendiendo que tal propiedad es distinta en sus efectos a la que en lo general regula la legislación común.

Asimismo, el artículo 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que los bienes y derechos que se den en fideicomisos de garantía, serán propiedad de la institución fiduciaria, se consideran afectos a fin de garantizar obligaciones, contraídas por el fideicomitente, disposición que a través de la noción de afectación complementa la de propiedad para estos efectos.

4.4. FORMA.

Por lo que se refiere a la forma del fideicomiso de garantía, el acto constitutivo debe constar por escrito y de acuerdo a lo estipulado en el artículo 407 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los contratos de fideicomiso cuya operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a 250,000 unidades Inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario.

Asimismo, se indica que cuando sean bienes muebles, estos deberán identificarse, salvo que el deudor de al acreedor todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante, en cuyo caso éstos podrán identificarse en forma genérica, de acuerdo a lo que establece el artículo 354 y 408 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En caso de que se afecten bienes inmuebles, la operación deberá constar en escritura pública.

Sin embargo la legislación común sólo obliga a elevar a escritura pública tratándose de inmuebles con valor superior a 365 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración.

4.5. INSCRIPCIÓN.

"El régimen general prevé reglas para que el fideicomiso surta efectos contra terceros. Si los bienes son inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación en que se encuentren los bienes. Si los bienes son muebles, el régimen general contempla varios supuestos y en especial menciona la inscripción en el Registro del domicilio del deudor...,¹⁷⁵ de acuerdo a lo mencionado en el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.6. FIDEICOMITENTE.

Puede ser fideicomitente cualquier persona física o moral, esta figura es similar al régimen anterior, de carácter general, "...en tanto que señala como requisito que el fideicomitente debe tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica. Se incluye como novedad una referencia a la actividad del fideicomitente, disponiendo que es indiferente para efectos de tomar tal carácter."¹⁷⁶

¹⁷⁵ MENDOZA Oswaldo. op. cit. p. 6.

¹⁷⁶ Ibidem. p.7.

4.6.1. DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE SOBRE BIENES MUEBLES.

El fideicomitente tendrá los siguientes derechos, cuando se trate de fideicomisos de garantía en el que se afecten bienes muebles:

1.- Hacer uso de los bienes fideicomitados, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la garantía en cuestión.

2.- Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y

3.- Enajenar los bienes fideicomitados en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

Este derecho que se le otorga al fideicomitente para vender o transferir en el curso normal de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba la notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el Código de Comercio. En caso de que los bienes pignorados representen más del

80% de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según sea el caso.

Este es una importantísima variante en la regulación de la figura e incluso tiene repercusiones mayores por virtud de la combinación de la regulación expresa de la propiedad. La posibilidad de disponer, es de explorable derecho que se trata de una posibilidad que tiene el dueño. En este caso se le atribuye a quien no tiene tal carácter, sino simplemente el que tenga la posesión de los bienes.

4.6.2. DE LAS OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE SOBRE LA POSESION MATERIAL DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

El fideicomitente tiene la obligación de conservar los bienes fideicomitidos, cuando tenga la posesión material de los mismos, como si fueran propios y a no utilizarlos para un objeto diverso que no hubiere pactado con el fideicomisario.

Asimismo, el fideicomitente tendrá que responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos y deberá realizar los gastos necesarios para la debida conservación, administración y recolección de los bienes fideicomitidos.

4.6.2.1. ASEGURAMIENTO.

Si se pacta en el contrato de fideicomiso de garantía que los bienes afectos en fideicomiso distintos al suelo deban quedar asegurados por una cantidad que alcance a cubrir su valor de reposición, corresponde al deudor determinar la aseguradora y recibir el remanente del seguro en su caso, una vez liquidado con éste el crédito garantizado, para lo cual se debe designar como beneficiario a la fiduciaria. En el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se utiliza el término de deudor como equivalente al fideicomitente.

4.7. FIDEICOMISARIO.

"El fideicomitente al constituir el fideicomiso o en acto posterior, designa uno o varios fideicomisarios..., los cuales pueden ser cualquier persona física o moral.... Si fueren varios podrá señalarse respecto a ellos el orden de prelación o participación porcentual."¹⁷⁷

Ya el régimen general anterior, preveía la pluralidad de fideicomisarios y la posibilidad de establecer un orden entre ellos, al hablar de la simultaneidad o de la sucesión para efectos de recibir el provecho del fideicomiso.

¹⁷⁷ MENDOZA, Oswaldo. op. cit. p. 7

4.7.1. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.

"El fideicomisario debe notificar al fiduciario la extinción de la obligación garantizada. De no hacerlo en diez días responde por los daños y perjuicios que se causen al fideicomitente."¹⁷⁸

Esta notificación debe hacerse mediante fedatario público, a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago. En régimen anterior la notificación podía efectuarse mediante comunicación escrita sin la intervención de un fedatario público.

Para hacer efectiva esta obligación será necesario acreditar que la obligación garantizada quedó totalmente cubierta.

4.7.2. AFECTACIÓN DE OTROS BIENES.

"Si los bienes fideicomitados se pierden o deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir que el fideicomitente otorgue otros bienes que sirvan de garantía o de que se realice el pago de la deuda, inclusive antes del plan convenido. Esta

¹⁷⁸ Ibidem, p. 10.

facultad implica para el fideicomisario el llevar a cabo una adecuada supervisión del uso del crédito."¹⁷⁹

4.8. REQUISITOS DE ORIGEN.

A la constitución del fideicomiso de garantía las partes deben de establecer las siguientes reglas:

- 1.- La ubicación de los bienes;
- 2.- La reducción del valor de mercado de los bienes fideicomitados, así como de las inspecciones que se realicen a estos;
- 3.- Las contraprestaciones que podrá recibir el fideicomitente, de su contraparte, por la venta o transferencia de los bienes fideicomitados;
- 4.- De las personas a quienes se les puede vender o transferir el bien fideicomitado, así como el destino que se le dará al dinero, bienes o derechos que se reciba en pago;

¹⁷⁹ Ibidem. p. 11.

5.- De la información que el fideicomitente debe de entregar al fideicomisario por la venta o transferencia de dichos bienes fideicomitados;

6.- De la forma en que se llevará acabo la valuación de los bienes fideicomitados; y

7.- De los términos en que se llevará a cabo la revisión del aforo pactado, en caso de que el bien dado en garantía incremente su valor.

Esta disposición es congruente con el sentido de la reforma en cuanto a garantizar obligaciones con negocios en marcha.

4.9. VENCIMIENTO ANTICIPADO.

"El incumplimiento a las reglas pactadas en las materias que se citan en el punto anterior, origina el vencimiento anticipado al crédito. Esta es una de las reglas que, por estar esencialmente referidas a la relación crediticia, debieran estar comprendidas en otra parte de la legislación a efecto de que este capítulo quedara limitado estrictamente al fideicomiso de garantía."¹⁸⁰

¹⁸⁰ Idem.

4.10. POSESIÓN.

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

El régimen general, tratándose de bienes muebles, presupone posesión por parte de la fiduciaria, sin embargo el régimen particular del fideicomiso de garantía prevé la posibilidad de posesión por parte del fideicomitente, quien está obligado a usarlos, cuidarlos como si fueran propios y responder por daños a terceros, según lo convengan las partes.

Excepcionalmente podrá pactarse que el acreedor o un tercero tengan la posesión. Esta es una disposición del régimen de la prenda, que es aplicable a las operaciones de fideicomiso de garantía.

4.11. RIESGOS.

El riesgo de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitidos es del poseedor de los mismos. Esta disposición resulta congruente con el ánimo de otorgar la garantía sobre un negocio en marcha.

4.12. MULTIPLICIDAD.

"Un mismo fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones... que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores.... Esta posibilidad corresponde, en cierta medida, a lo que en la práctica es un fideicomiso maestro."¹⁸¹

Esta posibilidad de utilizar un mismo bien fideicomitido para garantizar uno o más créditos en el transcurso de la vida del fideicomiso, ya existía en la práctica con el fideicomiso tradicional.

¹⁸¹ MENDOZA, Oswaldo. op. cit. p. 12.

4.13. VALOR DE LA GARANTÍA.

El efecto esencial del fideicomiso de garantía es el que el fideicomitente garantice al fideicomisario, el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, y este se realiza con la transmisión a la institución fiduciaria de la propiedad de ciertos bienes o derechos a los cuales se les asigna un valor.

"El importe de la garantía podrá ser una cantidad determinada cuando se constituya el fideicomiso de garantía o determinable para el momento de su ejecución.

"Esta es otra disposición del capítulo de prenda aplicable al fideicomiso. Solo será efectiva para efectos de la constitución del fideicomiso, por necesidad de registro contable que las instituciones fiduciarias deben practicar en la materia, o para la ejecución de la misma."¹⁸²

4.14. VALOR DE MERCADO.

Antes de las reformas a la legislación aplicable al fideicomiso de garantía se establecía que si el valor de mercado de los bienes fideicomitados disminuía, se podía afectar otros para reponer la proporción original.

¹⁸² Ibidem. p. 12 y 13.

Esta regla, en unión de otras, establecía un mercado de responsabilidad para el fideicomitente en cuanto a la conservación de la proporción de la garantía.

Actualmente con las reformas, lo anterior ya no opera, en virtud de que si el valor de mercado de los bienes fideicomitados disminuye de tal forma que no baste a cubrir el importe de la obligación y los accesorios de la deuda que garantiza el deudor, éste podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original, si no lo hace, se dará por vencido anticipadamente, para lo cual se llevaría a cabo el procedimiento de ejecución y en el cual se podrá afectar al acreedor, en virtud de que el deudor podría argumentar que queda liberado de cubrir las diferencias que resulten con la venta del bien dado en fideicomiso de garantía considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias.

Esta disposición amerita de un análisis especial por parte de los acreditantes antes de convenir sobre la utilización del fideicomiso de garantía.

4.15. PAGOS PARCIALES.

"Anteriormente, la garantía fiduciaria subsistía hasta en tanto era cubierto la totalidad del crédito. Ahora en términos de ley, la garantía se reducirá desde luego y de manera proporcional con respecto de los pagos parciales realizados, siempre

y cuando los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso de garantía sean cómodamente divisibles."¹⁸³

Esta es una regla de la prenda, que en la práctica fiduciaria ha tenido aplicación muy frecuente.

"Finalmente y como principal inconveniente de este tipo de garantía, cabe referir que en caso de que el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía fiduciaria resultaran insuficientes para cubrir el importe del adeudo a cargo del acreditado, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguido los derechos del acreedor para exigir éstas últimas."¹⁸⁴

4.16. PRESCRIPCIÓN.

"Con anterioridad a las reformas, el término de prescripción de la acción que correspondía a los acreedores garantizados con un fideicomiso de esta naturaleza, prescribía a los diez años contados a partir del momento en el que la obligación pudo exigirse."¹⁸⁵ A partir de la reforma, el término de prescripción se reduce considerablemente en perjuicio del acreedor, a escasos tres años, contados a partir de la exigibilidad de la obligación garantizada, con lo que se asimila a este régimen a lo que la misma ley ya establece en otras materias.

¹⁸³ BANCOMEXT. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS DEL 23 DE MAYO DE 2000. México. Junio 2000. p. 3.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 4.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 6

Llama la atención que el artículo 409 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no señala con claridad, si la prescripción está referida a la acción que corresponde al fideicomisario para solicitar la ejecución del fideicomiso, o bien a la acción para reclamar el pago de la obligación garantizada, sin embargo y al referirse a "las acciones" en forma genérica, hace pensar que el citado ordenamiento abarca ambos conceptos.

4.17. PRELACIÓN.

Con relación al fideicomiso de garantía, los acreedores garantizados con esta figura jurídica tendrán preferencia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Los acreedores garantizados a través de esta figura percibirán el pago con exclusión de otros, incluso por créditos laborales si los bienes materia de la garantía fueron adquiridos con el importe del crédito. La garantía inscrita respecto de un bien mueble que se adhiera después a un inmueble, tiene preferencia sobre la hipotecaria, refaccionaria o fiduciaria que se constituya sobre éste. El acreedor puede modificar su grado de preferencia mediante convenio expreso.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 371 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el fideicomiso de garantía tiene prelación sobre:

- 1.- Los créditos quirografarios;

2.- Los créditos con garantía real no registrados, y

3.- Los gravámenes judiciales preexistentes no registrados

La disposición antes referida corresponde a la sección de prenda, sin embargo, es aplicable al fideicomiso de garantía, por la remisión que hace el artículo 414 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.18. SANCIONES.

El artículo 1414 bis 18 del Código de Comercio establece que en caso de que la parte actora (institución de crédito actuando como acreedora prendaria o como institución fiduciaria) no entregue al deudor, que en muchas ocasiones podrá resultar persona diversa al fideicomitente para el caso de fideicomisos de garantía, el importe del remanente obtenido por la venta de los bienes subastados, cubrirá, no dice a quién, una pena equivalente a cien y hasta tres mil veces el salario mínimo general vigente, por día transcurrido, mientras subsista el incumplimiento.

Al día de hoy, dicha sanción radica entre \$4,215.00 y \$126,450 .00 pesos por cada día de retraso, lo cual resulta inequitativo, exorbitante y desproporcionado.

Por si ello fuera poco, el artículo 1414 bis 19 señala además que en caso de que el acreedor o fiduciario no entregue al deudor el remanente de la venta de los bienes objeto de prenda o fideicomiso, cubrirá a éste último, una tasa de Interés equivalente a dos veces el Costo de Captación a Plazo de pasivos denominados en moneda nacional (CCP) que mensualmente da a conocer el Banco de México mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación.

4.19. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL NUEVO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Para efectos de la ejecución de la garantía, necesariamente habrá de adecuarse a lo establecido por el Título Tercero Bis del Código de Comercio, ya que en este nuevo título se introdujo un nuevo procedimiento, éste es otro de los aspectos muy relevantes de la reforma, el cual sé vera con mayor amplitud en el capítulo cuarto de este trabajo.

CAPÍTULO CUARTO.

EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

CAPÍTULO CUARTO.

EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Los casos en que se tramitará el procedimiento extrajudicial será para obtener los siguientes fines:

- a) Para obtener el pago de los créditos vencidos; y
- b) Para obtener la posesión de los bienes objeto de garantía otorgados mediante el fideicomiso de garantía.

Considero que este procedimiento se presentará en casos verdaderamente excepcionales, ya que requiere que no exista controversia en tres circunstancias indispensables que son:

- a) La exigibilidad del crédito.
- b) La cantidad reclamada.
- c) La entrega de la posesión de los bienes.

1.1. DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES A CARGO DEL FIDUCIARIO.

El fiduciario podrá obtener la posesión de los bienes objeto de la garantía, si así se estipuló expresamente en el contrato respectivo.

El procedimiento extrajudicial de ejecución en el fideicomiso de garantía se inicia con el requerimiento formal de la entrega de la posesión de los bienes por el deudor a la fiduciaria, mediante fedatario público, quien deberá de levantar el acta correspondiente, así como el inventario pormenorizado de los bienes.

En caso de que el fiduciario no pueda obtener la posesión de los bienes, se seguirá el procedimiento de ejecución forzosa.

La entrega de la posesión por la fideicomitente a la fiduciaria también era una gran dificultad en el fideicomiso tradicional, razón por la que las ventajas en tiempo obtenidas en el procedimiento convencional se perdían al intentar recuperar la posesión de los bienes fideicomitidos.

Si se entregan los bienes al fiduciario este tendrá el carácter de depositario judicial, hasta que se realice lo previsto en el artículo 1414 bis 4, es decir, la enajenación de estos bienes, en términos del artículo 1414 bis 17 fracción segunda del Código de Comercio.

1.2. PROCEDIMIENTO DE VENTA.

Una vez entregada la posesión de los bienes, se procederá a la enajenación de estos, en términos de lo establecido en el artículo 1414 bis 17 fracción II del Código de Comercio.

El procedimiento de venta se puede realizar ante el juez que conozca el juicio o mediante fedatario público de la siguiente forma:

1.- Se debe de notificar al deudor de manera personal, el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes dados en garantía fiduciaria. La notificación debe realizarse con cinco días de anticipación a la fecha de la venta.

Con relación a este punto considero que quedaría mejor si se indicara también el lugar en donde se llevará a cabo la venta de estos bienes, así como precisar si son naturales o hábiles los días a que se refiere el párrafo anterior.

2.- Se publicará un aviso en un periódico de la localidad, en que se encuentren los bienes, por lo menos cinco días hábiles a la fecha de venta, en donde se señale lo siguiente:

- a) El lugar;
- b) El día;
- c) La hora en que se debe de realizar la venta;
- d) La descripción de los bienes; y
- e) El precio de venta, determinado de acuerdo al artículo 1414 bis del Código de Comercio.

En dicha publicación se podrá señalar las fechas en que se realizará, en su caso, las ofertas sucesivas de la venta de los bienes.

Cada semana, en caso de que no sea posible realizar la venta de los bienes, se reducirá en un 10% el valor mínimo de venta de estos, pudiendo a elección del acreedor, obtener la propiedad plena de los mismos, cuando se encuentre en los supuestos a que se refiere la fracción I del artículo 1414 bis 17 del Código de Comercio.

Asimismo, el deudor puede realizar más publicaciones respecto a la venta de los bienes, siendo a su costa los gastos que se eroguen por tal concepto.

3.- Una vez realizada la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuera mayor al monto del adeudo, el acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor, en un plazo no mayor de cinco días (no se indica si son estos días hábiles o naturales), una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y gastos; mediante efectivo, cheque de caja, o billete de depósito a favor del deudor, a través de fedatario.

1.3. VALOR DE LOS BIENES.

Se indica en el artículo 1414 bis del Código de Comercio que para llevarse a cabo el procedimiento extrajudicial, se debe de determinar el valor de los bienes dados en garantía, por cualquiera de los siguientes procedimientos:

a) Por el dictamen que practique el perito que se haya designado por las partes al momento de llevar a cabo la constitución del fideicomiso de garantía o en fecha posterior,

b) Por cualquier otro procedimiento que acuerden las partes por escrito.

En caso de que no se pueda llevar a cabo alguno de los procedimientos anteriormente citados, se recomienda que las partes al momento de celebrar el contrato de fideicomiso de garantía, deberán establecer las bases para la designación de una persona distinta del acreedor, para que practique el avalúo de los bienes dados en garantía.

Una vez que se obtiene el valor de avalúo de los bienes dados en fideicomiso de garantía, se estará a lo siguiente:

1.- Cuando el valor de los bienes sea menor o igual al monto del adeudo condenado, quedará liquidado totalmente el crédito, sin que exista acción o derecho alguno a la parte actora, que pueda ejercitar o hacer valer en contra del demandado (artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). En este caso el fiduciario podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía; y

2.- Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto del adeudo condenado, la fiduciaria una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos que se hayan generado, entregará al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes.

1.4. CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.

De acuerdo a lo que se establece en el artículo 1414 bis 2 del Código de Comercio, el procedimiento extrajudicial se dará por concluido en los siguientes casos:

1.- Cuando se oponga el deudor a la entrega material de los bienes o al pago del crédito respectivo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2.- Cuando no se haya producido el acuerdo a que se refiere el artículo 1414 bis o este sea de imposible cumplimiento.

No es necesario agotar el procedimiento extrajudicial, para iniciar el procedimiento judicial.

1.5. VIGENCIA DEL PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL.

Por lo que respecta a la Ley de Instituciones de Crédito, considero de importancia el señalar que del texto del artículo 83 de dicho ordenamiento, se desprende la posibilidad de que las instituciones de crédito continúen determinando en forma convencional, los procedimientos de ejecución correspondientes a los fideicomisos de garantía que celebren con sus clientes.

“Artículo 83. A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario.”

Dichos procedimientos de ejecución tendrán como única limitación, el cabal cumplimiento de lo establecido por los artículos 1052 y 1053 del Código de Comercio.

Finalmente, cabe resaltar que en términos de la artículo 85 bis 1, se faculta a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para suspender por un periodo no menor de seis meses, la contratación de fideicomisos de garantía, a las entidades que sean condenadas a pagar en más de una ocasión, las indemnizaciones a las que se refiere al artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. No obstante lo anterior, llama la atención que este último artículo está referido a cuestiones relativas a la inscripción de fideicomisos, mismas que resultan totalmente ajenas a cualquier tipo de indemnización.

Asimismo, se indica en el artículo segundo transitorio del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo de 2000 que:

Los fideicomisos de garantía constituidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, seguirán sujetos a las disposiciones que les resulten aplicables al momento de su contratación.

Sin perjuicio de lo anterior las partes que cuenten con facultades para ello conforme al contrato constitutivo de esos fideicomisos, podrán convenir que los mismos se sujeten a las disposiciones de esta ley.

2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

2.1. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.

Este procedimiento será aplicable en los siguientes casos:

- 1.- Para obtener el pago de un crédito cierto, líquido y exigible; y
- 2.- La obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen.

"En principio, este procedimiento de ejecución resulta atractivo única y exclusivamente con relación a la posibilidad de obtener en forma inmediata los bienes objeto del fideicomiso de garantía, inclusive si se trata de bienes inmuebles."¹⁸⁶

¹⁸⁶ BANCOMEXT. op. cit. p. 9.

2.2. REQUISITOS.

Para que se lleve a cabo este procedimiento se requiere de lo siguiente:

- 1.- Que el crédito conste en documento público o privado, según corresponda.
- 2.- Que sea exigible en los términos pactados o conforme a la ley.

2.3. PROCEDIMIENTO.

El procedimiento judicial de ejecución de garantía otorgada mediante fideicomiso de garantía se lleva a cabo de la siguiente manera:

- 1.- Se presenta el escrito de demanda acompañado del contrato respectivo y la determinación del saldo que realice el acreedor, en caso de que el acreedor sea una institución de crédito, se anexara la certificación del saldo.

Esta podrá elaborarse a partir del último estado de cuenta que el deudor haya recibido y aceptado, siempre y cuando se haya pactado, o bien el acreedor esté obligado por disposición de Ley a entregar estados de cuenta al deudor.

¿Cuándo se tiene por recibido y aceptado el estado de cuenta?

Se tiene que el deudor ha recibido y aceptado el último estado de cuenta, si no lo objeta por escrito dentro de los diez días hábiles siguientes de haberlo recibido, ó bien efectúa pagos parciales al acreedor con posterioridad a su recepción

2.- Si el juez encuentra que se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1414 bis 7, en un plazo no mayor de 2 días admitirá la demanda.

3.- Asimismo, dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y de no hacerlo, haga entrega de la posesión material de los bienes dados en garantía al actor. En este caso el acreedor tendrá el carácter de depositario judicial e indicará al juez el lugar que permanecerán los bienes, en tanto no sean vendidos.

4.- En caso de que el deudor no pague o no haga la entrega de la posesión material de los bienes dados en garantía al acreedor, el juez emplazará a juicio al deudor, en el mismo auto que lo requirió de pago, para que dentro del término de 5 días ocurra a contestar la demanda y a oponer, en su caso, las excepciones que se indican en el artículo 1414 bis 10 del Código de Comercio.

Esta diligencia, no se suspenderá por ningún motivo y se llevará hasta su conclusión de acuerdo a lo señalado en el artículo 1414 bis 9 del citado ordenamiento.

2.4. MEDIOS DE APREMIO.

Para efectos de obtener la referida posesión, las reformas prevén diversos medios de apremio, entre los que se encuentran los siguientes:

1.- El juez apercibirá al deudor, con multa que oscilará entre 3 y 400 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a fin de poner en posesión material de los bienes al acreedor (actor).

Con relación a la imposición de la multa, el juez deberá considerar el monto de la garantía reclamada.

Si el deudor no hace entrega de los bienes, el secretario o el actuario lo hará constar y lo dará a conocer al juez, quien procederá a hacer efectivo los medios de apremio decretados y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su resolución.

2.- El auxilio de la fuerza pública; y

3.- Arresto administrativo en contra del deudor, hasta por 36 horas.

En caso de que la garantía recaiga sobre una casa habitación, utilizado como tal por el demandado, éste si acepta, podrá ser designado depositario, hasta la sentencia.

Cuando conforme a la sentencia, proceda a que el demandante entregue la posesión material del inmueble, el juez hará efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de dicha sentencia.

El incumplimiento de la parte actora a lo señalado en el artículo 1414 bis 17 fracción II, es decir, que en caso de que la fiduciaria no entregue al deudor el remanente que corresponda a la venta de los bienes, el juez lo hará acreedor a las medidas de apremio establecidas en el artículo 1414 bis 9 y ordenará pagar una pena equivalente a 100 y hasta 3000 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, en la fecha de incumplimiento, por día transcurrido mientras subsista el incumplimiento.

Asimismo, el fiduciario o acreedor, cubrirá al deudor, por todo el tiempo en que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a 2 veces el Costo de Captación a Plazo de Pasivos denominados en moneda nacional (CCP) que mensualmente de a conocer el Banco de México, mediante publicaciones en el Diario Oficial de la Federación.

En los procedimientos que se lleven a cabo conforme al capítulo segundo del título tercero bis, no admitirán incidentes y las resoluciones que se dicten, sólo serán apeladas en efecto devolutivo, por lo que no se podrá suspender el procedimiento, salvo lo previsto en el artículo 1414 bis 10 último párrafo.

2.5. EXCEPCIONES.

De acuerdo al artículo 1414 bis 10, el demandado podrá oponer las excepciones que a su derecho convenga. Se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas.

2.5.1 EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD.

Si procede esta excepción, el juez concederá un plazo de 10 días al actor o demandado, para que subsane los defectos del documento presentado, si no se subsana la del actor el juez sobreseerá el juicio, si no se subsana la del demandado el juicio se seguirá en rebeldía.

2.5.2. EXCEPCIÓN CONSISTENTE EN QUE EL DEMANDADO NO HAYA FIRMADO EL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN, O FUNDADAS EN LA FALSEDAD DEL MISMO.

Esta excepción será declarada improcedente, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo, o que este manteniendo la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito.

2.5.3. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA.

Sólo se admitirá cuando se exhiban con la contestación, las copias selladas de la demanda y la contestación a ésta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente.

2.5.4. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA O ERROR EN LA VÍA.

El juez prevendrá al actor para que en un término que no exceda de 3 días hábiles la corrija.

El juez revisará la contestación a la demanda y desechará de plano todas las excepciones notoriamente improcedentes.

2.6. DEL ALLANAMIENTO.

El allanamiento que afecte a toda la demanda, producirá el efecto de que el asunto pase a sentencia definitiva.

2.7. DE LA DEMANDA Y LAS PRUEBAS.

La demanda y la contestación a la demanda deben de ser claras y precisas y se deberán de ofrecerse todas las pruebas, relacionándolas con los hechos que pretendan probar y presentar los documentos respectivos, salvo lo dispuesto en el artículo 1414 bis párrafo segundo.

2.8. OFRECIMIENTO DE PRUEBAS.

El demandado tendrá en todo tiempo el derecho de ofrecer pruebas, hasta antes de que se dicte la sentencia correspondiente, y por una sola vez.

2.9. ADMISIÓN Y DESECHAMIENTO DE LAS PRUEBAS.

El juez resolverá sobre la admisión o desechamiento de pruebas en el auto que tenga por contestada o no la demanda.

El juez deseará de plano las pruebas ofrecidas en contra de la moral o el derecho, o que se refieran a hechos imposibles y notoriamente inverosímiles o no controvertidos por las partes, o no se ajusten a lo establecido en los artículos 1414 bis 11 y 12.

2.10. DE LA PREPARACIÓN DE LAS PRUEBAS.

Estas quedarán a cargo de las partes, por lo que deberán presentar sus testigos, peritos, documentos públicos y privados, pliego de posiciones y demás pruebas que les hayan sido admitidas.

2.11. DE LA PRUEBA PERICIAL.

Al promoverse está, deberá el juez hacer la designación de un perito o peritos que estime conveniente para la práctica de la diligencia. Asimismo, las

partes pueden designar un perito, para que rinda su dictamen por separado o se asocie al nombrado por el juez. Esta será calificada por el juez.

2.12. DE LA TESTIMONIAL Y DOCUMENTAL.

Si no se presenta el testigo o documento que haya sido admitido como prueba para su desahogo, por causa imputable al oferente, a más tardar en la audiencia, se declarará desierta, a menos que exista una causa de fuerza mayor debidamente comprobada.

Cuando se tengan que rendir la prueba testimonial o pericial, se debe de ofrecer en el escrito de demanda o contestación, señalando el nombre y apellido de los testigos y de sus peritos y exhibir copia de los interrogatorios o cuestionario para los peritos.

El juez ordenará que se haga entrega a cada una de las partes, para que en la audiencia se puedan formular repreguntas en forma escrita o verbal.

2.13. AUDIENCIA DE PRUEBAS, ALEGATOS Y SENTENCIA.

El juez dará instrucciones al actor con las excepciones opuestas por el demandado por el término de 3 días y señalará fecha y hora para la celebración de

la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, la cual deberá celebrarse dentro de los 10 días siguientes a aquél en que haya concluido el plazo fijado para que el actor desahogue la vista de las excepciones.

La audiencia de pruebas, alegatos y sentencia se caracteriza por lo siguiente:

- 1.- El juez debe presidir esta audiencia.
- 2.- Ordenará el desahogo de las pruebas admitidas y preparadas.
- 3.- Dará oportunidad a las partes para alegar, lo que a su derecho convenga, por escrito o verbalmente.
- 4.- El juez dictará sentencia, la cual será apelable únicamente en efecto devolutivo.

Una vez que se dicte sentencia, se llevará a cabo lo relacionado a obtener el valor de avalúo de los bienes, para posteriormente proceder a su venta de acuerdo al artículo 1414 bis 17.

3. PROBLEMÁTICA.

3.1. TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

"El principio en que ha descansado desde siempre la tradición jurídica y práctica del fideicomiso mexicano y a la que se debe la difusión que ha alcanzado, ha venido a hacer trastocado o puesto en duda por la reforma, al decir que "la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos" pues en cuanto da a entender así que hay cuando menos algunos fideicomisos, en los que no hay transmisión de los bienes fideicomitidos, viene a robustecer el criterio sostenido por algunos opinantes, en el sentido de que en los fideicomisos de garantía, entre otros, no hay transmisión de propiedad, sino que constituyen un mero gravamen, con lo cual, si eso se llegara a tener como cierto, se vendría a dar al traste, con las ventajas que ese tipo de fideicomiso ha tenido siempre, frente a otras formas de garantizar obligaciones, en las que también se afectan bienes con gravámenes reales, como la prenda o hipoteca; ventajas que consisten, entre otras, en que los bienes fideicomitidos quedan sustraídos a la acción de otros acreedores y a formar parte de la masa de la quiebra o del concurso del deudor."¹⁸⁷

"Si el criterio apuntado respecto del fideicomiso de garantía se considera válido, como consecuencia de la enmienda, se acarrearía otro grave inconveniente, a saber uno de los argumentos en que se ha basado la Suprema Corte en diversas

¹⁸⁷ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p. 5.

ejecutorias para sostener la constitucionalidad de la ejecución del fideicomiso de garantía y negar que con ella se este desapoderando al fideicomitente deudor del bien, sin haberlo oído y vencido previamente en juicio, violando así en su perjuicio la garantía de audiencia, se basa en que no es el fiduciario quien lo desapodera del bien al ejecutar el fideicomiso, sino que es el propio fideicomitente, el que desde el momento de constituir el fideicomiso, se priva de la propiedad del bien al transmitirlo a la institución, pero si se llega a considerar fundándose en el nuevo texto, que el fideicomiso de garantía es un mero gravamen, el fundamento en que se ha basado la jurisprudencia generada por el alto tribunal deja también por eso de ser aplicable.¹⁸⁸

Independientemente de las anteriores reflexiones, el texto que se comenta es omiso, en cuanto deja en la duda, cuales fideicomisos son los traslativos de dominio y cuales no, lo cual puede conducir a diversas interpretaciones aparte de las que han quedado mencionadas, con la consecuente inseguridad jurídica.

Asimismo, se puede señalar que en la exposición de motivos pretendía fundamentar la reforma sosteniendo que vendría a procurar una relación equitativa entre las partes y a darles una mayor seguridad jurídica y que implicaría una reducción de costos. Resulta inconcebible, sin embargo, que un procedimiento en que el deudor queda a merced de su acreedor, pueda considerarse una relación equitativa o que conduzca a dar seguridad; como tampoco puede dársele a la institución acreedora, aunque aparentemente parezca favorecerla, si dicho procedimiento es jurídicamente vulnerable, precisamente por lo inequitativo, tampoco puede considerarse que reduzca costos, si exige la presencia de dos fiduciarios en lugar de uno. Además, si a través del fideicomiso se va a hacer una

¹⁸⁸ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p.5.

dación en pago, los impuestos inherentes a toda transmisión deben cubrirse igual que si la dación se realizará en forma directa, salvo que se establezca en el contrato la posibilidad de que el fideicomitente, aun cuando deje de ser deudor, pueda rescatar el bien, contra la entrega de la cantidad que había constituido el adeudo.

Pero si la pretensión era evitar el pago del impuesto de adquisición de inmuebles, lo que debió hacerse era modificar la fracción correspondiente del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación y hacer los cambios correlativos en las leyes de hacienda de las entidades federativas para que quedarán exentas de los impuestos que gravan la transmisión de bienes, las enajenaciones en pago o en adjudicación, por adeudos a favor de las instituciones de crédito, tomando en consideración que éstas sólo pueden adquirir bienes por esos conceptos de manera transitoria, ya que están obligadas por la ley que las regula a transmitirlos en plazo perentorio.

Como se ha mencionado en párrafos precedentes las respectivas leyes orgánicas de los bancos de desarrollo, han venido permitiendo que dichas instituciones puedan actuar en un mismo fideicomiso como fiduciarias y fideicomisarias. Tales disposiciones estaban en contradicción con el párrafo cuarto del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que declaraba nulos los fideicomisos que se constituyeran en esas condiciones, lo que provocaba un conflicto de leyes.

Si fuera cierto, como algunos suponen, que lo que se pretendió con la enmienda, fue superar esa situación, hubiera bastado con dejar el mencionado párrafo con el siguiente texto:

"Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en otros ordenamientos legales aplicables".

Con esta fórmula se hubiera superado la contradicción y no se hubiera caído en el despropósito en que se incurrió con la enmienda.

3.2. POSESION DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

Es cierto que un limitado sector de la doctrina niega que por virtud del fideicomiso, la propiedad de los bienes fideicomitidos queda transmitida al fiduciario, existía casi unanimidad para sostener que todo fideicomiso, cualquiera que sea su fin, tiene como efecto tal transmisión y la práctica fiduciaria, desde que el fideicomiso se insertó en nuestro sistema jurídico, se ha llevado a cabo y desarrollado basada en ese supuesto, con el pleno reconocimiento de la jurisprudencia.

La doctrina, la jurisprudencia y la práctica fiduciaria, siempre han reconocido que el fideicomiso es traslativo de dominio, pero esa consideración se ha desprendido de la hermenéutica aplicable, es decir, de una interpretación lógica y técnica del conjunto de disposiciones legales que, dentro de nuestro sistema, tienen relación con la figura, sin que existiera una norma que así lo diga en forma expresa, omisión que ha venido a dar lugar a que personas desinformadas hayan puesto en tela de juicio esa característica esencial del fideicomiso.

Sin embargo, con relación a éste punto tan controvertido de la posesión de los bienes fideicomitidos, con el actual artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, viene a establecer expresamente que el fideicomiso de garantía es traslativo de dominio; así como, la jurisprudencia, la doctrina y la práctica han determinado lo mismo, para lo cual deberá incorporarse este reconocimiento expreso, a los fideicomisos tradicionales regulados por los artículos 381 a 394 del citado ordenamiento.

Si el patrimonio fideicomitado constituye una garantía a favor del fideicomisario, ello no implica que el fiduciario y el propio fideicomisario asuman el doble carácter de acreedor y deudor.

La naturaleza del fideicomiso como un negocio jurídico por medio del cual se constituye un patrimonio autónomo que es diverso de los propios de las partes que intervienen en el mismo, actualmente se ve reflejado y queda de una manera más clara en la norma jurídica.

3.3. OBLIGACIÓN QUE SE GARANTIZA.

Anteriormente, el fideicomiso de garantía subsistía hasta en tanto era cubierto la totalidad del crédito. Ahora en términos de ley, el fideicomitente tiene derecho a que queden liberados desde luego y de manera proporcional los bienes afectos al fideicomiso, en la misma proporción a los pagos realizados, siempre y cuando tales bienes sean cómodamente divisibles.

En caso de que el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía del fideicomiso, resultaran insuficientes para cubrir el importe del adeudo a cargo del fideicomitente, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extintos los derechos de la institución para exigir las diferencias.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las instituciones se verán obligadas a sobre garantizarse en los créditos en una proporción mayor a la usual, debido a que según el texto del citado artículo, las obligaciones de pago del deudor se extinguen si el producto de la venta de los bienes fideicomitados resulta insuficiente para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas, por lo que a la letra de esta disposición resultarían intrascendente negociar con los clientes garantías complementarias como las quirografarias, avales, fianzas, etc.

Los artículos 404 y 405 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, facultan al acreedor durante la vigencia de crédito o de las obligaciones garantizadas, para solicitar y exigir del deudor si así se convino en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones, que realice aportaciones adicionales de bienes, si el valor de mercado de estos, disminuye en relación con el importe de la deuda que se garantiza, y convencionalmente pactar las partes, que la obligación de efectuar aportaciones adicionales se hace extensible si disminuye la proporción de la garantía respecto del crédito, por el aumento de este último que mantengan las proporciones pactadas de las garantías respecto del crédito. Se concluye que lo dispuesto en el artículo 412, en caso de ejecución de la garantía se atenúa con lo señalado en los referidos artículos 404 y 405 si así queda previsto en el fideicomiso y se da un seguimiento adecuado al valor de las garantías.

Se recomienda a lo anterior que cuando se pretenda tomar garantías adicionales al patrimonio del fideicomiso, deberá definirse en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías fiduciarias, como obligaciones garantizadas a aquellas que garanticen una parte del crédito con bienes o derechos afectos al fideicomiso y en otro tramo del crédito, establecer garantías específicas con bienes o derechos que no formen parte del patrimonio fideicomitido.

Si el deudor transmite en fideicomiso el bien, para que éste sea fuente de pago, esto es, para que la fiduciaria proceda a la venta del mismo, en las condiciones que se convengan al efecto y hasta que lo haya vendido, se hará pago del crédito incumplido, con el producto que obtenga, como en ese caso, si existe potencialmente el riesgo de que el fiduciario, que además es fideicomisario y acreedor, realice la venta en forma irregular o en términos inconvenientes para el fideicomitente-deudor, a efecto de evitar esta posible consecuencia, tendría entonces sí que designarse un fiduciario distinto a la institución acreedora, pero para ese caso carece de justificación la presencia de dos fiduciarias, una titular y una sustituta, pues bastará a con que haya una sola, que desde luego no podrá ser nunca la propia institución acreedora. De lo anterior debemos concluir que en cualquiera de los dos supuestos, sea que el fideicomiso se constituya para hacer una dación en pago o para que sirva de fuente de pago, la reforma en los términos en que está concebida, es ilógica y carece de eficacia, de justificación y de sentido.

3.4. DUALIDAD DE LA FIDUCIARIA.

"Constituye un gravísimo desacierto y un nuevo atentado contra la institución jurídica del fideicomiso, lo que viene a ser la infortunada reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, llevada a cabo en mayo de 1996, misma de la que se sabe, y por algo será, que los medios bancarios, casi en su totalidad se han abstenido de aplicarla, establecer que en una misma institución, puedan coincidir los caracteres de fiduciaria y fideicomisaria."¹⁸⁹ La aplicación de esa desatinada estipulación contenida en el actual artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, conducirá a un evidente conflicto de intereses que hará impugnabile su desempeño como fiduciarias. Esto es de alto riesgo para las instituciones y por lo tanto desaconsejable actuar en los fideicomisos con esa dualidad, pues a juicio del Licenciado Juan Suayfeta Ozaeta tiene las siguientes negativas:

"a) Destruye de manera irreflexiva y sin ninguna razón válida que lo justifique, el concepto, la naturaleza y la índole que la figura jurídica del fideicomiso a tenido, no sólo desde que fue adoptada por nuestro sistema, sino también desde sus remotas raíces históricas en el derecho romano.

b) Es incongruente la noción que da la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del fideicomiso, trayendo más confusión en el concepto de una institución jurídica que ya de por sí ha sido de difícil comprensión en este medio, por proceder de un sistema distinto.

¹⁸⁹ SUAYFETA Ozaeta, Juan. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO...México. Febrero 2000. p. 2.

c) El fideicomiso de garantía ha sido en la práctica el más impugnado en lo que atañe a su ejecución; en sus inicios se adujo que era inconstitucional lo que llevaban a cabo los fiduciarios al efectuar la venta de los bienes fideicomitidos, por considerarse que actuaban como juez y parte, imputación que fue terminantemente negada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación pero, con ésta desafortunada innovación en la que han sido tan insistentes los legisladores, aumenta considerablemente el riesgo de impugnación y quizá con mejores razones, sobre todo si se toma en cuenta el principio consagrado por la lógica y la doctrina, de que el fideicomisario es un acreedor del fiduciario, tiene frente a este un crédito personal y al fundirse en una misma institución las dos calidades, ésta se convierte en deudor y acreedor de sí mismo, produciéndose la confusión de derechos a que se refiere el artículo 2206 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos de las demás entidades federativas, lo que trae como consecuencia la extinción de la obligación según lo establece el propio precepto.

d) Se echa pues por la borda todo el esfuerzo que en la jurisprudencia, la doctrina y la práctica se ha llevado a cabo desde que la figura fue adoptada por nuestra legislación, para hacerla comprensible y ubicarla congruentemente dentro de nuestro sistema, produciéndose así un lamentable retroceso, pues hace ahora más difícil, por la confusión que implica la comprensión de la misma.

e) Le quita confiabilidad a una institución que se fundamenta en la imparcialidad y buena fe con que debe actuar el fiduciario, pues si en éste se reúne también el carácter de fideicomisario, es decir, se permite que el fideicomiso

se constituya en su favor, la figura pierde prestigio porque la imparcialidad cuando menos se vuelve dudosa."¹⁹⁰

El hecho de que conforme a las nuevas disposiciones a la ley cambiaria que se comenta, se establecen normas divergentes para el fideicomiso en general, en relación con el de garantía, viene a sembrar confusión, anarquía, incomprensión y caos en una institución jurídica que ha sido útil y eficaz en la forma racional en que está actualmente concebida por nuestra legislación y que en la práctica se ha demostrado que es, en lo que cabe, atinada, salvo dos o tres omisiones que pueden ser fácilmente superables con ligeros ajustes a los ordenamientos en vigor. La regulación para la ejecución del fideicomiso de garantía, debe ser complementaria y de ninguna manera contraria, a la que rige para el fideicomiso en general. En la forma en que se pretende proceder vamos a tener respecto del fideicomiso de garantía dos regulaciones antagónicas entre sí, que aunque se diga lo contrario, en la práctica se excluyen una a la otra.

Por ejemplo, mientras conforme al texto anterior en el que se indicaba en el artículo 354 de la ley cambiaria, que el fideicomiso sobre bienes muebles corpóreos o títulos, pueda surtir efectos frente a terceros, es necesario que queden en poder de la institución fiduciaria; en cambio, según lo que se establece el artículo 402 de la ley actual, pueden quedar en manos del propio deudor fideicomitente. Esta discrepancia puede ser germen de conflictos, ante terceros acreedores que pretenden embargar los bienes muebles en fideicomiso que no estén en poder del fiduciario, y es discutible la procedencia de la tercera excluyente de dominio que se interpusiera, lo que hará dudosa la eficacia del fideicomiso como instrumento de garantía.

¹⁹⁰ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p. 2 y 3.

"Al regularse el fideicomiso de garantía sobre bienes muebles en la misma forma y términos y con iguales efectos que tiene "la prenda sin desplazamiento de posesión" vienen a quedar establecidos, en el mismo ordenamiento, de manera innecesaria y sin justificación alguna, dos formas iguales, aunque con distinto nombre, de garantizar obligaciones con bienes muebles, complicando así sin ninguna utilidad práctica, tanto la normatividad propia del fideicomiso, como la figura misma de la prenda."¹⁹¹

Resulta inexplicable, que precisamente cuando por la situación de la economía se ha incrementado el incumplimiento de los deudores en el pago de sus créditos, lo que les hace buscar cualquier coyuntura para evitar o diferir las acciones de cobro de las instituciones acreedoras, se les haya venido a proporcionar ahora una eficaz arma de impugnación, que les permita eludir o cuando menos diferir el pago de sus adeudos, con las consecuencias que ello puede significar para la situación ya de por sí difícil de la banca, en el momento en que la imagen de la misma, con razón o sin ella, se encuentra altamente deteriorada ante la opinión pública y en que los tribunales parecen inclinarse a favorecer a los deudores.

¹⁹¹ SUAYFETA Ozaeta, Juan. op. cit. p. 3.

4. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Tratándose del fideicomiso de garantía los casos en que se extingue éste, los encontramos en la regla general del fideicomiso en el que se establece en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las cuales son:

1) Por la realización del fin para el cual fue constituido.

2) Por hacerse éste imposible.

3) Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución.

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

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

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

7) En el caso del párrafo final del artículo 350 del Código de Comercio.

5. PROPUESTA DE REFORMA AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

En este sentido y por imprecisión en el texto en las reformas, se considera que lo más conveniente es proponer reformas y adecuaciones legislativas para rescatar la intención del legislador y así deslindar las figuras que hoy plantean confusiones, para lo cual se propone lo siguiente:

Señalar de manera expresa la subsistencia del fideicomiso tradicional regulado por la sección primera del capítulo V que comprende los artículos del 381 al 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, incluyendo el manejo de garantías fiduciarias en la forma utilizada hasta antes de las reformas, haciendo algunos ajustes a éstos artículos.

Que permanezca la práctica que se desarrollo conforme a las disposiciones anteriores en materia de fideicomiso de garantía.

Hacer extensivo el reconocimiento del carácter traslativo de dominio a la institución fiduciaria, ya que de acuerdo al anterior texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el cual se trata de dar un concepto del fideicomiso, olvidan este punto y de acuerdo con lo que establece la Asociación de

Banqueros de México en su propuesta de fecha 5 de diciembre de 2001, se prevé esta situación, de tal forma que quede el artículo 381 en los siguientes términos:

"El fideicomiso es un contrato en virtud del cual el fideicomitente **transmite** a una institución fiduciaria la propiedad de uno o más bienes o **derechos** para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."

En esta definición, creo prudente agregar al artículo lo relacionado a los derechos y no solo contemplar a los bienes, ya que aquellos también pueden ser objeto de garantía en el fideicomiso. Si bien es cierto, que conforme al artículo 754 del Código Civil para el Distrito Federal los derechos son bienes muebles, estimo que no sobra que expresamente se consignen como materia del fideicomiso a los derechos.

Por lo que se refiere al artículo 383 se propone que sea modificado para que la institución fiduciaria desempeñe un papel de imparcialidad y la redacción del texto en vigor corresponde al carácter simultáneo de acreedora y fiduciaria, aspecto por el cual debe derogarse por el conflicto de intereses. El párrafo quinto que se le había adicionado conduce a un conflicto de intereses que provocaría impugnación del fideicomiso, salvo cuando es constituido en pago de obligaciones, pues sólo en este supuesto no hay posibilidad de que se produzca tal conflicto, ya que, si el deudor está dispuesto a transmitirle a la institución acreedora el bien en pago del crédito a su cargo, es irrelevante que se lo transmita en dominio directo o que lo haga en fideicomiso. La libre disposición que la institución va a tener del bien no podrá resultar, en forma alguna, abusiva para el fideicomitente deudor, puesto que éste quedará de cualquier manera liberado de su adeudo, por lo que el

texto que se sugiere es aportado por el licenciado Juan Suayfeta Ozaeta quien nos indica que:

"Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo cuando esto se haga de manera irreversible, en pago de un crédito a favor de la propia institución. (Se elimina el último párrafo)".

El texto del artículo 384 incurre en una contradicción, pues si la autoridad de que trata el mismo sólo tiene la guarda y conservación de los bienes, no puede estar facultada, como lo ha sostenido la doctrina, para transmitirlos en fideicomiso y hacer la afectación de los mismos, por eso creo factible en que se debe de quitar las palabras **guarda y conservación**, del texto de este artículo, para no incurrir en tal contradicción, por lo que el artículo quedaría conforme a lo que estipula el licenciado Juan Suayfeta Ozaeta en el estudio comparativo que realiza y el cual es el siguiente:

"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 administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen."

Con relación al artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debería quedar redactado de otra forma, ya que las instituciones de crédito dejaron de tener exclusividad para actuar como fiduciarias, por lo cual se propone una mezcla de las propuestas de la Asociación de Banqueros de México,

con la del licenciado Juan Suayfeta Ozaeta, para quedar redactada de la siguiente forma:

"Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito o en otros ordenamientos legales. **(Se deroga el párrafo segundo).** En el contrato de fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el contrato de fideicomiso, cuando la institución fiduciaria, por renuncia o remoción, concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible la sustitución o no hubiera habido aceptación, no habrá fideicomiso o el que se hubiera constituido se extinguirá."

Por lo que se refiere al artículo 387, en el que se da tratamiento al fideicomiso testamentario, trae ciertos problemas, en virtud de que si bien es cierto que se puede realizar, este no surte efectos hasta que acepte el fiduciario el llevar a cabo el fideicomiso y obligarse al desempeño del mismo, hasta este entonces podrá cobrar existencia, por lo que se toma en consideración la propuesta realizada por el licenciado Juan Suayfeta Ozaeta en su estudio comparativo y que a la letra dice:

"Cuando en un testamento se disponga la creación de un fideicomiso, éste sólo se considerará constituido hasta que muerto el testador, el fiduciario manifieste su aceptación y se obligue a su desempeño. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la

legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.”

Por lo que se refiere al artículo 391 la Asociación de Banqueros de México en su propuesta del 21 de febrero de 2002 sugiere que se agregue lo que se encuentra marcado con negrillas:

“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 en el mismo y estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo. **Salvo lo convenido en el contrato de fideicomiso**, no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.”

El artículo 392 nos habla de la extinción del fideicomiso, y por lo que respecta a este punto la Asociación de Banqueros de México en su propuesta del 21 de febrero de 2002 sugiere los siguientes cambios:

Artículo 392. El fideicomiso se extingue:

... V. **Por convenio expreso entre las partes;**

... VII. En el caso del párrafo final del artículo 385.

Asimismo, por lo que se refiere al artículo 393 la Asociación de Banqueros de México opina que debería de quedar redactado de la siguiente manera:

"Artículo 393. Extinguido el fideicomiso, si en el contrato respectivo no se pactó lo contrario, los bienes que queden en poder de la institución fiduciaria o los derechos de que aún sea titular, serán transmitidos por ella al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto de dicha transmisión, el juez de primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente. Para que la transmisión surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento en el que conste el contrato de fideicomiso y para que sea oponible a terceros, que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad correspondiente."

Por lo que respecta al artículo 394 la Asociación de Banqueros de México opina que se debería de aumentar la duración de los fideicomisos, por lo que la modificación quedaría de la siguiente manera:

"Artículo 394. Quedan prohibidos:

.... III. Aquellos cuya duración sea mayor de 50 años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 50 años cuando el fin de fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro."

Con lo que se refiere a la sección segunda del capítulo V denominada "Del Fideicomiso de Garantía", debe derogarse por las siguientes consideraciones:

a) Como lo argumenta el Despacho Jurídico Franck Asociados, en un proyecto que se realizó el 5 de diciembre de 2001, "no había ninguna justificación para insertar una sección especial para regular el fideicomiso de garantía, que desde que se adoptó la figura en nuestro sistema jurídico se ha venido operando para tal propósito, sin necesidad de que se le destinara una regulación específica."

b) Es el caso que con las reformas llevadas a cabo el 23 de mayo de 2000 hasta la fecha ha sido inoperante de hecho el llevar a cabo ésta figura jurídica por los riesgos que se tiene para la institución fiduciaria en virtud de las grandes contradicciones que lleva consigo en el articulado de éste capítulo para el otorgamiento de créditos.

c) Es innecesario la regulación específica del fideicomiso de garantía en una sección especial, en virtud de que existen artículos que se repiten con la figura jurídica del fideicomiso en general, con lo cual trae la duplicidad en las normas. Ya los artículos que se mencionan en la sección segunda pueden ser contemplados por las partes en los contratos de fideicomiso.

d) En el artículo 395 en el que se da un concepto del fideicomiso de garantía, es preferible eliminarlo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, adecuarlo e insertarlo en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, en la parte que alude al llamado procedimiento de ejecución, sin contemplar la

obligación de recurrir a la autoridad judicial para reclamar el pago del crédito garantizado con fideicomiso.

e) Si bien es cierto, que se propone derogar toda la sección segunda, considero rescatar el artículo 399 el cual nos habla de las personas jurídicas que pueden ser fiduciarios en los fideicomisos de garantía como lo son:

- I. Instituciones de Crédito;
- II. Instituciones de Seguros;
- III. Instituciones de Fianzas;
- IV. Sociedades Financieras de Objeto Limitado, y
- V. Almacenes Generales de Depósito.

f) En el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, existe un retroceso en los avances que se han logrado en los fiduciarios en el transcurso del tiempo en donde se han establecido procedimientos de ejecución diversos según los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso y con base en las características particulares de los negocios. Con la actual reforma se establece un procedimiento judicial (ya que el extrajudicial es muy limitado, pues sólo aplica en tanto no se oponga el deudor) por lo que se pierde la flexibilidad y agilidad, ventajas que caracterizan al fideicomiso. De ahí que sea necesario que se incluya un procedimiento judicial ágil pero sólo para recuperar la posesión material de los bienes y así complementar y reforzar esta figura del fideicomiso.

Con relación al título tercero bis, titulado "De los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía", con lo que respecta al capítulo primero titulado "Del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía", se propone que únicamente se haga alusión para llevar a cabo el trámite extrajudicial en los que respecta a la prenda y con lo que respecta al fideicomiso de garantía se sugiere llevar a cabo el procedimiento extrajudicial de acuerdo a las condiciones en que las partes convengan para lo cual será necesario establecerlo desde la constitución del fideicomiso, para el caso de incumplimiento e el pago del adeudo garantizado y que haya necesidad de un juicio previo ni autorización judicial sino simplemente con el requerimiento que se realice al deudor para que haga entrega de los bienes fideicomitados y se proceda a la venta de los bienes objetos de garantía.

Por lo que se refiere al capítulo segundo, titulado "Del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía", éste tendrá vigencia siempre y cuando en el contrato respectivo no se hubiere convenido el procedimiento convencional señalado en el párrafo anterior.

Sin embargo, por lo que se refiere al artículo 1414 bis 17, creo necesario llevar a cabo las adecuaciones que se marcan con negrillas para que pueda ser operante el otorgamiento de créditos sin riesgos para la institución fiduciaria en virtud del problema que trae con el articulado de las reformas del 23 de mayo de 2000, ya que hace necesario el hecho de sobregarantizar la garantía con lo cual ha traído que sean un punto importante para que no opere ésta figura jurídica.

Artículo 1414 bis 17: Obtenido el valor de avalúo de los bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1414 bis, se estará a lo siguiente:

I. Cuando el valor de los bienes baste para cubrir el monto del adeudo condenado, quedará liquidado totalmente el crédito respectivo, sin corresponder en consecuencia acción o derecho alguno a la parte actora para ejercitar o hacer valer con posterioridad en contra del demandado, por lo que respecta al contrato base de la acción. En este caso el acreedor o el fiduciario, según corresponda, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía, y

II. Cuando el valor de los bienes sea menor al monto del adeudo condenado, el acreedor conservará las acciones que en derecho le correspondan, por la diferencia que no le haya sido cubierta.

III. Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto del adeudo condenado, la parte acreedora o la fiduciaria, según se trate y una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos generados, entregará al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes. La venta a elección del acreedor o fiduciario, se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, mediante el procedimiento siguiente:

a) Se notificará personalmente al deudor el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes a que se refiere el inciso siguiente. Dicha notificación deberá realizarse con cinco días de anticipación a la fecha de la venta;

b) Se publicará en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes con por lo menos cinco días hábiles de antelación, un aviso de venta de los mismos, en el que se señale el lugar, día y hora en que se pretenda realizar la venta, señalando la descripción de los bienes, así como el precio de venta, determinado conforme al artículo 1414 bis. En dicha publicación podrán señalarse las fechas en que se realizarán, en su caso, las ofertas sucesivas de venta de los bienes. Cada semana en la que no haya sido posible realizar la venta de los bienes, el valor mínimo de venta de los mismos, se reducirá en un 10%, pudiendo el acreedor, a su elección, obtener la propiedad plena de los mismos cuando el precio de dichos bienes esté en alguno de los supuestos a que se refiere la fracción II de este artículo. El deudor que desee que se realicen más publicaciones relativas a la venta de los bienes podrá hacerlo directamente a su costa.

c) Realizada la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuera superior al monto del adeudo, el acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos incurridos para la venta, en efectivo, cheque de caja o mediante billete de depósito a favor del deudor a través de fedatario.

Por lo anteriormente expuesto, es necesario llevar a cabo una reforma a lo previsto en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, para lo cual el licenciado Juan Suayfeta Ozaeta y la Asociación de Banqueros de México en sus propuestas de fecha 17 de diciembre de 2001, señalan lo siguiente:

"En los fideicomisos de garantía, entendiéndose por tales aquellos que se constituyen con el propósito de garantizar el cumplimiento de obligaciones crediticias y su preferencia en el pago, las partes deberán pactar en el acto constitutivo del fideicomiso la forma en que el fiduciario, a petición del fideicomisario acreedor, en caso de incumplimiento en el pago del adeudo garantizado, sin necesidad de juicio previo ni de autorización judicial, previo requerimiento al deudor, deberá llevar a cabo la venta de los bienes fideicomitados, a falta de procedimientos convenidos en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos, se aplicarán respectivamente, los procedimientos establecidos en el título tercero bis del Código de Comercio, para la realización de los siguientes actos:

a) Para la ejecución de la venta de los bienes fideicomitados que, en su caso, deba llevar a cabo el fiduciario.

b) Para la tramitación del juicio por el que el fiduciario demande la entrega de los bienes que obren en poder del fideicomitente y éste se haya negado a hacerla al ser requerido para ello; o

c) Para la tramitación del juicio que, en su caso, promueva el fideicomitente deudor, para oponerse a la ejecución del fideicomiso".

Es de advertir y considero que se debe tomar en cuenta la opinión que realizó el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, licenciado Vicente Fox Quezada, al inaugurar la 65 Convención Bancaria en Cancún, Quintana Roo, el 18

de Abril de 2002, en que solicita a la Asociación de Banqueros de México que se reactive el otorgamiento de créditos, sin embargo, para realizar esto y en virtud de cómo lo afirmó el Presidente de la Asociación de Banqueros de México el señor Héctor Rangel Domene: "La incertidumbre sobre la recuperación del crédito es un elemento que inhibe su propia recuperación". Con esto tenemos que es necesario para llevar a cabo el otorgamiento de créditos que se realicen las adecuaciones y reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al Código de Comercio y a la Ley de Instituciones de Crédito a que se hace mención en las propuestas de éste trabajo, ya que son los puntos esenciales por lo cual, a lo que se refiere al fideicomiso de garantía, no sea operante en la actualidad por los grandes riesgos que trae consigo.

CONCLUSIONES.

1. El fideicomiso de garantía es aquel en el que el fideicomitente aporta como patrimonio al fideicomiso, bienes muebles, inmuebles o derechos con el fin de garantizar una prestación a su cargo o a cargo de terceros que éste determine, a favor de un fideicomisario.
2. El problema esencial en el antiguo procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía estriba en la entrega de los bienes inmuebles dados en garantía, para que con ello se lleve a cabo el pago de las obligaciones contraídas, por el incumplimiento de lo estipulado en el contrato de crédito o en el acto jurídico en el que conste las obligaciones que se garantizar. Por tanto, es conveniente establecer un procedimiento sumarisimo para que se solucione esta circunstancia, ya que con las nuevas reformas, lo único que se hace es alargar este procedimiento y ayudar más a los deudores que a los acreedores.
3. Las reformas del 23 de mayo de 2000 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Código de Comercio y a la Ley de Instituciones de Crédito, son las más desafortunadas que se hayan producido por el desacierto que implica retroceder a una forma de actuación superada ya desde hace más de 63 años, que viene a colocar de nuevo la figura del fideicomiso en una posición difícil de entender y en especial al fideicomiso de garantía. La reforma ha contribuido a un caos, en sus reglas de aplicación y en general trae consigo

una serie de contradicciones y problemas que hacen que la figura del fideicomiso de garantía en la actualidad sea inoperante.

4. Los aspectos e inconvenientes antes señalados no solamente son motivo de cuidadosa reflexión, sino razón suficiente para no llevar a la práctica ninguna operación crediticia o de garantía sustentada en un fideicomiso de garantía, bajo el amparo de normas que no solamente generan confusión, incertidumbre y riesgo, sino también destruyen sin razón válida el concepto y la naturaleza jurídica del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria por eso la necesidad de que se deroguen diversas disposiciones y se hagan las enmiendas necesarias a otras.
5. Creo necesario llevar a cabo algunas adecuaciones a los artículos de la sección primera del capítulo V, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que con las reformas del 23 de mayo de 2000 en vez de hacer más práctico u operable la figura del fideicomiso de garantía lo ha hecho que no funcione, tanto es el caso que actualmente son pocas o casi nulas las instituciones fiduciarias que llevaban a la práctica ésta figura jurídica.
6. Es necesario derogar toda la sección segunda del capítulo V, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 395 al 414), en virtud de que éstos artículos son repetitivos, contradictorios, en algunos casos se duplican con los que se establecen en las normas que rigen al fideicomiso en general, por lo que es innecesario el destinar una sección en especial para regular al fideicomiso de garantía.

7. Sería conveniente llevar a cabo ajustes al artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito en el que se establezca de común acuerdo por las partes, desde la constitución del fideicomiso, el procedimiento extrajudicial que se deberá llevar a cabo para la venta de los bienes fideicomitidos sin que sea necesario el procedimiento judicial.
8. Asimismo, y por lo anteriormente expuesto es necesario que el capítulo I del título tercero bis del Código de Comercio relacionado al procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías se modifique, en virtud de que éste sólo operará por lo que se refiere únicamente a la prenda sin transmisión de posesión y no a la figura de fideicomiso de garantía, pues como ya se mencionó éste se llevará a cabo de acuerdo a las voluntades que pactan las partes al constituir el fideicomiso.
9. En cuanto al capítulo II del título tercero bis del Código de Comercio que trata del procedimiento judicial de ejecución de garantías creo necesario hacerle algunas adecuaciones a algunos artículos para su mejor funcionamiento.
10. Es importante adecuar el artículo 1414 bis 17 del Código de Comercio en virtud de que lleva consigo un riesgo para el acreedor, ya que no obstante que una de las principales intenciones de la reforma consistió en evitar el que los deudores se vieran obligados a sobregarantizar los créditos, esta reforma provocó el efecto contrario a lo esperado, ya que las instituciones se ven obligadas a sobregarantizarse en los créditos en una proporción mayor a la usual, ya que en ocasiones se ven imposibilitadas de negociar con los clientes otras garantías complementarias como las quirografarias, avales, fianzas y otras que correspondan, con el eminente riesgo de que el crédito se de por

pagado en caso de que la garantía fiduciaria sea suficiente para cobrar el crédito principal y accesorios, de conformidad con el artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En la práctica, el fideicomiso muchas veces participa como garantía complementaria de otras en diversos créditos, siendo discutible que bajo las reformas esto sea posible, dado a como se redactó el artículo 412, ya que no se permite renuncia alguna, aunque se puede pactar en los contratos de crédito, garantías complementarias. Además, el mencionado artículo debe contemplar la salvedad contenida en los artículos 404 y 405, es decir, cuando los bienes sufran deterioros o pérdidas que disminuyan su valor, en la que en tales casos el acreedor podrá reservarse el derecho a solicitar garantías complementarias, obligándose al deudor a cubrir las diferencias que resulten por los casos señalados.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ACOSTA ROMERO, Miguel. NUEVO DERECHO BANCARIO, PANORAMA DEL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO. Octava edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 2000.
- 2.- ACOSTA ROMERO, Miguel y otros. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MÉXICO. Primera edición. Edita Fomento Cultural de la Organización Somex, A. C. México, 1982.
- 3.- ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alanís. TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE FIDEICOMISO. Tercera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1999.
- 4.-BARRERA GRAF, Jorge. INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL. Tercera reimpresión. Editorial Porrúa, S. A. México, 1999.
- 5.- BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO TEORÍA Y PRÁCTICA. Quinta edición. Editorial Jus México. México, 1995.

6.- BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. Segunda edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1985.

7.- BAUCHE GARCADIEGO, Mario. OPERACIONES BANCARIAS. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.

8.- BAZDRESCH, Luis. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Quinta edición. Primera reimpresión. Editorial Trillas. México, 2000.

9.- BOJALIL, Julián. FIDEICOMISO. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1963.

10.- BERNAL MOLINA, Julián. PRÁCTICA Y TEORÍA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988.

11.- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. PRIMER CURSO DE DERECHO ROMANO. Décimatercera edición. Editorial Pax México, México, 1988.

12.- CARVALLO YAÑEZ, Erick. NUEVO DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL MEXICANO. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1998.

- 13.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. DERECHO MERCANTIL, PRIMER CURSO. Cuarta edición. Editorial Herrero. México, 2000.
- 14.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. Décimacuarta edición. Editorial Herrero. México, 1999.
- 15.- DIAZ BRAVO, Arturo. CONTRATOS MERCANTILES. Primera edición. Editorial Haría. México, 1998.
- 16.- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, NUEVO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Editorial Librería Larousse. París, 1956.
- 17.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Décimaprimera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988.
- 18.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. DERECHO CIVIL. Teoría del contrato, Contratos en particular. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 2000.
- 19.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. DERECHO CIVIL, Parte general. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Quinta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1996.

20.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. DOS ASPECTOS DE LA ESENCIA DEL FIDEICOMISO MEXICANO. Segunda edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1997.

21.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO. Séptima edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1997.

22.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO. Tercera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.

23.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo IV. Editorial Driskill, S. A. Buenos Aires, Argentina, 1979.

24.- ENCICLOPEDIA SOPENA. Nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española. Tomo I. Editorial Ramón Sopena, S. A. Buenos Aires, Argentina, 1947.

25.- FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús de la. TRATADO DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1999.

26.- GARCÍA GARCÍA, Miguel y Rafael Rivera Rodríguez. CONTRATOS BANCARIOS. Primera edición. Editorial Textos Jurídicos Bancomer, S. A. Institución de Banca Múltiple. México, 1999.

27.- GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel. DERECHO BANCARIO, Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.

28.- HERNÁNDEZ, Octavio A. DERECHO BANCARIO. Serie I, número I. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México, 1956.

29.- IGARTÚA ARAIZA, Octavio. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO BURSÁTIL MEXICANO. Segunda edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1998.

30.- LOZANO NORIEGA, Francisco, CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS. Sexta edición. Asociación Nacional de Notariado Mexicano, A. C. México, 1994.

31.- MANTILLA MOLINA, Roberto L. DERECHO MERCANTIL. Vigésima novena edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 2000.

32.- MENDIETA ALATORRE, Ángeles. TESIS PROFESIONALES. Décimosexta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1983.

33.- MUÑOZ, Luis. DERECHO BANCARIO. Primera edición. Editorial Cárdenas. México, 1974.

- 34.- MUÑOZ, Luis. DERECHO MERCANTIL. Tomo II. Primera edición. Librería Herrero. México, 1952.
- 35.- OLEA FRANCO, Pedro. MANUAL DE TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL PARA LA ENSEÑANZA MEDIA. Décimanovena edición. Editorial Esfinge, S. A. de C. V. México, 1990.
- 36.- OLVERA DE LUNA, Omar. CONTRATOS MERCANTILES. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.
- 37.- ORTÍZ SOLTERO, Sergio Monserrit. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1998.
- 38.- PEMEX LEX, Revista Jurídica. Petróleos Mexicanos, número 109-110. Julio-Agosto, Impresa en los Talleres de Multigráfica Condor, S. A. México, 1997.
- 39.- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. CONTRATO CIVILES. Sexta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1999.
- 40.- PINA VARA, Rafael de. ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL. Vigésima sexta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1998.

- 41.- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. DERECHO MERCANTIL. Primera edición. Editorial Mc Graw-Hill. México. 1997.
- 42.- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Tomo II. Décimanovena edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988.
- 43.- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. DERECHO BANCARIO. Editorial Porrúa, S. A. México, 2000.
- 44.- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. Tomo I. Vigésima cuarta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1999.
- 45.- RODRÍGUEZ RUÍZ, Raúl EL FIDEICOMISO, ELEMENTOS DE ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. Primera edición. Editorial Ecasa, México, 1990.
- 46.- RODRÍGUEZ RUÍZ, Raúl, LA AUDITORIA INTERNA DE LA OPERACIÓN FIDUCIARIA. Primera edición. Asociación de Banqueros de México, México, 1978.
- 47.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Bienes, Derechos Reales, Posesión. Tomo III. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.
- 48.- ROLANDINI, Jesús, ACTUALIDAD Y FUTURO DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO, Primera edición. Textos Jurídicos, Bancomer. México, 1997.

49.- ROLANDINI, Jesús, EL FIDEICOMISO MEXICANO. Primera edición. Textos Jurídicos, Bancomer. México, 1998.

50.- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Décimacuarta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1995.

51.- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. CONTRATOS MERCANTILES. Tercera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1997.

52.- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. OPERACIONES BANCARIAS. Primera edición. Editorial Editoriales de Derecho Reunidas, S. A. México, 1985.

53.- VILLAGORDOA LOZANO, José. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. Asociación de Banqueros de México. México, 1976.

54.- VILLAGORDOA LOZANO, José. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. Tercera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1998.

55.- VILLEGAS, Carlos Gilberto. COMPENDIO JURÍDICO TÉCNICO Y PRÁCTICO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA. Tomo II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1990.

56.- VILLEGAS, Carlos Gilberto. OPERACIONES BANCARIAS. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 1996.

57.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. CONTRATOS CIVILES. Primera edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.

FUENTES LEGISLATIVAS.

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Código de Comercio.

3.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.- Ley de Instituciones de Crédito.

5.- Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de mayo de 2000, que contiene el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito.

6.- Exposición de motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de fecha 26 de agosto de 1932.

7.- Semanario Judicial de la Federación. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Época 8-A. Tomo I, Segunda parte-1, página 309.

8.- Semanario Judicial de la Federación. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Época 8-A. Tomo X-Julio, página 362.

OTROS.

1.- ANÁLISIS DE LAS REFORMAS DEL 23 DE MAYO DE 2000 de fecha junio de 2000.

2.- Asociación de Banqueros de México, A. C. INFORME QUE RINDE EL GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DEL ANÁLISIS A LAS MODIFICACIONES A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO Y A OTROS ORDENAMIENTOS LEGALES EN RELACIÓN AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA, de fecha 18 de septiembre de 2000.

3.- Asociación de Banqueros de México, A. C. OPINIÓN EMITIDA POR EL REPRESENTANTE DE BANCO UNIÓN CREMI-BANORTE Y OBRERO, de fecha 27 de abril de 1999.

4.- Asociación de Banqueros de México, A. C. PROGRAMA DE TRABAJO PARA EL ANÁLISIS DE LAS REFORMAS APLICABLES A FIDEICOMISOS DE GARANTÍAS, de fecha 29 de junio de 2000.

5.- Asociación de Banqueros de México, A. C. PROPUESTA A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, AL CÓDIGO DE COMERCIO Y A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, de fecha 21 de febrero de 2002.

6.- Asociación de Banqueros de México, A. C. PROYECTO A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, de fecha 5 de diciembre de 2001.

7.- Asociación de Banqueros de México, A. C. PROYECTO PARA DISCUSIÓN, de fecha 14 de febrero de 2000.

8.- Banco Santander Mexicano. CONCLUSIONES DEL GRUPO DE TRABAJO QUE ANALIZÓ EL TEMA FIDEICOMISOS DE GARANTÍA, de fecha 9 de diciembre de 1997.

9.- Banco Santander Mexicano. INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO QUE ANALIZÓ EL TEMA FIDEICOMISOS DE GARANTÍA EN EL COMITÉ DE FIDUCIARIOS DE LA ASOCIACIÓN DE BANQUEROS DE MÉXICO, A. C., de fecha 4 de diciembre de 1997.

10.- Banco Santander Mexicano. MINUTA DE LA PRIMERA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO QUE ANALIZARÁ EL TEMA FIDEICOMISOS DE GARANTÍA, de fecha 10 de julio de 1997.

11.- Banco Santander Mexicano. MINUTA DE LA SEGUNDA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO QUE ANALIZARÁ EL TEMA FIDEICOMISOS DE GARANTÍA, de fecha 25 de septiembre de 1997.

12.- Banco Santander Mexicano. MINUTA A LA TERCERA REUNIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO QUE ANALIZARÁ EL TEMA FIDEICOMISOS DE GARANTÍA, de fecha 26 de noviembre de 1997.

13.- Barra Mexicana, Colegio de Abogados, S. C. SEMINARIO SOBRE ANÁLISIS DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES Y LAS RECIENTES REFORMAS A DIVERSAS LEYES MERCANTILES EN MATERIA DE GARANTÍAS, de fecha 4 de julio de 2000.

14.- CUADRO COMPARATIVO DE EJECUCIÓN DE PRENDA TRADICIONAL, CON EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL Y JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA PRENDARIA SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN Y FIDEICOMISO DE GARANTÍA, de fecha 29 de noviembre de 2000.

15.- INFORME AL COMITÉ DE FIDUCIARIOS, de fecha 30 de octubre de 2000.

16.- MANUAL DE CAPACITACIÓN FIDUCIARIA, de fecha abril de 1998.

17.- MENDOZA, Oswaldo. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA, de fecha agosto de 2000.

18.- MENDOZA, Oswaldo. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA, ANÁLISIS DE LA REFORMA, de fecha agosto de 2000.

19.- SUAYFETA OZAETA, Juan. LA REFORMA AL ARTÍCULO 348 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, de fecha 3 de junio de 1996.

20.- SUAYFETA OZAETA, Juan. NUEVAS REFORMAS A LA NORMATIVIDAD DEL FIDEICOMISO, de fecha 17 de diciembre de 2001.

21.- SUAYFETA OZAETA, Juan. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO Y A OTROS ORDENAMIENTOS LEGALES, EN RELACIÓN CON EL FIDEICOMISO, de fecha 13 de febrero de 2000.

22.- Tesis profesional Lic. LEMUS ANAYA, Rosa María del Pilar. FIDEICOMISOS DE LOS SISTEMAS DE COMERCIALIZACIÓN. Centro Universitario México, División Estudios Superiores, A. C. México, 2000.