

00721  
25



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

"EL FIDEICOMISO PRIVADO DE GARANTIA COMO ALTERNATIVA PARA RESPALDAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES",

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**JESUS ENRIQUE ALONSO HERRERA**



DIRECTOR DEL SEMINARIO:

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO  
ASESOR: LIC. JOSE LUIS HERNANDEZ MARTINEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

2002 3

A



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# PAGINACION DISCONTINUA



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO

## FACULTAD DE DERECHO

### SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

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

El alumno, JESUS ENRIQUE ALONSO HERRERA, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "EL FIDEICOMISO PRIVADO DE GARANTIA COMO ALTERNATIVA PARA RESPALDAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES", con la asesoría del LIC. JOSE LUIS HERNANDEZ MARTINEZ, 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 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 26 de Septiembre del año 2002

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRE  
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

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

B

*Agradezco a Dios por hacer posible ésta meta.*

*Agradezco a mis padres, quienes con cariño y ternura incondicional me enseñaron las bondades de la vida.*

*Agradezco a mi hermana, por su incansable carácter de superación.*

*Agradezco a Zeida Erika Juárez Quintero, por su apoyo e infinito amor.*

*Agradezco a José Luis Hernández Martínez, por compartir sus conocimientos y brindarme la asesoría para concluir la presente tesis.*

*Agradezco a mi alma mater: la Universidad Nacional Autónoma de México.*

*Agradezco en especial a mis maestros, quienes con su excelso ejemplo me impulsan a superarme.*

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas  
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso  
contenido de mi trabajo recepcionado

NOMBRE:

*José Enrique Alonso Herrera*

FECHA:

*6 de Febrero 2003*

FIRMA:

*[Firma manuscrita]*

*C*

## CONTENIDO TEMÁTICO

### CAPÍTULO PRIMERO

#### MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL

	<i>Página.</i>
1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1 ANTECEDENTES.....	3
1.1.1. Inglaterra.....	3
1.1.2. Estados Unidos de América.....	8
1.1.3. México.....	11
1.2 MARCO JURIDICO CONCEPTUAL.....	19
1.2.1. Concepto.....	19
1.2.2. Naturaleza jurídica.....	22
1.2.3. Marco legal aplicable.....	25

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FIDEICOMISO

2.1 FIDEICOMITENTE	
2.1.1. Concepto.....	38
2.1.2. Capacidad.....	40
2.1.3. Derechos.....	43
2.1.4. Obligaciones.....	50
2.2 FIDUCIARIO	
2.2.1. Concepto.....	53
2.2.2. Capacidad.....	54
2.2.3. Derechos.....	55
2.2.4. Obligaciones.....	59
2.2.5. Delegados fiduciarios.....	63
2.3 FIDEICOMISARIO	
2.3.1. Concepto.....	66
2.3.2. Derechos.....	68
2.3.3. Obligaciones.....	72
2.4 PATRIMONIO FIDEICOMITIDO	
2.3.1. Concepto.....	75
2.3.2. Características.....	77
2.5 FORMALIDAD	
2.5.1. Contrato.....	82
2.5.1.1 Inscripción en el Registro Público de la Propiedad.....	84
2.5.1.2 Efectos de la inscripción.....	85

## CAPÍTULO TERCERO

### EL FIDEICOMISO PRIVADO DE GARANTÍA COMO ALTERNATIVA PARA RESPALDAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

3.1	CONCEPTO DE FIDEICOMISO PRIVADO DE GARANTÍA.....	89
3.2	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	96
3.2.1.	Fidelcomitante.....	96
3.2.2.	Fiduciario.....	105
3.2.2.1	Clasificación.....	113
3.2.3.	Fidelcomisario.....	115
3.3	OBJETO.....	121
3.4	PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	123
3.4.1.	Características.....	124
3.4.2.	Uso y disposición.....	128
3.4.3.	Conservación.....	129
3.4.4.	Riesgos.....	130
3.5	CAUSAS DE EXTINCIÓN.....	131
3.5.1.	Legales.....	131
3.5.2.	Convencionales.....	135

## CAPÍTULO CUARTO

### PROBLEMÁTICA INHERENTE A LA OPERACIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

4.1	TITULARIDAD DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	138
4.2	USO Y DISFRUTE DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	143
4.3	CONTINUIDAD Y CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.....	147
4.4	INDEMNIZACIÓN EN CASO DE PERJUICIOS EN CONTRA DEL FIDEICOMITENTE.....	153
4.5	SANCIONES CONTEMPLADAS PARA EVITAR GRAVÁMENES Y DEMÉRITOS EN CONTRA DEL BIEN FIDEICOMITIDO.....	156
4.6	VALUACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.....	161
4.7	INCREMENTO DEL VALOR DE LA GARANTÍA.....	165
4.8	DEVALUACIÓN DEL BIEN FIDEICOMITIDO.....	168

<b>4.9 VENCIMIENTO ANTICIPADO.....</b>	<b>168</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>170</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>174</b>

## INTRODUCCIÓN

Las adiciones y reformas de que fueron objeto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el Código de Comercio, el 23 de Mayo del año 2000, con relación al fideicomiso de garantía, motivaron la presente investigación, con el propósito de estudiar las diversas circunstancias y particularidades legislativas y prácticas, así como sus alcances en el derecho mexicano.

Así, en el capítulo primero de ésta monografía, se ubican los antecedentes que dieron origen al fideicomiso, pues resultan fundamentales para conocer el desarrollo y evolución de esta figura anglosajona, que por su utilidad y flexibilidad para realizar infinidad de operaciones comerciales, tuvo el impacto necesario para ser adoptada por el sistema jurídico mexicano. Por lo que se exponen sus precedentes más significativos.

En el mismo capítulo se examina la naturaleza jurídica del fideicomiso, y el marco legal que le rodea, exponiendo las disposiciones de los diversos ordenamientos que regulan su constitución y funcionamiento, complementando su concepción legal, con apoyo de la doctrina.

En el capítulo segundo, se analizan los elementos personales que constituyen al fideicomiso, y se explican los derechos y obligaciones que se adquieren al constituirlo. Asimismo, se determina el concepto y características particulares que tiene el patrimonio fideicomitado, el cual es la base que hace posible el cumplimiento de los fines plasmados en el contrato. De igual forma, se examinan en el mismo apartado, las formalidades que debe revestir el acto constitutivo del fideicomiso, para que tenga validez.

El capítulo tercero está destinado a estudiar a la figura del fideicomiso de garantía y sus características especiales, que lo distinguen del fideicomiso en

general, por lo que se explica en qué consiste su objeto, detallando las características de sus elementos personales. Asimismo, se expresan algunas consideraciones personales respecto al patrimonio fideicomitado, y se analizan las causales de su extinción.

El capítulo cuarto contiene las reflexiones sobre la problemática que surge en el desarrollo de la operación del fideicomiso de garantía y se esclarecen las interrogantes que surgen respecto a la titularidad, el uso y disfrute de los bienes aportados en éste tipo de fideicomiso, destinando un espacio para analizar el desarrollo del reciente procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía, para el caso de incumplimiento.

Asimismo, se exponen las sanciones que contempla la actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con el fideicomiso de garantía. Y por último, se enfatiza sobre la importancia que tiene la valuación de los bienes que se aportan en garantía.

Para finalizar, se exponen las últimas consideraciones del sustentante respecto al tema tratado, en el rubro de conclusiones.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL**

#### **1.1. ANTECEDENTES**

Para comprender el significado de toda figura jurídica, es menester conocer los antecedentes que le dieron origen, por lo que en el presente capítulo se exponen algunos de los precedentes más significativos del fideicomiso mexicano, así como el marco legal y conceptual que le rodea.

##### **1.1.1. Inglaterra**

El primer antecedente registrado respecto a la operación del fideicomiso mexicano, como afirma José Manuel Villagordoa Lozano, se encuentra en Inglaterra, bajo la figura del antiguo *use* y (actualmente) el moderno *trust*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. *Doctrina General del Fideicomiso*, Tercera ed. Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998. p. 7.

En sus orígenes, "...el *use* fue una defensa del pueblo contra los señores feudales, un instrumento que servía para muchas finalidades; entre otras, puede citarse la opinión de Maitland acerca de que en los siglos XII y XIII se utilizaba para emancipar a esclavos, y así menciona que llegaron a existir ventas formales hechas por un lord a una tercera persona mediante el *use*, para emancipar al siervo o esclavo"<sup>2</sup>.

En Inglaterra, durante el siglo XII el *use* fue utilizado para que las propiedades de los vencidos en las guerras, no fueran objeto de despojo por parte de los vencedores y también, como un medio por el cual las organizaciones religiosas utilizaban las tierras, sin que ello significara que fueran de su propiedad, puesto que les estaba prohibido poseer propiedades, ya que en muchas ocasiones no eran utilizadas para los supuestos fines de beneficencia. Por lo que se crea en el año de 1217 el *Statute of Mortmains* (estatuto de manos muertas), tratando de evitar dichas irregularidades.

Por lo que el *use* sirvió como medio para evadir al *Statute of Mortmains* logrando que las personas que querían donar tierras a la Iglesia, lo hicieran mediante el *use*, con lo cual las organizaciones religiosas obtuvieron los beneficios de poseer las tierras sin que fuera de ellos la propiedad<sup>3</sup>.

Al respecto, el profesor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, considera que el *use* "...consistía fundamentalmente en que una persona (*settlor*) propietario de una tierra, traspasara a otra (*feoffe to use*) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien.

<sup>2</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y Pablo Roberto ALMAZÁN ALANIZ, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. Segunda edición. Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997. p. 4.

<sup>3</sup> Cfr. PIÑA MEDINA, Jorge, *Et. al.*, Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México. Primera edición. Ed. Banco Mexicano SOMEX, México, 1982. p.10.

“El cesionario (*feoffe*) recibía la plena propiedad de la cosa pero no para que la aprovechara en su propio beneficio sino con el encargo de, confiado a su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo el *cestui que use*, que podía ser el mismo *settlor*”<sup>4</sup>.

Cabe precisar, de la cita anterior, que el *use* se componía de tres elementos personales llamados: *settlor*, *feoffe* y *cestui que use*, que respectivamente se asimilan en el *trust*, como: *trustor*, *trustee* y *cestui que trust*, lo que en el fideicomiso mexicano son: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Además, “La ley inglesa en los siglos XII y XIII era muy rígida y sus formalidades y tecnicismos se observaban estrictamente; los tribunales de *Common Law* (producto del sistema feudal), no dictaban sus resoluciones a menos que las situaciones planteadas encajaran puntualmente en el supuesto legal”<sup>5</sup>.

A causa de los rigorismos antes expuestos y de las necesidades cada vez más complejas de los industriales y mercaderes en la actividad comercial, en ese entonces, se propició que el sistema (*Common Law*) resultara injusto<sup>6</sup>. Causa que dio origen al llamado sistema de Equidad (*Equity*) donde el Rey, como jefe de Estado, tenía la obligación de responder a sus súbditos de las injusticias que se cometieran a sus semejantes, y una vez que llegaba a oídos del Rey la queja de sus súbditos, éste en ejercicio de sus facultades restablecían sus derechos. Pero a medida que fueron creciendo las necesidades de solventar tantas injusticias cometidas por el sistema del derecho común, se tuvo que asignar esa función al canciller, quien fungía como guardián de la conciencia

---

<sup>4</sup> El Fideicomiso, Octava edición. Ed. Porrúa, S.A. de C. V., México, 1999. p.140.

<sup>5</sup> PIÑA MEDINA, Jorge, *Et. al.*, *Op. cit.*, p. 10.

<sup>6</sup> Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.*, p.9.

del Rey, a fin de que fuera el canciller, quien realizara justicia *ex aequo et bono*, (justicia en equidad y buen trato)<sup>7</sup>.

El *use* se concertaba en forma verbal y no se contemplaba en el *Common Law*, por lo que en muchos casos los *feoffes* deshonestos tomaban la propiedad para sí mismos y no cumplían la finalidad para la cual habían recibido la tierra, dejando de cumplir el encargo conferido por lo que el *cestui que trust* (el que da la cosa), acudía ante el canciller demandando la justicia de equidad para que se obligara al *feoffe* deshonesto a cumplir con sus obligaciones, más sin embargo la justicia para los beneficiarios de los *uses* fue reconocida hasta el siglo XV, y a partir de entonces se le dio un panorama diferente al empleo de esta figura<sup>8</sup>.

Posteriormente a la institución del *use*, "...surge un doble concepto de dominio, propiedad o patrimonio, inherente al Derecho angloamericano: el legal reconocido por la Ley común estricta (*Common Law*), que pasa del *settlor* al *feoffe to use*, y el concepto beneficioso o equitativo, llamado en inglés *beneficial* o *equitable*, impuesto en un principio como un deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho de equidad (*equity*) que se constituye a favor de un tercero (*cestui que use*) a quien en español se le llama beneficiario"<sup>9</sup>.

El Doctor Miguel Acosta Romero, añade: "La institución del *use* evolucionó paulatinamente, transformándose de una obligación moral, a un acto de naturaleza jurídica creado y desenvuelto por el derecho de equidad (*equity*)..."<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p.7.

<sup>8</sup> Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p.11.

<sup>9</sup> RABASA, Oscar, *El Derecho Angloamericano*, Primera edición. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, México, p. 270.

<sup>10</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p. 6.

"Por lo que el cumplimiento del use ya no quedaba a la buena fe del '*feoffe to use*', pues en caso de incumplimiento de su parte, el Canciller estaba facultado para ordenar que se ejecutara, materialmente, el cumplimiento de una obligación en sus términos; y aun, que se restituyera cualquier propiedad bajo pena de prisión, hasta que el rebelde las obedeciera" <sup>11</sup>.

Más tarde, en el Siglo XVI, se suscitaron una serie de fraudes entre particulares, toda vez que el empleo de esta figura igualmente sirvió para defraudar a los acreedores y además, se generaron inconvenientes en contra de la corona, puesto que se desposeía a los señores feudales de la ocupación de tierras y las organizaciones religiosas ocupaban propiedades con mayor libertad.

En virtud de lo anterior, "se dice que Enrique VIII en su enfrentamiento con la Iglesia quiso destruir el poder de las órdenes religiosas confiscándoles sus propiedades y el procedimiento que utilizó para ello fue la abolición de los *uses* al amparo del cual las congregaciones religiosas poseían tierras"<sup>12</sup>.

Así, el monarca de referencia en 1535, consiguió que el parlamento inglés promulgara el *Statute of Uses* con la finalidad de abolir los *uses* y devolver la fuerza a la corona confiscando propiedades de la Iglesia, "...pero en realidad a lo que dio lugar fue a una mutación del mismo de la posesión derivada"<sup>13</sup>.

Fue hasta ese entonces que le correspondió al *Common Law* la tarea de aplicar e interpretar dicho cuerpo legal, por lo que se decidió que los *uses* que fuesen anteriores al *Statute of Uses* no se modificaran y los posteriores se les denominara como *trust*, comenzando así la vida del moderno sistema del *trust* Inglés.

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Idem.*

### 1.1.2 Estados Unidos de América.

El Doctor Miguel Acosta Romero, asevera que en Estados Unidos de América, el *trust* "...es una relación fiduciaria que surge generalmente por la voluntad expresa de quien teniendo la disposición de determinados bienes (*trustor*), otorga su posesión al *trustee* (fiduciario) quien se obliga en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*)"<sup>14</sup>.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, refiriéndose a las tres personas que intervienen en el *trust*, las define de la siguiente manera:

"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 éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona C) el *cestui que trust*"<sup>15</sup>.

A su vez, el Jurista Pierre Lepaulle, define al *trust* como: "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación"<sup>16</sup>.

Definiendo a las partes que intervienen en el *trusts*, George Gleason Bognert, sostiene: "El *settlor* (también llamado *trustor*), es la persona que intencionalmente origina que aquél exista, con cierta frecuencia es llamado creador del fideicomiso o donante"<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*. p.10.

<sup>15</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. cit.*, p. 143.

<sup>16</sup> *Aut. Cit.* por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>17</sup> *Aut. Cit.* por ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p. 190.

"El *trustee* o fiduciario es la persona individual o artificial (corporación), que mantiene la propiedad en su poder, para beneficio de otros"<sup>18</sup>.

"El beneficiario o *cestui que trust* (fideicomisario) es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad el fiduciario y puede ser en los *trusts* privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tiene fines caritativos, puede ser el público o una clase sustancial del mismo"<sup>19</sup>.

De esta manera el *trust*, es definido como "...una obligación de equidad, por la 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*"<sup>20</sup>.

Scott, Austin Wakeman, reconoce: "...la doctrina es unánime al sostener que la peculiar naturaleza jurídica del *trust*, es el resultado de la circunstancia histórica de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto (*Common Law*) y los de equidad (*equity*) existieron como entidades separadas e independientes, lo que determinó diferencias esenciales de procedimiento: la sentencia recaída en un juicio de derecho estricto crea y declara derechos en el actor; la equidad, en cambio, impone deberes en el demandado. Mas los tribunales de equidad no se limitaron a la imposición de deberes u obligaciones personales, sino que elaboraron una forma doble del derecho de propiedad en que, de una parte está el *trustee*, a quien corresponde el título legal; de la otra, el beneficiario, quien tiene la propiedad de equidad. Esta situación ha constituido el escollo técnico más serio en la adopción del *trust* por los países romanistas"<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibidem.*, p. 190.

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Sexta edición. Ed. Herrero, S.A. de C.V., México, 1984. p. 287

<sup>21</sup> *Aut. Cit.* Por BATIZA, Rodolfo, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Segunda edición. Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1985. p.24.

Asimismo, el autor en cita refiere "...aún cuando existen en un sistema diversas figuras jurídicas idóneas para situaciones determinadas, tales como el depósito, el albaceazgo, la tutela y la hipoteca el *trust* puede utilizarse para alcanzar cualquier finalidad, siempre que sea lícita, que no contravenga el orden público. El *trust* es una forma de disposición de bienes a través de la cual las obligaciones y facultades del *trustee* (fiduciario) podrán ser las que determine el *settlor* (fideicomitente), y los derechos del *cestui que trust* (fideicomisario) aquellos que desee concederle, subordinándolos, si así lo quiere, a la decisión discrecional del *trustee*"<sup>22</sup>.

Es preciso señalar, que el sistema de equidad inglés, fue adoptado en la mayoría de las colonias inglesas de América<sup>23</sup> y en consecuencia, la práctica del *trust* fue ampliamente difundida, destacando que la contribución más notable que realizaron los americanos en este rubro, fue el desarrollo del *Trustee Corporativo*, en donde se otorga autorización a una corporación para actuar como *trustee*<sup>24</sup>. Así, a partir del año 1822 se crean corporaciones con poder para administrar *trusts*; al respecto el Maestro Raúl Cervantes Ahumada, manifiesta que los Estados Unidos de América dieron un gran impulso al *trust*, al extender su aplicación a la actividad bancaria y la tendencia a ser profesionalizada<sup>25</sup>.

Simultáneamente las *Trust Companies* y los Bancos que tenían la facultad de actuar como *trustees*, se vuelven profesionales, intensificando cada vez más el empleo del *trust*, explotando las ventajas y facilidad de utilizar esta figura en las operaciones que desearan, promoviendo activamente la realización de ese tipo de negocios.

---

<sup>22</sup> BATIZA Rodolfo, *Op. cit.*, p.24.

<sup>23</sup> Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p.10.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, p.10.

<sup>25</sup> Cfr. Títulos y Operaciones de Crédito. Sexta edición. Ed. Herrero, S.A. de C.V., México, 1984. p. 267.

"El nombre de *trusts* fue aplicado del *Statute* a todos aquellos intereses de equidad tenidos por tales y usado como sinónimo de *use* en las sentencias, y fueron reconocidos obligatoriamente como *trusts*, base del moderno sistema del derecho de los *trusts*"<sup>26</sup>.

En la actualidad, la mayoría de los Estados, de la Unión Americana, se han dado a la tarea de homologar las leyes estatales para unificar los criterios que norman al *trust*.

### 1.1.3 México

Dada las ventajas que ofrece el mecanismo del *trust* anglosajón para desarrollar múltiples fines, México importa esta figura, al surgir la necesidad del legislador, de implantar legalmente una figura similar, que pueda ser igual de flexible, pero que pueda ser aplicada en el sistema mercantil mexicano. A consecuencia de lo anterior, el Jurista Rodolfo Batiza, asevera que el primer intento realizado en México para tales efectos, se observó con el Proyecto Limantour (que fue redactado en 1905 por el Licenciado Jorge Vera Estaño) tenía como finalidad el establecer instituciones fiduciarias, muy semejantes a las *Trust Companies* y sus servicios especializados, más que el *trust*, propiamente dicho<sup>27</sup>.

Por lo que se considera que el primer antecedente, surge, en el año de 1905 cuando el Señor José Y. Limantour, en aquel entonces Secretario de Hacienda, envía al Congreso de la Unión, una iniciativa de Ley que faculta al ejecutivo para expedir la ley, por cuya virtud, podrían constituirse en la República Mexicana instituciones comerciales encargadas de desempeñar funciones de "agentes fiduciarios".

---

<sup>26</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, y... *Op. cit.*, p. 10.

<sup>27</sup> Cfr. BATIZA, Rodolfo, *Op. cit.*, p.16.

Aunque el Proyecto no llega a examinarse por la Cámara de Diputados, sí "...constituyó el primer antecedente teórico, ...merece ser citado, al constituir al mismo tiempo, el primer intento en el mundo para adaptar el *trust* a un sistema jurídico tradicionalmente Romanista" <sup>28</sup>.

Fue hasta dos décadas después, cuando el interés por las instituciones fiduciarias reaparece con el Proyecto Creel, presentado por Enrique C. Creel, en la Convención Bancaria celebrada en 1924, en la Ciudad de México<sup>29</sup>. Este proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, proponía que se autorizara al Ejecutivo para expedir una ley que detallara las bases constitutivas y de operación de las compañías bancarias que operaran como fiduciarias, con las cuales se pretendía regular el capital con que debían contar, su objeto y el tipo de operaciones que podrían realizar.

Así, sostiene el autor José Manuel Villagorhoa Lozano, que el Proyecto Creel, fue "...el primer intento serio para implantar esta institución en nuestro medio jurídico"<sup>30</sup>.

Sin embargo, este proyecto tampoco tuvo ningún resultado práctico, por lo que quedó como otro antecedente de la institución<sup>31</sup>.

El 24 de diciembre de 1924, se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el día viernes 16 de enero de 1925. Esta ley registra por primera vez en el derecho mexicano la figura del fideicomiso<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p.20.

<sup>29</sup> *Cfr.* BATIZA Rodolfo, *Op. cit.*, p.16.

<sup>30</sup> Doctrina General del Fideicomiso, remitirse directo a su obra, p.44.

<sup>31</sup> *Cfr.* ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p.20.

<sup>32</sup> *Ibidem.*, p.21.

En este sentido, afirma el Maestro Rodolfo Batiza, "...el fideicomiso nace a la vida jurídica... al principiarse el año de 1925, cuando se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios"<sup>33</sup>.

Así, el artículo 73, de la entonces Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, disponía: "Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se le confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o al tiempo de su vigencia".

Más tarde, el 30 de junio de 1926, se promulga Ley de Bancos de Fideicomiso<sup>34</sup>, la cual intenta acabar con las lagunas que tenía la anterior Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, constituyéndose como una ley especial para la regulación del fideicomiso mexicano, incorporando 86 artículos, divididos en cinco capítulos.

La aportación más notable de la Ley de referencia, establecía en su artículo sexto: "El fideicomiso propiamente dicho, es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". El precepto citado fue el producto de los conceptos de los Juristas Ricardo Alfaro y Enrique C. Creel<sup>35</sup>, e influyó de manera importante, pero cae "...en el error de definir al fideicomiso como un mandato irrevocable"<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> *Aut. Cit.* por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.*, p.40.

<sup>34</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (En adelante D.O.F.) el día 17 de julio de 1926 y abrogada posteriormente por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926.

<sup>35</sup> *Cfr.* ROLANDINI, Jesús, *Antecedentes Históricos del Fideicomiso en México*, Revista Jurídica, PEMEX, Lex. México, 1997. p.13.

<sup>36</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p.23.

En este contexto, cabe agregar el comentario del autor José Manuel Villagordoza Lozano, el cual considera que "...las funciones del mandato y del *trust* (fideicomiso) son totalmente diferentes"<sup>37</sup>.

Del mismo modo, agrega el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, que "...otra diferencia entre ambas figuras es que el mandante, no obstante haber sido aceptado el mandato por el mandatario, puede realizar actos encargados a éste, situación que se descarta de plano en el fideicomiso, pues por su otorgamiento, el fideicomitente pierde el derecho a ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por él mismo"<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, se observa en la exposición de motivos de la propia Ley de Bancos de Fideicomiso, que el fideicomiso era una figura eminentemente anglosajona, que se integraba al ordenamiento mexicano por su flexibilidad y utilidad para realizar operaciones comerciales con mayor facilidad, ya que de otra manera era más complicado encuadrar a los contratos específicos que se utilizaban.

El 31 de agosto de 1926, se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios<sup>39</sup>, incorporando, en su mayoría los mismos preceptos de la anterior Ley de Bancos de Fideicomiso.

El 28 de junio de 1932, se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito,<sup>40</sup> la cual señalaba en su exposición de motivos: "Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación

<sup>37</sup> Doctrina General del Fideicomiso, *Op. cit.*, p.104.

<sup>38</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.149.

<sup>39</sup> Publicado en el D.O.F., el día 16 de noviembre de 1926, abrogando la anterior Ley de Bancos de Fideicomiso del 17 de julio de 1926.

<sup>40</sup> Publicada en el D.O.F., el día 29 de junio de 1932, y en vigor un día después de su publicación, abrogando la anterior Ley General de Instituciones de Crédito de 1926.

adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto...<sup>41</sup>.

El 26 de agosto de 1932, se promulga la actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito<sup>42</sup>, la cual, regula la figura que nos ocupa, en el Capítulo V, titulado "Del fideicomiso", comprendidos en 14 artículos, a saber del 346 al 359, concernientes a las disposiciones sustanciales que lo rigen.

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito<sup>43</sup>, estableció el concepto que rige hasta la fecha, a saber: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

El 3 de mayo de 1941, se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares<sup>44</sup>, la cual reglamentó las operaciones fiduciarias en los artículos 44 al 46, 126, 127 y 135 al 138, estableciendo las reglas y prohibiciones específicas a las cuales estarían sujetas las instituciones de banca que desempeñarían la actividad de fiduciarias, el artículo 44 de la citada ley enunciaba las operaciones fiduciarias que podían llevar a cabo las instituciones de banca y crédito, incluyendo entre otras al fideicomiso.

---

<sup>41</sup> Cabe destacar, que a pesar de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 27 de agosto del mismo año, aún no se publicaba, el propósito del legislador fue, que complementara posteriormente a la Ley de Instituciones de Crédito.

<sup>42</sup> Publicada en el D.O.F., el día 27 de agosto de 1932, en vigor a partir del 15 de septiembre del mismo año; y reformada por última ocasión, el día 23 de mayo de 2000.

<sup>43</sup> En virtud del Decreto publicado en el D.O.F., el 23 de mayo del 2000, se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, alterándose el orden de los artículos, y agregando una segunda sección al Capítulo V, denominada del "fideicomiso de garantía", con lo cual el artículo 346 citado, pasa a ser el actual artículo 381.

<sup>44</sup> Publicada en el D.O.F., el día 31 de mayo de 1941, abrogando a la anterior Ley de General de Instituciones de Crédito de 1932.

El 18 de Septiembre de 1982, se promulga la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito<sup>45</sup>, como consecuencia del decreto que establece la nacionalización de la banca privada y aunque no contempla disposiciones especiales para la regulación del fideicomiso, sí constituye un precedente importante su artículo 2, toda vez que contemplaba la forma en las cuales las instituciones de crédito, debían constituirse, como Sociedades Nacionales de Crédito, y las constituidas por el Estado, como Instituciones Nacionales de Crédito. Esta ley estuvo vigente hasta fines de 1984, cuando con el mismo nombre, se publica en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito<sup>46</sup>, la cual ya contempla en su artículo 30 fracción XV, las operaciones que podían realizar las instituciones de crédito, comprendiendo expresamente la operación de fideicomiso.

De esta manera, su artículo 60 establecía las disposiciones contables que deberían realizar las instituciones que realizaran operaciones de fideicomiso, señalando que en ningún caso estarían afectos a otras responsabilidades que las derivadas de dichas operaciones o las que correspondan contra ellos a terceros de acuerdo con la propia ley.

El artículo 61 de la citada Ley, disponía que la las instituciones que realizaran operaciones fiduciarias podían desempeñar su cometido por medio de delegados fiduciarios. A su vez el artículo 63 disponía, que el personal que las instituciones de crédito, utilizarán directa o exclusivamente para el cumplimiento de los fines del fideicomiso no formarían parte del personal al servicio de la institución de crédito.

---

<sup>45</sup> Publicada en el D.O.F., el día 31 de diciembre de 1982, entrando en vigor EL 1º de enero de 1983, y tras dos años de vigencia sería derogada posteriormente por la Ley del mismo nombre.

<sup>46</sup> Publicada en D.O.F., el 14 de enero de 1985 y en vigor hasta el 19 de julio de 1990, cuando entra en vigor la actual Ley de Instituciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

Sin embargo, se disponía, que cualquier derecho derivado de esa relación laboral sería pagado con cargo al patrimonio del fideicomiso y afectaría en la medida que fuese necesario al referido patrimonio. El artículo 65 impuso la responsabilidad de las instituciones de crédito, para el caso de que al ser requeridas, no rindieran las cuentas de su gestión en un plazo de quince días hábiles, procedería su remoción como fiduciaria cuando sean condenadas por sentencia ejecutoriada culpables, de las pérdidas o menoscabos por negligencia grave<sup>47</sup>.

Este último ordenamiento, a su vez fue abrogado por la actual Ley de Instituciones de Crédito, promulgada el 16 de julio de 1990<sup>48</sup>, la cual contempló algunas de las disposiciones que le antecedieron.

“Esta Ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones, 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”<sup>49</sup>.

Enumera en su artículo 46, las operaciones que las instituciones de crédito podrán realizar, contemplando en la fracción XV, las operaciones de fideicomiso.

Asimismo, el artículo 79, dispone: “En las operaciones de fideicomiso mandato comisión administración o custodia las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas

<sup>47</sup> Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op.cit.*, p.59.

<sup>48</sup> Publicada en el D.O.F., el día 18 julio de 1990 y en vigor el 19 de julio del mismo año. Reformada por última ocasión el día 23 de mayo de 2000.

<sup>49</sup> ROLANDINI, Jesús, *Op. cit.*, p.18.

controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

"En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la Ley".

El artículo 80, dispone que en las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios. Agregando, que la institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

De igual forma, en el párrafo tercero del numeral en cita, se dice que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever a formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades; y que cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de ese comité, estará libre de toda responsabilidad.

El artículo 82 de la misma, dispone que el personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquiera derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso.

A su vez, el artículo 83 de la propia Ley, dispone que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por los 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.

Finalmente, el artículo 84 de la ley en cita, dispone que cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en Fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia, grave, procederá su remoción como fiduciaria, correspondiendo ejercitar dicha acción al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

## **1.2. MARCO JURÍDICO CONCEPTUAL**

### **1.2.1. Concepto**

La doctrina es rica, respecto a la conceptualización del fideicomiso, por lo que en el presente apartado, se expondrán algunos de los conceptos más relevantes.

En este sentido, el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone:

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

Del concepto anterior, no se desprende la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, por lo que a fin de conceptuar al fideicomiso los juristas especializados en la materia exponen los siguientes conceptos del fideicomiso mexicano.

Así, el Doctor Miguel Acosta Romero, considera: "El fideicomiso, es un instrumento legal mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona fideicomitente señala en el contrato respectivo"<sup>50</sup>.

Al respecto, el Doctor Raúl Cervantes Ahumada, manifiesta que el fideicomiso: "...es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado"<sup>51</sup>.

Por su parte, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, sostiene que el fideicomiso: "...es un negocio jurídico que se constituye mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello"<sup>52</sup>.

Asimismo, el autor José Manuel Villagordo Lozano, considera que el fideicomiso: "...es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está

---

<sup>50</sup> *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Op. cit.*, p.197.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p.289.

<sup>52</sup> *El Fideicomiso, Op. cit.*, p. 188.

obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario" <sup>53</sup>.

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, a cerca de este tópico manifiesta, que el fideicomiso: "...es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido" <sup>54</sup>.

Ahora bien, el Doctor Luis Muñoz, reconoce que el fideicomiso: "...es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido"<sup>55</sup>.

En este orden de ideas, el Jurista Mario Bauche Garcíadiego, afirma: "...mediante el fideicomiso, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona"<sup>56</sup>

Por lo anterior, es de considerarse, que el fideicomiso es un contrato mercantil, toda vez que el fideicomitente concreta y encarga su realización; a un comerciante, y en virtud de dicho acto, una persona física o moral (fideicomitente) afecta ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad, transmitiendo su titularidad dominical a una institución fiduciaria, para que con su administración y organización realice un fin lícito y determinado, a favor de uno o más beneficiarios (fideicomisario), sin perjuicio de que el beneficiario

---

<sup>53</sup> Doctrina General del Fideicomiso, Op. cit., p. 141.

<sup>54</sup> Curso de Derecho Mercantil, T.II, Vigésimocuarta edición, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999. p.112.

<sup>55</sup> El Fideicomiso, Segunda edición. Ed. Cárdenas, S.A. de C.V., México, 1980. p.13.

<sup>56</sup> Operaciones Bancarias, Quinta edición. Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1985. p.376.

pueda ser el mismo fideicomitente, o incluso que sus beneficios puedan extenderse a una entidad no humana.

### 1.2.2 Naturaleza jurídica.

A fin de conocer la identidad del fideicomiso conforme a derecho, hay que tomar en cuenta el sentido que expresa el legislador en la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, que en su parte conducente dispone:

“...la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares de fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. **En cambio, el fideicomiso expreso 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*”.**

De lo anterior se concluye que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato<sup>57</sup>. Por lo que se deduce que la naturaleza del

---

<sup>57</sup> Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p.192.

fideicomiso es la de ser un contrato, toda vez que existe una relación jurídica entre dos o más personas, en el cual intervendrán el fideicomitente y el fiduciario, plasmando su voluntad de establecer derechos y obligaciones, al momento de su constitución.

En este orden de ideas, el Maestro Rodolfo Batiza, también considera que de la exposición de motivos antes mencionada, se desprende la "...categoría específica dentro de ese género como contrato..."<sup>58</sup>.

A la vez, el Doctor Luis Muñoz, al respecto manifiesta: "...en la constitución del fideicomiso pueden concurrir no dos, sino tres partes: el fideicomitente que asume derechos y obligaciones frente al fiduciario y frente al fideicomisario, el fiduciario que los adquiere frente al fideicomitente y frente al fideicomisario y el fideicomisario que los contrae frente al fideicomitente y frente al fiduciario. Dada la unidad jurídica del negocio, podemos decir que nos encontramos frente a un caso de contrato o negocio plurilateral"<sup>59</sup>.

En este sentido, el mismo autor en cita agrega: "El aspecto contractual queda subrayado en aquellos casos en los que el fideicomitente, de acuerdo con el fiduciario, se reserva una serie de derechos que lo convierten en titular directo de acciones frente al fiduciario"<sup>60</sup>.

Ahora bien, el Doctor Miguel Acosta Romero, al respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, considera que el fideicomiso es un contrato, complementando que el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico ya que es la expresión de la voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones. Agregando que dentro de las especies de actos jurídicos, el Código Civil

---

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 41.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, agregando que los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos<sup>61</sup>.

En este contexto, el autor José Manuel Villagordoa Lozano, indica: "...el contrato de fideicomiso es el negocio fiduciario en el que se pueden apreciar dos relaciones jurídicas, una de carácter real que siempre implica la transmisión de bienes y derechos y que se establece entre el fiduciante, en nuestro caso el fideicomitente, con el fiduciario, quien es la persona que recibe tales bienes y derechos con la obligación de destinarlos al cumplimiento de los fines de fideicomiso, en beneficio del propio fideicomisario, todo esto en virtud de la otra relación de carácter obligatorio que vincula al fiduciario con el beneficiario o fideicomisario"<sup>62</sup>.

El Jurista Julián Bernal Molina, concluye, "...que existen muchas razones doctrinales y expresiones en las disposiciones legales de que el fideicomiso se realiza siempre mediante un contrato, y tal como define éste el Código Civil, implica una relación jurídica que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre las partes"<sup>63</sup>.

Para reforzar aún más la naturaleza contractual del fideicomiso, son de contemplarse algunas de las disposiciones que rigen al fideicomiso público, que aunque no es el tema central de esta monografía su regulación resulta adecuada para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, como un contrato. Así al Ley Federal de Entidades Paraestatales<sup>64</sup>, en el artículo 41 establece:

---

<sup>61</sup> Cfr., ACOSTA ROMERO, Miguel, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.188.

<sup>62</sup> *Op. cit.* p.180.

<sup>63</sup> Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso, Primera edición. Ed. Miguel Ángel Porrúa, S.A. de C.V., México, 1988. p.23.

<sup>64</sup> Publicada en el D.O.F., el día 24 de julio de 1992.

“El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto (actualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público), quien será el fideicomitente único de la administración pública federal centralizada, cuidará que en los *contratos* queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos...”.

Asimismo, en el artículo 45 del mismo ordenamiento se dispone que:

“En los *contratos* constitutivos de Fideicomisos de la Administración Pública Federal centralizada, se deberá reservar al Gobierno Federal...”.

En este orden de ideas, y tomando en consideración la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como la doctrina, y la legislación en materia administrativa, sólo queda agregar que el fideicomiso es considerado como un contrato mercantil y como lo afirma el Doctor Miguel Acosta Romero, “...es uno de los pocos contratos que todavía se redactan y discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme”<sup>65</sup>.

### **1.2.3 Marco legal aplicable.**

El marco legal que rige a la figura del fideicomiso, esta compuesto por un conjunto de diversas disposiciones que regulan su constitución y funcionamiento, por lo que en este apartado se tomarán en cuenta las

---

<sup>65</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Op. cit., p.197.

disposiciones más relevantes que le rodean, exponiendo brevemente la parte sustancial que versa sobre la figura en análisis.

### 1.2.3.1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito<sup>66</sup>.

El fideicomiso mexicano encuentra su principal fundamento legal en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual contiene 34 artículos que regulan su descripción, constitución, validez, elementos personales, derechos, obligaciones y causales de extinción en sus artículos 381 al 414, comprendidos en el Capítulo V, el cual a su vez, se subdivide en dos secciones denominadas: "Del fideicomiso" y "Del fideicomiso de garantía".

En cuanto a la descripción del fideicomiso, el artículo 381 del citado ordenamiento dispone:

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

En cuanto a la validez del fideicomiso, el numeral 382 determina que el fideicomiso será válido siempre que su fin sea lícito y determinado.

Por su parte los artículos 383 al 385, detallan las características de los elementos personales con los cuales se constituye esta figura. El objeto indirecto del fideicomiso lo regula el artículo 386 del citado ordenamiento, al determinar que podrá consistir en toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Por lo que se refiere a la formalidad del contrato, los artículos 387 al 389 disponen que la constitución del fideicomiso constará siempre por escrito; que

---

<sup>66</sup> Publicado en el D.O.F. el 27 de agosto de 1932 y en vigor a partir del 15 de septiembre de 1932.

cuando el objeto del fideicomiso sea un bien inmueble se deberá inscribir en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados, para que el fideicomiso pueda surtir efectos contra tercero; mientras que para los bienes muebles surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes: 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.

En cuanto a los derechos que tiene el fideicomisario el artículo 390 establece que el fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan en el contrato constitutivo del fideicomiso, el derecho de elegir el debido cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria.

Asimismo, el citado ordenamiento en el artículo 392 regula las formas de extinción del fideicomiso, y por su parte el artículo 394 impone las prohibiciones para constituir fideicomisos.

Por lo que respecta al fideicomiso privado de garantía, la sección segunda establece sus particularidades, correspondiendo la descripción de esta figura al artículo 395, el cual dispone:

"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".

De la misma manera el artículo 396 indica cuáles son las personas que podrán establecer fideicomisos de garantía. A su vez, el numeral 397 indica el momento en que podrá designarse al fideicomisario; en tanto que el artículo 398 dispone la forma de utilizar el fideicomiso para el caso de obligaciones que se garanticen simultánea o sucesivamente. El artículo 399 menciona la relación de entidades financieras que podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía. Asimismo, el artículo 400 establece que las entidades que tengan el carácter de fiduciarias también podrán reunir la calidad de fideicomisarias en determinados casos.

Por su parte el artículo 401 dispone qué bienes pueden ser el objeto del fideicomiso de garantía; y el artículo 402 impone algunos derechos a las partes para el caso de que el bien objeto de garantía sea un inmueble, de la misma manera se establecen los derechos y obligaciones entre las partes y las características especiales que regulan esta figura.

En cuanto a los artículos restantes se realiza su estudio detallado en el capítulo tercero de la presente monografía.

### **1.2.3.2 Ley de Instituciones de Crédito<sup>67</sup>.**

Ahora bien, la regulación de la actividad fiduciaria corresponde también a la ley bancaria, la cual contiene una serie de disposiciones que se relacionan con las funciones, capacidades y obligaciones que tienen las Instituciones de Crédito, que ofrecen sus servicios como fiduciarias, comprendiéndose básicamente en los siguientes preceptos.

Los artículos 8 y 9 de la Ley de Instituciones de Crédito, disponen como requisito principal para poder operar, el consistente en la autorización que debe otorgar el Gobierno Federal a las Instituciones de Crédito para poder operar

---

<sup>67</sup> Publicada en el D.O.F. el día 18 de julio de 1990 y en vigor un día después de su publicación.

debidamente como bancos, en consecuencia para poder practicar las operaciones de fideicomiso.

Cabe mencionar que el artículo 46 fracción XV de la citada ley, es el artículo más relevante, toda vez que en él se encuentra el fundamento por el cual las instituciones de crédito tienen la base para actuar como fiduciarias, disponiendo el mismo numeral, que las instituciones de crédito, podrán practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por lo que se refiere a los honorarios fiduciarios, el artículo 48 de la misma ley dispone las reglas que deben fijarse para establecer los montos de las operaciones que realicen las instituciones de crédito y por ende las operaciones de fideicomiso. Asimismo, el artículo 79 impone a las instituciones fiduciarias la obligación de abrir contabilidades especiales para cada contrato de fideicomiso que celebren. El artículo 80 establece la facultad para que las instituciones fiduciarias puedan desempeñar su cometido y ejercitar sus facultades a través de delegados fiduciarios. El artículo 82, dispone que el personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso.

A su vez, el numeral 83 de la propia ley, dispone que a falta de procedimiento de ejecución 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 de ejecución establecidos en el Título Tercero Bis, del Código de Comercio.

Ahora bien, el artículo 84 de la ley en cita, establece los supuestos en que podrá ser removida la institución fiduciaria, para el caso de que no rinda las

cuentas de su gestión. Asimismo, el artículo 90 dispone los requisitos para que los delegados fiduciarios puedan acreditar su personalidad y facultades.

Cabe agregar, que el secreto fiduciario esta contemplado en el artículo 118, el cual dispone la restricción de información relativa a las operaciones de los fideicomisos a terceros extraños, con excepción de la información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria. Por lo cual la violación del secreto propio de las operaciones de fideicomiso incluso ante las autoridades o tribunales en juicio o reclamaciones que no sean aquellos entablados por alguna de las partes que intervienen en el fideicomiso de que se trate, constituirá a la fiduciaria en responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

Por último, la ley contempla en su artículo 103 fracción IV, la posibilidad de que las Sociedades Financieras de Objeto Limitado, en adelante (SOFOL), capten recursos a fin de otorgar créditos para determinada actividad o sector, siendo ésta ley y sus reglas especiales las que facultan las operaciones de las SOFOLES, tomando importante relevancia, toda vez que posteriormente a las reformas de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, del 23 de mayo del 2000 las SOFOLES podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía.

### **1.2.3.3 Código de Comercio<sup>68</sup>.**

En forma complementaria, el Código en cita, en su Título Tercero Bis<sup>69</sup>, establece el procedimiento de ejecución que ha de observarse en caso de incumplimiento en el caso de los fideicomisos de garantía. Tal y como lo establece la propia Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 83, al

---

<sup>68</sup> Publicado en el D.O.F., de los días 7 al 13 de octubre de 1889 y en vigor a partir del 1º de enero de 1890.

<sup>69</sup> Adicionado mediante el decreto publicado en el D.O.F., el día 23 de mayo de 2000.

disponer, que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por los partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Código de Comercio en su Título Tercero Bis, cuyo Capítulo Primero, titulado "Del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía", comprende los artículos 1414 Bis al 1414 Bis 6, estableciendo en siete artículos el procedimiento que ha de observarse en el trámite de pago de los créditos y obtención de la posesión de los bienes objeto de la garantía otorgada mediante fideicomisos de garantía.

Dicho procedimiento iniciará según el artículo 1414 Bis 1, con el requerimiento formal de la entrega de la posesión de los bienes, que formule el fiduciario al deudor, mediante fedatario público.

Asimismo, el artículo 1414 bis 4, dispone que una vez entregada la posesión de los bienes se procederá a la enajenación de los mismos, en los términos establecidos en el artículo 1414 bis 17. Observándose que para el caso de oposición del deudor al pago del crédito o a la entrega material de los bienes respectivos. El artículo 1414 bis 2, agrega que se dará por concluido el procedimiento extrajudicial y quedará expedita la vía judicial, la cual está contemplada en el Capítulo Segundo del mismo Código de Comercio en su Título Tercero Bis, que regula el procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante fideicomiso en garantía, el cual establece el procedimiento judicial de ejecución que ha de seguirse, tendiente a la recuperación del crédito y en su caso, a la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siendo requisito indispensable, que el mencionado crédito sea exigible y conste en documento público o escrito privado, según corresponda, en términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Este procedimiento iniciará con la presentación del escrito de demanda, ante el juez de primera instancia por lo regular en materia civil, quien dictará auto con efecto de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago y, de no hacerlo, haga la entrega de la posesión material al actor, de los bienes dados en garantía. En este último caso, el acreedor tendrá el carácter de depositario judicial, emplazándose a juicio en el mismo auto al demandado, para el caso de que no cumpla con lo ordenado, debiéndose seguir el procedimiento judicial establecido hasta su culminación. Este procedimiento se analizará en forma pormenorizada en el Capítulo Cuarto de esta monografía.

#### **1.2.3.4 Ley General de Sociedades Mercantiles<sup>70</sup>.**

La Ley General de Sociedades Mercantiles, es otro de los ordenamientos que tienen relación en lo conducente con la actividad fiduciaria, en vista de que las Instituciones de Crédito, que practiquen operaciones de fideicomiso, deben estar constituidas como Sociedades Anónimas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dispone que sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en todo lo que no este previsto en la ley bancaria.

#### **1.2.3.5 Ley Federal de Instituciones de Fianzas<sup>71</sup>.**

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es otro de los ordenamientos que regulan la actividad fiduciaria, toda vez que con motivo de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito<sup>72</sup>, se adicionó su artículo 399, el cual agrega que las instituciones de fianzas también podrán realizar las

<sup>70</sup> Publicada en el D.O.F. el día 4 de agosto de 1934 y en vigor el día de su publicación.

<sup>71</sup> Publicada en el D.O.F. el día 20 de diciembre de 1950 y en vigor quince días después de su publicación.

<sup>72</sup> Reformas publicadas en el D.O.F. el día 23 de mayo del 2000.

funciones de fiduciarias, en los casos de fideicomisos de garantía, las cuales podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este sentido, el artículo 16 fracción XV, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, enumera las operaciones que pueden realizar las instituciones de fianzas, dentro de las cuales se contempla que las instituciones de fianzas podrán realizar las operaciones de fideicomiso de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitados en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan. En este orden de ideas las instituciones de fianzas están autorizadas para practicar las operaciones de fideicomiso de garantía, debiéndose sujetar a las practicas fiduciarias de las instituciones de crédito.

#### **1.2.3.6 Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros<sup>73</sup>.**

Con motivo de las multicitadas reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se contempló en su artículo 399, que las instituciones de seguros también podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, pudiendo reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

En consecuencia el artículo 34 fracción IV, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, dispone que las instituciones de seguros podrán practicar las operaciones de fideicomiso actuando como fiduciaria en caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren; además el mismo numeral establece que las instituciones de seguro autorizadas para practicar operaciones de seguro de vida, también podrán ser fiduciarias en el caso de fideicomisos en que se afecten recursos relacionados

---

<sup>73</sup> Publicada en el D.O.F. el día 14 de agosto de 1935 y en vigor el día de su publicación.

con primas de antigüedad, fondos, individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas de fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que se establecen en las leyes de seguridad social y de primas de antigüedad. Debiéndose realizar los contratos de fideicomiso, en los mismos términos aplicables para las instituciones de crédito.

Asimismo, el artículo 35 fracción XVI bis, dispone que las instituciones de seguros en el desempeño de los fideicomisos deberán de sujetarse a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y apegarse a las sanas prácticas fiduciarias de las instituciones de crédito.

#### **1.2.3.6 Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito<sup>74</sup>.**

Con motivo de las citadas reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y concretamente a la inclusión del artículo 399, también se contempló que los Almacenes Generales de Depósito, en su carácter de organizaciones auxiliares del crédito, podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos, pudiendo reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

En este sentido el artículo 11 fracción VIII de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, dispone que los Almacenes Generales de Depósito podrán 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 que hayan realizado.

---

<sup>74</sup> Publicada en el D.O.F. el día 14 de enero de 1985 y en vigor un día después de su publicación.

### **1.2.3.8 Ley del Banco de México<sup>75</sup>.**

La Ley del Banco de México, en su artículo 7 fracción VII, establece que el Banco de México podrá llevar acabo los actos siguientes: Recibir depósitos bancarios de dinero del gobierno federal, de entidades financieras del país y del exterior, así como de los fideicomisos públicos de fomento económico.

Asimismo, la fracción XI, dispone que el Banco de México podrá actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituye para cumplir obligaciones laborales a su cargo.

### **1.2.3.9 Ley de Inversión Extranjera<sup>76</sup>.**

La Ley de Inversión Extranjera tiene cabal importancia en la regulación del fideicomiso en general, toda vez que sus artículos 6 y 7 establecen las restricciones a la inversión extranjera, al disponer que las actividades económicas y la operación de sociedades como lo son Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Almacenes Generales de Depósito y Sociedades Financieras de Objeto Limitado (como entidades financieras que practican operaciones de fideicomiso), estarán reservadas de manera exclusiva a mexicanos, donde la inversión extranjera sólo podrá participar hasta el 49% y no podrán desarrollar esas actividades ni siquiera a través del empleo de la figura del fideicomiso o de convenios, pactos sociales o estatutarios etc. Con esto se impide el empleo de la figura del fideicomiso para burlar las disposiciones que regulan la inversión extranjera en las actividades y sociedades reservadas de manera expresa a los mexicanos.

---

<sup>75</sup> Publicada en el D.O.F. el día 23 de diciembre de 1993 y en vigor a partir del 1º de abril de 1994.

<sup>76</sup> Publicada en el D.O.F. el día 27 de diciembre de 1993 y en vigor un día después de su publicación.

### **1.2.3.10 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal<sup>77</sup>.**

Por lo que respecta a las disposiciones de carácter administrativo que regulan la figura del fideicomiso público, se contempla básicamente la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual en su artículo 3 fracción III, dispone que el Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará de las entidades de la administración pública paraestatal concretamente de los fideicomisos.

A su vez, el artículo 47 dispone que el Gobierno Federal o las demás entidades paraestatales, que tengan el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias de desarrollo, podrán utilizar la figura del fideicomiso, en los cuales la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá con el carácter de fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

### **1.2.3.11 Ley Federal de las Entidades Paraestatales<sup>78</sup>.**

Asimismo, los fideicomisos públicos también se regulan en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la cual establece en su numeral cuarto, que los fideicomisos públicos de fomento, quedarán sujetos por cuanto a su constitución, organización, funcionamiento, control, evaluación y regulación a su legislación específica.

A su vez, los numerales 40 y 41 disponen que los fideicomisos que establezca el Gobierno Federal que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, serán considerados como entidades paraestatales, por lo que estarán dotados de

---

<sup>77</sup> Publicada en el D.O.F. el día 25 de febrero de 1992 y en vigor un día después de su publicación.

<sup>78</sup> Publicada en el D.O.F. el día 14 de mayo de 1986 y en vigor un día después de su publicación.

**autonomía para el cumplimiento de sus objetivos, y por tanto sujetos a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.**

**Las disposiciones antes descritas son consideradas las más relevantes para el estudio del fideicomiso en general. Por lo que, una vez visto los antecedentes y conceptualización de ésta figura, en el siguiente capítulo se analizarán a detalle las particularidades de los elementos personales que constituyen al fideicomiso.**

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FIDEICOMISO**

Los elementos personales que constituyen al fideicomiso mexicano son: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, por lo que en este apartado se analizarán sus particularidades y principales funciones.

#### **2.1. FIDEICOMITENTE**

##### **2.1.1. Concepto**

El Jurista Rodolfo Batiza, conceptualiza al fideicomitente como: "...la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad"<sup>79</sup>.

Para el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, el fideicomitente: "...es quien establece el fideicomiso y destina para el cumplimiento del mismo los bienes necesarios"<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Op. cit., p.50.

<sup>80</sup> Curso de Derecho Mercantil, Op. cit., p.113.

En este orden de ideas, el autor José Manuel Villagordoa Lozano, considera que el fideicomitente "...es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario"<sup>81</sup>.

A su vez, el Doctor Miguel Acosta Romero, asevera que el fideicomitente: "...es 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 necesaria para obligarse y para disponer de los bienes"<sup>82</sup>.

El mismo autor en cita agrega: "El fideicomitente es pues, la persona física o moral... que, mediante una manifestación expresa de su voluntad y teniendo la capacidad legal para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario para constituir el fideicomiso, a fin de que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye"<sup>83</sup>.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, asevera que el fideicomitente: "...es quien destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, lo que hace tener por supuesto que está en la posibilidad legal de asignar ese destino; además, es el fideicomitente quien encarga a la fiduciaria la realización de los actos por los cuales se alcance el fin dispuesto por aquél para los bienes que fideicomite"<sup>84</sup>.

Para el autor Ortiz Soltero Sergio Monserrit, el fideicomitente: "...es la persona física o moral que destina ciertos bienes a la fiduciaria encomendándole la realización de un fin lícito determinado"<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p.186.

<sup>82</sup> *Derecho Bancario, Op. cit.*, p.433.

<sup>83</sup> *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Op. cit.*, p.221.

<sup>84</sup> *El Fideicomiso, Op. cit.*, p.186.

<sup>85</sup> *El Fideicomiso Mexicano, Primera ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1997. p.43.*

El autor Julián Bernal Molina, asevera que el fideicomitente: "...es la persona física o moral que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica"<sup>86</sup>.

Por lo anterior, es de considerarse, que el fideicomitente es la persona física o jurídica con capacidad necesaria para afectar ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad, o bajo su disposición dominical para afectarlos y dirigir su utilización al cumplimiento de un fin lícito y determinado encomendado al fiduciario.

### **2.1.2. Capacidad**

En cuanto a la capacidad que debe tener el fideicomitente, el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone:

"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".

Del primer párrafo, se desprende que sólo las personas físicas y jurídicas con capacidad para afectar bienes, podrán tener el carácter de fideicomitentes. Entendiéndose a la persona física con capacidad de ejercicio a "...el hombre, considerado como sujeto de derechos y obligaciones"<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Teoría y Práctica del Fideicomiso, *Op.cit.*, p.31.

<sup>87</sup> KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Primera ed., Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995 p.110.

En este sentido, las personas físicas son los sujetos sociales considerados individualmente, a los que el derecho reconoce ciertos atributos como lo son: la nacionalidad, el nombre, el domicilio, el patrimonio la capacidad jurídica y el estado civil.

Al respecto, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta: "...la personalidad es esa aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas, aptitud que respecto de las personas físicas se tiene por el mero hecho de tratarse de un ser humano con su desplazamiento desde su concepción hasta su muerte, ello comprende la substancia misma de la personalidad; se compone por sus atributos, que son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente la de alcanzar con ellos la realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos. Estos atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad"<sup>88</sup>.

Ahora bien, las personas morales son: "...las asociaciones o corporaciones temporales o perpetuas fundadas con algún fin o motivo de utilidad pública o privada, o ambas juntamente, que en sus relaciones civiles o mercantiles representan una entidad jurídica"<sup>89</sup>.

En este sentido, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, aludiendo a Francisco Ferrara, escribe: "Las personas jurídicas pueden definirse como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho"<sup>90</sup>.

Es de tener en cuenta, que la ley reconoce los mismos atributos de las personas física las personas morales, a excepción del estado civil.

<sup>88</sup> Derecho Civil, Tercera ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1992 p.165.

<sup>89</sup> PENICHE LOPEZ, Edgardo, Introducción al Derecho, Decimanovena ed., Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1985 p. 95.

<sup>90</sup> Derecho Civil, Op. cit. p.281.

El carácter de persona moral se otorga las entidades jurídicas que determina el propio Código Civil:

Artículo 25.- Son personas morales:

"I. - La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;

"II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley;

"III.- Las sociedades Civiles o Mercantiles;

"IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

"V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas, y

"VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo, o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

"VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736".

Al respecto, cabe agregar que el artículo 26 del mismo ordenamiento, dispone que las anteriores personas morales, "...pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución". Destacando que "...como entes incorpóreos, no pueden actuar por sí mismas, necesariamente tendrán que actuar y obligarse por medio de personas físicas que la integran, a través de órganos de representación, decisión y administración"<sup>91</sup>.

En este orden de ideas, las personas morales enumeradas en el artículo 25 del Código Civil, podrán establecer fideicomisos, debiendo operar por medio

---

<sup>91</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Et. al.*, Código Civil para el Distrito Federal, Vol. I, Primera ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1996. p.45.

de los órganos que las representan, tal y como lo establece en el artículo 27 del citado Código Civil:

“Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”.

Ahora bien, el mismo artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, también dispone que las personas físicas y morales deben tener la capacidad necesaria para afectar bienes que el fideicomiso implica, por lo que se debe distinguir la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio; “La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; la segunda, es la posibilidad jurídica que tiene un sujeto de hacer valer directamente sus derechos y contraer obligaciones”<sup>92</sup>.

En este sentido, el fideicomitente deberá contar con la capacidad necesaria para poder contratar sobre los bienes materia del fideicomiso.

### **2.1.3. Derechos**

El fideicomitente como persona física o jurídica, cuenta con los derechos que el propio marco legal le otorga, sin embargo, en cada caso particular, se podrán establecer o reservarse aquellos derechos que convengan, faciliten o respalden el cumplimiento del fin para el cual ha sido creado el fideicomiso. Por ello, se expondrán a continuación los derechos que generalmente tiene el fideicomitente en un contrato típico de fideicomiso.

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, p.45.

**1. Establecer el fin que se disponga en el fideicomiso.**

El derecho más significativo que tiene el fideicomitente, es establecer el fin o fines que el fideicomiso ha de tener, siempre que sea lícito y determinado. Lo que se observa de la lectura del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual dispone: "...el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado...".

De la anterior disposición, cabe agregar que el fideicomitente es quien da origen al desarrollo del fideicomiso y como tal, le corresponderá establecer el fin para el que sea creado, de acuerdo con la asesoría y esquemas que le proponga el fiduciario.

**2. Designar al fideicomisario.**

Otro de los derechos que tiene el fideicomitente, es el de designar al fideicomisario o fideicomisarios en su caso, tal y como se establece en el segundo párrafo del artículo 383 de la ley especializada, al disponer: "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso...". Es decir, que se podrá designar a cualquier persona como beneficiario del fideicomiso, salvo en el caso de los fideicomisos previstos en el artículo 394 fracción segunda, la cual restringe a "...aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente...".

Con la limitante anterior, se evita que haya un conflicto de intereses que resulta muy obvio entre las personas que han de recibir el beneficio del fideicomiso. Dicho de otra manera, que el beneficio que reciba el fideicomisario en su caso,

no le sea transmitido por causa de la sucesión derivada de la muerte del beneficiado inmediato anterior. Lo anterior por lógicas razones.

En tal virtud, sólo queda agregar que el elemento personal que constituye el fideicomiso, tiene el derecho de designar a su libre albedrío o conveniencia a el fideicomisario o fideicomisarios, para que reciban el beneficio que el fideicomiso otorga. Pudiendo incluso autodesignarse, a su conveniencia, como fideicomitente y como fideicomisario, tal y como lo previene el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece: "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

Cabe agregar de lo antes expuesto, que el fideicomiso puede llegar a constituirse para beneficiar no sólo a personas, sino también puede constituirse en beneficio de animales o cosas, sin que esto asevere que sean ellos los fideicomisarios.

En este orden de ideas, el Doctor Raúl Cervantes Ahumada, escribe: "El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo: se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicomitado se levante una estatua a un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos..."<sup>93</sup>.

### 3.- Elegir o designar a la fiduciaria.

Otro de los derechos que tiene el fideicomitente es el de elegir a la fiduciaria que más le convenga, para que realice los fines perseguidos en el fideicomiso. Por lo que, el artículo 385 párrafo tercero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: "El fideicomitente podrá designar varias

---

<sup>93</sup> *Op. cit.*, p. 294.

instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan substituirse”.

El precepto en cita agrega: “Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

Lo anterior significa, que el fideicomitente tiene el derecho de elegir libremente a la institución o instituciones fiduciarias que vayan a realizar la operación de fideicomiso, así como el orden y las condiciones en que han de substituirse en el caso hipotético.

No obstante, que la ley permite designar varias fiduciarias para un sólo fideicomiso, en la práctica se puede observar que en general y por razones de eficacia y celeridad, en la mayoría de los fideicomisos sólo operan con una institución fiduciaria.

4.- Reservarse los derechos que convenga en el acto constitutivo.

El fideicomitente tendrá el derecho de reservarse en el acto constitutivo los derechos que a su interés convenga y que acuerde en el fideicomiso. Así el artículo 386 párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: “Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente...”.

Al respecto, el Doctor Miguel Acosta Romero, expresa: "Esta reserva de derechos se vuelve de suma importancia en aquellos fideicomisos en los cuales el fideicomisario es persona distinta del fideicomitente, puesto que mediante la reserva que éste haga, continúa vinculado con el fideicomiso; ello desde luego en la medida y alcances de los derechos que se reserve"<sup>94</sup>.

En este orden de ideas, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, considera que la facultad del fideicomitente para reservarse ciertos derechos para sí mismo, "...son un reconocimiento de la ley a la posibilidad de que en un momento dado, sólo algunos derechos, no todos, sean los que pudieran tenerse sobre los bienes fideicomitados. La versatilidad y manualidad del fideicomiso así lo permite".<sup>95</sup>

#### 5.- Pedir cuentas al fiduciario de su gestión

Otro derecho que tiene el fideicomitente, si es que se reservo expresamente en la constitución del fideicomiso el derecho de hacerlo, será el de pedir cuentas de la gestión al fiduciario, cuya descripción está contemplada en el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dispone: "Cuando la institución de crédito al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción, como fiduciaria".

Agregando, "Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción".

<sup>94</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Op. cit., p.233.

<sup>95</sup> El Fideicomiso, Op. cit., p.336.

Asimismo, el derecho del fideicomitente para pedir cuentas al fiduciario de su gestión tiene fundamento en el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual dispone: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

En tal virtud, el fideicomitente tendrá el derecho de pedir cuentas al fiduciario de su gestión, además de tener el derecho para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y en su caso pedir la remoción. Siempre y cuando se haya reservado el derecho de ejercitar esta acción en el contrato de fideicomiso o en sus posteriores modificaciones, si es que las hubo.

#### 6.- Crear un comité técnico.

El artículo 80 párrafo tercero de la Ley de Instituciones de Crédito, también otorga el derecho al fideicomitente para constituir un comité técnico, es decir, crear un órgano colegiado de su confianza para que a su nombre asesore a la fiduciaria en la toma de decisiones que surjan para el cumplimiento del fin del fideicomiso, estableciendo sus facultades y limitantes.

El citado artículo dispone: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes de este comité, estará libre de toda responsabilidad".

De este artículo se deduce que el derecho de designar un comité técnico y fijar las reglas de funcionamiento y establecimiento de sus facultades, corresponde al fideicomitente, pues es él, quien crea el fideicomiso y tiene la facultad de poder formar o no un comité técnico, que le auxilie a la fiduciaria a tomar decisiones en la operación del fideicomiso, para el caso de que el fideicomitente tenga otras actividades distintas a la consecución del fin del fideicomiso, auxiliándose en aquellas personas que integran en el comité técnico, para que con su consulta y colaboración hagan más eficaz las operaciones tendientes a la realización de los fines que contemple el fideicomiso.

En este sentido, es de observarse que el comité técnico es quien toma las decisiones tendientes a la realización de los fines establecidos en el fideicomiso, pero finalmente la fiduciaria es quien lleva a cabo y ejecuta las acciones tendientes al cumplimiento de tales fines, debiendo ajustarse a los dictámenes del comité técnico.

Al respecto, el autor Julián Bernal Molina, considera que el comité técnico: "Es un órgano colegiado deliberante, decisorio pero no ejecutivo"<sup>96</sup>.

Cabe agregar, que la utilización del comité técnico, se emplea con mucha frecuencia en aquellos fideicomisos públicos, toda vez que debe haber un cierto consenso y responsabilidad en la toma de decisiones, ya que para la consecución de ciertos fines la administración pública maneja en gran cantidad bienes derechos y valores necesarios para el cumplimiento de sus objetivos.

Debiéndose considerar el empleo del comité técnico en cada caso concreto, ya sea en la administración pública o en el ámbito privado, toda vez que en algunos casos lejos de auxiliar al cometido de los fines establecidos en el

---

<sup>96</sup> Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso, *Op. cit.*, p. 35.

propio fideicomiso, se podrían entorpecer las operaciones tendientes al cumplimiento de los fines establecidos restándole celeridad a la toma de decisiones.

#### **2.1.4. Obligaciones**

El fideicomitente como persona física o jurídica, cuenta con las obligaciones que el propio marco legal le otorga, sin embargo, en cada caso particular, se podrán establecer aquellas obligaciones que convengan, faciliten o respalden el cumplimiento del fin para el cual ha sido creado el fideicomiso. Por lo que se expondrán a continuación las obligaciones que generalmente tiene el fideicomitente en un contrato típico de fideicomiso.

1. Afectar la titularidad de ciertos bienes, derechos o valores al fiduciario. La principal obligación del fideicomitente, es la de afectar ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad, transmitiendo sus facultades dominicales a una institución fiduciaria.

La anterior obligación está prevista concretamente en el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual establece: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la *afectación* de bienes que el fideicomiso implica...".

Lo anterior implica que cometido el fideicomiso, su patrimonio saldrá de la esfera dominical del fideicomitente a menos que haya reservado determinados derechos al respecto, por lo que no podrá disponer de los bienes, derechos o valores hasta que concluya la realización del contrato.

Por lo que en igual sentido, el artículo 386 de la referida ley establece en su parte conducente: "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán *afectos* al fin que se *destinan*...".

De lo anterior se concluye que la principal obligación del fideicomitente, es la transmisión dominical al fiduciario de los bienes, derechos o valores con los cuales el fiduciario con su administración y organización realizará el fin o fines establecidos en el contrato de fideicomiso, a favor de uno o más beneficiarios (fideicomisario), sin perjuicio de que el beneficiario pueda ser el mismo fideicomitente.

## 2. Pagar los honorarios fiduciarios.

Otra de las obligaciones del fideicomitente, es pagar a la institución fiduciaria la contraprestación que se haya estipulado en el contrato de fideicomiso o en aquellas modificaciones que se le hagan al mismo, si es que las hubiere en ese sentido. Toda vez que las instituciones fiduciarias que realizan las operaciones de fideicomiso en la práctica y como todo comerciante lo contempla como un servicio oneroso y retributivo.

El artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que las tasas de interés, *comisiones*, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, *montos*, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y *de servicios*, que realicen las instituciones de crédito se sujetará a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México, con el propósito de atender las necesidades de regulación monetaria y crediticia.

Cabe agregar, que esta obligación no sólo puede corresponder al fideicomitente, sino en su caso, al fideicomisario, si es que así se estableció en

el acto constitutivo del fideicomiso, y para el caso de incumplimiento, la ley faculta al fiduciario para renunciar al desempeño de su cargo<sup>97</sup>.

### 3. Saneamiento en caso de evicción.

Otra de las obligaciones que tiene el fideicomitente, es el saneamiento en caso de evicción. Lo anterior en virtud de que la constitución del fideicomiso implica "...un acto traslativo de dominio, es indudable que el fideicomitente está legalmente obligado a prestar el saneamiento en caso de evicción, sobre todo en fideicomisos de garantía"<sup>98</sup>.

Esta obligación esta prevista en el artículo 2119 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer: "Habrá evicción cuando el que adquirió una cosa fuere privado de todo o en parte de ella por sentencia que cause ejecución, en razón de algún derecho anterior a la adquisición".

Asimismo, el artículo 2120 del citado ordenamiento, establece: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato".

En el caso de fideicomisos gratuitos "...siguiendo la regla paralela de la donación, el fideicomitente sólo sería responsable de la evicción de la cosa si expresamente se hubiera obligado a prestarla"<sup>99</sup>. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 2351 del Código Civil: "El donante sólo será responsable de la evicción de la cosa si expresamente se hubiera obligado a prestarla".

---

<sup>97</sup> Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y... *Op. cit.*, p. 237.

<sup>98</sup> BATIZA, Rodolfo, *Op. cit.*, p. 205.

<sup>99</sup> *Ibidem.* p.204.

## 2.2. FIDUCIARIO

### 2.2.1. Concepto

El Doctor Raúl Cervantes Ahumada, considera que el fiduciario es aquella persona a quien se encomienda, la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos, debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario<sup>100</sup>.

Para el autor José Manuel Villagordoa Lozano, el fiduciario: "...es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y que se encarga de la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente"<sup>101</sup>.

Para el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, el fiduciario es aquella persona a quien se transmite la propiedad de dichos bienes y se encarga del cumplimiento del fideicomiso<sup>102</sup>.

A su vez, el Doctor Miguel Acosta Romero, escribe el fiduciario: "...es la institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal"<sup>103</sup>.

En este orden de ideas, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, considera que la fiduciaria: "...es la destinataria de la encomienda del fideicomitente y queda obligada contractualmente a ejecutar los actos para alcanzar el destino dispuesto por el primer interviniente mencionado"<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr., CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Op. cit.*, p. 292.

<sup>101</sup> *Op. cit.*, p. 190.

<sup>102</sup> Cfr., Curso de Derecho Mercantil, *Op. cit.*, p.,113.

<sup>103</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.238.

<sup>104</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p. 321.

El jurista Rafael De Pina, considera que el fiduciario: "...es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso"<sup>105</sup>.

Asimismo, el autor Julián Bernal Molina, asevera que el fiduciario: "...es quien realiza los actos jurídicos y materiales en relación con el fideicomiso y con los bienes que forman el patrimonio"<sup>106</sup>.

Por lo que, es de considerarse que el fiduciario es aquella institución financiera a la cual el fideicomitente le transfiere ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad o bajo su disposición dominical, para que con su administración y organización, ejecute o realice un fin lícito y determinado.

### **2.2.2 Capacidad**

En cuanto a la capacidad para operar como fiduciarias, el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme con la Ley General de Instituciones de Crédito". Refiriéndose al artículo 46 de la misma ley bancaria, la cual enumera las operaciones que las Instituciones de Crédito podrán realizar, y concretamente en éste sentido la fracción XV dispone:

"Practicar las operaciones de *fideicomiso* a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones".

Ahora bien, el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de

<sup>105</sup> Diccionario de Derecho, tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1984. p. 220.

<sup>106</sup> Teoría y Práctica de Fideicomiso, *Op.cit.*, p. 35.

garantía, además de las Instituciones de Crédito, las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Sociedades Financieras de Objeto Limitado y los Almacenes Generales de Depósito. En éste sentido el capítulo subsecuente de la presente monografía abordará el análisis pormenorizado de las instituciones fiduciarias antes descritas.

### **2.2.3 Derechos**

El fiduciario, cuenta con los derechos que el propio marco legal le otorga, sin embargo en cada caso particular, se podrán establecer o reservarse aquellos derechos que convengan, faciliten o respalden el cumplimiento del fin para el cual ha sido creado el fideicomiso. Por ello, se expondrán a continuación los derechos que generalmente tiene el fiduciario en un contrato típico de fideicomiso.

#### **1. Los derechos tendientes para el cumplimiento del fideicomiso.**

La fiduciaria para poder dar cumplimiento a los fines establecidos en el contrato de fideicomiso, deberá contar con todos los derechos y acciones para cumplir el fin propuesto, en tal virtud, el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: "La Institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo ...".

En este sentido, cabe agregar: "Los derechos y obligaciones del fiduciario se pueden precisar en cada caso concreto teniendo en cuenta, por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación"<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.*, p193.

## 2. Designar a los delegados fiduciarios.

Para poder operar debidamente el fiduciario se auxilia de los delegados fiduciarios, que como se vera más adelante, son los funcionarios especializados en la materia que designan las instituciones para encargarse de la constitución y desempeño de los fideicomisos.

Por lo que la institución financiera que vaya a realizar la operación de fideicomiso, tiene la facultad de designar a los delegados fiduciarios, tal y como lo dispone el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, al establecer que en las operaciones de fideicomiso las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios. Para abundar en el tema, el apartado 2.2.5 de la presente monografía se realiza un análisis pormenorizado de la figura en cuestión.

## 3. Percibir los honorarios que se hayan estipulado.

Otro de los derechos que tiene el fiduciario, es percibir los honorarios que se hayan estipulado, en el acto constitutivo del fideicomiso o mediante modificaciones al mismo, si es que las hubo al respecto.

En este orden de ideas, cabe agregar lo apuntado con anterioridad, en el sentido de que las instituciones fiduciarias que realizan operaciones de fideicomiso, en la práctica lo consideran como un servicio oneroso y retributivo. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, a saber:

"Las tasas de interés, *comisiones*, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, *montos*, plazos y demás características de las *operaciones* activas, pasivas y *de servicios*, ...que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetará a lo dispuesto por la Ley Orgánica del

Banco de México, con el propósito de atender las necesidades de regulación monetaria y crediticia...”.

4. Liberarse de responsabilidades cuando obre ajustándose a las decisiones del Comité Técnico.

El fiduciario tendrá el derecho de liberarse de responsabilidades cuando obre ajustándose a las decisiones que el Comité Técnico le señale, por lo que el tercer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone: “En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever a formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de ese comité, estará libre de toda responsabilidad”.

Es decir, la institución fiduciaria estará libre de las responsabilidades por los daños y perjuicios que se causen a consecuencia de las decisiones ajustadas conforme a derecho que tome el Comité Técnico en la operación del fideicomiso, toda vez que estará ajustándose a los dictámenes o acuerdos que le fueron fijados.

En este orden de ideas, cabe agregar el comentario en contra, que realiza el Doctor Miguel Acosta Romero, ya que considera que el fiduciario no podrá eximir ésta responsabilidad toda vez que “...el fiduciario, siendo perito técnico por excelencia en materia bancaria, no puede argumentar desconocimiento de la materia en su actuación y por ende esta obligado a un buen actuar”<sup>108</sup>.

En este sentido, se debe considerar la modificación del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, que en su parte conducente actualmente dispone:

---

<sup>108</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op.cit.*, p. 268.

"...Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de ese comité, estará libre de toda responsabilidad".

Debiendo modificarse para quedar de la siguiente manera:

"...Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité, estará libre de toda responsabilidad, siempre y cuando el comité técnico adopte las decisiones conforme a sus facultades, y sus decisiones no sean contrarias o lesivas al fin establecido en el fideicomiso".

#### 5. Emplear auxiliares.

En el caso de que se le otorgue al fiduciario la facultad de administrar y emplear a personal para el cumplimiento de los fines establecidos en el fideicomiso, el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone: "El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso".

#### 6. Convenir el procedimiento de ejecución que se ha de seguir para el caso de los fideicomisos de garantía.

Otro de los derechos que tiene el fiduciario exclusivamente en los fideicomisos de garantía, se deduce del artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, al disponer:

"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 el procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario".

En consecuencia el fiduciario, tendrá el derecho de pedir ante la autoridad competente que se aplique el procedimiento legal establecido en el Código de Comercio, a fin de que se de cumplimiento a lo establecido en el propio contrato de fideicomiso. Sobre éstas particularidades en los capítulos precedentes se realiza un análisis pormenorizado.

#### **2.2.4 Obligaciones**

1. Cumplir los fines establecidos en el contrato de fideicomiso.

En el desarrollo de su actividad tendiente a cumplir con el fin establecido en el contrato, el fiduciario, tiene la obligación de conducirse como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, tal y como lo dispone la última parte del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer que la institución fiduciaria "...estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo 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 menoscabo que los bienes sufran por su culpa".

En este sentido, el fiduciario no sólo deberá actuar como un buen padre de familia sino también, dar cumplimiento exacto al objeto del contrato en las condiciones y términos establecidos.

2. Responder de los daños y perjuicios por su incumplimiento.

El artículo 80 segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone otra obligación a cargo del fiduciario, al establecer que "La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley".

Es decir, sí el fiduciario no se ajusta a las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, y en su caso, a la observancia de los dictámenes o acuerdos que establece el Comité Técnico, el fiduciario responderá civilmente por los daños y perjuicios que cause por falta de cumplimiento de los mismos.

Cabe agregar, que las acciones para pedir cuentas, exigir la responsabilidad de la fiduciaria y pedir su remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales; y a falta de éstos al Ministerio Público del orden civil al que se le de conocimiento, sin perjuicio de que el fideicomitente se reserve estas acciones en el acto constitutivo del fideicomiso, tal y como lo dispone el párrafo primero del artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual establece: "Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia, grave, procederá su remoción como fiduciaria".

### 3. Ajustarse a los dictámenes que acuerde el Comité Técnico.

El fiduciario tendrá la obligación de ajustarse a los dictámenes que pronuncie el comité técnico. En este sentido, el autor José Manuel Villagordoa Lozano, al respecto manifiesta: "Si por complejidad de los fines del fideicomiso se requiere de un cuerpo colegiado que tome las decisiones correspondientes en cuanto a la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, entonces el fideicomitente establece un comité técnico en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas"<sup>109</sup>.

En consecuencia, el fiduciario tiene la obligación de obrar ajustándose a los dictámenes o acuerdos que fije el comité, en el caso la institución que realice estos actos que le asigne el comité quedará libre de toda responsabilidad.

Tal y como esta dispuesto por el párrafo tercero del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad".

### 4 Mantener el secreto fiduciario.

La institución fiduciaria deberá mantener el secreto fiduciario de las operaciones de fideicomiso que realicen, respecto a terceros extraños.

Para el caso de que la fiduciaria se trate de un banco, la obligación está contemplada en el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dispone que las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias a

---

<sup>109</sup> *Op. cit.*, p.193.

información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda.

Asimismo, el artículo 118 del mismo ordenamiento dispone que la violación del secreto propio de las operaciones de fideicomiso incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

Cabe destacar, que estas disposiciones son aplicables a las Instituciones de Crédito que actualmente realizan operaciones de fideicomiso, sin embargo, a consecuencia de las reformas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el 24 de mayo del 2000 las demás instituciones fiduciarias como lo son las Instituciones de Fianzas, de Seguros, Almacenes Generales de Depósito y Sociedades Financieras de Objeto Limitado, en su carácter de fiduciarias tienen el deber ético y moral de observar los lineamientos establecidos para las Instituciones de Crédito, obligándose a mantener el secreto fiduciario respecto de las operaciones que realicen a través de fideicomiso, en beneficio y seguridad de sus clientes.

##### 5. Llevar un registro contable especial de cada fideicomiso.

El fiduciario tendrá también la obligación de abrir contabilidades especiales por cada operación de fideicomiso que realice, con el fin de tener un control financiero adecuado. Esta obligación está prevista por el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, disponiendo: "En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas

controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales”.

### 2.2.5 Delegados fiduciarios

Respecto al concepto de los delegados fiduciarios, el Doctor Miguel Acosta Romero, escribe: “...son uno o más funcionarios que designan las instituciones (por conducto del Consejo de Administración o en su caso del Consejo Directivo), especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones, mandatos fiduciarios, y aunque la Ley de Institución de Crédito (vigente) ya no lo señala específicamente, estimamos que de sus actos responderá directa o ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente”<sup>110</sup>.

En este sentido, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, asevera que el delegado fiduciario es aquel “...funcionario bancario por cuya intervención las fiduciarias se desenvuelven en la dinámica del fideicomiso”<sup>111</sup>.

El mismo autor en cita, propone “...calificarlo como un órgano de la institución bancaria, porque precisamente, ...desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de tales funcionarios; es decir, éstos no accionan como sujetos ajenos, en representación de aquellas; el accionar de dichas instituciones es por medio de sus órganos”<sup>112</sup>.

Por lo que se debe considerar que los delegados fiduciarios son los funcionarios especializados en la materia que designan las instituciones para encargarse de la constitución y desempeño de los fideicomisos.

---

<sup>110</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.117.

<sup>111</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p. 350.

<sup>112</sup> *Idem*.

Toda vez, que los delegados fiduciarios son nombrados por la institución fiduciaria, compete a la Ley de Instituciones de Crédito, determinar sus funciones, es por eso que en el artículo 80, se dispone que:

“En las operaciones (de fideicomiso) a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus *delegados fiduciarios*”.

Asimismo, el artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito, agrega:

“Para acreditar la personalidad y facultades de los funcionarios de las instituciones de crédito, incluyendo a la de los *delegados fiduciarios*, bastará exhibir una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo.

“Los poderes que otorguen las instituciones de crédito no requerirán otras inserciones que las relativas del acuerdo del consejo de administración o del consejo directivo, según corresponda, que haya autorizado su otorgamiento, a las facultades que en los estatutos sociales o en sus respectivas leyes orgánicas y reglamentos orgánicos, se concedan al mismo consejo y a la comprobación del nombramiento de los consejeros.

“Se entenderá que los poderes conferidos de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 2554 del Código Civil pasa el Distrito federal, en materia Común, y para toda la República en materia Federal, comprenden la facultad de otorgar, suscribir, avalar y endosar títulos de crédito, aún cuando no se mencione expresamente dicha facultad.

“Los nombramientos de los funcionarios bancarios deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa ratificación

de firmas, ante fedatario Público del documento auténtico, en que conste el nombramiento respectivo.

"El nombramiento del secretario y o secretario del consejo de administración o consejo directivo, deberá protocolizarse ante notario público y ser inscrito en el Registro Público de Comercio".

Del mismo modo, el artículo 91, dispone: "Las instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente".

En este mismo sentido, cabe agregar, lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley de Instituciones de Crédito la cual establece: "La Comisión Nacional Bancaria, con acuerdo de su junta de Gobierno, oyendo previamente al interesado y a la institución de banca múltiple, podrá en todo tiempo determinar que se proceda a la remoción o suspensión de los miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores generales, comisarios, directores y gerentes, *delegados fiduciarios* y funcionarios que puedan obligar con su firma a la institución; cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, o no reúnan los requisitos al efecto establecidos; o incurra de manera grave o reiterada en infracciones a la presente ley o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven. En los últimos supuestos, la propia Comisión podrá además, inhabilitar a las citadas personas para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero mexicano, por un periodo de seis meses a diez años, sin perjuicio de las sanciones que conforme a este u otros ordenamientos legales fueren aplicables".

Al respecto, resulta interesante, el comentario del jurista Rodolfo Batiza, quien considera que aunque la Ley no señala una determinada profesión para ejercer la función de delegado fiduciario, "...la función de delegado fiduciario es de carácter esencialmente jurídico... ya que la administración del *trust* está permeada por el Derecho... por lo que su adecuada ejecución constituye el ejercicio de la abogacía"<sup>113</sup>.

Por lo que es de considerarse, que el delegado fiduciario es aquella persona específicamente designada por la institución fiduciaria, para encargarse de todos aquellos actos inherentes a la constitución y dinámica de la operación de fideicomiso .

## **2.3. FIDEICOMISARIO**

El fideicomisario es el elemento personal que recibe el beneficio para el cual se constituyó el fideicomiso, pero es de observarse que no es un elemento indispensable para la constitución de dicha figura, toda vez que no es necesario que intervenga en la constitución del propio contrato.

### **2.3.1 Concepto**

El Doctor Raúl Cervantes Ahumada, escribe: "Es fideicomisario la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso"<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, *Op. cit.*, p.161.

<sup>114</sup> *Op. Cit.*, p.294.

Por su parte, el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, asevera: "El fideicomisario o beneficiario es quien recibe el provecho que el fideicomiso implica"<sup>115</sup>.

A su vez, el Doctor Miguel Acosta Romero, enseña: "...fideicomisario, es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe), del fideicomiso, o que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad"<sup>116</sup>.

En este sentido, el autor José Manuel Villagorda Lozano, considera: "El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso"<sup>117</sup>.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, define al fideicomisario de la siguiente manera: "...es el sujeto a considerársele, por ahora simplemente, como el beneficiario de toda orquestación fiduciaria"<sup>118</sup>.

En este mismo orden de ideas el autor Sergio Ortiz Soltero, considera que el fideicomisario: "...es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso, sin que sea un elemento esencial para la existencia del fideicomiso..."<sup>119</sup>.

Los Juristas Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, respecto del fideicomisario, afirman: "Es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso"<sup>120</sup>.

Por lo anterior, se considera que el fideicomisario es aquella persona física o moral que disfruta de los beneficios que otorga el negocio fiduciario. Pudiendo el fideicomitente reunir prácticamente la calidad de fideicomisario en caso de

<sup>115</sup> Curso de Derecho Mercantil, *Op. Cit.*, p.113.

<sup>116</sup> Tratado Teórico Practico de Fideicomiso, *Op.Cit.*, p.254.

<sup>117</sup> *Op.cit.*, p.195.

<sup>118</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.321.

<sup>119</sup> *Op. cit.*, p.70.

<sup>120</sup> *Op. cit.*, p. 288.

que lo constituya en su propio provecho; y para el caso único y exclusivo del fideicomiso de garantía, la fiduciaria también podrá reunir la calidad de fideicomisario, siempre y cuando se trate de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Debiéndose realizar la aclaración, que a pesar de que el fideicomisario será siempre una persona física o moral, el beneficio que el fideicomiso implica puede hacerse extensivo a las cosas, animales o entidades. Sin que ello quiera decir que sean fideicomisarios, sino, que simplemente son receptivos del beneficio que determinado fideicomiso implica.

### **2.3.2 Derechos**

El fideicomisario cuenta con los derechos que el propio marco legal le otorga, sin embargo en cada caso particular, se podrán establecer o reservarse aquellos derechos que convengan, faciliten o respalden el cumplimiento del fin para el cual ha sido creado el fideicomiso.

Por tanto se expondrán a continuación los derechos que generalmente tiene el fideicomisario en un contrato típico de fideicomiso.

1. Exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines establecidos en el fideicomiso.

El fideicomisario tiene el derecho de exigir al fiduciario, el cumplimiento del objeto contratado, tal y como lo dispone del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria...".

De manera ejemplificativa, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, menciona algunos derechos que el fideicomisario puede exigir al fiduciario, como son: "...tener el derecho a ciertos frutos, el de utilizar los bienes fideicomitidos, el de aprovecharlos, el de ocupar dichos bienes, etc., pero en realidad, en todo caso, esta gama de derechos, correspondientes como son, a los fines del fideicomiso, son en primer lugar a cargo de la fiduciaria y en segundo término, están protegidos y respaldados por los mencionados en la ley, particularmente por el que faculta al fideicomisario a exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso"<sup>121</sup>.

## 2. Atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio.

De la misma manera, el fideicomisario tiene el derecho al de atacar la validez de los actos que realice la fiduciaria que le causen perjuicios, por lo que el artículo 390 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

Al mismo respecto, el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta: "Concretamente el derecho del fideicomisario consiste en atacar la validez de los actos en cuestión, no es otra cosa más que la posibilidad conferida por la ley de demandar la nulidad de tales actos, pues sus efectos jurídicos contrarían las disposiciones de orden público que orientan y delimitan la actividad de la institución fiduciaria, especialmente, el que dicha actividad se limita a aquéllos

---

<sup>121</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p. 341.

actos por los cuales ejecute los derechos y acciones requeridos para el cumplimiento de los fines del fideicomiso"<sup>122</sup>.

3. Ejercitar la acción de reivindicación de los bienes fideicometidos.

El fideicomisario tendrá en su caso, el derecho de ejercer la acción reivindicatoria sobre los bienes que como consecuencia de la mala fe o exceso de facultades de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. Por lo que el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su parte conducente dispone: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso... el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

De lo anterior se desprende que el fideicomisario es quien ejercita la acción, toda vez que se ve afectado en su esfera de derechos y beneficios que se crearon, en virtud del fideicomiso. Pero es de tomar en cuenta que la intención del fideicomisario como persona afectada es la de reivindicar los bienes no para sí, sino a favor del patrimonio fideicomitado, para seguir disfrutando de sus beneficios.

En este orden de ideas, el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, agrega: "Por lo que se refiere a los efectos de la acción, observamos que tiende a que los bienes reivindicados se reintegren al patrimonio fideicomitado y no al patrimonio del reivindicante"<sup>123</sup>.

Sobre este punto, el Doctor Raúl Cervantes Ahumada, aclara: "...no se trata de una acción reivindicatoria, sino de una simple acción persecutoria, para que los bienes vuelvan al indicado patrimonio"<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p.342.

<sup>123</sup> *Aut. Cit.* por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.*, p.198.

<sup>124</sup> Títulos y Operaciones de Crédito, *Op. cit.*, p.294.

En este sentido, cabe agregar el comentario del Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el cual manifiesta: "...no se trata en realidad de una reivindicación, pues sólo al propietario es a quien la ley confiere la posibilidad de reivindicar, más bien, con el ejercicio de la acción correspondiente, los bienes fideicomitidos regresan al patrimonio del cual deben formar parte y no haber salido del mismo... Se trata en el caso, ciertamente, de una acción de nulidad con efectos repositivos, que precisamente, como la acción pauliana, es ejercitada por el acreedor, en este caso el fideicomisario, y trae como consecuencia la reposición de los bienes al patrimonio del deudor, en este caso, de la titularidad de la fiduciaria"<sup>125</sup>.

4. Pedir cuentas al fiduciario y en su caso solicitar su remoción.

Otro de los derechos del fideicomisario se establece en el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dispone:

"Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia, grave, procederá su remoción como fiduciaria.

"Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, *corresponderán al fideicomisario* o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esa acción".

---

<sup>125</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p. 342.

Es decir, el fideicomisario tendrá el derecho de pedir cuentas al fiduciario de su gestión y en caso de que no se rinda cuentas en el plazo señalado, podrá reclamar su responsabilidad y en su caso exigir la remoción de fiduciario. Esto, siempre y cuando el fideicomitente no se haya reservado el derecho de ejercitar esta acción en el propio contrato o en sus posteriores modificaciones. En caso de renuncia o remoción de la fiduciaria se estará a lo ordenado en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que dispone:

“El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Sino fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

### **2.3.3 Obligaciones**

Pese a que el fideicomiso se crea para beneficiar a los fideicomisarios, hay ocasiones en que no solo gozan de esta prerrogativa, así el fideicomisario tendrá las obligaciones que el propio marco legal le otorgare, de acuerdo a cada caso particular y dependiendo de los fines establecidos en el contrato. Pudiéndose estipular aquellas obligaciones a cargo de los fideicomisarios, tendientes a facilitar o respaldar el cumplimiento del fin para el cual ha sido creado el fideicomiso. A continuación se expondrán las principales obligaciones que puede tener el fideicomisario.

1. No excederse en el ejercicio de los derechos conferidos.

Dependiendo de los fines del fideicomiso, el fideicomisario contará con los derechos que se le hayan otorgado, por lo que no podrá unilateralmente extender o excederse en el ejercicio de los derechos especialmente conferidos. En este sentido es de notoria importancia plasmar en el acto constitutivo del fideicomiso las cláusulas que deberán observar los beneficiarios del contrato, para que en el desarrollo de la operación no se desvirtúe el fin establecido al efecto.

Como ejemplo, si el beneficio consistió en el uso de un predio para determinada actividad, el fideicomisario tendrá la obligación de ocuparlo exclusivamente para desarrollar la actividad señalada, por lo que si realiza una actividad distinta a la estipulada, estará excediéndose del ejercicio de los derechos a él conferidos, pudiendo colocarse en una causal de rescisión y del contrato y dejar de obtener dichos beneficios.

2. Conservar los bienes que tengan a su disposición.

El fideicomisario tendrá la obligación de cuidar los bienes que se le hayan otorgado para su beneficio y que tenga sobre ellos su disposición. Lo que resulta más que una obligación a su cargo, un deber de aplicar una conducta ética y apropiada sobre dichos bienes que tenga a su disposición.

Sin embargo, derivado de la negligencia y escaso cuidado comprobado que pueda manifestarse en la práctica, en la mayoría de los casos resulta necesario plasmar en el contrato la obligación a cargo del fideicomisario, de conservar los bienes otorgados para su beneficio. Incluso estableciendo cláusulas específicas, cuya inobservancia será causal suficiente para que el fideicomisario deje de disfrutar de los beneficios otorgados.

3. Realizar las reparaciones necesarias para evitar que se devalúen los bienes que tengan a su disposición.

En la contratación de fideicomisos, en los cuales el fideicomisario tenga la posesión directa o uso de determinados bienes, en virtud de los beneficios que otorga el contrato de fideicomiso, se podrá estipular la obligación a su cargo, de realizar las composturas y mejoras necesarias que eviten el deterioro o pérdida del valor de los bienes a su disposición.

4. Contratar seguros.

Otra de las obligaciones que generalmente tiene el fideicomisario, es la de contratar seguros por medio de los cuales una empresa aseguradora se obligue, mediante una prima, a resarcir un daño o indemnizar mediante el pago de una suma de dinero, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato de seguro que se haya contratado para el efecto.

Empleando al contrato de seguro, como un medio jurídico para resarcir o indemnizar los daños surgidos, en caso de alguna eventualidad que pudiera sufrir el patrimonio fideicomitado, con lo que se daría mayor seguridad jurídica para las partes que intervienen en el fideicomiso.

5. Pagar contraprestaciones a favor de otra persona.

En algunos fideicomisos y dependiendo del fin establecido en el contrato, se podrá contemplar la obligación a cargo del fideicomisario, de pagar una contraprestación que podrá consistir en dinero o en especie, a favor del fideicomitente o de una tercera persona.

Esto es, en aquellos casos en el que el fideicomisario goce de determinados beneficios, el fideicomitente podrá establecer la contraprestación de pagar cierta cantidad de dinero por el beneficio otorgado en el contrato.

En apoyo a este punto, Maestro Miguel Acosta Romero, al respecto considera: "...pueden establecerse en el contrato obligaciones para el fideicomisario de muy diversa índole, tales como pago de contraprestaciones a favor del fideicomitente o de terceros; obligaciones de no hacer, etc."<sup>126</sup>.

## **2.4 PATRIMONIO FIDEICOMITIDO**

El patrimonio fideicomitado es un elemento esencial para la constitución de cualquier fideicomiso y se puede conformar con los bienes o derechos que el fideicomitente transmite su titularidad a la institución fiduciaria, a efecto de que esté en la posibilidad material de llevar a cabo los fines establecidos en el contrato.

### **2.4.1 Concepto**

El Doctor Raúl Cervantes Ahumada, escribe: "...el patrimonio fideicometido puede estar constituido por bienes materiales o derechos, e incluso por determinados derechos sobre bienes"<sup>127</sup>.

En este orden de ideas, el Maestro Rodolfo Batiza, asevera que el patrimonio u objeto del fideicomiso, consiste en la cosa que es materia del fideicomiso<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.261.

<sup>127</sup> *Op. cit.*, p.294.

<sup>128</sup> *Cfr.* Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, *Op. cit.*, p.71.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, respecto del los bienes fideicomitidos, indica: "...se trata de una masa de bienes cuyo conjunto forma una universalidad jurídica, que es, a su vez, una fracción del patrimonio de una persona"<sup>129</sup>.

Asimismo, el autor José Manuel Villagordoa Lozano, denomina como "materia" al patrimonio fideicomitido, que identifica como: "...el conjunto de los bienes o derechos que el fideicomitente transmite al fiduciario para la realización de los fines estipulados. Pueden ser materia del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con la única limitación de que los bienes estén dentro del comercio y los derechos puedan ser transmisibles"<sup>130</sup>.

En este sentido, el autor Manuel Cortina Portilla, menciona: "Pueden ser materia del fideicomiso cualquier clase de bienes, o derechos, con tal que dichos bienes se encuentren dentro del comercio y los derechos no sean de ejercicio personalísimo y por tanto intransmisibles; es necesario que la titularidad de esos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero"<sup>131</sup>.

A su vez, el Doctor Miguel Acosta Romero, al referirse a los elementos del patrimonio fiduciario, asevera que: "Constituyen elemento esencial del fideicomiso, los bienes, valores o derechos que el fideicomitente destina a la realización de un fin lícito y determinado"<sup>132</sup>.

En este orden de ideas, el autor Horacio Sánchez Sodi, escribe: "Uno de los principales objetos del fideicomiso es precisamente la transmisión de la

---

<sup>129</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.201.

<sup>130</sup> *Op. cit.*, p.186.

<sup>131</sup> Aut. Cit. por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.*, p.205.

<sup>132</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. *Op. cit.*, p.269.

titularidad de determinados bienes para un fin lícito y determinado, esos bienes fideicomitidos constituyen el patrimonio fiduciario"<sup>133</sup>.

Por lo anterior, es de considerarse que el patrimonio fideicomitado, es un elemento esencial para la constitución del fideicomiso y se puede conformar con bienes, derechos o valores que fideicomitente transmite a la institución fiduciaria, y con los cuales se estará en la posibilidad material de llevar a cabo los fines establecidos en el contrato.

#### 2.4.2 Características

El patrimonio fideicomitado tiene características específicas. A continuación, se examinarán las características generales que tiene el patrimonio u objeto del fideicomiso<sup>134</sup>.

##### 1. Es un elemento esencial.

El patrimonio fideicomitado se considera un elemento esencial para la constitución de todo fideicomiso, toda vez que los bienes, derechos o valores con los cuales se constituye el fideicomiso, son la base que hace posible el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato.

Es de notar, que el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, impone esta característica al establecer que en virtud del fideicomiso,

---

<sup>133</sup> El Fideicomiso en México, primera ed. Edit. Greca, S.A. de C.V., México.1996, p. 43.

<sup>134</sup> Caben mencionarse al respecto, las diversas acepciones que refieren los autores antes consultados, sobre el patrimonio fideicomitado. En este orden de ideas, el jurista Rodolfo Batiza, indistintamente le denomina *patrimonio u objeto del fideicomiso*; mientras que el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez, lo menciona como *bienes del fideicomiso*; a su vez, algunos autores como Manuel Villagordo Lozano y Manuel Cortina Portilla, lo nombran *materia del fideicomiso*, y vale aclarar que para el caso concreto de la presente monografía se ha adoptado la denominación que bien señala el Maestro Raúl Cervantes Ahumada, de *patrimonio fideicomitado o fideicomitado* como así lo menciona la Ley.

el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado. Motivo por el cual se considera que no se podrá constituir un fideicomiso sin patrimonio, primero porque la ley lo exige y segundo, porque no se estaría en la posibilidad jurídica ni material de llevar a cabo los fines establecidos en el contrato.

2.- Se compone de bienes y derechos.

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 386 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo los estrictamente personales de su titular. Por lo que se puede considerar, que el patrimonio fideicomitado se conforma por los bienes o derechos, que el fideicomitente transmite al fiduciario.

Al tratarse de todos los bienes o cosas que están dentro del comercio, y que por tanto, pueden ser objeto de apropiación, es necesario recordar que los bienes inmuebles son inmuebles aquellos que no pueden ser trasladados de un lugar a otro sin alterar su sustancia; contrariamente a los bienes muebles, que son susceptibles de ser desplazados de un lugar a otro<sup>135</sup>.

En cuanto a los derechos objeto del fideicomiso, se puede considerar a todos aquellos de carácter real o personal, que sean transmisibles, con lo cual el fideicomitente podrá afectar dichos derechos para cumplir determinado fin. Según el jurista Marcel Planiol, el derecho real se concibe como el poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente, para hacerlo oponible a todo el mundo<sup>136</sup>. En este sentido, dentro de los derechos reales que pueden ser transmisibles se puede considerar al derecho de propiedad y al usufructo.

---

<sup>135</sup> Cfr. Acosta Romero, Miguel, *Et. al.*, Código Civil Comentado, Vol. II, Primera ed., Edit. Porrúa S.A. de C.V., México. 1997. p. 42.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p.80.

En este entendido, el derecho personal o de crédito es: "...la facultad correspondiente a una persona para exigir de otro sujeto pasivo individualmente determinado, el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer"<sup>137</sup>.

Al respecto, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta que esta disposición deja excluidos a los bienes y derechos estrictamente personales de su titular, es decir, aquéllos bienes y derechos inalienables o incedibles en su caso, como lo son los derechos reales de uso y de habitación, los bienes que integran el patrimonio de familia, el derecho de preferencia por tanto, etc.<sup>138</sup>

El autor José Manuel Villagordoa Lozano, en igual sentido, menciona: "Pueden ser materia del fideicomiso cualquier especie de derechos siempre y cuando no sean estrictamente personales de su titular, como lo son las garantías individuales, los derechos de familia, el derecho político de voto, etc."<sup>139</sup>.

### 3.- El patrimonio queda afectado.

En virtud del fideicomiso el patrimonio fideicomitido quedará afectado al cumplimiento exclusivo, fiel y exacto de los fines establecidos en el contrato, tal y como se desprende de la lectura del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes que se den en fideicomiso, se considerarán afectos al fin al que se destinan. Lo anterior también en relación con el artículo 386 de la misma ley, el cual menciona en su parte conducente, que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan.

<sup>137</sup> Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Op.cit., p.238.

<sup>138</sup> Cfr. El Fideicomiso, Op. cit., p. 334.

<sup>139</sup> Doctrina General del Fideicomiso, Op.cit., p.205.

Por lo que es de considerarse, que el patrimonio fideicomitado queda afectado estrictamente al cumplimiento de los fines establecidos en el fideicomiso.

Afectación, que en opinión del Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, significa precisamente el destino, pero se trata de un destino que además de estar permitido está protegido y sancionado por la ley, por lo que, en relación con los bienes fideicomitados, sólo podrán ejercitarse los derechos y acciones que se refieran al final que fueron destinados<sup>140</sup>.

Asimismo, el jurista José Manuel Villagordoa Lozano, considera: "La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fideicomitente al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derechos se crédito se transmite la plena titularidad de los mismos... Ahora bien, admitimos que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta, ya que dicho fiduciario no puede disponer de los derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación que se impone a dicho fiduciario, que consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad, de tal manera que pueda implicar la creación de un nuevo derecho real, sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad"<sup>141</sup>.

A su vez, el jurista Rodolfo Batiza, apunta: "En el fideicomiso por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una 'propiedad fiduciaria', es decir que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso"<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> *Cfr.*, El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.212.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, p.68.

<sup>142</sup> *Op. cit.*, p.37.

En igual sentido, la Ley de Instituciones de Crédito, otorga una mayor seguridad jurídica para los contratantes, al establecer en su artículo 79 párrafo segundo, que en ningún caso los bienes fideicomitidos estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo. Es decir que el patrimonio fideicomitado exclusivamente servirá para cumplir los fines establecidos en el contrato, por lo que la fiduciaria no podrá utilizar dichos bienes para otro fin diverso al establecido en el contrato de fideicomiso.

4.- El fiduciario tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitado.

En virtud del negocio fiduciario, la fiduciaria adquiere la titularidad del patrimonio fideicomitado, toda vez, que el fideicomitente en el momento formal de crear el fideicomiso y destinar ciertos bienes, derechos o valores, para la realización de un fin lícito y determinado encomendado a una institución fiduciaria, ésta según el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tendrá los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto, conforme al acto constitutivo.

En este sentido, cabe mencionar la aclaración que el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, apunta al decir "...podemos concluir que si ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitados, éstos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a este fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente"<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> *Op. cit.*, p.213.

En virtud de lo expuesto, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el patrimonio fideicomitado, salvo aquellas acciones o derechos que expresamente se haya reservado en el acto constitutivo del fideicomiso; con la intención de proporcionar a la fiduciaria todas aquellas facultades dominicales sobre el patrimonio fideicomitado, logrando con ello, dar la dinámica y rapidez necesaria para desarrollar los fines establecidos en el contrato.

Dicho de otra manera, la fiduciaria al tener la titularidad del patrimonio fideicomitado, sin reserva de derechos, ya no estaría supeditada en la toma de decisiones por parte del fideicomitente, en su labor tendiente al cumplimiento de los fines del contrato, situación que en muchos casos resta celeridad a los fines propuestos en el fideicomiso.

## **2.5 FORMALIDAD**

El fideicomiso mexicano, es considerado por el derecho como un contrato formal. Es decir, la ley previene determinadas formalidades para que el negocio tenga validez, y una de las formalidades exigida es, que el consentimiento de las partes que intervienen en el acto constitutivo se manifieste siempre por escrito, a través de un contrato.

### **2.5.1 Contrato**

Atento a lo dispuesto por el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual dispone: "La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito...", se desprende que por oposición a los contratos consensuales, en los que no es necesario manifestar de manera

expresa el consentimiento de las partes, para crear transmitir o extinguir derechos y obligaciones, en el caso del fideicomiso será siempre necesario expresar formalmente dicho consentimiento, mediante un contrato por escrito.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta, en cuanto a las directrices fundamentales a observarse en la dinámica del fideicomiso, que se debe considerar "...la relativa a las formalidades a observarse para su constitución y contratación; debe ser por escrito, conforme al precepto lo dispone, es decir, se trata de un acto formal en todo caso, independientemente de que su objeto indirecto sean bienes muebles o inmuebles, y además, deberá observarse al respecto, en cuanto a la forma, lo previsto por la ley civil del lugar de ubicación de los inmuebles fideicomitados"<sup>144</sup>.

Cabe reforzar lo anterior, con el comentario del Maestro Rafael Rojina Villegas, al considerar: "Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según el caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa"<sup>145</sup>.

Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, también contempla en algunos casos la formalidad de registrar en escritura pública los contratos de fideicomiso, cuando se objeto sea un bien inmueble, por lo que se debe considerar, "...que para el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso y para la celebración del contrato por el que se acuerde su ejecución, deben tomarse en cuenta las siguientes reglas:

"a) En primer lugar, se trata de negocios formales, en oposición tanto a consensuales como a solemnes, pues si bien el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, remite a la legislación común como la

---

<sup>144</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Op. cit.* p.338.

<sup>145</sup> Compendio de Derecho Civil, T.III, Decimotava ed., Edit. Porrúa S.A. de C. V. México, 1993. p. 90.

aplicable en este aspecto, y el Código Civil, establece que 'los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por ley...' y, además, la explicación legal se presenta sólo en los negocios mediante los que se enajena un bien inmueble, 'la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito...', señala el mismo precepto de la ley que regula la figura que nos ocupa.

"b) De conformidad con el artículo 2317 del Código Civil, en concordancia con el mencionado 352 de la ley general de títulos y operaciones de crédito, uno y otro de los negocios que nos ocupan, si lo fideicomitado es inmueble, deberán llevarse a cabo en escritura cuando el valor de avalúo de los bienes sobre los que sus efectos recaen, exceda de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, debiendo ser inscritos, en todo caso, en el registro inmobiliario del registro Público de la Propiedad"<sup>146</sup>.

A su vez, el Doctor Miguel Acosta Romero, apoyado en la Ley de la materia, asevera que todos aquellos fideicomisos cuya materia esté constituida por bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos deberán constar en escritura pública<sup>147</sup>.

### **2.5.1.1 Inscripción en el Registro Público de la Propiedad**

Según lo previene el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la constitución de fideicomisos cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para que pueda surtir efectos contra terceros.

---

<sup>146</sup> *Ibidem.*, p.63.

<sup>147</sup> *Cfr.*, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.295.

Cabe agregar, que tratándose de fideicomisos públicos en los que se involucren recursos públicos del Gobierno Federal, y atendiendo a sus formalidades, deberán ser inscritos en el Registro de Fideicomisos y Mandatos de la Administración Pública Federal que al efecto se lleva a cabo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público<sup>148</sup>.

### **2.5.1.2 Efectos de la inscripción**

#### **1. Oponibilidad respecto a terceros del patrimonio fideicometido.**

Esta consecuencia de la inscripción es regulada legalmente por diversos ordenamientos, de los cuales a continuación se presentan los textos más trascendentes para este trabajo.

El primer efecto jurídico de la inscripción del fideicomiso en el Registro Público, es la publicidad y consecuente oponibilidad a terceros de la titularidad que se tiene sobre un bien inmueble. Toda vez, que por virtud del mismo fideicomiso el inmueble que sea afectado para cumplir su finalidad quedara gravado. Así, se debe tener en cuenta lo establecido por el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dispone: "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. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro".

Asimismo, debe considerarse en lo conducente lo establecido por el artículo 3007 del Código Civil, que dispone: "Los documentos que conforme a éste Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en contra de terceros"; y lo prescrito por el artículo 3042 del mismo ordenamiento el cual

---

<sup>148</sup> *Cfr.* Manual de Normas Presupuestales para la Administración Pública Federal.

dispone que se inscribirán en el Registro Público de la Propiedad Inmueble: "I.- Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles".

Asimismo, el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone:

"El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

"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".

Abundando al respecto, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta que el citado artículo 389, "...señala los requisitos a tenerse en cuenta para la operatividad de la oponibilidad a terceros de un fideicomiso constituido respecto de bienes muebles. Para ello, el precepto da tres tratamientos diferentes a otros tantos tipos de muebles. Cuando se trata de un crédito no negociable o de un derecho de crédito, dicha oponibilidad comenzará a correr a partir de que el deudor correspondiente sea notificado del fideicomiso constituido, lo cual, inclusive, aprovecha hacérselo saber directamente al deudor del caso; si lo fideicomitado fuere un título nominativo, dicha oponibilidad será a partir de que el documento cambiario correspondiente fuere endosado, por causa del fideicomiso, o sea, endosado

por el fideicomitente y además el fideicomiso se haga constar en el libro de registro del emisor; y por último, tratándose de cosas corpóreas o títulos al portador, la oponibilidad tendrá lugar cuando éstos estén en poder físico de la fiduciaria<sup>149</sup>.

## 2. Prelación de derechos.

Este efecto de la inscripción del patrimonio fideicomitado en el Registro Público, se constituye por: "...la existencia de un orden, en el cual los derechos pueden adelantarse, tener preferencia"<sup>150</sup>.

En este sentido, el jurista Julián Bonecase, asevera: "...el derecho de preferencia consiste en que al entrar en conflicto varias personas, que han adquirido, en épocas diferentes, derechos reales de la misma o diversa naturaleza sobre una cosa, triunfa el derecho adquirido primeramente, sobre los adquiridos con posterioridad"<sup>151</sup>.

A su vez, el artículo 3013, del Código Civil para el Distrito Federal, dispone: "La preferencia entre derechos reales sobre una misma finca u otros derechos, se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la fecha de su constitución".

El artículo 3015, del citado ordenamiento dispone que "La prelación entre los diversos documentos ingresados al Registro Público se determinará por la prioridad en cuanto a la fecha y número ordinal que le corresponda al presentarlos para su inscripción...".

---

<sup>149</sup> *Op. cit.*, p. 339.

<sup>150</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas T.III, Decimotercera ed., Editorial Porrúa S.A.de C.V. México, 1999 p. 2483.

<sup>151</sup> *Aut. Cit.* por Acosta Romero... Código Civil Comentado, T.II, *Op. cit.*, p.82.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL FIDEICOMISO PRIVADO DE GARANTÍA COMO ALTERNATIVA PARA RESPALDAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.**

Uno de los motivos que originaron el desarrollo de la presente monografía fueron las reformas y modificaciones del 23 de mayo del año 2000 a la Ley General de Títulos y Operaciones a Crédito, relativas al fideicomiso de garantía.

Si bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, originalmente en su artículo 346, que es el actual 381, desde su inicio ha contemplado ésta figura en general, no se le había dado un trato especial al fideicomiso de garantía, originando la creación de la Sección Segunda del Capítulo Quinto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, denominada "Del Fideicomiso de Garantía", que aparte de darle una clasificación a esta figura, vino a llenar en muchos casos ciertas lagunas que generaba esta operación en la práctica.

La aplicación de dichas reformas provocó varias interrogantes respecto de su operación, como se observa en el capítulo siguiente de la presente investigación.

Antes de analizar la problemática respecto de la operación del fideicomiso privado de garantía, es oportuno examinar las características y elementos personales de esta figura en particular.

### **3.1. CONCEPTO DE FIDEICOMISO PRIVADO DE GARANTÍA**

El nuevo artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: "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 (que se haya designado) el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Lo que ha motivado que varios autores especialistas en el tema se hayan dado a la tarea de conceptualizar al fideicomiso privado de garantía, por lo que a continuación se expondrán algunas consideraciones al respecto.

El Jurista José Manuel Villagordoa Lozano, al referirse a los fideicomisos de garantía asevera: "En virtud de ese tipo de fideicomisos, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente"<sup>152</sup>.

A su vez, el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, respecto al fideicomiso de garantía menciona que "...consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy

---

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p.220.

diversa naturaleza que asuma el fideicomitente. Así un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la adquisición de bienes, etc., pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes"<sup>153</sup>.

El Doctor Miguel Acosta Romero, considera, "...el fideicomiso de garantía se caracteriza porque su finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas, en algunos casos, por el fideicomitente y, en otros, por un tercero, en cuyo caso el titular de los derechos derivados de esas obligaciones, asume el carácter de fideicomisario... los fideicomisos de garantía son contratos de carácter accesorio, ya que están relacionados directamente con el cumplimiento de la obligación, que ha dado origen a su constitución"<sup>154</sup>.

Por su parte, el Doctor Luis Muñoz, indica que en el mecanismo de esta clase de fideicomiso, "...se traslada el dominio de la finca al banco fiduciario para que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta de la finca y haga el pago al fideicomisario acreedor"<sup>155</sup>.

Asimismo, el jurista Julián Bernal Molina, afirma que el fideicomiso de garantía: "Es un contrato mediante el cual el deudor o un tercero como fideicomitente, transmite al fiduciario determinados bienes o derechos para garantizar con ellos el cumplimiento de una obligación, como puede ser el pago de un crédito al acreedor, que quedará como fideicomisario"<sup>156</sup>.

En este orden de ideas, el autor Horacio Sánchez Sodi, manifiesta: "Mediante este fideicomiso se asegura el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero"<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> Derecho Mercantil, *Op.cit.*, p.114.

<sup>154</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.427.

<sup>155</sup> *Op. cit.*, p.28.

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p.53.

<sup>157</sup> *Op. cit.*, p.42.

De la misma manera, el autor José Adolfo Pérez Sandi, sostiene que el fideicomiso privado de garantía, "...es aquel que se constituye por una persona deudora o un tercero a solicitud de él, mediante el cual se afectan bienes inmuebles o derechos para que en el supuesto caso de que el deudor cumpla oportunamente con la obligación contraída, el fiduciario revierta el patrimonio fiduciario a favor del fideicomitente y se cancele el fideicomiso"<sup>158</sup>.

Ahora bien, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ha sostenido: "Los fideicomisos de garantía son aquellos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero"<sup>159</sup>.

A su vez, los criterios jurisprudenciales, han conceptualizado a esta figura a así: "FIDEICOMISO EN GARANTÍA CONCEPTO DE.- En el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por la ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario"<sup>160</sup>.

Por lo anterior, es de considerarse que el fideicomiso privado de garantía es un contrato accesorio en el cual una persona física o moral, denominada fideicomitente afecta ciertos bienes y derechos de su propiedad, transmitiéndole su titularidad dominical a una entidad financiera, que actúa como fiduciaria, para que con su administración y organización, garantice con dichos bienes una obligación a cargo del fideicomitente o de un tercero, en favor del fideicomisario.

---

<sup>158</sup> Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México, *Op.cit.*, p.270.

<sup>159</sup> *Cfr.* Criterios B-8 y B-9 Establecidos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

<sup>160</sup> Amparo Directo 45/77, Sala Auxiliar, Séptima Época, Volumen semestral 97-102, Séptima Parte, p. 107.

Desde este momento, cabe advertir las siguientes características particulares del fideicomiso de garantía:

1.- Es un contrato accesorio.

Esta característica, es el resultado de existir en principio una relación contractual principal que motiva la constitución de éste tipo de fideicomiso, para que así respalde el cumplimiento de las obligaciones contratadas, es decir, el fideicomiso garantiza la obligación originaria que requiere ser respaldada, por lo que resulta un contrato accesorio que corre la suerte del principal. Así, al extinguirse la obligación principal respaldada, el fideicomiso se extingue.

En el mismo orden de ideas, el Doctor Miguel Acosta Romero, expone que los contratos de fideicomiso de garantía son contratos accesorios, "...ya que están relacionados directamente con el cumplimiento de la obligación, que ha dado origen a su constitución. De esta suerte, al quedar satisfecha la obligación que garantizan, se está en posibilidad legal de cancelar dichos fideicomisos, con lo cual el titular de bienes afectos al fideicomiso, readquiere la propiedad de los mismos"<sup>161</sup>.

Asimismo, el jurista Manuel Villagordoa Lozano, asevera: "Por su propia naturaleza los fideicomisos de Garantía son contratos accesorios, por que se ligan a un contrato principal"<sup>162</sup>.

A su vez, el autor Sergio Monserrit Ortiz Soltero, ha escrito: "El fideicomiso con fines de garantía es en todos los casos, un contrato accesorio, que garantiza el cumplimiento de las obligaciones que asumió el fideicomitente... a la firma de

---

<sup>161</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.* p.427.

<sup>162</sup> *Op. cit.*, p220.

un contrato diferente, que puede 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<sup>163</sup>.

Por tanto, la característica de ésta figura de ser un contrato accesorio, se deriva de la existencia de un contrato principal, natural o básico que da origen a una obligación principal, que deba ser garantizada mediante el empleo de un contrato que es el fideicomiso de garantía, el cual resulta accesorio al principal.

2.- Se relaciona generalmente con un crédito o deuda que debe garantizarse.

Esta característica tiene íntima relación con la primera, puesto que del contrato principal se deriva una obligación que por lo general se traduce en la obligación de pagar un crédito o deuda cuyo cumplimiento es garantizado mediante la figura del fideicomiso de garantía. Lo que quiere decir, que al momento de la contratación del fideicomiso habrá de antemano o en su origen, una relación de acreditado y acreedor, respecto de un adeudo en el que lógicamente, el acreditado garantiza al acreedor una determinada obligación, por medio de ésta figura.

Cabe reforzar lo anterior, con lo expuesto por el Doctor Miguel Acosta Romero, quien considera que mediante el fideicomiso de garantía, "...las personas o empresas que por cualquier circunstancia hayan contraído o estén por contraer obligaciones de cualquier tipo o se constituyan en deudores a favor de terceros por alguna clase de financiamiento, pueden otorgar una garantía suficiente y de máxima seguridad en el cumplimiento de dichas obligaciones a su cargo, novedosa y distinta a las tradicionales hipotecas, fianzas o prendas..."<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p.171.

<sup>164</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.394.

### 3.- Por lo general es un contrato privado.

Esta característica se puede advertir claramente del marco legal que rige a ésta figura, ya que en su mayoría son leyes de naturaleza mercantil y por ende privada, (a excepción del fideicomiso público) las cuales van a regular las relaciones de los individuos en su carácter particular cuando dirimen cuestiones de naturaleza privada, aunado a que los elementos personales que intervienen en esta operación como lo son el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, tienen la característica de ser por lo general entes de derecho privado.

Lo anterior se aclara, toda vez que se debe considerar que no hay impedimentos para que la administración pública, pueda utilizar al fideicomiso de garantía como un medio más para garantizar obligaciones que se contraigan, pudiéndose colocar en el supuesto de la constitución de un fideicomiso de garantía público, ya que por sus características, el fideicomiso de garantía público puede ser un instrumento adecuado para que la Banca de Desarrollo, como integrante del sistema financiero realice operaciones de crédito inherentes a sus planes y programas, pudiendo actuar como fiduciaria en los fideicomisos de garantía. Dicha posibilidad se desprende de la fracción primera del artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece que:

“Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía... las instituciones de crédito”. Esto porque como es sabido, la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo segundo ha dispuesto que: “El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito que podrán ser: I.- Instituciones de banca múltiple, y II.- Instituciones de banca de desarrollo”.

Por tanto, las instituciones integrantes de la Banca de Desarrollo, además de poder actuar como fiduciarias en los fideicomisos de garantía, podrán a su vez reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor, lo anterior atento a lo dispuesto por el artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.- Es un contrato formal.

El fideicomiso de garantía, es considerado por el derecho como un contrato formal. Es decir, la ley previene la satisfacción de determinados requisitos para que el negocio tenga validez, y una de esos requisitos es que sea de manera escrita, por lo que el consentimiento de las partes que intervienen en el acto constitutivo se debe manifestar siempre por escrito, a través de un contrato.

Esto conforme a lo dispuesto por el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece: "La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito...", lo que hace comprender que por oposición a los contratos consensuales, en los que no es necesario manifestar de manera expresa el consentimiento de las partes, para crear transmitir o extinguir derechos y obligaciones, en el caso del fideicomiso será siempre necesario expresar formalmente dicho consentimiento, mediante la suscripción de un contrato por escrito.

En este sentido, el artículo 407 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto:

"El contrato constitutivo del fideicomiso de garantía deberá constar por escrito y cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a

doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario.

"La afectación en fideicomiso de garantía de bienes inmuebles, se hará constar ante Notario o Corredor<sup>165</sup>.

"La garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración".

Por su parte, el artículo 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto que los actos en que se hagan constar la constitución, modificación, extinción cesión y las resoluciones judiciales sobre las cancelaciones de los fideicomisos de garantía deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar en que se encuentre ubicado el domicilio del deudor cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles, y para el caso de inmuebles, la inscripción deberá hacerse en el registro Público de la Propiedad que corresponda al lugar de la ubicación de los mismos.

### **3.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS**

Los elementos que constituyen al fideicomiso privado de garantía son los mismos que constituyen al fideicomiso en general: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, pero cuentan con características particulares que lo distinguen, como se destaca a continuación.

#### **3.2.1. Fideicomitente**

El fideicomitente es un elemento esencial para la constitución del fideicomiso privado de garantía, considerándose como la persona física o moral que afecta

---

<sup>165</sup> Párrafo modificado, conforme al decreto publicado en el D.O.F. de fecha 28 de marzo 2001.

ciertos bienes y derechos de su propiedad, transmitiéndole su titularidad dominical a una entidad financiera que opere como fiduciaria, para que con su administración y organización se haga cargo de dichos bienes y derechos, con el objeto de garantizar con ellos una obligación a favor del fideicomisario.

Lo anterior, sin perjuicio de que el beneficiario pueda tener la calidad de fiduciario tratándose de fideicomisos en los cuales la fiduciaria garantice obligaciones a su favor. Siendo ésta una más de las nuevas modalidades que contemplo las reformas del 23 de Mayo del año 2000 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Es de considerarse, que en la mayoría de los casos el deudor es el propio fideicomitente, el cual respalda su obligación por medio del fideicomiso de garantía, pero nada impide que el fideicomitente se haga cargo de garantizar una obligación a cargo de una tercera persona, como ocurre de manera semejante en la figura del aval.

Ahora bien, en este tipo de fideicomiso, el fideicomitente cuenta con derechos y obligaciones exclusivos para su debida operación, por lo que se expondrán a continuación los derechos más relevantes que la ley le otorga a éste elemento personal, sin dejar de mencionar que algunos de los derechos y obligaciones del fideicomiso en general, coinciden con el fideicomiso de garantía. A continuación se analizarán en las características particulares de ésta figura.

Derechos del fideicomitente en el fideicomiso de garantía.

1.- Establecer el fin que habrá de cumplirse mediante el fideicomiso.

Como ya se ha señalado, corresponde al fideicomitente el derecho de establecer la finalidad del fideicomiso, que en el caso concreto será constituir una garantía que respalde el cumplimiento de una obligación.

## 2.- Elegir o designar a la fiduciaria.

El fideicomitente también tendrá el derecho de designar a la fiduciaria, sin embargo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto concretamente en su artículo 395 que desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

En este sentido, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta que el fideicomitente es quien encarga a la fiduciaria la realización de los actos por los cuales se alcance el fin dispuesto por aquél para los bienes que fideicomite<sup>166</sup>. Por tanto el fideicomitente tiene el derecho de elegir libremente a la institución fiduciaria de su elección, que vaya a realizar dicha operación con el fin de garantizar una obligación.

## 3.- Designar al fideicomisario.

El derecho del fideicomitente para designar al fideicomisario, también corresponde al fideicomitente, y para precisar éste derecho la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto en su artículo 397, que el fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. Teniendo la posibilidad de designar dos o más fideicomisarios, a cuyo efecto deberá estipularse el orden de prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.

Lo anterior, permite garantizar a dos o más fideicomisarios, diversas obligaciones con el mismo patrimonio fideicomitado, estableciendo siempre la preferencia y el porcentaje que deba corresponder a cada uno de ellos, situación que origina cierta flexibilidad para garantizar múltiples obligaciones.

---

<sup>166</sup> Cfr., DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.312.

4.- Reservarse los derechos que convenga en el acto constitutivo.

El fideicomitente tendrá el derecho de reservarse en el acto constitutivo los derechos que a su interés convenga al constituir el fideicomiso. Así el artículo 386 párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente...".

Al respecto, el Doctor Miguel Acosta Romero, expresa: "Esta reserva de derechos se vuelve de suma importancia en aquellos fideicomisos en los cuales el fideicomisario es persona distinta del fideicomitente, puesto que mediante la reserva que éste haga, continúa vinculado con el fideicomiso; ello desde luego en la medida y alcances de los derechos que se reserve"<sup>167</sup>.

En este orden de ideas, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, considera que la facultad del fideicomitente para reservarse ciertos derechos para si mismo "...son un reconocimiento de la ley a la posibilidad de que en un momento dado, sólo algunos derechos, no todos, sean los que pudieran tenerse sobre los bienes fideicomitados. La versatilidad y manualidad del fideicomiso así lo permite".<sup>168</sup>

5.- Pedir cuentas al fiduciario de su gestión.

Si bien, no hay disposición expresa, en el capítulo respectivo del fideicomiso de garantía en relación con el derecho del fideicomitente para pedir cuentas al fiduciario de su gestión, se debe remitir a lo establecido por el artículo 414 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual dispone que será aplicable al fideicomiso de garantía, lo conducente a los artículos relativos del

<sup>167</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p.233.

<sup>168</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.336.

fideicomiso en general. Por lo que, el derecho del fideicomitente para pedir cuentas al fiduciario de su gestión, tiene fundamento en el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual dispone: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que esta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

En tal virtud, el fideicomitente tendrá el derecho de pedir cuentas al fiduciario de su gestión, además de tener el derecho para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y en su caso pedir la remoción. Siempre y cuando se haya reservado el derecho de ejercitar esta acción en el contrato de fideicomiso o en sus posteriores modificaciones, si es que las hubo.

Asimismo, el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que: "Cuando la institución de crédito al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción, como fiduciaria".

Agregando, "Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción".

## 6.- Hacer uso de los bienes fideicomitidos.

Cuando la garantía verse sobre bienes muebles y que obren en manos del fideicomitente, salvo pacto en contrario, se estará a lo dispuesto por el artículo 402 fracción primera de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual dispone que el fideicomitente podrá: "Hacer uso de los bienes fideicomitidos, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la garantía en cuestión". Lo que quiere decir que el patrimonio fiduciario en este tipo de operación resulta tan flexible que permite ser utilizado y hasta cierta medida transformado, con la limitación de que no disminuya su valor.

Esta disposición, permite que el fideicomitente siga disfrutando de los bienes muebles objeto de la garantía, e inclusive utilizarlos para la fabricación de otros bienes. Lo cual hace a ésta figura un medio de garantía que permite sacarle provecho a los bienes e incluso transformarlos, evitando con ello que la garantía sea una garantía estática que pierda su valor o llegue a deteriorarse, y por lo contrario en algunos casos se logra aumentar el valor del bien mueble objeto de garantía. Cuestión que resulta ventajosa para las partes que intervienen, ya que el fideicomisario tendrá la seguridad de que dicho bien mueble no se devalúe, y el fideicomitente una vez que se ha cubierto el crédito garantizado, seguirá disfrutando plenamente de los bienes muebles, habiendo respaldado una obligación.

## 7.- Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitidos.

Este derecho tiene íntima relación con el derecho anterior, pues el fideicomitente podrá igualmente recibir y utilizar los frutos y productos del bien mueble dado en garantía, lo que significa que podrá seguir disfrutando de

dichos beneficios, que en muchos de los casos se traduce en ganancias cuyo monto podrá utilizarse en cubrir la obligación principal que dio origen a la garantía, pudiendo a la vez respaldar y cumplir una obligación principal.

#### 8.- Enajenar los bienes fideicomitidos.

Asimismo, la fracción tercera del artículo 402 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone el derecho del fideicomitente para “Enajenar los bienes fideicomitidos 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”.

Esta disposición, contiene un significado práctico y económico respecto de los bienes materia de la garantía, puesto que faculta al fideicomitente para enajenar los bienes muebles dados en garantía, y el resultado de dicha enajenación seguirá afectado al cumplimiento del fin del fideicomiso, por lo que con dicho monto se cubrirá la obligación garantizada.

#### 9.- Designar a la compañía aseguradora.

De acuerdo con el artículo 402 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente tendrá el derecho de designar a la compañía aseguradora que se obligue, mediante una prima a resarcir un daño o indemnizar mediante el pago de una suma de dinero, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato de seguro que se haya contratado, a efecto de cubrir el valor de la reposición del bien afecto al fideicomiso.

10.- Recibir una indemnización en caso de que la fiduciaria por actos de mala fe o exceso de facultades.

El fideicomitente tendrá el derecho a que la fiduciaria le pague una indemnización al verificarse un acto de mala fe o un exceso de facultades de la fiduciaria en el procedimiento de ejecución del fideicomiso. Tal y como lo establece el artículo 411 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al señalar que: "Las instituciones señaladas en el artículo 399 de esta Ley, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos".

Asimismo, el mencionado artículo, dispone que dicha indemnización no será menor del diez por ciento del valor del principal y los intereses de la suma garantizada, y en todo momento se procurará que tal indemnización cubra los perjuicios causados por dichas instituciones y cuando la institución infractora reúna a la vez la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, la indemnización será del doble de la cantidad mencionada.

Con dicha disposición, se evita que las fiduciarias comentan actos de mala fe o realicen actos que causen perjuicios al fideicomitente, toda vez que el fideicomitente confía en el profesionalismo de las instituciones fiduciarias para la administración y ejecución del bien materia de la garantía. Por lo que la ley otorga éste respaldo al fideicomitente por los abusos que pudieran cometer las fiduciarias.

Obligaciones del fideicomitente en el fideicomiso de garantía.

1.- Afectar su titularidad de ciertos bienes, derechos o valores a favor del fiduciario.

La principal obligación que tiene el fideicomitente en el fideicomiso de garantía, es la de afectar ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad, para garantizar una obligación. Por lo cual transmitirá sus facultades dominicales a una entidad financiera que opere como fiduciaria, que se encargará de administrar, organizar y en su caso ejecutar el fin para el cual ha sido creado el fideicomiso para el caso de incumplimiento.

## 2.- Pagar los honorarios al fiduciario.

Esta obligación, corre por lo general, a cargo del fideicomitente y consiste en pagar una contraprestación a la entidad financiera que preste el servicio de fiduciaria, que será la encargada de operar, administrar, ejecutar y llevar a cabo todas aquellas acciones tendientes a cumplir los fines establecidos en el contrato.

En este sentido, es conveniente aclarar una vez más que las instituciones financieras que pueden realizar operaciones de fideicomiso, consideran a esta operación como un servicio que resulta oneroso y retributivo.

## 3.- Conservar los bienes.

Cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitados, estará obligado a conservar los bienes objeto de la garantía, así el artículo 405 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, determina que cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitados, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, por lo que serán por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración de los bienes fideicomitados. Y para el caso de que los bienes fideicomitados se pierdan o se deterioren, el fideicomisario, tendrá el derecho de exigir al fideicomitente la

afectación en fideicomiso de otros bienes, o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido.

4.- Utilizar los bienes objeto de la garantía sólo en la medida de los derechos a él conferidos.

Cuando el fideicomitente cuente con la posesión material de los bienes fideicomitados, tendrá la obligación negativa que marca el artículo 405 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su parte conducente dispone que el fideicomitente: "...estará obligado a no utilizarlos para objeto diverso a aquél que al efecto se hubiere pactado con el fideicomisario...".

Esta obligación consiste en omitir los actos que sean contrarios al fin establecido en el contrato, es decir aquellos que no se deban realizar sin desvirtuar el fin pactado en el fideicomiso y que por tanto no pueden excederse de las facultades o derechos conferidos al fideicomitente. Como ejemplo puede decirse que si el fideicomitente cuenta con la posesión material de un bien inmueble habitacional, no podrá disponer de él mas que para habitarlo, estando impedido por tanto para arrendarlo, venderlo, o convertirlo en una negociación, por citar algunos ejemplos, pues el fin principal es garantizar con dicho bien, una determinada obligación y a la vez conceder al uso habitacional al fideicomitente.

### **3.2.2. Fiduciario**

El fiduciario en el fideicomiso de garantía, es considerado como aquella institución financiera expresamente autorizada por disposición legal, a la cual el fideicomitente le transmite la titularidad de ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad o bajo su disposición dominical, para que con su

administración y organización, se haga cargo de garantizar una obligación a favor del fideicomisario.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que en el fideicomiso en general, las únicas personas que tendrían la capacidad para realizar operaciones de fideicomiso serían exclusivamente a las Instituciones de Crédito, pero para el caso de las operaciones de fideicomiso de garantía y en virtud de la innovación de esta figura, se extiende esta posibilidad, para que otras instituciones financieras distintas a las Instituciones de Crédito, como lo son las instituciones de Seguros, de Fianzas, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado y los Almacenes Generales de Depósito, tengan la misma capacidad de realizar operaciones de fideicomiso de garantía, ampliándose así el empleo de esta figura para un sinnúmero de operaciones que realizan las entidades financieras mencionadas.

Desde este momento, cabe apuntar que una de las principales modificaciones sustanciales que se aplicaron con motivo de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del 23 de mayo del 2000, relativas al fideicomiso de garantía, consistió en adicionar la modalidad para que las fiduciarias puedan operar con la misma calidad de fiduciario y fideicomisario al mismo tiempo, siempre y cuando se trate de garantizar obligaciones a su favor, tal y como lo establece el artículo 400 de la Ley General de Instituciones y Operaciones de Crédito, el cual dispone:

“Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor”.

Esta innovación permitirá que las instituciones fiduciarias cuenten con un instrumento más adecuado y sencillo para garantizar obligaciones a su favor, siendo una alternativa a los contratos convencionales de hipoteca, prenda o fianza, puesto que el contrato de fideicomiso de garantía no solo permite garantizar una obligación, sino que también permite crear derechos y obligaciones de casi cualquier índole, para las partes que en él intervienen, esto sin dejar de mencionar la ventaja que representa tener un menor costo económico de operación y ejecución, respecto de otras maneras distintas de garantizar obligaciones, que resultan onerosas y que para el caso de ejecución los procedimientos éstos resultan más lentos.

Derechos del fiduciario en el fideicomiso de garantía.

1.- Designar a los delegados fiduciarios.

Como ha quedado apuntado, la fiduciaria tiene derecho de designar a sus delegados fiduciarios que son aquellos funcionarios especializados en materia de fideicomisos, que designan las entidades financieras que operan como fiduciarias, para encargarse de la constitución, actividad y ejercicio de los contratos en estudio. Por tanto la fiduciaria podrá designar de igual manera a sus delegados fiduciarios para la constitución de los fideicomisos de garantía.

2.- Percibir los honorarios que se hayan estipulado

Otro de los derechos que tiene el fiduciario en el fideicomiso de garantía, a semejanza del fideicomiso en general, es el derecho que tiene de percibir los honorarios que se hayan estipulado por sus servicios en su contratación, ya que las instituciones fiduciarias consideran en la práctica a ésta actividad como un servicio oneroso y retributivo.

**3.- Convenir el procedimiento de ejecución que se ha de seguir en el caso de incumplimiento.**

Esta es una de las obligaciones más importantes en la constitución del fideicomiso, y en especial del fideicomiso de garantía, puesto que en el acto de elaborar el contrato, las partes estipularan expresamente los derechos y obligaciones que habrán de aplicarse para el caso de su incumplimiento.

Asimismo, se establecerá el procedimiento convenido de ejecución del fideicomiso, que se originaría en caso del incumplimiento de la obligación principal. De tal manera se crea una alternativa más segura para garantizar obligaciones, puesto que las partes están en posibilidad de establecer las condiciones específicas que consideren más convenientes de acuerdo a los fines, objetivos y alcances particulares para hacer efectivo el procedimiento de ejecución del fideicomiso en cada caso concreto.

Ahora bien, si el contrato de fideicomiso no estableció el modo o procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía, las partes tendrán que estarse al procedimiento de ejecución de garantía dispuesto en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, que también fue reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo del 2000, para adecuarlo al marco legal vigente del fideicomiso privado de garantía, estableciendo lo siguiente:

**"A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario".**

Por tanto, el adicionado Título Tercero Bis del Código de Comercio, establece detalladamente el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía, para lo cual se le adicionaron dos capítulos. El primero de ellos contempla el procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías que ha de seguirse en el fideicomiso de garantía y el capítulo segundo comprende el procedimiento judicial de ejecución.

Dicho primer capítulo del Código de Comercio, establece el procedimiento extrajudicial para el caso de ejecución del fideicomiso de garantía, es decir, aquel procedimiento previo a la *excitatio juris*, cuando la obligación principal no se haya cubierto en el término establecido, por lo que el fiduciario requerirá formalmente la entrega de los bienes objeto de la garantía mediante fedatario público y una vez entregada la posesión de los bienes, se procederá a su enajenación con lo que se cubrirá el pago al fideicomisario, y en caso de existir algún remanente, se le entregará al fideicomitente.

Como se observa, este procedimiento más que extrajudicial es un procedimiento administrativo y voluntario, en el que las partes están de acuerdo en todos sus términos y han convenido en realizar los actos tendientes a la ejecución del fideicomiso de garantía, para extinguir mediante el pago proveniente de la venta del patrimonio fideicomitado, la obligación principal objeto del fideicomiso de garantía, siempre y cuando no haya conflicto de naturaleza alguna en el procedimiento extrajudicial, tendiente a la ejecución del fideicomiso.

Ahora bien, para el caso de existir alguna controversia en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada o la entrega de los bienes fideicomitados, se estará a lo dispuesto por el capítulo segundo del Título Tercero Bis del Código de Comercio, que determina las reglas a seguir en el procedimiento judicial de ejecución del fideicomiso de garantía.

## Obligaciones del fiduciario en el fideicomiso de garantía

### 1.- Cumplir los fines establecidos en el contrato de fideicomiso

La fiduciaria tendrá la obligación de cumplir los fines que se hayan estipulado en el contrato, así el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que la fiduciaria estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo y además, en su cumplimiento, deberá obrar siempre como buen padre de familia.

En el caso particular del fideicomiso de garantía, la fiduciaria estará obligada a garantizar una obligación principal a favor del fideicomisario; y para el caso de incumplimiento tendrá la obligación de iniciar el procedimiento que se haya establecido respecto de la ejecución del fideicomiso con el objeto de liquidar el crédito en favor del fideicomisario.

2.- Responder por los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento o al incurrir en exceso de facultades.

Respecto a esta obligación a cargo de la fiduciaria, además de la disposición expresa del artículo 80 segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito, la cual dispone que la institución fiduciaria responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, cabe agregar lo establecido por el artículo 411 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual refuerza esta obligación, al disponer que las instituciones encargadas de realizar operaciones de fideicomiso de garantía, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de sus facultades en que incurran en la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.

La anterior obligación a cargo de la fiduciaria es una limitante a los abusos que podrían cometer las fiduciarias en perjuicio del fideicomitente o del fideicomisario, al llevar a cabo la ejecución del fideicomiso de garantía, otorgando a las partes la seguridad jurídica, de que en caso de no llevar a cabo el procedimiento de ejecución establecido, ya sea el convenido o el legal, tendrá el derecho de exigirle a la fiduciaria una indemnización correspondiente por los perjuicios ocasionados por su mala fe o exceso de facultades.

### 3.- Mantener el secreto fiduciario

Las instituciones financieras que operen como fiduciarias en el fideicomiso de garantía, tienen la obligación de mantener el secreto fiduciario, en tanto que el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias a información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, y el artículo 118 agrega, que la violación del secreto propio de las operaciones de fideicomiso incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

Estas disposiciones sólo contemplan el secreto fiduciario para las Instituciones de Crédito, pero es de considerarse, que el secreto fiduciario debe aplicarse de igual manera a las demás entidades financieras que realizan operaciones de fideicomiso de garantía, debiendo mantener el deber ético y moral de no revelar la información materia del secreto fiduciario a terceras personas, en beneficio y seguridad de sus clientes.

#### 4.- Llevar un registro contable especial de cada fideicomiso

Como ha quedado apuntado anteriormente, la fiduciaria deberá abrir un registro contable especial por cada operación de fideicomiso que realice. Tal y como lo establece el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, al disponer: "En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen..."

Lo anterior quiere decir, que el patrimonio fiduciario, no se considerará ni activo ni pasivo de la institución fiduciaria, sino que por la naturaleza de la afectación del patrimonio, se registrará en cuentas de orden, para llevar un mejor registro contable, tomando en consideración que: "El objetivo principal de las cuentas de orden es de registrar las operaciones que no entran en la contabilidad y representan para la entidad una posible afectación a sus propiedades, obligaciones o capital, debido a una contingencia que puede llegar a darse y afectar dicho estado financiero"<sup>169</sup>.

5.- Utilizar el seguro para cubrir el saldo insoluto del crédito, en caso de siniestro.

En el caso de que se hubiere asegurado el patrimonio fideicomitado objeto de la garantía, el fiduciario tiene la obligación de utilizar las cantidades que reciba de la compañía aseguradora por concepto de indemnización, en caso de verificarse un siniestro, para liquidar la obligación principal y en caso de existir algún remanente devolverlo al fideicomitente, tal y como lo dispone el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer en su párrafo segundo: "El fiduciario utilizará las cantidades que reciba de la

<sup>169</sup> Diccionario de Derecho Mercantil, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera ed, Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001 p.167.

institución de seguros, para liquidar el saldo insoluto del crédito a favor del fideicomisario. De existir algún remanente, el fiduciario deberá entregarlo al fideicomitente”.

### **3.2.2.1. Clasificación**

En cuanto a la clasificación de las instituciones fiduciarias, cabe destacar que las operaciones de fideicomiso de garantía se puede desarrollar por varias entidades financieras autorizadas para operar como fiduciarias, por lo que resulta conveniente conocer sus distintas clases, así como detallar su regulación legal específica.

Por lo que, las entidades financieras que podrán actuar como fiduciarias en los fideicomisos de garantía son:

- 1.- Instituciones de Crédito
- 2.- Instituciones de Seguros
- 3.- Instituciones de Fianzas
- 4.- Sociedades Financieras de Objeto Limitado
- 5.- Almacenes Generales de Depósito

Las anteriores entidades financieras, en principio están facultadas para realizar este tipo de operaciones según se desprende de las multicitadas reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito<sup>170</sup>.

Dichas instituciones se rigen respectivamente por sus ordenamientos legales, que como ya se ha visto son la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, (artículo 35 fracción XVI

---

<sup>170</sup> Publicadas en el D.O.F. el 23 de mayo del 2000. Concretamente en su artículo 399.

Bis), la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, (artículo 16 fracción XV en su inciso a), la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (artículo 11 fracción VIII) y las Reglas Generales a que deberán sujetarse las sociedades a que se refiere la fracción IV del artículo 103 de la Ley de Instituciones de Crédito, es decir las Sociedades Financieras de Objeto Limitado<sup>171</sup>. Asimismo, estas entidades en el desempeño de sus funciones respecto a los fideicomiso de garantía deberán apegarse como dispone la ley a las sanas prácticas fiduciarias de las instituciones de crédito.

En este contexto, cabe destacar que a finalidad de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es delimitar concretamente a las entidades financieras que pueden actuar como fiduciarias en los fideicomisos de garantía. Así como conferirles una herramienta o alternativa a efecto de garantizar o respaldar obligaciones, que se originen en el desempeño de sus actividades preponderantes. Dicho de otra manera, se les otorga la opción de utilizar ésta figura, para respaldar el pago de obligaciones adquiridas por los deudores de dichas entidades financieras.

Así pues, tanto las afianzadoras, aseguradoras, sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito, podrán garantizar mediante fideicomiso adeudos a su favor de las operaciones que realicen; y contar con un medio más eficaz, flexible y menos oneroso que los medios convencionales de garantía; y para el caso de incumplimiento, se puede establecer un procedimiento convencional de ejecución del fideicomiso de garantía.

---

<sup>171</sup> Es conveniente señalar que las Sociedades Financieras de Objeto Limitado, como integrantes del sistema financiero no cuentan una legislación específica que establezca qué clase de operaciones pueden realizar, como sucede en el caso del ordenamiento legal de las afianzadoras y aseguradoras, por lo que deberán observar lo dispuesto por las Reglas Generales que fueron publicadas en el D.O.F., el día 14 de junio de 1993 y modificado por última ocasión el 14 de octubre de 1994.

Cabe agregar, que dichas entidades financieras también tendrán la opción de reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor, toda vez, que atendiendo a lo dispuesto por el artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las entidades antes mencionadas al mismo tiempo, podrán actuar como fideicomisarias y fiduciarias, cuando por motivo de sus actividades preponderantes respecto de sus fines y objetivos, otorguen créditos que tengan que ser garantizados, utilizando a la figura del fideicomiso de garantía como un medio más idóneo para garantizar obligaciones a su favor.

Por tanto, el fideicomiso de garantía se presenta como un instrumento de mayor flexibilidad en cuanto a su operación y al mismo tiempo, se instaure como un medio más eficaz y sencillo de ejecución para el caso de un incumplimiento.

### **3.2.3. Fidelcomisario**

En el fideicomiso de garantía el fideicomisario es aquella persona física o moral que disfruta de los beneficios que otorga el negocio fiduciario y que al igual que en el fideicomiso en general, éste elemento personal podrá reunir simultáneamente la calidad de fideicomisario y fiduciario en caso de que el beneficio se constituya en su propio provecho.

En el tipo de fideicomiso en estudio, el fideicomisario, cuenta con derechos y obligaciones para su debida operación, por lo que se expondrán a continuación los derechos más relevantes que la ley le otorga a éste elemento personal.

## **Derechos del fideicomisario en el fideicomiso de garantía.**

**1. Exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato de fideicomiso.**

Lo anterior conforme a lo establecido en el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como una consecuencia lógica, ya que el fideicomisario, es el elemento personal que recibe los beneficios que el fideicomiso implica y por ende tiene el derecho de exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato, lo que es más acentuado en los fideicomisos de garantía.

**2. Solicitar a la fiduciaria que inicie el procedimiento de ejecución del fideicomiso en caso de incumplimiento del fideicomitente.**

El presente derecho, tiene íntima relación con el derecho expuesto en el punto número uno y dada la trascendencia que tiene el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se examinará en este apartado.

En un primer plano el fideicomisario en su carácter de acreedor (puesto que es el elemento personal que ha otorgado un crédito al fideicomitente) y principal interesado en el negocio, es quien tiene el derecho de solicitar o exigir a la fiduciaria que ejercite las acciones correspondientes para iniciar el procedimiento convenido por las partes para la ejecución de la garantía, o a falta de éste, para iniciar el procedimiento establecido por el Código de Comercio, el cual da comienzo con una primera etapa, denominada del procedimiento extrajudicial de ejecución del fideicomiso de garantía, y para el caso de oposición a dicho procedimiento se estará a lo dispuesto por la etapa correspondiente del capítulo relativo al procedimiento judicial del fideicomiso de

garantía, tal y como lo dispone el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Asimismo, cabe mencionar que el fideicomisario, es quien tiene el mayor interés en solicitar a la fiduciaria que lleve a cabo el procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento, puesto que la principal finalidad del fideicomiso de garantía es la de respaldar o garantizar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente y para el caso de su incumplimiento, se proceda a ejecutar la garantía que por lo general, se traduce en la venta de los bienes fideicomitidos, esto mediante un proceso convencional o legal, con lo cual se estará en la posibilidad de allegarse de recursos para liquidar el saldo insoluto de la obligación principal.

3. Solicitar la invalidez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio.

El fideicomisario tiene el derecho de solicitar judicialmente la invalidez de los actos que realice la fiduciaria que le causen perjuicios, toda vez que las fiduciarias en el ejercicio de sus actividades ya sean de banca, seguros, afianzadoras, sociedades financieras de objeto limitado o almacenes generales de depósito, pueden actuar dolosamente con los bienes o derechos que se les han dado en fideicomiso, variando su objeto, causando daños y perjuicios al fideicomisario, por lo que la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 390 ha dispuesto que el fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de reclamar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Al mismo respecto, el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta: "Concretamente el derecho del fideicomisario consiste en atacar la validez de los actos en cuestión, no es otra cosa más que la posibilidad conferida por la ley de demandar la nulidad de tales actos, pues sus efectos jurídicos contrarían las disposiciones de orden público que orientan y delimitan la actividad de la institución fiduciaria, especialmente, el que dicha actividad se limita a aquellos actos por los cuales ejecute los derechos y acciones requeridos para el cumplimiento de los fines del fideicomiso"<sup>172</sup>.

#### 4. Ejercitar la acción de reivindicación de los bienes fideicomitidos.

El fideicomisario como principal interesado en el fideicomiso de garantía, tendrá en su caso, el derecho de ejercitar la acción reivindicatoria sobre los bienes que como consecuencia de la mala fe o exceso de facultades de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. Así el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su parte conducente dispone: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso... el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

En este contexto, cabe mencionar el comentario del Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, el cual asevera: "Por lo que se refiere a los efectos de la acción, observamos que tiende a que los bienes reivindicados se reintegren al patrimonio fideicomitado y no al patrimonio del reivindicante"<sup>173</sup>.

De lo anterior, se desprende que el fideicomisario en el fideicomiso de garantía es quien ejercita la acción, de reivindicar los bienes no para sí, sino a favor del patrimonio fideicomitado, para seguir disfrutando de sus beneficios, toda vez,

---

<sup>172</sup> *Op. cit.*, p. 341.

<sup>173</sup> *Aut. Cit.* por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.* p.198.

que es él quien se ve afectado en la esfera de derechos y beneficios que le otorgaba el fideicomiso.

5. Pedir cuentas al fiduciario y en su caso solicitar su remoción.

Otro de los derechos del fideicomisario se establece en el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dispone:

"Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia, grave, procederá su remoción como fiduciaria.

"Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esa acción".

Es decir, el fideicomisario en su carácter de acreedor de una obligación principal a cargo del fideicomitente en el fideicomiso de garantía, tendrá el derecho de pedir cuentas al fiduciario de su gestión y en caso de que no se rinda cuentas en el plazo señalado, podrá reclamar su responsabilidad y en su caso exigir la remoción de fiduciario. Esto, siempre y cuando el fideicomitente no se haya reservado el derecho de ejercitar esta acción en el propio contrato o en sus posteriores modificaciones.

Ahora bien, a pesar de que es difícil que se de el supuesto en la practica fiduciaria ya que en la constitución de fideicomisos se auxilian de una sola fiduciaria, para el caso de renuncia o remoción de la fiduciaria se estará a lo

ordenado en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que dispone:

“El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

Obligaciones del fideicomisario en el fideicomiso de garantía.

1.- No excederse en el ejercicio de los derechos conferidos.

Cuando el fideicomisario tenga físicamente los bienes que forman parte del patrimonio fideicomitado, contará con los derechos que se le hayan otorgado, por lo que no podrá unilateralmente extender o excederse en el ejercicio de los derechos especialmente conferidos. En este sentido es de notoria importancia plasmar en el acto constitutivo del fideicomiso las cláusulas que deberán observar los beneficiarios del contrato, para que en el desarrollo de la operación no se desvirtúe el fin establecido al efecto.

Como ejemplo, si el beneficio consistió en el uso de la garantía consistente en un predio para determinada actividad, por ejemplo para ser utilizado como bodega, el fideicomisario tendrá la obligación de ocuparlo exclusivamente para desarrollar la actividad señalada, por lo que si realiza una actividad distinta a la estipulada, estará excediéndose del ejercicio de los derechos a él conferidos, pudiendo colocarse en una causal de rescisión y dejar de obtener dichos beneficios.

2. Conservar los bienes que tengan a su disposición.

El fideicomisario tendrá la obligación de cuidar los bienes que se le hayan otorgado para su beneficio y que tenga sobre ellos su disposición. Lo que resulta más que una obligación a su cargo, un deber de aplicar una conducta ética y apropiada sobre los bienes que tenga a su disposición.

Sin embargo, derivado de la negligencia y escaso cuidado comprobado que pueda manifestarse en la práctica, en la mayoría de los casos resulta necesario plasmar en el contrato la obligación a cargo del fideicomisario, de conservar los bienes otorgados para su beneficio. Incluso estableciendo cláusulas específicas, cuya inobservancia será causal suficiente para que el fideicomisario deje de disfrutar de los beneficios otorgados.

3. Realizar las reparaciones necesarias para evitar que se devalúen los bienes que tengan a su disposición.

En la contratación de fideicomisos, en los cuales el fideicomisario tenga la posesión directa o uso de determinados bienes, se podrá estipular la obligación a su cargo, de realizar las composturas y mejoras necesarias que eviten el deterioro o pérdida del valor de los bienes que tiene a su disposición.

### **3.3 OBJETO O FINALIDAD**

Una vez abordado el concepto y los elementos personales que constituyen al fideicomiso de garantía, a continuación se analizará el objeto o finalidad de esta figura.

El objeto o finalidad del fideicomiso de garantía, es precisamente la de ser un instrumento jurídico que permita garantizar o respaldar una determinada obligación a cargo del fideicomitente. Pero que además de ser un medio de

garantía, sea un instrumento que permita estipular o convenir derechos y obligaciones para las partes, de una manera sencilla y flexible que vayan de acuerdo a sus necesidades.

Algunos autores como el Doctor Miguel Acosta Romero, consideran al respecto, que "...su finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas, en algunos casos, por el fideicomitente y, en otros por un tercero, en cuyo caso el titular de los derechos derivados de esas obligaciones, asume el carácter de fideicomisario. La aplicación de este fideicomiso es muy frecuente y generalmente se utiliza en aquellas operaciones en que el pago pactado no se realiza de inmediato, sino en forma parcial y a plazos, o bien, cuando se trata de garantizar el pago de un crédito".<sup>174</sup>

Por su parte, el jurista José Manuel Villagordoa Lozano, considera que en virtud del fideicomiso de garantía, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente.<sup>175</sup>

Asimismo, el autor José Adolfo Pérez Sandi, asevera que "Por medio del fideicomiso de garantía se le asegura al acreedor el cumplimiento de la obligación que con él contraiga el deudor".<sup>176</sup>

Al respecto, el jurista Julián Bernal Molina, considera que dicha finalidad, consiste en "...garantizar al fideicomisario el cumplimiento puntual de una obligación a cargo del fideicomitente...".<sup>177</sup>

A su vez, el autor Sergio Ortiz Soltero, a cerca del objeto del fideicomiso de garantía, manifiesta: "El fideicomiso con fines de garantía, es en todos los

<sup>174</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. cit.*, p. 427.

<sup>175</sup> *Cfr.*, VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Op. cit.*, p. 220.

<sup>176</sup> Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México, *Op. cit.*, p.271.

<sup>177</sup> *Op. cit.*, p. 53.

casos, un contrato accesorio, que garantiza el cumplimiento de las obligaciones que asumió el fideicomitente...".<sup>178</sup>

Para el cumplimiento exacto de los fines que se estipulan en el fideicomiso de garantía el Maestro Rodolfo Batiza, considera que en el clausulado del contrato pueden establecerse, "...estipulaciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por la suma principal o accesorios legales; fija plazos de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos del vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cumpla puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan al inmueble; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no se cumple al vencimiento, etc.". <sup>179</sup>

Así, se puede considerar, que la finalidad del fideicomiso de garantía en todos los casos, es la de respaldar o garantizar el cumplimiento de una obligación principal a cargo del fideicomitente y a favor del fideicomisario o beneficiario.

### **3.4. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO**

El patrimonio fideicomitado, es un elemento esencial para la constitución del fideicomiso de garantía y se puede conformar de cualquier clase de bienes y derechos que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria, con el fin de garantizar con ellos una obligación principal.

---

<sup>178</sup> El Fideicomiso Mexicano, *Op. cit.*, p. 171.

<sup>179</sup> Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, *Op. cit.*, p.91.

### **3.4.1. Características**

- 1.- Es un elemento esencial.

Como ya se ha señalado, el patrimonio fideicomitado se considera un elemento esencial para la constitución de todo fideicomiso, toda vez, que los bienes y derechos con los cuales se constituye el fideicomiso, son la base que hace posible el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato y en el caso particular del fideicomiso de garantía, el patrimonio fideicomitado cobra singular importancia, toda vez que dichos bienes o derechos constituirán la garantía material que respaldará el cumplimiento de una determinada obligación.

Esta característica es atribuida al fideicomiso de garantía por el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado. Por lo que no se podrá constituir un fideicomiso de garantía sin patrimonio fideicomitado, primero porque la ley lo exige y segundo, porque no se estaría en la posibilidad jurídica ni material de llevar a cabo el fin de garantizar o respaldar el cumplimiento de una obligación.

- 2.- Se compone de bienes y derechos.

En el caso del fideicomiso de garantía el patrimonio fideicomitado que garantice o respalde el cumplimiento de una obligación principal, podrá consistir en toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles, tal y como lo dispone el artículo 402 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con la única limitación que los bienes, derechos o valores no sean los estrictamente personales de su titular y que se encuentren dentro del comercio. Por lo que el

patrimonio fideicomitido podrá constituirse con un terreno, automóvil, casa habitación, maquinaria, etc.

Cabe hacer la aclaración al respecto, que en la mayoría de los casos el objeto materia del patrimonio fideicomitido es por lo regular un bien inmueble. Por lo que el fideicomiso de garantía resulta ser un medio eficaz para garantizar el pago de los créditos, en la adquisición de viviendas por parte de personas que no tienen acceso a un crédito para la adquisición de viviendas de interés social, pues permite por un lado al fideicomitente utilizar el inmueble que sirve de garantía, y a su vez, liquidar en determinado tiempo el adeudo derivado del crédito otorgado por aquellas entidades financieras, que utilicen esta figura como un medio para respaldar obligaciones, impulsando notoriamente la concertación de créditos para la adquisición de vivienda.

### 3.- El patrimonio queda afectado.

En virtud del fideicomiso de garantía el patrimonio fideicomitido quedará afectado al cumplimiento exclusivo, fiel y exacto de los fines establecidos en el contrato, tal y como se desprende de la lectura del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al disponer que los bienes que se den en fideicomiso, se considerarán afectos al fin al que se destinan. Lo anterior también en relación con el artículo 386 de la misma ley, el cual menciona en su parte conducente, que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan.

Por lo que, el patrimonio fideicomitido queda afectado estrictamente al cumplimiento del fin establecido en el fideicomiso que en su caso es el de garantizar o respaldar el cumplimiento de una obligación.

Cabe mencionar, que la Ley de Instituciones de Crédito, otorga una mayor seguridad jurídica para los contratantes en el fideicomiso de garantía, ya que en su artículo 79 párrafo segundo, dispone que en ningún caso los bienes fideicomitidos estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, por lo que el fideicomitente tendrá la confianza de aportar determinados bienes o derechos para garantizar una obligación principal, en el entendido de que sólo al verificarse el incumplimiento de dicha obligación, los bienes o derechos con los que se compone el patrimonio fideicomitado servirán para enfrentar el incumplimiento del fideicomitente respecto de la obligación principal.

En este sentido, el jurista Rodolfo Batiza, apunta: "En el fideicomiso por principio, la transmisión se hace para el sólo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una 'propiedad fiduciaria', es decir que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso"<sup>180</sup>.

#### 4.- El fiduciario tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitado.

En virtud del fideicomiso de garantía, la fiduciaria adquiere la titularidad del patrimonio fideicomitado, toda vez, que el fideicomitente en el momento formal de crear el fideicomiso destina ciertos bienes o derechos, para respaldar el cumplimiento de una obligación principal, encomendado a una institución fiduciaria, la cual tendrá los derechos y acciones que se adquieren para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto, conforme al acto constitutivo.

---

<sup>180</sup> Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Op. cit., p.37.

En este sentido, cabe mencionar la aclaración que el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, apunta al decir, "...podemos concluir que si ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos, éstos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a este fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente"<sup>181</sup>.

En virtud de lo expuesto, el fideicomitente que aportó determinados bienes o derechos para constituir con ellos una garantía, queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el patrimonio fideicomitado, salvo aquellas acciones o derechos que expresamente se haya reservado en el acto constitutivo del fideicomiso; con la intención de proporcionar a la fiduciaria todas aquellas facultades dominicales sobre el patrimonio fideicomitado, para poder garantizarse y en su caso tener la facultad de iniciar el procedimiento de ejecución de la garantía otorgada.

5.- Al cumplirse la obligación principal, el patrimonio fideicomitado se revierte al fideicomitente.

Una vez que se ha dado cumplimiento a la obligación principal, que por lo general se traduce en el pago total del crédito otorgado, el patrimonio fideicomitado se revierte al fideicomitente; pues una vez satisfecha la obligación principal, la garantía no tiene razón de existir.

---

<sup>181</sup> El Fideicomiso, Op. cit., p.213.

En este sentido se debe observar lo antes apuntado en relación a que el fideicomiso de garantía es un contrato accesorio que corre la suerte del principal, así una vez extinguida la obligación principal se extinguirá el fideicomiso.

### **3.4.2. Uso y disposición**

Una de las ventajas que ofrece el fideicomiso de garantía, es que se podrá disponer y utilizar el patrimonio fideicomitado ofrecido como garantía por parte del fideicomitente, por lo que de esta manera los bienes, derechos o valores no quedarán estáticos, sino que se utilizarán de acuerdo a los fines y necesidades de las partes que intervienen en el contrato.

Así el fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, podrán estipular o convenir de una manera más amplia y sencilla, el destino que tendrá el patrimonio fideicomitado durante el tiempo que dure el fideicomiso. Es decir se podrá pactar libremente el uso y disposición de la masa fiduciaria mientras se da cumplimiento a la obligación principal.

Un ejemplo de ello es cuando una persona que obtiene un crédito, por ejemplo para la adquisición de una vivienda, podrá garantizar la obligación principal de pagar dicho crédito en un determinado tiempo, y a su vez, tener el uso y disposición de dicho inmueble, esto siempre y cuando no incumpla con el pago del crédito que le fue otorgado. Por lo que una vez cubierto el crédito principal se extinguirá el fideicomiso y el inmueble pasará a formar íntegramente parte de su patrimonio.

Ahora bien, la sencillez y flexibilidad que ofrece el fideicomiso de garantía no se deriva simplemente del uso y disposición del patrimonio fideicomitado, sino

que además, las partes pueden estipular y convenir aquellos derechos y obligaciones respecto de su uso y disposición, pudiendo en su caso establecer limitantes y condiciones al respecto.

Así, hay que tomar en cuenta que el uso y disposición del patrimonio fideicomitado debe estar condicionado a su debido cuidado y conservación por parte de quien lo use durante el desarrollo del contrato, con la finalidad de no dañar o menoscabar el valor de la garantía para seguridad de las partes.

### **3.4.3. Conservación**

En el fideicomiso de garantía, la conservación del patrimonio fideicomitado tiene gran importancia, puesto que constituye materialmente el respaldo del cumplimiento de una obligación principal.

En este sentido, las partes que intervienen en el fideicomiso tendrán la obligación de mantener el valor inalterable de la masa fiduciaria, pero básicamente ésta obligación correrá a cargo de la persona que tenga la posesión material de los bienes fideicomitados (por lo general el fideicomitente), el cual estará obligado a conservarlo como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto se hubieren pactado y a obrar siempre como si fuera un buen padre de familia.

Dicha aseveración en palabras del Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, significa que se trata de una fórmula que fija el grado de diligencia exigida por la ley y consecuentemente su responsabilidad ante la falta de diligencia.

Sea como fuere, la fórmula "buen padre de familia" se da para calificar el comportamiento de quien no es propietario de la cosa correspondiente, y simplemente la tiene en su poder y pertenece a otra persona<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. El Fideicomiso, Op. cit. , p.344.

En consecuencia la conservación del patrimonio fideicomitado tiene como finalidad salvaguardar el objeto materia de la garantía, del daño o deterioro, derivado del mal uso o disposición que se haga de los bienes fideicomitados. Por lo que en caso de su pérdida o deterioro, el fideicomitente tendrá el derecho de exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes suficientes que respalden la obligación garantizada o el pago de la deuda aún antes del plazo convenido.

#### **3.4.4. Riesgos**

El patrimonio fideicomitado objeto de la garantía que se ha constituido sobre bienes muebles o inmuebles, puede sufrir algún tipo de riesgo, ya sea por algún acontecimiento futuro o incierto de la naturaleza o del hombre, que le pueda afectar con la consecuente pérdida parcial o total del bien fideicomitado, provocando que el fideicomitente tenga la obligación de afectar en el fideicomiso otros bienes o realizar el pago total de la deuda u obligación principal, situación que sería gravosa para el fideicomitente.

Una manera de prever esta inseguridad para las partes, es la contratación de seguros sobre el patrimonio fideicomitado, en los cuales, la aseguradora se obliga, mediante el pago de una prima regularmente a cargo del fideicomitente, a resarcir un daño o indemnizar mediante el pago de una suma de dinero al fiduciario, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato de seguro, a efecto de cubrir el valor de la reposición del bien afecto al fideicomiso.

Así, el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto que en caso de que en el contrato de fideicomiso, se establezca que los bienes afectos deban asegurarse, el deudor tendrá la facultad de determinar la compañía aseguradora que se encargará de ello, y en el mencionado seguro deberá designarse como beneficiario al fiduciario, quien

utilizará las cantidades que reciba de la aseguradora, para liquidar el saldo insoluto del crédito a favor del fideicomisario, y para el caso de existir algún remanente, el fiduciario deberá entregarlo al fideicomitente.

Por tanto, las partes que utilicen el fideicomiso de garantía como un medio para respaldar obligaciones, deberán tener en cuenta el riesgo que pudiera sufrir el patrimonio fideicomitado y contemplar la posibilidad de contratar un seguro sobre los bienes fideicomitados.

### **3.5. CAUSAS DE EXTINCIÓN**

El presente apartado se dividió para su estudio en dos puntos, con el propósito de analizar las causas de extinción del fideicomiso de garantía, toda vez que existen diversas causales para su extinción, unas previstas por la ley<sup>183</sup>, y otras resultan por la voluntad de las partes.

#### **3.5.1. Legales**

1.- Por la realización del fin para el cual fue constituido.

Como resulta lógico, el fideicomiso de garantía se extingue cuando se haya dado cumplimiento al fin para el cual se constituyó, es decir cuando la obligación principal que motivó la garantía, se haya cumplido.

En este orden de ideas, el Doctor Miguel Acosta Romero, asevera: "...cuando todos los fines previstos en el contrato o en sus modificaciones se han

---

<sup>183</sup> Art. 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

alcanzado, el fideicomiso ya no tiene razón para seguir existiendo y procede su extinción<sup>184</sup>.

Por tanto, una vez que se ha extinguido la obligación principal, sea por pago o por alguna otra causa legal, el fideicomiso se extinguirá y la propiedad fideicomitada, deberá revertirse al fideicomitente. En este sentido, el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto que extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente y para que esta devolución surta efectos, tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso; y que ésta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

## 2.- Por hacerse imposible el fin.

La imposibilidad física de cumplir el fin plasmado en el contrato de fideicomiso, es una causal suficiente de extinción, pues en principio el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone hipotéticamente que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Por lo que al hacerse imposible el cumplimiento del fin del fideicomiso, que es el de garantizar o respaldar el cumplimiento de una obligación principal, no tendrá razón de ser el fideicomiso y por consiguiente su existencia será innecesaria.

Un ejemplo de ello, es cuando el bien afecto en garantía (automóvil, inmuebles, etc.) se pierde a consecuencia de un acontecimiento de la naturaleza que no pudo ser previsto o que siéndolo no pudo evitarse, por ejemplo un terremoto o

<sup>184</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op. Cit.*, p. 328.

inundación, que ocasiona daños irreparables en el bien dado en garantía, perdiéndose totalmente o siendo imposible su recuperación.

En este caso no existirá patrimonio afecto al fideicomiso y por tanto el fideicomiso se extinguirá, subsistiendo la obligación principal, puesto que lo principal no corre la suerte de lo accesorio.

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 veinte años siguientes a su constitución.

Para analizar esta causal de extinción, cabe precisar algunos conceptos, derivados de la obra del Maestro Rafael Rojina Villegas, quien conceptúa a la condición como "...un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización depende el nacimiento de una obligación o su extinción; en tal virtud, existen condiciones suspensivas y resolutorias; la condición es suspensiva cuando de su verificación depende el nacimiento de la obligación; es resolutoria, cuando de su cumplimiento deriva la extinción de la misma"<sup>185</sup>.

Ahora bien, el Doctor Miguel Acosta Romero, asevera que una condición suspensiva es aquélla de cuyo cumplimiento depende la existencia de la obligación. Por lo que, si para la eficacia del contrato de fideicomiso se estableció en el contrato una condición suspensiva y ésta no puede darse, por haberse vuelto imposible, o siendo posible no se produzca en el tiempo señalado, el contrato debe extinguirse<sup>186</sup>.

Esta causal, tiene la misma similitud que la causal antes expuesta relativa a la imposibilidad de realización del fin plasmado en el contrato, que obviamente,

<sup>185</sup> Compendio de Derecho Civil, T.III, *Op.cit.*, p.510.

<sup>186</sup> *Cfr.* Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso., *Op. cit.*, p.330.

es el de garantizar o respaldar una determinada obligación principal, y en cuyo caso, si dicha condición suspensiva no se cumple en el tiempo señalado o que resulte imposible de realizarse, el fideicomiso no podrá tener efectos y deberá extinguirse.

Cabe hacer la aclaración, que en el caso del fideicomiso de garantía, esta causal difícilmente puede encuadrarse en la realidad, puesto que el fin que persigue el fideicomiso es el de respaldar una obligación de inmediato, y resulta poco congruente establecer en el contrato una condición para que el contrato tenga efectos hasta el cumplimiento de dicha condición.

4.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

Esta causal de extinción del contrato, tiene gran similitud con la causal anterior, con la diferencia de que en el caso del fideicomiso de garantía, esta condición se puede aplicar con bastante beneficio para las fiduciarias y los fideicomisarios, ya que se podrá plasmar en el contrato una condición resolutoria que al verificarse de por extinguido el contrato de fideicomiso.

Un ejemplo de esto, es que se podrá plasmar la condición resolutoria, con la consecuente extinción del fideicomiso, para el caso de verificarse la existencia de algún gravamen, limitación de dominio o embargo, que pudiere tener el bien afecto al fideicomiso. Pues en ese caso, el bien objeto de la garantía tendría nula utilidad para servir como garantía. Y consecuentemente se haría exigible la obligación principal.

Otro ejemplo de la condición resolutoria que podría utilizarse es la condición impuesta a la persona (por lo general el fideicomitente que materialmente tenga el bien fideicomitado), de imponerle el deber de no dañar o deteriorar el

bien fideicomitado, planteándose que al verificarse dicho daño o deterioro, el fideicomiso se extinguirá, y como consecuencia el fideicomitente dejará de gozar de los beneficios otorgados por el fideicomiso, como podrían ser el uso y disfrute de los bienes fideicomitados.

5.- En el caso de que no fuere posible una substitución de la fiduciaria.

Esta causal de extinción está contemplada por el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual en su último párrafo establece: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Sino fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso".

Como ha quedado apuntado, para la existencia de todo fideicomiso es necesario que exista un fiduciario, por lo que para el caso de renuncia o remoción de la fiduciaria y no exista otra fiduciaria que pueda sustituirla o no acepten el cargo, el fideicomiso se extinguirá.

### **3.5.2. Convencionales**

1.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

La presente causal de extinción del fideicomiso de garantía o cualquier otro tipo de fideicomiso, obedece a la voluntad de las partes para dar por terminado el propio contrato, prevaleciendo el principio de supremacía de la voluntad, que

en este caso opta por la extinción de los derechos y obligaciones inherentes al fideicomiso.

Incluso cuando no se han cumplido los fines establecidos en el contrato, el fideicomitente y el fideicomisario podrán convenir libremente y de acuerdo a sus intereses su extinción anticipada.

En este sentido, cabe agregar, que la fiduciaria como entidad financiera que presta un servicio remunerado, podrá establecer ciertas comisiones para el caso de extinción anticipada del fideicomiso ya que se vería afectada por dejar de percibir los honorarios que para el caso se hubieren fijado, e incluso en la mayoría de los casos se prevé estipular en el clausulado del contrato la irrevocabilidad del propio instrumento con el fin de que no se extinga el fideicomiso hasta que se de cumplimiento a la obligación principal.

En cuanto al fideicomiso de garantía, para que tenga efectos dicho convenio, hay que tomar en consideración lo establecido por el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece que los actos en que se hagan constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre la cancelación de los fideicomisos de garantía deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio.

2.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado y lo haya permitido la fiduciaria expresamente al constituir el fideicomiso.

El Doctor Miguel Acosta Romero, considera al respecto que la revocación del fideicomiso no requiere consentimiento del fideicomisario para su validez, pero requiere que el fideicomitente se haya reservado expresamente esta facultad al celebrarse el contrato<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> Cfr., ACOSTA ROMERO, Miguel, Tratado... *Op. Cit.* p.332.

Ahora bien, en la práctica, tratándose de fideicomisos de garantía resulta difícil que se pueda dar este supuesto, puesto que el fideicomitente en la mayoría de los casos resulta ser el deudor obligado al cumplimiento de la obligación principal, y lógicamente el fideicomisario tiene el interés de que se cumpla con la obligación principal, y en ese sentido, no le conviene que el deudor o fideicomitente se reserve expresamente el derecho de revocar un instrumento que sirve de garantía.

Por lo que en la constitución del fideicomiso de garantía, el fideicomisario acuerda en la mayoría de los casos en establecer en el clausulado la irrevocabilidad del contrato, evitando con ello la extinción anticipada del instrumento que hace posible respaldar determinadas obligaciones en su favor.

Ahora bien, una vez analizadas las características de los elementos personales del fideicomiso de garantía y sus particularidades, en el capítulo siguiente se aclaran algunas interrogantes que se suscitan en el desarrollo de la operación de ésta figura.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **PROBLEMÁTICA INHERENTE A LA OPERACIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA**

En las operaciones de fideicomiso de garantía se pueden presentar algunos problemas y cuestionamientos respecto a su aplicación, por lo que en el presente apartado se analizarán a detalle estos puntos, para poder comprender los beneficios y riesgos que puede tener esta figura en la práctica, como una alternativa para respaldar el cumplimiento de obligaciones.

#### **4.1 TITULARIDAD DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO**

El primer cuestionamiento que surge en la operación del fideicomiso de garantía consistente en saber quién tiene la titularidad de la masa fiduciaria, entendiéndose que en todo caso será el fiduciario. Así, el fiduciario podrá tener facultad dominical de la masa fiduciaria que le transmitió el fideicomitente, para

conseguir con ello el fin establecido en el contrato, que es el de garantizar el cumplimiento de una determinada obligación en favor del fideicomisario.

En este orden de ideas, se debe considerar que la transmisión de la titularidad a la fiduciaria es un requisito sin el cual no se estaría en posibilidad de dar cumplimiento al fin establecido en el contrato y mucho menos se estaría en la posibilidad de ejercitar el procedimiento de ejecución de garantía previsto en el Código de Comercio para el caso de incumplimiento.

Ahora bien, respecto a la titularidad del patrimonio fideicomitado algunos autores han destacado indistintamente que le corresponde al fiduciario. Como lo subraya el Maestro Raúl Cervantes Ahumada, al afirmar que el fiduciario tendrá a titularidad del patrimonio fideicomitado, y detendrá el poder sobre dicho patrimonio en la medida que sea necesaria para la consecución del fin del fideicomiso. Por tanto, el fiduciario no se convierte en propietario de los bienes sino que será simple titular de dichos bienes o derechos, en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por el fin del fideicomiso<sup>188</sup>.

En este sentido, el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, ha señalado que el fideicomiso es un negocio fiduciario en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan<sup>189</sup>.

Por su parte, el Doctor Miguel Acosta Romero, considera: "La afectación y destino de los bienes objeto del fideicomiso, que regulan los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en congruencia con la estructura general de la institución y una interpretación auténtica de los mismos artículos, han llevado doctrinalmente al convencimiento de que por

<sup>188</sup> Cfr., CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Op. cit.*, p.292.

<sup>189</sup> Cfr., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Op. cit.*, p. 109.

virtud del fideicomiso, la titularidad (o sea la propiedad, en el caso de que los bienes susceptibles de ese derecho, como los inmuebles) queda transmitida del fideicomitente a la institución fiduciaria, máxime si así se declara y ratifica<sup>190</sup>.

En este orden de ideas, el maestro Rodolfo Batiza, asevera: "...en el fideicomiso por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda"<sup>191</sup>.

A su vez, el jurista José Manuel Villagordoa Lozano, menciona: "...la transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, el fideicomitente al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derechos de crédito, se transmite la plena titularidad de los mismos"<sup>192</sup>.

Abundando en relación al fideicomiso de garantía, el mismo autor en cita agrega: "...si en un contrato de fideicomiso se presenta el incumplimiento del fideicomitente deudor, el fiduciario, siendo el titular del patrimonio del fideicomiso, es decir, si se trata de bienes inmuebles, es el propietario de los mismos y de acuerdo con lo que señalamos con anterioridad, tiene la titularidad plena y se encuentra obligado a ejercer ese título de propietario, a través de la venta del inmueble fideicomitado, para dar cumplimiento al fin de garantía expresamente pactado en la constitución del fideicomiso"<sup>193</sup>.

Por su parte, el autor Julián Bernal Molina, asevera: "...los conceptos de 'titularidad' y 'transmisión de un derecho' cobran sentido en el fideicomiso de garantía. El fiduciario adquiere la titularidad del bien, pero restringida esa

---

<sup>190</sup> Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, *Op.cit.*, p.282.

<sup>191</sup> Principios Básicos del Fideicomiso, *Op. cit.*, p.37.

<sup>192</sup> *Op. cit.*, p.68.

<sup>193</sup> *Ibidem.*, p.224

titularidad a fin de garantizar al fideicomisario un crédito que tiene frente al fideicomitente o por cuenta de quien hace la afectación”<sup>194</sup>.

Por lo anterior, cabe precisar que en el fideicomiso de garantía, el fiduciario en todos los casos tendrá necesariamente la titularidad del patrimonio fideicomitado, con el objeto de respaldar con su valor, el cumplimiento de una obligación principal a cargo del fideicomitente, entendiéndose que la transmisión de la titularidad es un requisito sin el cual, la fiduciaria no se estaría en posibilidad de dar cumplimiento al fin establecido en el contrato y mucho menos estaría en la posibilidad de ejercitar el procedimiento de ejecución de garantía para el supuesto caso de un incumplimiento.

Sobre este particular, surgen las interrogantes de saber desde qué momento, para qué y hasta cuándo, el fiduciario tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitado.

En este sentido, la fiduciaria adquiere la titularidad de la masa fiduciaria, en el instante en que se constituye formalmente el fideicomiso. Es decir, cuando el fideicomitente por voluntad expresa, transmite a la fiduciaria la titularidad de ciertos bienes que servirán de garantía, y ésta a su vez, acepta formalmente su cargo como fiduciaria, plasmando dicho consentimiento en el instrumento constitutivo del fideicomiso. Por lo que la garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración.

En este orden de ideas, es de observarse, que para que dicha transmisión tenga efectos legales, además de constar por escrito, se tendrán que tomar en cuenta las formalidades que debe revestir el acto constitutivo del fideicomiso, pues si el patrimonio que se afecta en fideicomiso se trata de bienes muebles o

---

<sup>194</sup> *Op cit.*, p.57.

inmuebles que su monto exceda de la cantidad de doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión (UDIS), las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario, y tratándose de inmuebles, se deberá inscribir dicha operación en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, con el objeto de que dicha transmisión surta efectos contra terceros.

Ahora bien, la siguiente interrogante respecto de saber para qué el fiduciario tiene la titularidad del bien fideicomitido, es una situación muy lógica, toda vez que la masa fiduciaria, constituirá la garantía, que servirá para respaldar el cumplimiento de la obligación principal garantizada que deberá cumplir el fideicomitente, así, las partes que constituyen el fideicomiso, confían en que la institución fiduciaria cumpla su cometido adecuadamente y en base al contrato celebrado para ello, puesto que la fiduciaria es un especialista reconocido en la materia.

Dicho de otra manera, las entidades financieras que operan como fiduciarias son entidades profesionales, especialistas en la materia y reconocidas por la ley para actuar como entes facultados y con experiencia para realizar este tipo de operaciones, por lo que la masa fiduciaria servirá única y exclusivamente para el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato, por lo que, la fiduciaria no podrá variar en su propio beneficio el objeto del contrato, que es exclusivamente el de garantizar con la masa fiduciaria el cumplimiento de una determinada obligación, por tanto, la fiduciaria sólo podrá ejercitar los derechos y acciones derivados del contrato y tendientes al cumplimiento de los fines establecidos en el mismo clausulado del contrato.

En este contexto, la última interrogante que surge, es saber hasta qué momento la fiduciaria detendrá la titularidad del patrimonio fideicomitido.

La respuesta es que el fiduciario ostentará la titularidad de la masa fiduciaria, hasta el momento en que se hayan cumplido los fines del fideicomiso, o bien cuando se contemple alguna causal de extinción.

Respecto a este tema, cabe destacar que una vez cumplida la obligación principal materia del contrato, la titularidad de la masa fiduciaria se revertirá al fideicomitente, en tanto que para el caso de incumplimiento al pago de dichas obligaciones, la fiduciaria ejercerá el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía contemplado en el Código de Comercio, con el fin de hacer efectiva la garantía y liquidar con ello la obligación principal, por lo que en este caso, la fiduciaria detendrá la masa fiduciaria hasta la culminación del procedimiento de ejecución de garantía.

#### **4.2 USO Y DISFRUTE DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO**

Otra de las interrogantes derivadas de la operación del fideicomiso de garantía, es saber quién puede usar y disfrutar de los bienes fideicomitados, puesto que la titularidad de la masa fiduciaria en todos los casos le corresponde al fiduciario. La respuesta es que cualquier persona que designen las partes contratantes puede usar y disfrutar de dicho patrimonio, por lo que, el mismo fideicomitente podrá usar y disfrutar del bien que afectó en garantía, siempre que así conste en el contrato.

Lo anterior constituye, por sí sólo una ventaja indiscutible para emplear este medio de respaldar obligaciones.

En este orden de ideas, el autor José Manuel Villagorhoa Lozano, considera: "...si el bien fideicomitado se encuentra en posesión del fideicomitente, su título es precario, pues de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso se le dio

tal posesión como depositario, en tanto no se ejecute el fin de garantía. Dicha posesión es derivada del fideicomiso, pues la posesión originaria la conserva el fiduciario como propietario del bien"<sup>195</sup>.

Es de observarse, que el uso y disfrute del patrimonio fideicomitado deberá condicionarse a su debida conservación y utilizarse para lo que naturalmente esta destinado. Dicho de otra manera, la masa fiduciaria deberá mantener inalterablemente su valor, y estar destinada para lo que ha sido creada.

En este contexto, el artículo 405 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que cuando corresponda al fideicomitente (en la mayoría de los casos), el uso o goce de los bienes fideicomitados, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquel que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos.

Es decir, cualquier persona que designen las partes en el contrato de fideicomiso de garantía que llegue a detentar físicamente la posesión de los bienes fideicomitados, no sólo tendrá el derecho de usarlos y disfrutarlos, sino que además tendrá la obligación de cuidar de ellos como si fueran suyos y obrar respecto a ellos como si fuere un buen padre de familia.

Sobre este particular, surge la interrogante de saber qué limitantes tendrá la fiduciaria respecto a la titularidad del patrimonio fideicomitado.

Algunos autores como el Maestro José Manuel Villagordoa Lozano, coinciden en señalar que "...el fiduciario no puede disponer de los derechos transmitidos

---

<sup>195</sup> *Op. cit.*, p.224.

en su propio provecho. La limitación que se impone a dicho fiduciario consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio..."<sup>196</sup>.

Asimismo, el jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez, asevera que "El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal. En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno"<sup>197</sup>.

En este mismo orden de ideas, el Doctor Raúl Cervantes Ahumada, asegura que el fiduciario "...será simple titular de dichos bienes o derechos, en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por el fin del fideicomiso. No podrá apropiarse los bienes fideicomitidos, ni usarlos en su propio provecho"<sup>198</sup>.

Al respecto, el autor Julián Bernal Molina, manifiesta que "...el fiduciario adquiere la titularidad porque se le transmite la facultad de ejercicio de un derecho, obligando a dicho fiduciario para que ese ejercicio tienda a la realización del fin del fideicomiso, que generalmente se establece en interés del fideicomisario"<sup>199</sup>.

A su vez, el jurista Rodolfo Batiza, apunta: "En el fideicomiso por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño

---

<sup>196</sup> *Ibidem.*, p.69.

<sup>197</sup> *Curso de Derecho Mercantil, Op. cit.*, p. 109.

<sup>198</sup> *Op. cit.*, p. 292.

<sup>199</sup> *Op.cit.*, p.57.

absoluto: tiene sobre los bienes una 'propiedad fiduciaria', es decir que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso<sup>200</sup>.

Asimismo, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, concluye: "...si ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitados, éstos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a este fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente<sup>201</sup>.

Por lo anterior, se puede considerar que la fiduciaria tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitado aunado a todas aquellas facultades que se le confieran en el acto constitutivo del fideicomiso, con la única limitación de dar cabal cumplimiento a los fines establecidos en el contrato.

En este sentido, y con el objeto de asegurarse de que la fiduciaria no intente variar en su propio provecho los fines del contrato, el artículo 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto que los bienes y derechos que se den en fideicomiso serán propiedad de la institución fiduciaria, y 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.

Asimismo, haciendo hincapié en lo anterior, el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, exige a las entidades financieras que realicen operaciones de fideicomiso, integren contabilidades especiales por cada

---

<sup>200</sup> Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, *Op. cit.*, p.37.

<sup>201</sup> El Fideicomiso, *Op. cit.*, p.213.

contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Recalcando que en ningún caso, estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo.

Por tanto, se puede concluir que la fiduciaria tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitado, lo que le permitirá cumplir con los fines y objetivos plasmados en el contrato, lo anterior con la única limitante de no variar el fin que persigue el fideicomiso de garantía, que es respaldar el cumplimiento de una determinada obligación a favor del fideicomisario. Y para el supuesto caso en que se perjudique al fideicomitente, éste tendrá el derecho de ser indemnizado, como se observa en el punto cuatro siguiente.

#### **4.3 CONTINUIDAD Y CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA**

Otra de las ventajas atribuidas al fideicomiso de garantía, es que permite al fideicomitente no sólo garantizar el cumplimiento de una determinada obligación, y continuar disfrutando del bien afectado en garantía si así se acordó al respecto en el acto constitutivo del fideicomiso, sino que también se podrá dar continuidad al pago de dicha obligación en un determinado plazo, lo que deberá plasmarse igualmente en el instrumento.

Es decir, el fideicomitente podrá continuar pagando el saldo insoluto del crédito u obligación principal, en el transcurso de un determinado tiempo, para lo cual se podrán amortizar dichos pagos en la forma que así lo convengan las partes y debiendo siempre constar por escrito en el instrumento constitutivo del fideicomiso, pudiendo establecer pagos semanales, mensuales, semestrales etc. Hasta la total liquidación del crédito, dependiendo dicho plazo de las

posibilidades económicas del fideicomitente, y tomando en consideración que dicho plazo no podrá exceder de treinta años.

Ahora bien, como es de pensarse, una vez liquidado el crédito u obligación principal a cargo del fideicomitente, el fideicomiso se extinguirá por haberse dado cumplimiento a los fines que se perseguían, por lo que el patrimonio fideicomitado se revertirá al patrimonio del fideicomitente por haber dado cumplimiento fiel a lo estipulado en el contrato.

Aquí es cuando surge la duda de qué sucede cuando el fideicomitente no cumple con la obligación principal a su cargo.

En este supuesto, el fideicomitente estaría incumpliendo con la obligación de pago, por lo que el fideicomisario tendrá la facultad de solicitar a la fiduciaria que ejercite las acciones correspondientes para hacer exigible el pago de dichas obligaciones o créditos vencidos, para lo cual la fiduciaria deberá ejercitar el procedimiento que determina el Código de Comercio para el caso concreto.

En este sentido, el Código de Comercio ha establecido expresamente en su Libro Quinto, Título Tercero Bis, el procedimiento que deberá seguirse para realizar la ejecución del fideicomiso de garantía. Dicho procedimiento se divide en dos capítulos. El primero de ellos denominado del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías, otorgadas mediante fideicomiso de garantía; y el segundo, denominado del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía.

Así, el procedimiento extrajudicial lo ejercitará la fiduciaria, una vez que se verifique el supuesto del incumplimiento de la obligación principal, es decir, cuando haya créditos vencidos.

Por lo que, el procedimiento iniciará con el requerimiento formal de pago o la entrega de la posesión de los bienes, que formule el fiduciario al fideicomitente (deudor), esto mediante la comparecencia de un fedatario público que haga constar dicho requerimiento de pago o la entrega de los bienes. (Véase art. 1414 Bis 1). Y para el caso de oposición al pago del crédito, o a la entrega material del bien que sirve de garantía, se dará por concluido el procedimiento extrajudicial y quedará expedita la vía judicial, es decir se seguirá el procedimiento judicial o forzoso de ejecución del fideicomiso de garantía.

Si no se logra el objetivo del pago o la entrega material del bien objeto de la garantía en la vía prejudicial, resultará evidente la total renuencia del fideicomitente a cumplir con su obligación de pago y su oposición a hacer la entrega material del bien afecto en garantía, por lo que se tendrá que iniciar el proceso judicial o forzoso contemplado en el Título Tercero Bis, Capítulo Segundo del Código de Comercio.

Dicho procedimiento, inicia con la presentación del escrito de demanda (Cfr. art. 1414 Bis 8), acompañado del contrato respectivo de fideicomiso de garantía y la determinación del saldo que formule el fideicomisario (acreedor). En este caso el juez en un plazo no mayor de dos días admitirá la misma y dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago y, de no hacerlo, haga la entrega de la posesión material del bien fideicomitado al actor, que como se ha mencionado es la fiduciaria y para el caso de que se realice la entrega del bien afecto en fideicomiso la fiduciaria tendrá el carácter de depositaria judicial, por lo que deberá informar al juez sobre el lugar en que permanecerán los bienes que le han sido entregados, en tanto no sean vendidos.

En el mismo auto en que se le requiera de pago al fideicomitente, el juez lo emplazará a juicio en caso de que no pague o no haga la entrega material del

patrimonio fideicomitido, ocurra a contestar la demanda y oponer las excepciones si las tuviere, dentro del término de cinco días.

Para el caso que el fideicomitente (deudor) no haga el pago y se oponga a la entrega de los bienes objeto de la garantía, el juzgador lo podrá aperebrir con multa de tres hasta cuatrocientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, debiendo considerar el juez el monto de la garantía reclamada (Cfr. art. 1414 Bis 9). Y para el caso de incumplimiento a la resolución dictada por el juez de hacer la entrega material del bien objeto de la garantía, el actor pedirá se haga el uso de alguno de los medios de apremio que podrán consistir en el uso de la fuerza pública; y si fuere ineficaz el apremio por causa imputable al fideicomitente, el juez podrá ordenar arresto administrativo en contra de éste hasta por treinta y seis horas. (Véase art.1414 Bis fracciones I y II).

Una vez abierta la audiencia de desahogo de pruebas y formulados los alegatos de las partes, el juez dictará sentencia, la que será apelable únicamente en efecto devolutivo.

En este orden de ideas, es conveniente señalar que la finalidad de activar el proceso judicial de ejecución de garantía otorgada mediante fideicomiso, es la de adjudicarse o vender los bienes objeto de la garantía con el objeto de que se cubra con su importe el remanente del crédito otorgado.

En este sentido, una vez que ya se han valuado los bienes objeto de la garantía y su valor es menor o igual al monto del adeudo condenado por sentencia, 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, toda vez que así lo dispone el artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por lo que en este caso el acreedor o el fiduciario, según corresponda, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía.

Ahora bien, existe la duda respecto a qué pasará cuando una vez valuado el bien el monto recaudado no alcanza a cubrir el saldo del crédito insoluto.

La respuesta la contempla claramente el artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual ha dispuesto que las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias. Agregando que lo dispuesto en este artículo es irrenunciable.

Tal disposición protege los intereses del fideicomitente puesto que le otorga la seguridad de que bastara con dichos bienes para cubrir el crédito insoluto, dejándole la certidumbre de que quedarán extinguidas totalmente sus obligaciones si se llegare a ejecutar la garantía. Dicha disposición no se contrapone a la facultad del fideicomisario de exigir durante el desarrollo de la operación del fideicomiso, que se aporten más bienes que alcancen a cubrir con su valor el monto del crédito garantizado, en tanto no se ejercite el procedimiento de ejecución de garantía del fideicomiso.

Por otra parte, surge la duda de saber qué pasa si los bienes otorgados en garantía tienen un valor superior al del crédito reclamado.

En este sentido, el artículo 1414 Bis 17, del Código de Comercio, establece que para el caso de que el valor de los bienes objeto de la garantía sea mayor

al monto del adeudo condenado, incluidos los intereses y los gastos generados, la actora entregara al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes. Lo anterior en un plazo no mayor de cinco días. (Cfr. art. 1414 Bis 17 inciso C) .

Cabe agregar que para la venta de los bienes se deberá seguir el procedimiento que establece el Código de Comercio, pudiendo a elección del fiduciario realizarse dicha venta mediante fedatario público o ante el juez que conozca del juicio. Observando siempre el procedimiento consistente en notificar personalmente al deudor el día y hora en que se efectuará la venta de los bienes.

Dicha notificación deberá realizarse con cinco días de anticipación a la venta de los bienes. Asimismo, se publicará en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes un aviso de la venta de los mismos, en 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. Esta publicación se deberá realizar por lo menos con cinco días de anticipación a la fecha de venta de los mismos. Y para el caso que no haya sido posible realizar la venta de los bienes, el valor mínimo de venta de los mismos se reducirá en un diez por ciento.

Dicho lo anterior, se desprende que la ejecución del fideicomiso de garantía es el último fin que pretenden las partes contratantes, puesto que si el fideicomitente da continuidad y cumple fielmente con su obligación de pago, no habrá necesidad de ejercitar dicho procedimiento forzoso, para dar cumplimiento a la obligación garantizada.

#### **4.4 INDEMNIZACIÓN EN CASO DE PERJUICIOS EN CONTRA DEL FIDEICOMITENTE**

En el fideicomiso de garantía, como es necesario, el fideicomitente transmite a la fiduciaria la titularidad de ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad con el fin de garantizar una determinada obligación en favor del fideicomisario.

En este entendido, el fideicomitente confía plenamente que la institución fiduciaria, cumplirá en forma cabal con lo estipulado en el contrato de fideicomiso, cuyo objetivo principal es garantizar o respaldar con dichos bienes una determinada obligación en favor del fideicomisario.

Dicho de otra manera, el fideicomitente delega toda su confianza en la fiduciaria, toda vez que dichas entidades financieras son entidades profesionales, reconocidas por la ley y especializadas en materia fiduciaria, por lo que las partes que intervienen en el fideicomiso de garantía, tendrán la certidumbre de que dichas entidades realizarán dicha actividad sujetándose al clausulado del contrato y con apego a la ley, procediendo siempre con diligencia y profesionalismo en el desempeño de sus actividades. Por lo que, la ley ha dispuesto que para el caso de que las entidades financieras que operen como fiduciarias y cometan actos de mala fe o en exceso de facultades respecto a la operación de fideicomiso de garantía, tendrán que indemnizar al fideicomitente.

Así, el artículo 411 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que "Las instituciones señaladas en el artículo 399 de esta Ley, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de estos".

Es evidente que la disposición anterior protege los intereses de los usuarios de entidades financieras, y en particular al fideicomitente, pues es él quien delega toda su confianza en la fiduciaria y le transmite la titularidad de ciertos bienes derechos o valores de su propiedad con un fin específico. Por tanto, lo que busca dicha disposición es evitar abusos de las entidades que operan en materia fiduciaria.

Asimismo, el numeral 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que las instituciones que realicen operaciones de fideicomiso responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el contrato.

Respecto al tema, el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, comenta que el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, señala la responsabilidad de la institución por incumplimiento de sus obligaciones. Toda vez, que la fiduciaria está obligada a cumplir con el fideicomiso correspondiente, en apego a su acto constitutivo y precisamente por eso, puede y debe ejercitar todos los derechos y acciones tendientes al logro de ese fin<sup>202</sup>.

Lo anterior, en el entendido que la responsabilidad civil "...nace por el incumplimiento de las obligaciones y que origina la indemnización compensatoria"<sup>203</sup>.

Es decir, procederá el pago de daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento de la obligación. Puesto que conforme a lo establecido por el artículo 2104 del Código Civil para Distrito Federal, el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios.

---

<sup>202</sup> *Cfr.*, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, *Op. cit.*, 351.

<sup>203</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, *Op. cit.*, p. 358.

Conceptualizando al daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación, y como perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación<sup>204</sup>.

Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 411, ha dispuesto que dicha indemnización no será menor al diez por ciento del valor principal y los intereses de la suma garantizada, y en todo momento se procurará que tal indemnización cubra los perjuicios causados por dichas instituciones.

Al respecto hay que aclarar, que dicha indemnización derivada de los daños y perjuicios que se ocasionen, se valorizará en dinero, tal y como lo asevera el Maestro Rafael Rojina Villegas, al decir: "En el incumplimiento de las obligaciones previamente constituidas, aun cuando el Código Civil no lo diga, la doctrina ha entendido siempre que los daños y perjuicios deben fijarse en dinero"<sup>205</sup>.

Dicha indemnización, se incrementará un diez por ciento más, cuando la fiduciaria a su vez, reúna la calidad de fiduciaria y fideicomisaria respecto a un crédito otorgado por la misma. Es decir la indemnización no será menor al veinte por ciento del valor principal y los intereses de la suma garantizada.

Lo anterior se observa como una disposición tendiente a evitar que las instituciones fiduciarias cometan abusos en contra del fideicomitente, ya que éstas haciendo uso inapropiado de su actividad o encargo, indebidamente podrían aprovecharse de la situación en contravención del clausulado del contrato constitutivo del fideicomiso y de la ley, para tomar para sí activos o bienes afectos en fideicomiso.

---

<sup>204</sup> Cfr. Art. 2108 y 2109 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>205</sup> *Op. cit.*, p. 364.

La anterior indemnización, se sugiere sin perjuicio de que el fideicomitente que resulte afectado por la indebida actuación de la fiduciaria, solicite sea sancionada dicha institución conforme a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Cuestión que se desarrollará en el punto siguiente.

#### **4.5 SANCIONES CONTEMPLADAS PARA EVITAR GRAVÁMENES Y DEMÉRITOS EN CONTRA DEL BIEN FIDEICOMITIDO**

Con motivo 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 del año 2000<sup>206</sup>, el legislador aprovechó para tipificar algunas conductas indebidas que se pueden generar en la operación y desarrollo del fideicomiso de garantía, pretendiendo evitar mediante la imposición de algunas sanciones, que se afecten o lesionen los intereses de quienes constituyen y emplean al fideicomiso de garantía como un medio para respaldar obligaciones.

Así, se adicionó a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el artículo 413 el cual dispone: "Al que, teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces de dicho salario.

---

<sup>206</sup> En vigor un día después de su publicación.

"Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de diez mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de cien a ciento ochenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de diez mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal".

Respecto al artículo anterior, caben precisarse algunas consideraciones; en primer lugar surge la interrogante de saber qué fue lo que motivó al legislador para incluir un delito especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, específicamente en el Capítulo del Fideicomiso de Garantía.

En este sentido, se considera que los motivos que orillaron al legislador a tomar la decisión de introducir sanciones de carácter penal en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, fue en principio, el afán de evitar que el elemento personal que detente materialmente el patrimonio fideicomitado cometa abusos en el desempeño de su cargo, so pena de incurrir en una conducta delictiva.

Sin embargo, es de reflexionar que la intención que tuvo el legislador al adicionar un delito especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, fue otorgar mayor protección al sistema financiero, toda vez, que tratándose de fideicomisos de garantía, las entidades financieras que operen como fiduciarias pueden respaldar créditos que ellas mismas otorgan mediante el empleo de esta figura. Y por tanto, el sistema financiero podría verse afectado para el supuesto caso de que no se contemplen sanciones adecuadas para aquellas personas que en el desempeño de su cargo cometan actos que no sólo lesionen a los particulares sino a los propios intereses de las entidades financieras.

En este sentido, el jurista César Augusto Osorio y Nieto, asevera: "En atención a la importancia económica que el sistema financiero tiene, los grandes volúmenes de capitales que maneja y la protección que requieren los depósitos y las inversiones de los usuarios, es indispensable que las entidades financieras y las operaciones que realizan, sean protegidas legalmente inclusive con la norma más enérgica del sistema jurídico mexicano, la norma penal"<sup>207</sup>.

De esta manera, se le da a este supuesto jurídico una connotación especial considerándolo dentro de los llamados delitos financieros, puesto que no es un tipo penal común u ordinario, sino un delito especial, lo anterior atento a lo dispuesto por el artículo 6º del Código Penal Federal, el cual dispone que:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

"Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general".

En este contexto, cabe agregar el comentario de los Doctores Miguel Acosta Romero y Eduardo López Betancourt, quienes consideran: "Los delitos especiales son aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un delito. O bien pueden ser aquellas disposiciones en las que el sujeto activo o el autor del delito se encuentra en un plano diferente en relación a cualquier otro sujeto del delito, es decir, se requiere una calidad específica, señalada por el legislador, siendo éste el único que puede cometer el mismo"<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> Delitos Federales, Quinta Edición, Edit. Porrúa S.A. de C.V., México, 2001 p.531.

<sup>208</sup> Delitos Especiales, Sexta edición, Edit. Porrúa S.A. de C.V., México, 2001 p.11.

Por tanto, es de considerarse que el artículo 413 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, contiene un tipo penal especial enfocado a prevenir aquellos ilícitos que pudieran afectar la sana operación del fideicomiso de garantía. Otorgando a las entidades financieras un medio idóneo para evitar que se cometan dichas conductas que reiterativamente o en gran medida pudieran afectar al sistema financiero.

Ahora bien, éste tipo penal establece varios supuestos que se deberán encuadrar perfectamente en la conducta del sujeto activo que cometa el delito, lo anterior para que efectivamente pueda ser considerado como un delito especial previsto en dicho numeral. Tales supuestos son:

a) Que en principio, la conducta delictiva se cometa específicamente en el marco o desarrollo de una operación de fideicomiso de garantía.

b) Que dicha conducta delictiva se lleve a cabo por el elemento personal del fideicomiso que detente materialmente los bienes fideicomitidos. Pudiendo tener dicha calidad indistintamente el fideicomitente, fiduciario o fideicomisario. Toda vez, que en el fideicomiso de garantía las partes que constituyen el fideicomiso, podrán designar libremente a la persona que detente materialmente los bienes que constituyen al fideicomiso.

c) Que el elemento personal que detente materialmente la propiedad fideicomitida, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgasten fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos.

Por lo tanto, para que se considere que se ha cometido un delito especial contenido en el artículo 413 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se deberán verificar íntegramente los anteriores supuestos.

Cabe hacer el comentario al respecto, que si bien; "Los capítulos de delitos especiales deben atender fundamentalmente a la consecución de las finalidades del derecho penal, es decir a alcanzar la institucionalización de los valores sociales y de los bienes jurídicos individuales y colectivos por medio de la prevención lograda por la amenaza o temor al castigo y, mediante, la presión constituida por la imposición retributiva de la pena"<sup>209</sup>. También lo es, que en materia de tipificación de delitos especiales en muchos casos, esas leyes muestran falta de técnica legislativa y trae como consecuencia inseguridad jurídica, imprecisión e inestabilidad respecto al Código Penal<sup>210</sup>. Por lo que, se considera que la intención del legislador al adicionar un delito especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es acertada, pero para otorgar una mayor eficacia y fortaleza en este contexto, se considera que se debería incluir dicho delito en el Código Penal.

En este orden de ideas, el autor Rafael Márquez Piñero, opina: "...la inclusión de las normas penales económicas en el Código Penal proporcionan mayor transparencia a la ley, al propio tiempo que sirve de vehículo para una mayor toma de conciencia pública en relación con esta problemática, sin olvidar tampoco que, como consecuencia de la inclusión de dichas normas en los ordenamientos jurídicos penales sustantivos de carácter general, se propicia que sean estudiadas, con mayor meticulosidad y profundidad en las Facultades de Derecho, así como también en la práctica forense penal y en la bibliografía jurídico-económica. Todo lo anterior contribuirá a una mayor eficacia de las propias reglas penales"<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Op. Cit.*, p. 848.

<sup>210</sup> *Cfr.* ACOSTA ROMERO y LÓPEZ BETANCOURT, *Op. cit.* p.14.

<sup>211</sup> Delitos Bancarios, Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997. p.40.

La anterior inclusión en los ordenamientos penales, favorecería en gran medida que se haga respetar el sentir del legislador y la sociedad respecto de conductas que lesionan a los intereses de la sociedad y de las entidades crediticias.

#### **4.6 VALUACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS**

Toda vez que el fideicomiso de garantía es una alternativa para respaldar el cumplimiento de obligaciones, se deberá tomar en consideración que el valor de los bienes que conformen el patrimonio fideicomitado, debe representar por lo menos el equivalente al crédito u obligación principal, para que pueda considerarse que el crédito otorgado, se encuentra debidamente garantizado para el supuesto caso de un incumplimiento en su pago puntual.

En este orden de ideas, las instituciones de crédito con el afán de cuidar sus intereses, por regla general sobregarantizan los créditos que otorgan a veces hasta con tres veces o más el monto del crédito, situación que provoca la reducción de otorgamientos de créditos, limitando la posibilidad de muchos sectores de la sociedad para su obtención; ya que en la mayoría de los casos los solicitantes de créditos no cuentan con bienes suficientes que sirvan de respaldo para hacer frente a las obligaciones que quieran contraer. Y en este caso el fideicomiso de garantía resulta ser una alternativa para respaldar créditos, pues sólo exige que los bienes que se aporten como garantía tengan el valor aproximado del crédito a otorgar.

Verificar que el valor de los bienes que se aporten en garantía tengan el valor aproximado al crédito otorgado, no es sencillo, pues resulta complicado valorar con certeza algunos bienes muebles o inmuebles como lo son las viviendas, terrenos, casas, edificios, maquinarias, equipo de oficina, etc. En estos casos,

el problema se resuelve con la asesoría de valuadores profesionales como lo son: corredores públicos, peritos titulados y especialistas en la materia de arquitectura o ingeniería, los Almacenes Generales de Depósito<sup>212</sup>, así como las propias Instituciones de Crédito, según lo dispone el artículo 46 fracción XXII, al indicar que las instituciones de crédito podrán "...encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes le asignan a los hechos por corredor público o perito".

En este sentido, los corredores públicos cobran importancia en materia de avalúos, pues a partir de la entrada en vigor la Ley Federal de Correduría Pública<sup>213</sup>, éstos pueden fungir como peritos valuadores. Lo anterior según lo dispuesto por el artículo sexto fracción segunda de la ley en cita, el cual dispone: "Al corredor público corresponde... fungir como perito valuador, para estimar, cuantificar y valorar los bienes, servicios, derechos y obligaciones que se sometan a su consideración, por nombramiento privado o por mandamiento de autoridad competente".

Ahora bien, los profesionales autorizados para realizar avalúos, consideran múltiples factores relativos a los bienes, como son la ubicación, antigüedad, tipo de construcción, material, acabado, y características particulares de los bienes y en general cualquier otro tipo de información que sirva de apoyo para estimar y determinar con exactitud comercial, el valor real que tienen los bienes en el mercado.

Cabe aclarar que el fin del avalúo es el de determinar con exactitud el valor comercial de los bienes en el mercado y no se puede comparar con el valor catastral, pues éste sólo corresponde al valor que determina el Estado, con el fin de llevar un control administrativo que sirve de base o referencia para

---

<sup>212</sup> Cfr. Artículo 11 fracción segunda, "...los almacenes generales de depósito podrán ...valuar los bienes y mercancías".

<sup>213</sup> Publicada en el D.O.F. el día 29 de diciembre de 1992.

calcular ciertas contribuciones que deberán pagar los particulares como lo es el impuesto predial.

Ahora bien, para determinar el valor catastral el Estado por conducto de las dependencias de la administración pública autorizadas para ello, toman en consideración específicamente el valor del suelo, la superficie construida y la ubicación del mismo, entre otros factores, pero sin tomar en consideración las características específicas de cada inmueble, que resultan necesarias para determinar el valor comercial, por lo que no constituye una valuación comercial, pero sí un parámetro para su determinación.

Asimismo, la valuación, también servirá para dar cumplimiento a las obligaciones contables que tienen las instituciones financieras que operen como fiduciarias. Por lo que, dicha valuación deberá realizarse con la mayor exactitud posible, pues no sólo servirá para determinar el valor real de los bienes, sino que con el mismo se formará un registro contable especial que las instituciones fiduciarias requieren por ley, para realizar este tipo de operaciones.

Al respecto, la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 79 establece que en las operaciones de fideicomiso se abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y los demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o las disminuciones, por los productos o gastos respectivos.

Lo anterior, con el fin de llevar una sana contabilidad de las operaciones que se realizan a través de esta figura, así como para mantener la información contable disponible para las partes que lo soliciten, proporcionando un control de las cuentas que le son confiadas a la institución fiduciaria.

Ahora bien, cuando se utiliza el fideicomiso de garantía para respaldar créditos otorgados por las entidades financieras, en los cuales la propia entidad financiera opera como fiduciaria y fideicomisaria al mismo tiempo, resulta complicado que los valuadores sean parciales, pues en la mayoría de los casos las entidades financieras que operan como fiduciarias, cuentan con sus propias empresas filiales dedicadas a practicar avalúos. Y por otro lado si se otorga un crédito sin el suficiente respaldo, acarrearía como consecuencia un detrimento en el valor de la garantía para la entidad que opere como fiduciaria, aunado a que si dichas conductas son numerosas o reiterativas, provocarían que se pusiera en riesgo al sistema financiero.

En este sentido, si no se realiza un avalúo correcto de los bienes que servirán de garantía, se estarían otorgando créditos de difícil o imposible recuperación. Situación que busca precisamente evitar esta figura, tal y como se menciona en la exposición de motivos del decreto que da origen al fideicomiso de garantía, al mencionar que dicha reforma pretende "...facilitar los procesos de otorgamiento y recuperación del crédito a fin de que el mismo fluya hacia distintas actividades productivas y, de esta manera, apoye el desarrollo económico y social del país..."<sup>214</sup>.

Lo anterior se podría evitar solicitando el servicio de valuación de profesionales en la materia, totalmente independientes de los elementos personales que constituyen el fideicomiso. Por lo que será necesario que desde la constitución de todo fideicomiso de garantía, las partes convengan la manera o procedimiento de valoración de los bienes que serán objeto de la garantía. Lo anterior atento a lo establecido en el último párrafo del artículo 1414 Bis, del Código de Comercio, el cual dispone que: "Al celebrar el contrato las partes deberán establecer las bases para designar a una persona autorizada, distinta al acreedor, para que realice el avalúo de los bienes..."

---

<sup>214</sup> Gaceta Parlamentaria Año III, Núm. 502, del 28 de abril de 2000.

#### **4.7 INCREMENTO DEL VALOR DE LA GARANTÍA**

Resultan pocos los casos en los cuales los bienes que se aportan con el objeto de garantizar una determinada obligación, aumentan su valor, pues es más factible que tiendan a devaluarse. Pero para el supuesto caso, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha dispuesto en la fracción VII del artículo 406, que las partes deberán convenir desde la constitución del fideicomiso "...los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen sustancialmente su valor".

Tal disposición permite a las partes convenir la manera en la que se determinará el incremento del valor de los bienes materia de la garantía, con la notable ventaja para el fideicomitente, que podrá solicitar la revisión de valor del bien ofrecido en garantía y se determine el costo comercial al momento, pues de llegar a incumplir con la obligación principal y la ejecución de la garantía mediante el procedimiento establecido para tal efecto, se tendría la certeza de que el valor de dichos bienes será el adecuado al precio comercial que rija en el mercado al momento de su venta, y no en el precio que se fija en el avalúo al momento de la contratación.

Por lo que, si se llega a hacer efectiva la garantía mediante el procedimiento establecido para ese efecto, los ingresos obtenidos de la venta del bien dado en garantía cubrirán la obligación principal y sus accesorios, y de llegar a existir un remanente le será entregado al fideicomitente.

Por otra parte, si el valor de la garantía aumenta el fideicomisario, (acreedor), obtendrá la notable ventaja de contar con una garantía que respalde suficientemente el cumplimiento de la obligación principal, a cargo del fideicomitente (deudor), para el supuesto caso de su incumplimiento, y éste tendrá un mayor interés en cumplir la obligación adquirida inicialmente.

#### **4.8 DEVALUACIÓN DEL BIEN FIDEICOMITIDO**

En la mayoría de los casos, los bienes que sirven de garantía tienden a devaluarse por múltiples factores, como son el simple transcurso del tiempo, la disparidad del peso frente a otras divisas, así como la variación del valor de los elementos de producción. Lo anterior aunado al desgaste normal que sufren los bienes por su simple uso normal, como lo son las viviendas para habitación, maquinarias y vehículos, por mencionar algunos. Aunque también puede apreciarse en sentido contrario, los efectos de la plusvalía

En este orden de ideas y atendiendo a la forma establecida en el contrato para la valuación de los bienes, en un momento dado y a petición del fideicomisario, se tendrá que realizar un nuevo avalúo, para determinar si dichos bienes han perdido su valor al grado de no ser suficientes para respaldar el monto de la obligación principal garantizada, lo que no imposibilita la consecución del objeto del fideicomiso pues se podrán aportar otros bienes que basten para alcanzar el nivel de garantía necesario para respaldar la obligación principal.

Por tanto, si lo que se pretende es utilizar a la figura del fideicomiso privado de garantía como un medio alternativo y eficaz para respaldar obligaciones, también hay que tomar en cuenta que si no se respalda suficientemente un crédito, se puede dar pauta a su posible incumplimiento, sobre todo en aquellos créditos de largo plazo, situación que ha favorecido el encarecimiento del crédito, y la necesidad de sobregarantizar estas operaciones, a veces hasta con más de tres veces el valor de la obligación principal. Situación que desfavorece a un sector amplio de la población que no tiene acceso a créditos de interés social, y su imposibilidad de acceder a otro tipo de créditos.

En este particular, el artículo 404 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: "...de convenirse así en el contrato, si el valor de mercado

de los bienes fideicomitidos disminuye de manera que no baste a cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar al deudor de ello judicialmente o a través de fedatario”.

En este sentido, el fideicomiso privado de garantía resulta ser una figura flexible que permite al deudor (fideicomitente), ofrecer en principio determinados bienes en garantía, que respalden una determinada obligación, y para el caso de que dichos bienes llegaren a devaluarse, el mismo fideicomitente podrá aportar otros bienes adicionales que basten para garantizar la obligación principal en su caso y con ello continuar los beneficios que le otorga el fideicomiso, como lo es por ejemplo continuar con el uso y disfrute de los bienes aportados y continuar el pago de la deuda en el transcurso del tiempo.

Lo anterior, aunado que para el caso de incumplimiento de pago y la imposibilidad de aportar adicionalmente otros bienes al fideicomiso, el fideicomitente deudor quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten de la obligación principal, puesto que el acreedor por ley no tendrá derecho de exigir las diferencias que resulten, si concluido el procedimiento de ejecución de garantía no se alcanza a cubrir el monto de la deuda principal.

En igual orden de ideas, el artículo 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, reitera: “Las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcancen para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del

acreedor de exigir las diferencias. Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable”.

#### **4.9 VENCIMIENTO ANTICIPADO**

En el fideicomiso privado de garantía, las partes podrán convenir en el clausulado del contrato, las causales por las cuales se podrá dar un vencimiento anticipado del mismo, por lo que el fideicomitente, fideicomisario y fiduciario podrán estipular libremente las causales que den origen a un vencimiento anticipado, con la inherente consecuencia de poder iniciar el procedimiento de ejecución de garantía, al verificarse dicho supuesto.

En este sentido, en la mayoría de los contratos el fideicomisario y el fiduciario optan por estipular, que para el caso de que los bienes sean utilizados con un fin o uso diverso al que originalmente se pactó, se tendrá por vencido anticipadamente, aún cuando se esté dando cabal cumplimiento al pago de la obligación principal. Por lo que el contrato se tendrá por vencido anticipadamente y se dará pauta a ejercitar el procedimiento de ejecución de garantía, para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación principal.

Ahora bien, el artículo 404 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su segundo párrafo establece: “De convenirse así en el contrato, si el valor de mercado de los bienes fideicomitados, disminuye de manera que no baste a cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar al deudor de ello judicialmente o a través de fedatario”.

En este supuesto, el vencimiento anticipado no opera de inmediato, pues como se observa, dicho numeral otorga al fideicomitente (deudor), la opción o facilidad de poder ofrecer otros bienes o en su caso adicionar a la garantía otros, que sean suficientes para respaldar el cumplimiento de la obligación principal, antes de que el fideicomisario (acreedor), exija el vencimiento anticipado del contrato, situación que daría pauta al fideicomisario de ejercitar el procedimiento de ejecución de garantía.

Cabe destacar, que en supuesto caso de que el fideicomisario quiera dar por vencido anticipadamente el contrato, tendrá que notificar dicha situación al fideicomitente, ya sea judicialmente o a través de fedatario. Lo anterior con la finalidad de que el fideicomitente (deudor), se entere fehacientemente del hecho, y tenga la opción de aportar otros bienes que basten para respaldar la obligación principal y seguir disfrutando de los beneficios que le otorga el fideicomiso.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** En el sistema jurídico mexicano, se distinguen dos tipos de fideicomiso: el público y el privado. El primero de ellos es una entidad paraestatal seguida de un acto de comercio por el cual, el Gobierno Federal o Estatal, actúa como fideicomitente, aportando ciertos bienes, derechos o valores a una institución de crédito que funge como fiduciaria, para que realice un fin lícito, determinado y de interés público, en favor de otra persona a quien se le denominará fideicomisario; o de algún sector económico del país o de su población.

El fideicomiso privado, es también un acto de comercio y a la vez un contrato financiero, en virtud del cual una persona física o jurídica, con capacidad necesaria para afectar ciertos bienes, derechos o valores de su propiedad, llamada fideicomitente, transmite dicha titularidad dominical a otra persona denominada fiduciaria, para que ésta con su administración y organización, realice un fin lícito y determinado, a favor de otra persona física o moral denominada fideicomisario; o incluso a favor alguna entidad sin personalidad, que se puede beneficiar con tal fin.

**SEGUNDA.-** La naturaleza jurídica del fideicomiso privado, es la de ser un contrato mercantil, toda vez, que indefectiblemente existe un acuerdo de voluntades entre las personas que lo constituyen; fideicomitente y fiduciario, quienes plasman por escrito su voluntad de producir y transferir derechos y obligaciones, en beneficio del fideicomisario, al momento de su constitución.

**TERCERA.-** El fideicomiso es un contrato mercantil formal, ya que, las partes que requieran crear un fideicomiso deberán manifestar la voluntad de constituir dicho acto por escrito, a través de un contrato. Y en caso de que se afecten en fideicomiso bienes inmuebles, se requerirá además, que dicho acto se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, para que tenga validez frente a terceros.

**CUARTA.-** El patrimonio fideicomitado es esencial en todo tipo de fideicomiso, ya que permite a la fiduciaria con su administración y organización, hacer materialmente posible el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato. Y se conforma dependiendo de la finalidad que se le quiera dar, de cualquier tipo de bienes, derechos o valores que sean transmisibles por el fideicomitente, mismos que quedarán afectados exclusivamente para los fines que persiga el contrato, bajo el dominio de la fiduciaria.

**QUINTA.-** La constitución del fideicomiso privado de garantía, viene a ser un contrato accesorio, en virtud de que existe un contrato principal de diversa índole, cuyo cumplimiento requiere ser garantizado, motivándose así la constitución del fideicomiso, cuyo fin es el de respaldar el cumplimiento de esa obligación principal, permitiendo estipular o convenir derechos y obligaciones para las partes, de una manera sencilla y flexible de acuerdo a sus necesidades.

**SEXTA.-** En el fideicomiso de garantía, las partes pueden pactar múltiples maneras respecto al uso que se le va a dar a los bienes aportados en garantía, incluso convenir que el propio fideicomitente sea la persona que use o disfrute de ellos, permitiéndole así, disfrutar de los bienes afectados en garantía, siempre y cuando continúe con el cumplimiento de la obligación principal garantizada.

**SÉPTIMA.-** Los elementos personales que constituyen al fideicomiso privado en garantía, son los mismos que en cualquier otro tipo de fideicomiso, con la diferencia que el fiduciario puede reunir a su vez, también el carácter de fideicomisario y fiduciario, en aquellos fideicomisos que se constituyen para garantizar obligaciones a su favor. Y en estos casos, pueden fungir como fiduciarias, además de las instituciones de crédito, las instituciones de fianzas y de seguros; las sociedades financieras de objeto limitado; y los almacenes generales de depósito

**OCTAVA.-** En el desempeño de las operaciones de fideicomiso de garantía, las fiduciarias, están obligadas a obrar siempre como buen padre de familia, y a observar estrictamente las disposiciones que lo rigen; atendiendo a las sanas prácticas fiduciarias, con el fin de proteger los intereses de sus clientes.

**NOVENA.-** La valuación de los bienes objeto de la garantía es parte fundamental en la contratación de éste tipo de fideicomiso, porque los bienes que se aportan para respaldar el cumplimiento de la obligación principal, tienen que ser suficientes para que se cumpla el objeto principal del fideicomiso, el cual es respaldar adecuadamente el cumplimiento de una determinada obligación preexistente.

**DECIMA.-** El procedimiento para ejecutar el fideicomiso de garantía es ágil y efectivo para obtener el pago de la obligación principal garantizada, en caso de incumplimiento; y le permite a la fiduciaria, como titular de los bienes, ejercer un procedimiento especialmente creado para este tipo de situaciones y obtener el pago de la obligación principal, con la venta de los bienes objeto de garantía, evitando con ello recurrir a los prolongados juicios que existen en la actualidad para poder ejecutar las garantías.

**DECIMA PRIMERA.-** La intención del legislador, al adicionar un delito especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, respecto algunas de las actividades ilícitas que se pudieran cometer en el desarrollo del fideicomiso de garantía, es acertada para proteger los intereses de quienes realizan este tipo de operaciones, y en especial los de las fiduciarias, pues utilizan este medio de garantía para respaldar obligaciones a su favor, pero para otorgar una mayor eficacia y fortaleza en éste contexto, se debe incluir dicho delito en el Código Penal, para propiciar con ello una mayor precisión y seguridad jurídica, respecto a las conductas que tipifica y sanciona, por ser éste el ordenamiento más enérgico del sistema jurídico mexicano.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) OBRAS GENERALES.

- ACOSTA ROMERO, Miguel. *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso*, segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Bancario*, quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1995.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Et. Al., Código Civil para el Distrito Federal Comentado*. Vols. I-III, primera edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997.
- ACOSTA ROMERO, Miguel y LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Delitos Especiales*, sexta edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.
- BATIZA, Rodolfo. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1985.
- BATIZA, Rodolfo. *La Hermenéutica Jurídica en el Fideicomiso*. Editorial Jus, S.A. de C.V. México, 1980.
- BAUCHE GARCADIENO, Mario. *Operaciones Bancarias, quinta edición*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1985.
- BERNAL MOLINA, Julián. *Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso*. Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. de C.V., México. 1988.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*, sexta edición. Editorial Herrero S.A. de C.V., México, 1991.
- CERVANTES ALTAMIRANO, Efrén. *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Vázquez del Mercado*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1990.
- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso*, octava edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1999.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*, tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1992.
- KELSEN Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional Autonomía de México, primera edición México, 1995.
- LEPAULLE PIERRE. *Tratado Teórico Práctico del Trust*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1975.
- MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. *Delitos Bancarios*, tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1997.
- MUÑOZ, Luis. *El Fideicomiso*, segunda edición. Editorial Cárdenas, S.A. de C. V. México, 1980.
- ORTIZ SOLTERO, Sergio Montserrat. *El Fideicomiso Mexicano*, primera edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1997.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. *Delitos Federales*, quinta edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2001.
- RABASA, Oscar, *El Derecho Angloamericano*; Estudio expositivo y comparativo del common law, primera edición. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- PENICHE LOPEZ, Edgardo, *Introducción al Derecho*, decimocuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1985.
- PIÑA MEDINA, Jorge. *Et al., Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*, Banco Mexicano Somex, México, 1982.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Bancario*, octava edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil T. II*, vigésimo cuarta edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 1999.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, T. III, decimonovena edición. Editorial Porrúa, S. A. de C.V. México, 1993.
- SANCHEZ SODI, Horacio. *El Fideicomiso en México*, Editorial Greca, S.A. de C.V., México, 1996.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso, tercera edición*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1982.

## **B) TEXTOS ENCICLOPÉDICOS**

*Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1998.

*Diccionario de Derecho*, Rafael, de Pina Vara, tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1984.

*Diccionario de Derecho Mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición. Editorial Porrúa S.A. de C. V., México, 2001.

## **C) HEMEROGRAFÍA**

*Revista Jurídica PEMEX Lex*, VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Actualización sobre aspectos jurídicos del fideicomiso mexicano*, No. 129-130, México, 1999.

*Revista Jurídica PEMEX Lex*, ROLANDINI, Jesús, *Antecedentes Históricos del Fideicomiso en México*, No. 110-111, México, 1997.

*Gaceta Parlamentaria*. Año III. No. 502, Abril, México, 2000.

## **D) ORDENAMIENTOS JURÍDICOS**

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código de Comercio.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley del Banco de México.

**Ley de Inversión Extranjera.**

**Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.**

**Ley Federal de Entidades Paraestatales.**

**Ley Federal de Correduría Pública.**

**Código Civil para el Distrito Federal.**

**Manual de Normas Presupuestales para la Administración Pública Federal.**