00761
17

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"TRATAMIENTO DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO EN EL JUICIO CONCURSAL".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LIC. DEMETRIO LEONIDES PACHECO RUEDA

ASESOR: DOCTOR ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, OCTUBRE DEL 2003

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

*Al **Doctor A. Fabián Mondragón Pedrero,** por todos sus consejos y el enorme apoyo que tuve la suerte de recibir, sin los cuales no hubiera sido posible la elaboración de este trabajo.*

*Al **Licenciado Alfredo Fonseca Hernández,** generoso maestro.*

*A **Carolina García,** por todas sus enseñanzas y sabios consejos.*

...to a la Dirección General de Bibliotec...
UNAM a difundir en formato electrónico e impr...
contenido de mi trabajo recepcio...
NOMBRE: Pacheco Rueda
Demetrio Leonides
FECHA: 11 Febrero 02
FIRMA:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*A mis queridas hermanas, **Sofía y Luz** por las atenciones y apoyo que cotidianamente me brindan.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A Rosío Arroyo Casanova, naturalmente!.

De manera especial dedico este trabajo a mi esposa, por el apoyo invaluable que siempre he recibido de ella; Rosío: me llena de dicha compartir contigo este trabajo; es para mí una gran alegría hacerte parte de este proyecto que significa cerrar un ciclo en mi vida profesional y comenzar contigo uno nuevo en mi formación como ser humano.

Con amor:

Kennst du das Land, wo die Zitronen blühn,
im dunkeln Laub die Gold-Orangen glühn,
ein sanfter Wind vom blauen Himmel weht;
die Myrte still und hoch der Lobeer steht,
Kennst du es wohl?
Dahin! Dahin!
Möcht ich mit dir, oh mein Geliebter, ziehn!

J. W. von Goethe.

¿Conoces el país donde medra el limonero y doradas naranjas bajo la parra brillan?,
del cielo azul un leve céfiro se desprende;
plácido el arrayán y altivo el laurel vibran.
¿Conoces el país?, dime.
Ahí...ahí, quisiera yo contigo amada mía, volar!

J.W. von Goethe.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi padre, Lic. José Carlos Pacheco Camacho. *Que este trabajo sea un medio para agradecerte la confianza que has depositado en mí. Agradezco la fortaleza que me has dado en todos los momentos -felices y difíciles- de mi vida; es una enseñanza que me acompaña como valor inquebrantable. A ti papá dedico estas páginas con profundo respeto y cariño.*

A mi madre Sra. María de la Luz Rueda Quiróz, *con cariño, por la ayuda y apoyo que siempre me brindas a manos llenas; has sido siempre una enorme motivación para alcanzar mis metas.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCION.

La materia concursal ha iniciado una nueva etapa en México a partir de la promulgación de la controvertida Ley de Concursos Mercantiles y su publicación en el Diario Oficial de la Federación en fecha 12 de mayo del año 2000. Este ordenamiento abroga la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos que regulaba la materia desde 1942.

La aparición de un nuevo ordenamiento en materia de concursos fue resultado de una ruda crítica a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebras que contemplaba la antigua ley, por lo que la desaparición del viejo ordenamiento trajo consigo beneplácito y entusiasmo entre analistas financieros y dueños del capital, quienes desde tiempo atrás venían pidiendo una reforma integral en materia de garantías.

Esta reforma insistían, permitiría mayor certidumbre a la recuperación y reactivación de créditos en nuestro país. El día de hoy es evidente que los resultados obtenidos no coinciden con los que fueron señalados en días previos a la aparición del denominado *paquete de garantías*. El crédito parece ser una especie en franca extinción en nuestro país.

Esta reforma apareció con una intención singular: dar certidumbre al crédito y a su eventual recuperación, creando un marco jurídico propicio y benévolo para lo que en la exposición de motivos se denominó *reasignación eficiente de recursos*. Esta reasignación no es otra cosa que la redistribución o recuperación expedita de los bienes dados en garantía por el deudor.

En principio, la intención es acertada; no así los fundamentos o elementos de carácter técnico con los que fue realizada la regulación. Es nota característica la Ley de Concursos Mercantiles que el comerciante y la empresa son sujetos de riesgo en quienes no se puede confiar; se privilegian elementos de carácter económico sobre aquellos que tradicionalmente rigen a nuestro sistema jurídico como son: la rectoría del procedimiento por parte del juzgador y la gratuidad en la impartición de justicia.

Específicamente, en la Ley de Concursos Mercantiles se modificó sustancialmente el tratamiento de la patrimonio fideicomitido, integrando éste último a la masa concursal cuando el comerciante hubiere afectado o destinado dicha masa patrimonial a una actividad mercantil. Este tratamiento tuvo el objetivo de crear un centro de responsabilidad objetivo o concreto, para evitar que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mediante un mecanismo de afectación de bienes, el deudor pudiera evadir obligaciones frente a terceros.

El trato que se da en este ordenamiento a la masa fideicomitida, permite corroborar esta preponderancia de elementos económicos que como señalo distinguen a la ley de concursos, allana el camino hacia la ejecución coactiva sobre el comerciante y la empresa. Con un análisis superficial de conceptos jurídicos fundamentales, la ley en comento integra el patrimonio fideicomitido, o por lo menos lo equipara al concepto comerciante, en aras de construir un centro de imputación normativa específico, *alguien* a quien poder ejecutar.

Es notorio que si la ley de concursos integra los bienes fideicomitidos a la masa concursal, relega o pasa por alto los fines que se hubieren señalado en el contrato, dejando en un plano secundario los derechos del fideicomisario, a quien en mi opinión se le conculcan garantías individuales, pues sin haber sido oído ni vencido en juicio, se le priva de derechos que se hubieren podido generar a su favor en el referido acuerdo.

En estos dos puntos se enfoca la crítica y propuesta que formulo en el presente trabajo. La inquietud para su elaboración derivó de lo controvertido del tema y casos prácticos que he tenido oportunidad de conocer en el ámbito de mi vida profesional.

Ciudad de México, octubre del 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Abreviaturas más usadas.

a. Artículo.
a.a. Artículos.
CCV.- Código Civil Vigente para el Distrito Federal.
C.Co.- Código de Comercio publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 7 a 13 de octubre de 1889.
CPEUM.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.
CJF.- Consejo de la Judicatura Federal.
DOF.- Diario Oficial de la Federación.
IFECOM.- Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles.
LGSM.- Ley General de Sociedades Mercantiles.
LGTOC.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LCM.- Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del año 2000.
LGSM.- Ley General de Sociedades Mercantiles.
LGTyOC.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LQySP.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos publicada en el DOF el 20 de abril de 1943.
RPPyC.- Registro Público de la Propiedad y del Comercio.
SCJN.- Corte Suprema de Justicia de la Nación.
SHyCP.- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
U.N.AM.- Universidad Nacional Autónoma de México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Tratamiento del patrimonio fideicomitido en el juicio concursal.

CAPITULO PRIMERO.
Generalidades.
características básicas del Fideicomiso.

I.- Antecedentes de regulación, su aparición en el derecho mexicano.----------1

1. El pretendido antecedente romano y su fundamento cercano al *trust* anglosajón.

2. El fideicomiso en los Estados Unidos Mexicanos.
   A. Proyecto Limantour.
   B. Proyecto Creel.
   C. Proyecto Vera Estañol.
   D. Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.
   E. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.
   F. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.
   G. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932
   H. Breve reflexión acerca de su aplicación práctica y el espíritu del legislador.

II. Concepto legal.----------10.

1. La propiedad como elemento singular en el fideicomiso.
   A. Temporalidad en la titularidad del fideicomiso.
   B. La singularidad de la titurlaridad en el fideicomiso.

2. Breve referencia al concepto patrimonio.

III. Ordenamientos que regulan el fideicomiso en los Estados Unidos Mexicanos.----------16.

1. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
2. Ley de Instituciones de Crédito
3. Ley del Mercado de Valores.
4. Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5. Ley de Concursos Mercantiles.
6. Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas

IV. Elementos del fideicomiso.----------17.

1.- Personales.

A. Fideicomitente.
B. Fiduciario.
C. Fideicomisario.

2.-Objeto.

A. Directo e Indirecto.

3.-Consentimiento.

A. Concepto.
B. Oferta.
C. Aceptación.
a. Sistema de la declaración.
b. Sistema de la expedición
c. Sistema de la recepción.
d. Sistema de la información.

V.- Teorías sobre la naturaleza del fideicomiso.----------23.

1.- Mandato.
2.- El fideicomiso como patrimonio sin titular.
3.- Teoría del desdoblamiento de la propiedad.
4. Contrato.
5. Manifestación unilateral de voluntad.
6. Opinión del maestro Alfredo Domínguez Martínez.
7. Crítica a éste último autor.

CAPITULO SEGUNDO.
El fideicomiso como negocio jurídico.

I. El fideicomiso desde la perspectiva de los hechos jurídicos.---------—33.

A. Acontecimiento jurídico.
B. Hecho jurídico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C. Acto jurídico.
D. Negocio jurídico.

1. Manifestación de la voluntad de las partes
en el fideicomiso.
a. Forma expresa
b. Forma tácita.
c. Silencio.

A. De la fideicomitente.
a. Propuesta.
b. La aceptación de la fiduciaria.

B. De la fiduciaria.

C. Del fideicomisario.

2. Situación del patrimonio fideicomitido.
a. Objeto directo y objeto indirecto en el fideicomiso.

A. Respecto a las partes del fideicomiso.
a. Fideicomitente.
b. Fiduciaria.
c. Fideicomisario

B. Respecto a terceros.
a. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
b. Ley de Concursos Mercantiles.

C. El patrimonio fideicomitido frente
al cumplimiento coactivo de obligaciones.

CAPITULO TERCERO.
El juicio concursal en el ámbito mercantil
en los Estados Unidos Mexicanos.

I. Breve antecedente.----------64.

A. Surgimiento de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

B. Reflexión sobre su objetivo y motivación.

C. Principios rectores de este ordenamiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

D. La suspensión de pagos.

E. La quiebra.
Elementos.
a. Comerciante
b. Cesación de Pagos.
c. Obligaciones.
d. Pluralidad de Acreedores.

F. Breve Reflexión respecto estos los procedimientos contenidos en la LQySP.

II. El derecho concursal mexicano.----------83.

A. Motivos que generan la Ley de Concursos Mercantiles.

B. Principios plasmados en este ordenamiento.

C. Ejes para formular la ley vinculados a la situación
actual del Estado Mexicano.

D. Inclusión de la Ley de Concursos Mercantiles en el derecho positivo mexicano.

**III. Comparación entre la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
y la Ley de Concursos Mercantiles para tratar
el patrimonio fideicomitido.----------93.**

A. La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos Autonomía del patrimonio fideicomitido respecto a la masa concursal.

B. La Ley de Concursos Mercantiles y la integración del patrimonio afecto al fideicomiso a la masa concursal.

C. Afectación patrimonial para actividad empresarial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO CUARTO.
Crítica a la regulación actual del Patrimonio Fideicomitido en la Ley de Concursos Mercantiles.

I. La inclusión del patrimonio fideicomitido como elemento novedoso en la ley concursal.----------105.

A. Señalamiento.
B. Presupuestos del concurso mercantil.

C. Atributos de la personalidad.
a. Nombre
b. Domicilio
d. Nacionalidad

D. Calidad jurídica de comerciante.
a. Persona física.
b. Persona moral o jurídico-colectiva.
c. Patrimonio fideicomitido.

E. La denominada *"afectación para actividad empresarial".*
a. Elementos de la empresa.
1. El empresario
2. Patrimonio.
3. Empleados y trabajadores

II. Vinculación con otros ordenamientos.----------129.

F. Reforma de otras leyes.
G. Efectos que se producen.
a. Integración del patrimonio fideicomitido dentro del concepto jurídico comerciante.
b. Efectos respecto a los fines *empresarial* o genérico que refiere el artículo 4º de la LCM y específico señalado en el propio contrato.

H. Aplicación de las consecuencias.

III. Propuestas.----------134.

Conclusiones.

Fuentes Consultadas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO PRIMERO.

Generalidades.
Características básicas del Fideicomiso.

I.- Antecedentes de regulación y aparición del fideicomiso en el derecho positivo mexicano.

1.- El pretendido antecedente romano y su fundamento cercano en el *trust* anglosajón.

El significado de la palabra Fideicomiso proviene del latín *fideicommissus*, de fidei: fe y *commissus:* confiar, esto es, confiar en la fe de alguien. La institución denominada fideicomiso, tiene una antigua tradición que data del derecho romano y se vincula con la transmisión testamentaria, cuando el testador manda al heredero que la herencia o parte de ella la transmita a otro.

En el derecho anglosajón existe análogamente el denominado *Trust.* Esta palabra *trust,* sólo tiene la analogía etimológica de confiar algo a otro.[1]

No obstante que derivan de sistema jurídicos distintos, en las instituciones que conocemos hoy día como fideicomiso y el *trust* anglosajón, encontramos una vinculación o rasgo que les es común a ambas figuras o actos jurídicos: el destinar o transmitir a otro uno o varios bienes que serán destinados a un fin determinado, mediante un acto jurídico sustentado en la confianza.

No obstante de tener raíces en el derecho romano, existe la opinión en el sentido de considerar al fideicomiso como una institución reciente en nuestro derecho, y fundado en ideas que derivaron del *trust* utilizado para la construcción de obras ferroviarias en los Estados Unidos, por lo cual en principio se consideró como una figura un tanto exótica debido a que derivada de un sistema jurídico con características diversas al sistema jurídico mexicano, por lo que algunos tratadistas lo concibieron como un remiendo o agregado extraño a nuestro sistema

---

[1] Cfr. Roalandini, Jesus. *Antecedentes históricos del fideicomiso en México.* Revista PEMEX-LEX No. 109-110, julio-agosto de 1997. Distrito Federal, México. p. 11

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

legal, que poco o nulo éxito tendría en el terreno práctico, sin embargo, la realidad nos muestra que esta institución es muy utilizada por determinadas personas que buscan la respuesta a sus necesidades.

2.- El fideicomiso en los Estados Unidos Mexicanos.

Afirma Jesús Roalandini que antes del fenecido siglo XX, no existieron antecedentes del fideicomiso en México, figura seque ubica a partir del año 1900, pues con anterioridad afirma, no sentó precedente alguno y su trascendencia es más bien limitada.[2]

Partiendo de la idea de una aparición reciente en México, que se remonta a principios del siglo XX, señalaré los siguientes antecedentes:

A. Proyecto Limantour. Recibe tal nombre por el Sr. José Yves Limantour, secretario de hacienda de quien fuera denominado *"héroe de la paz"* Porfirio Díaz, este proyecto fue enviado al Congreso de la Unión a través de una iniciativa por la cual se pretendía facultar al ejecutivo para la expedición de una ley para constituir instituciones comerciales encargadas de fungir como *agentes fideicomisarios.* Este proyecto se considera como el primer antecedente "teórico" (en virtud de que no fue aprobado por el Congreso mexicano) del fideicomiso mexicano y el primer intento de adaptar el Trust anglosajón a un sistema jurídico romanista como el mexicano.[3]

En México, este proyecto siguiendo el estudio de María Carreras Maldonado, puede establecerse que es el primer intento por reconocer a la institución que hoy conocemos como fideicomiso, y en 1905 se propuso el que se conoce como *Proyecto Limantour,* aunque fue redactado por el licenciado Jorge Vera Estañol, proyecto que ni siguiera se tomo en cuenta a consecuencia de la situación que imperaba en el país, poco antes y durante la Revolución. [4]

---

[2] *Ibidem.*
[3] *Idem p. 12.*
[4] Cfr.Carreras Maldonado. Maria. *Naturaleza de los derechos de la Institución Fiduciaria y el llamado Fideicomiso Testamentario.* Revista de Derecho Privado. año 1. no. 2 Mayo-agosto de 1990.

Cabe recordar que el movimiento armado iniciado por los maderistas en 1910 derivó en el derrumbe del gabinete "científico" a que pertenecía Limantour y con el exilio del General Porfirio Díaz a bordo del vapor alemán *Ipiranga*, más tarde la asunción al poder de Francisco I. Madero, tras el breve interinato de Francisco León de la Barra

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. Proyecto Creel. Presentado en el año 1924, se denominó Proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro. Se intentó en este proyecto impulsar la creación de compañías bancarias de fideicomisos y ahorro, basada en modelos norteamericanos, para operar hipotecas, contratos de fideicomiso, bonos de compañías ferrocarrileras, recepción de bienes de viudas, huérfanos. Dicha ley nunca se promulgó y quedó como un antecedente teórico al igual que el anteriormente señalado.[5]

C. Proyecto Vera Estañol, considerado también un antecedente doctrinario y elaborado en 1926, el Proyecto de Ley de Compañías fideicomisarias y de Ahorro, que vino a servir de modelo a diversas legislaciones bancarias en América Latina.

D. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, publicada en 16 de enero de 1925 en el Diario Oficial de la Federación, fundada en la antigua Ley General de Instituciones de Crédito de 1897 y se considera como la primera introducción del fideicomiso en el derecho mexicano.

Con un total de ciento cuarenta y tres artículos se critica a este ordenamiento por ambiguo. Señala el artículo 1º, dentro de las disposiciones generales que son objeto de esta ley: I. Las instituciones de crédito; II. Los establecimientos que tienen por objeto exclusivo o por lo menos principal, practicar operaciones bancarias; III. Los establecimientos que se asimilan a los bancos por practicar operaciones que afectan al público en general, recibiendo depósitos o emitiendo títulos pagaderos en abonos y destinados a su colocación en público.

Conforme al artículo 12 la constitución de las sociedades anónimas que se organicen para la explotación de instituciones de crédito, quedarían sujetas a las disposiciones del Código de Comercio, en todo lo que esta Ley no preceptuara, además de que para los Bancos de Fideicomiso, el capital social mínimo sería de un millón de pesos en el Distrito Federal y de quinientos mil pesos para las Entidades Federativas y Territorios Federales.

La función primordial de los bancos de fideicomiso consistió según esta Ley, en la administración de capitales que se les confiaren e

[5] Cfr. Roalandini, Jesus. *Antecedentes Históricos*. Op. Cit. p. 12

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia (art. 73).

Los bancos de fideicomiso se comprenden dentro de las instituciones de crédito, las que conforme al artículo 6º se consideran: I. El banco único de emisión y la Comisión Monetaria; II. Los Bancos Hipotecarios; III. Los Bancos Refaccionarios; IV. Los Bancos Agrícolas; V. Los Bancos Industriales; VI. Los Bancos de Depósito y Descuento; VII. Los Bancos de Fideicomiso.

Como señalé líneas en anteriores, existe una ambigüedad notoria en la regulación del fideicomiso en esta ley, la cual ni siquiera proporciona un concepto o definición del fideicomiso y se limita a enumerar las instituciones de crédito que se encargarían de prestar los servicios que la propia ley señala. Robustece la afirmación de que esta ley es ambigua e incompleta el señalamiento que se formula en el artículo 74, en el que se señala que los bancos de fideicomiso se regirán por la ley especial que ha de expedirse.

Al efecto señala Vega Corona que esta ley en sus artículos 73 y 74 admitía la existencia de Bancos de Fideicomiso, que serían regidos por esa Ley especial. Las funciones de los Bancos de Fideicomiso consistían en servir los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que les confiaban e interviniendo en la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia.[6]

E. La Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926, publicada en el DOF del sábado 17 de julio de 1926, esta ley vino a completar la regulación a que se había mención en los artículos 73 y 74 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 16 de enero de 1925. Con un total de ochenta y seis artículos, establece en su artículo 1º que el objeto o función principal de los bancos de fideicomiso serían las operaciones por cuenta ajena y a favor de tercero que, que autorizaba la propia ley, funda la ejecución de esas operaciones en la honradez y buena fe y como objetos secundarios, la facultad de establecer departamentos de ahorro y practicar las mismas operaciones que los bancos de depósito y descuento.

[6] Cfr. Vega Corona, D. *El fideicomiso mexicano* Revista La Justicia. México D.F., tomo XXI. No. 370. febrero de 1961. p. 45.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En su artículo 6º establecía la naturaleza del fideicomiso como un mandato irrevocable por el cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, bienes determinados para que disponga de ellos, o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, al que se denomina fideicomisario.

Este ordenamiento consideraba los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso salidos del patrimonio de la fideicomitente o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, por lo que no eran embargables o susceptibles de ejercer sobre ellos acción alguna cuando se perjudique al fideicomiso, lo que no impedía que pudiera demandarse la nulidad del fideicomiso si éste se hubiera constituido en fraude de acreedores (art. 12).

Según el artículo 14 el banco fiduciario podía ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones o derechos inherentes al dominio, aun cuando no se expresen en el título constitutivo del fideicomiso; pero no podía enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de que existiera la facultad expresa o de resultar indispensables esos actos para la ejecución del propio fideicomiso.

El artículo 18 señala como causas de extinción del fideicomiso: I. EL cumplimiento del objeto para el cual fue constituido, II. Por hacerse imposible su cumplimiento; III. Por no haberse cumplido dentro de los veinte años siguientes a su constitución, la condición suspensiva de que dependa; IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria en su caso; V. Por convenio expreso del fideicomitente y del fideicomisario. Para este último supuesto de extinción, e banco daría a los bienes existentes o a otros valores que correspondieran al fideicomiso la aplicación ordenada en el título de constitución, y a falta de disposición expresa los devolvería a la fideicomitente o a quien representara sus derechos.

Afirma Emilio Krieger que esta ley amplía notablemente las funciones propias de estas instituciones de crédito y presenta una fusión de dos corrientes: una pragmática de origen norteamericano y otra encabezada por Ricardo Alfaro que busca construir una noción jurídica del fideicomiso.[7]

Señala este autor como notas importantes del fideicomiso en esta ley: 1. concebir al fideicomiso como un mandato irrevocable; 2. es una

[7] Cfr. Krieger, Emilio. *Manual del Fideicomiso Mexicano.* Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos. S.A. México. 1976. p. 19.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

función propia de los bancos de fideicomiso; 3. los bienes salen del patrimonio del sujeto que constituye el fideicomiso y resultan un gravamen; 4. el fiduciario se encuentra investido de derechos inherentes al dominio pero no puede enajenar, gravar o pignorar los bienes, siempre que lo anterior no resulte indispensable para cumplir su función.[8]

F. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, publicada en el DOF de 29 de noviembre, misma que incorporó muchos conceptos de la ley anterior, en materia de fideicomisos, definió conforme al artículo 108 la institución del fideicomiso en los mismos términos, la cual , como se ha señalado, en su artículo 12 establecía que los bienes y derechos entregados en fideicomiso salían del patrimonio de la fideicomitente en cuanto resultara necesario para ejecutar el fideicomiso y gravados a favor del fideicomisario o beneficiario, esto es como una afectación patrimonial a un fin, confiado gestiones de un fiduciario. En esta ley, se determina que los bienes dados en fideicomiso se consideran salidos del patrimonio de la fieicomitente

Esta ley abroga la Ley de Bancos de Fideicomiso. Según Rodolfo Batiza los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley.[9]

Para el Dr. Luis Muñoz la voz fideicomiso, aparece en México con una nueva acepción en esta ley, ya que esa palabra tenía una significación que venía del derecho romano y se enlazaba con la idea de sucesión testamentaria, aplicándose a la herencia o parte de ella que el testador manda al heredero que transmita a otro.[10]

Pablo Macedo afirma que esta Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, incorporó los preceptos de la Ley anterior de 30 de junio del mismo año, sobre los Bancos de Fideicomiso, y que tuvo por modelo la Ley Alfaro.[11]

Esta Ley acogió íntegramente a la de 30 de junio de 1926, que derogaba la anterior de 1924 y que estuvo en vigor hasta la expedición

---

[8] Ibidem p. 20.

[9] Cfr. Batiza. Rodolfo. *El Fideicomiso. Teoría y práctica.*. Editorial Jus. México. 1958. p. 116.

[10] Cfr. Muñoz. Luis. *El fideicomiso.* Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1980. p. 3

[11] Cfr. Lepaulle. Pierre.*Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional,* seguido de tres artículos sobre el mismo tema. traducción y estudio sobre El Fideicomiso Mexicano. por Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México. 1975. p. XX.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

anterior de 30 de junio del mismo año, sobre los Bancos de Fideicomiso, y que tuvo por modelo la Ley Alfaro.[11]

Esta Ley acogió integramente a la de 30 de junio de 1926, que derogaba la anterior de 1924 y que estuvo en vigor hasta la expedición de la Ley de Instituciones de Crédito de 28 de junio de 1932,[12] esta ley señala en su exposición de motivos que la ley de 1926, rompe con la tradición de la institución del fideicomiso, pues no precisa el carácter sustantivo de ésta e incorpora conceptos que califica como vagos.

G. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 (DOF de 29 de junio). En la exposición de motivos de esta ey se señala que la Ley de 1926, introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso, reconociendo que esta institución podía ser de gran utilidad para la actividad económica y le auguraba un notable desarrollo, sin embargo, se criticó que la ley anterior no precisaba la institución en forma sustancial. El fideicomiso, según esta exposición como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario y señala como una afirmación obscura concebir al fideicomiso como un mandato irrevocable.

Se señala además en esta exposición que la nueva ley destruye toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros, pero reconociendo por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción, la autorización no solamente para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones, administración de bienes, etc.[13]

El autor de esta ley sustantiva fue el Lic. Pablo Macedo "mi estudio consistió, en proponer el articulado de la Ley de Títulos que haría de convertirse en el Título II, Capítulo V, "Del fideicomiso" que la Comisión me hizo el honor de aceptar en sus términos, pero del que soy único autor y pleno responsable".[14]

---

[11] Cfr. Lepaulle, Pierre. *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional,* seguido de tres artículos sobre el mismo tema, traducción y estudio sobre El Fideicomiso Mexicano, por Pablo Macedo Editorial Porrúa, México, 1975, p. XX.

[12] Cfr. Krieger, E. *Manual...* Op Cit. p.49.

[13] Cfr. Ley General de Instituciones de Crédito, exposición de motivos, DOF de miércoles 29 de junio de 1932, sección segunda, tomo LXXII, no. 50, pp. 1 y 2

[14] Citado por Batiza, Rodolfo *El Fideicomiso.* Op. Cit. p 119.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En su artículo 1º, esta ley señala como instituciones de crédito a: I. Las instituciones de crédito; II. Las sociedades mexicanas que tengan por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de alguna o algunas de las siguientes: (...) e) actuar como fiduciarias.

Apunta el Dr. Luis Muñoz que la pluralidad de las leyes hispanoamericanas que norman el fideicomiso se informan en el trust norteamericano, tal como acontece con las de Panamá, de 1925 y 1941; México, de 1932; El Salvador, de 1937; Venezuela, de 1956 y conviene señalar la influencia financiera y económica de los Estados Unidos de América, aparte de conveniencias propias de los paises ante la inutilidad del fideicomiso romano.[15]

La sección sexta, artículos 90 a 96 regularon el funcionamiento de las instituciones fiduciarias, las cuales debían estar autorizada por el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda.

H. Breve reflexión sobre la aplicación práctica del fideicomiso y el espíritu del legislador.

Encontramos que existen dos concepciones más o menos claras respecto a los antecedentes del fideicomiso: una que podría denominarse "clásica" o tradicional, que entiende al fideicomiso conforme a la acepción o concepto romanista, esto es, como la herencia o parte de ella que el testador "manda" al heredero transmitir a otro; la segunda, más reciente que concibe al fideicomiso como un derivado del *trust*[16] anglosajón que los identifica o asimila.

El origen de la adopción del fideicomiso en algunos sistemas jurídicos es incierto, ya que se reconoce que la inspiración que llevó a su inserción en el sistema jurídico mexicano, como ejemplo, el denominado Proyecto Alfaro que tomó disposiciones de los códigos colombiano, chileno, panameño entre otros.

El origen de la adopción de esta institución en nuestro sistema legal pudiera afirmar que es incierto, igualmente estimo que sucede lo

---

[15] Cr. Muñoz. Luis. *El Fideicomiso.* Op Cit. p. 4.

[16] La palabra fideicomiso es estimado por Batiza (*Principios básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria,* Editorial Porrúa. México. 1985. p. 13) como una denominación "arbitraria", que identifica en nuestro sistema legal a la figura jurídica del *trust* angloamericano.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mismocon el uso y aplicación del fideicomiso, ya que ha alcanzado una utilidad muy variada en México.

El estudio de Lepaulle, realizado en 1927, es antecedente directo de nuestra Legislación vigente sobre fideicomiso. Al efecto, Rodolfo Batiza afirma que el concepto de fideicomiso está inspirado en ideas de este jurista francés y conducido por cuestiones mercantiles y financieras empezó a permear en sistemas jurídicos distintos al anglosajón, como el nuestro, de tradición romanista.[17]

A manera de reflexión, mencionaré que el espíritu que anima a crear figuras jurídicas como el trust o el fideicomiso, es encontrar mecanismos jurídicos sustentados en la confianza, fidelidad, y honradez para asegurar o disponer de un patrimonio o parte de él, y conseguir determinados fines o consecuencias de derecho. Incluso en el denominado *use* sajón (antecedente inmediato del *trust*) se determina que existieron en sus orígenes caracteres que le determinan como un auténtico negocio fiduciario. Haciendo hincapié en estas cualidades, entre las cuales se encuentra el alma de estas instituciones jurídicas.

Señala el autor José Manuel Villagordoa que en México existía un uso que podemos denominar "impráctico" o poco flexible para el uso de fideicomiso romano, toda vez que se vinculaba la propiedad a perpetuidad en manos de diversos herederos sucesivos, por lo que según este tratadista el legislador tuvo que importar el *Trust* anglosajón, aunque en forma restringida, en vista de que únicamente se trasplantó a nuestro sistema jurídico el *trust* expreso.[18]

En México, el fideicomiso ha tenido una utilidad notable y un desarrollo constante. Se trata de una institución que al paso del tiempo se ha ido perfeccionando y ha tomado caracteres propios, por lo que si bien es cierto, en principio pudiera considerarse al fideicomiso como una figura jurídica exótica que se trasplantó a nuestro sistema legal, hoy día en mi opinión considero que se encuentra plenamente integrado al sistema jurídico mexicano.

II.- Concepto[19] legal.

---

[17] Ibid. p. 16.

[18] Cfr Villagordoa Lozano José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso.* Tercera edición. Editorial Porrúa México. 1998. p.p. 40 y s.s..

[19] concepto Pensamiento expresado con palabras. Diccionario Enciclopédico Universal. Editorial Cultural. S A. Madrid. España. 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1. La propiedad como elemento singular en el fideicomiso.

La LGTyOC sin determinar de manera precisa a qué tipo de acto jurídico se hace referencia, señala en su artículo 381 lo siguiente:

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

Desde un primer momento, el concepto legal del fideicomiso nos arroja una pregunta evidente, aunque no nueva ¿existe la denominada propiedad fiduciaria?; atendiendo a la redacción del artículo señalado, ¿hay o no transmisión de bienes en el fideicomiso?.

Aun cuando sin reproducir el erróneo concepto del fideicomiso como "mandato irrevocable" de las leyes de 1926, tomado del Proyecto Alfaro (*el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se* ***entregan*** *al banco determinados bienes)*, el empleo del verbo destinar en la ley actual, que vino a sustituir al entregar usado en dichas leyes, plantea de inmediato el problema de si hay o no transmisión de bienes en el fideicomiso.[20]

Para Batiza existía una deficiencia técnica al privarse en un primer momento al fideicomiso, del mecanismo esencial de la "transmisión de dominio", sin embargo, reconoce que el efecto traslativo de dominio que éste produce, no puede ni debe asimilarse a una transmisión que califica como "normal", sino esta transmisión -continúa-, está regida por la realización del fin encomendado, esto es, limitada o restringida a una misión.[21]

A. Temporalidad en la titularidad del fideicomiso.

Para Ernesto Gutiérrez y González, el fideicomiso no es sino otro caso de propiedad temporal o sujeta a plazo, que es la propiedad que tiene una persona sólo durante cierto tiempo, en virtud de haberse

[20] Batiza Rodolfo. *Principios*. ob. cit. p. 30 y ss.

[21] Para este tratadista, al adoptarse el fideicomiso en México, se importó un "desmembramiento" del derecho de propiedad, un nuevo derecho real y de crédito con caracteres "propios", se trata de un mecanismo especial que transfiere un derecho de naturaleza singular al lado de los derechos reales ya reconocidos y sin dejar de reconocer que en sentido estricto el régimen de propiedad rebasa al ámbito mercantil y corresponde al Código Civil.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estipulado así en el título de adquisición de su derecho, y permitirlo la ley; señala este tratadista que el derecho real de propiedad temporal es excepcional y se presenta solamente cuando es autorizado por la ley.

Señala este autor "... otro caso de propiedad temporal se da a través del acto llamado FIDEICOMISO, y que se regula por los artículos 346 a 359 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (...) hay una esnecie de fideicomiso en donde se transmite a la institución de crédito que es la llamada institución fiduciaria, la propiedad de los bienes materia de esta operación. La institución fiduciaria pasa a ser propietaria de los bienes y al extinguirse el fideicomiso que tiene por regla general un plazo máximo de treinta años, los bienes vuelven a poder de la persona fue fuera antes propietario, o de una tercera persona, también designada en la operación..."[22]

La institución fiduciaria pasa a ser propietaria o titular fiduciario de los bienes y al extinguirse el fideicomiso, conforme al artículo 358 de la LCTyOC, los bienes a él destinados que queden en poder de dicha fiduciaria, podrán ser devueltos por ella a la fideicomitente. En ese supuesto, tratándose de bienes inmuebles o derechos reales sobre éstos, es necesario que la propia fiduciaria haga el asiento relativo en el documento en que conste la constitución del fideicomiso y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El artículo 393 de la LGTyOC establece: "Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. 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 esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquel se hubiere inscrito."

B. La singularidad de la titularidad en el fideicomiso.

En efecto, considero que la propiedad fiduciaria no sigue a plenitud los lineamientos de la propiedad civil en un sentido estricto; afirmo que se trata de un caso singular de propiedad, al que denomino titularidad, que genera igualmente derechos especiales para el fiduciario, esto es, la propiedad fiduciaria es una titularidad temporal,

[22]Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*, Editorial Porrúa. México. 1999.. p.p. 248 y 304

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que puede sujetarse a un plazo determinado, dominical, limitada en oposición a absoluta, caracteres que paso a explicar y fundar a continuación:

El artículo 392 de la LGTyOC señala que:

"El fideicomiso se extingue: (...) III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución..."

Es además dominical, en el que la fiduciaria efectivamente actos de dominio que le permitan alcanzar los fines del fideicomiso, puede ostentarse y actuar frente a terceros como propietario del bien o los bienes fideicomitidos e incluso defender dicho patrimonio; pero esta propiedad es también limitada, puesto que el propietario se encuentra restringido o sujeto como tal, a apegarse únicamente a los fines del fideicomiso.

En efecto, el artículo 391 señala:

"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..."

La propiedad fiduciaria en nuestro sistema jurídico en algunos casos, no se constituye como completa o total, en el sentido tradicional del término, es decir, la fiduciaria no puede disponer de manera "libre" o arbitraria del patrimonio o bienes sujetos al fideicomiso, debiéndose sujetar en todo momento a los fines señalados en este fideicomiso, fines que no pueden ser modificados. La fiduciaria actúa en cumplimiento de los términos señalados y como un buen padre de familia, tutelando o salvaguardando dicho patrimonio y por tanto ejerce una titularidad.

Sostiene esta misma opinión Luis Muñoz, señalando que la institución fiduciaria ejercita como titular, derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin. La tradición en fideicomiso se hace al solo efecto de que el fiduciario pueda cumplir con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la función negocial. Para Alfaro, el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una propiedad fiduciaria y Lepaulle afirma que el trusttee es un singular propietario, ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes, deben cumplir con ellos una misión. Frecuentemente consistirá en administrar los bienes en provecho de otra persona, de una institución, de una obra, o en la realización de una idea. La Suprema Corte habla de propiedad fiduciaria, de dominio restringido y de dueño fiduciario.[23]

Estas características de la propiedad, han sido ya materia de diversos estudios; señala Gutiérrez y González como notas características de la propiedad en la denominada Tesis Clásica: la propiedad era absoluta; la propiedad era exclusiva y la propiedad era perpetua; todas estas características -continúa exponiendo- son más literarias que reales, puesto que la propiedad fue objeto de limitaciones, pues no es esencia de la propiedad el ser exclusiva, puesto que existe la copropiedad, y tampoco la perpetuidad es esencial, ya que existen las llamadas "propiedades temporales", en donde el propietario de una cosa lo es sólo durante un determinado plazo.

La temporalidad se corrobora considerando que el fideicomiso puede incluso extinguirse por ejemplo dentro del plazo de 20 años a su constitución, según el artículo 392 de la LGTOC, o bien, en el supuesto de que se haya señalado la posibilidad de verificarse la llamada reversión que pudo haberse señalado en el fideicomiso, para el caso de cumplirse los fines del acto jurídico, es decir, en el fideicomiso puede señalarse que una vez realizado el fin del fideicomiso o bien transcurrido el término de éste, que la fiduciaria regrese o "revierta" la propiedad a manos del original propietario.

Es discutible, en estricto apego a la técnica y lexicología jurídica, la redacción a que se ha sujetado el legislador al abordar el fideicomiso. El legislador ha venido utilizando diversos términos para establecer lineamientos y características para esta institución.

Para ejemplo, señalaremos la redacción que con ánimo quizá de terminar con la controversia de si a través del fideicomiso la fideicomitente transmitía o no el derecho de propiedad al fiduciario, se utilizó en el artículo 346 (hoy 381) de la LGTyOC que dispone que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente ***destina*** ciertos bienes a un fin

[23] Muñoz. Luis. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 5

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Esta situación ha originado discusiones porque se pone en tela de juicio si al "destinar" la fideicomitente deja o no de ser propietaria del bien.

Como ha quedado expuesto en este apartado, el fiduciario tiene efectivamente una propiedad, la cual no tiene los elementos característicos de la propiedad "tradicional", sino se considera un propietario temporal, dominical o limitado, restringido a los fines para los cuales se haya creado el fideicomiso.

Del concepto legal señalado, se desprenden los siguientes elementos: 1. la existencia de un patrimonio o bienes, 2. que dichos bienes se destinan a un fin lícito y determinado; 3. que intervienen en dicho acto distintas personas que denominaremos elementos personales, como son: la fideicomitente, que es la persona propietaria originaria de los bienes y quien los destina a un fin lícito y determinado; fiduciario, que es la Institución autorizada por el Gobierno Federal a quien se confía el patrimonio y quien detenta la propiedad fiduciaria transmitida por la titular original , además es la encargada de realizar los fines del contrato y; otra llamada fideicomisario, que es quien recibe el beneficio del fideicomiso, por lo que se le ha llamado también beneficiario.

En virtud de tratarse de un concepto de vital importancia para determinar los derechos que pudieran tener las partes que intervienen en el Fideicomiso, haremos breve una referencia al concepto jurídico *patrimonio*, decimos breve en virtud de que este concepto será tratado de manera más amplia y a detalle, dentro del capítulo Cuarto del presente trabajo.

2.- Breve referencia al concepto Patrimonio.

Del latín *patrimonium*. Parece indicar los bienes que el hijo tiene, heredados de su padre y abuelos. Desde el punto de vista jurídico, patrimonio es el conjunto de poderes y deberes apreciables en dinero, que tiene una persona. Se utiliza la expresión deberes y poderes en razón de que no sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, sino que también podrían ser las facultades,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las cargas y en algunos casos, el ejercicio de la potestad, que se pueden traducir en un valor pecuniario.[24]

Según Ernesto Gutiérrez y González, el patrimonio comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les dé un trato genérico, y por lo mismo que se les estime como una "universalidad"; quedan comprendidos en él no sólo bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral, no pecuniario.

Define est tratadista al patrimonio: es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho.[25]

Sobre el patrimonio existen, fundamentalmente dos teorías: la teoría calificada como clásica o teoría del patrimonio-personalidad y la teoría moderna o del patrimonio afectación.

La primera elaborada por la escuela francesa de Aubry y Rau, concibe al patrimonio como una emanación de la personalidad; entre persona y patrimonio existe un vínculo permanente y constante, la idea del patrimonio se deduce de la personalidad, emana de ésta y es la expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona como tal.

Aubry y Rau consideraron que la teoría general del patrimonio descansa en los siguientes principios:

La teoría del patrimonio de afectación desvincula las nociones de patrimonio y personalidad y evita su confusión, sin que esto signifique negar una obvia relación. La base de la teoría moderna radica en el destino que en un momento determinado tienen los bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico y organizados autónomamente.

A diferencia de la teoria clásica, la teoría del patrimonio afectación considera que de hecho una persona puede tener distintos patrimonios, en razón de que puede tener diversos fines jurídico-económicos por

[24] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. Año 2000. tomo III. p. 2353 y ss.
[25] Cfr. Gutiérrez y Gonzalez Ernesto. *El Patrimonio.* Op. Cit. p. 53..

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

realizar, así como que dichos patrimonios, considerados como masas autónomas, pueden transmitirse por actos entre vivos.[26]

III.- Ordenamientos que mencionan el Fideicomiso en los Estados Unidos Mexicanos.

1. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su capítulo V *Del fideicomiso*, artículos 381 a 414, establece la regulación principal en materia de fideicomiso en el sistema jurídico mexicano.

Establece el art. 381 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.

2. La Ley de Instituciones de Crédito[27]establece en su artículo 46 fracción XV, disposiciones de carácter general acerca del fideicomiso, tales como fideicomisos públicos en que participa el Estado Mexicano, y por lo cual dicho ordenamiento ubica al fideicomiso dentro del sistema bancario mexicano.

La fracción XV del artículo 46 de dicho ordenamiento autoriza la realización a las instituciones de crédito de operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la liquidación y disolución de fideicomisos y operaciones de instituciones de crédito en materia de fideicomiso, entre otras.

3. La Ley del Mercado de Valores en su artículo 22, fracción IV, inciso d), enumera entre las actividades autorizadas a las Casas de Bolsa, con sujeción a las disposiciones generales que dicte Banco de México, actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias. La Comisión Nacional de Valores, oyendo la opinión del Banco de México, podrá ordenar a las Casas de Bolsa la suspensión de las operaciones que infrinjan lo ordenado en esta fracción.

4.- La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, artículo 16 fracción XV.

---

[26] Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III Op. cit. p. 2353.
[27] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el dia 18 de julio de 1990.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5.- La Ley de Concursos Mercantiles (DOF de 12 de mayo del año 2000) en la que en su artículo 4º fracción II, señala que se entiende para efectos de esta ley como comerciante: la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto comprende el patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas.

6.- La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas, en su fracción IV del articulo 34.

IV.- Elementos del Fideicomiso.

1.- Personales.

A. Fideicomitente.

Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad a fiduciario.[28]

Señala el artículo 381 de la LGTyOC que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado; la fideicomitente es la persona propietaria del bien o bienes. Es el 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 para obligarse y para disponer de los bienes.

El artículo 384 de la citada Ley establece que solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan 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.

Pueden ser fideicomitentes las personas físicas o las personas jurídicas, que sean titulares de los bienes o de los derechos sobre los

[28] Cfr. Villagordoa Lozano José Manuel. *Doctrina General...* Ob. cit. p.p. 186 y 187.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso. Este requisito es indispensable para poder realizar la transmisión de los bienes o derechos fideicomitidos al fiduciario, quien será el único titular del patrimonio.[29]

Este señalamiento tajante de la ley en el sentido de que para ser fideicomitente se requiere de una capacidad determinada, interpretado relacionadamente con la regulación completa de la figura en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, orilla a aseverar que el fideicomiso es para el fideicomitente un acto de dominio y no de administración. Como consecuencia de lo anterior, al fideicomiso le es aplicable todo el régimen de los actos e dominio.[30]

Para Luis Muñoz, es el fideicomitente la parte negocial que mediante declaración unilateral de contenido volitivo, presta su asentimiento a las cláusulas generales y condiciones iuris del fideicomiso, constituyendo un patrimonio separado en propiedad fiduciaria, cuando el fiduciario presta su aceptación negocial. El fideicomitente debe tener poder de disposición sobre los bienes o derechos que constituyan el patrimonio fideicomitido; estos bienes salen del patrimonio del fideicomitente para formar el patrimonio separado y como la constitución del fideicomiso es traslativa de propiedad fiduciaria, e fideicomitente está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción, sobre todo en el llamado fideicomiso de garantía. [31]

Señala Emilio Krieger que el fideicomitente emite una declaración de voluntad capaz de producir efectos jurídicos respecto de los bienes que van a integrar el patrimonio fideicomitido, respecto de quien va a fungir como fiduciario y, eventualmente, respecto de quien o quienes van a disfrutar de la situación jurídica de fideicomisarios, la primera condición para que alguien pueda ser fideicomitente es que tenga la capacidad jurídica de obrar, de realizar actos a los cuales el ordenamiento jurídico enlaza consecuencias de derecho. Para ser

---

[29] Ibidem. Cabe señalar, que no obstante se señala en el apartado correspondiente que nuestro sistema jurídico existe la tendencia a desvincular los conceptos patrimonio-personalidad, esto es, se ha ido abandonando paulatinamente la teoria clásica del patrimonio. Villagordoa afirma que pueden ser fideicomitentes las personas fisicas o las personas juridicas haciendo señalamiento expreso de las autoridades judiciales y administrativas, resultando esto último equivocado, toda vez que las autoridades son solamente órganos de una persona juridica que conocemos como Estado y carecen por tanto de personalidad juridica.

[30] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge Alfredo. *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1994, p. 8

[31] Cfr. Muñoz, Luis. *El Fideicomiso*. Op. Cit. p. 451.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fideicomitente, se requiere ser sujeto de derecho en pleno ejercicio de su capacidad jurídica[32].

B. Fiduciario.

El numeral 384 de la citada ley, establece que ese fin se encomienda a una institución denominada fiduciaria, que es una institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como tal.

Las instituciones de crédito, entre ellas las fiduciarias, son entes jurídicos que asumen obligatoriamente la forma de sociedad anónima, a las cuales el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda, les otorga concesión para prestar servicio público en una o varias de las ramas especializadas de la actividad bancaria reguladas por nuestra ley.[33]

Como se ha venido señalando, la fiduciaria detenta la titularidad fiduciaria, que no es absoluta ni perpetua, sino por el contrario, se encuentra limitada y determinada por los fines del fideicomiso, es una propiedad dominical y temporal.

Siguiendo las ideas de Luis Muñoz, el concepto de clásico de dominio como un poder absoluto, exclusivo y perpetuo, se encuentra en crisis y hoy en día pocos autores lo sostienen todavía. El dominio –continua este autor- no es absoluto y es limitado y no arbitrario, ya que las facultades dominicales que le son dadas al hombre para emplearlas en provecho de los fines que racionalmente sean considerados como útiles a él y a la sociedad.[34]

Modernamente, se concibe al dueño sobre la cosa con un derecho limitado en cuanto al ejercicio de sus facultades que la propiedad pública o privada confiere la ley; conviniéndole, desde el punto de vista formal, los caracteres de abstracto y elástico

El artículo 385 de la citada Ley, establece que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito. Debido a la

[32] Cfr. Krieger. Emilio. Op. Cit. p.36.
[33] Cfr. Ibidem. p.p. 42 y 43.
[34] Cfr. Muñoz. Luis. *El Fideicomiso.* Ob. cit. p. 460 y 461

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

diversificación en el uso del fideicomiso, en la actualidad pueden ser inclusive fiduciarias las casas de bolsa, instituciones aseguradoras, las afianzadoras, las compañías de seguros, las almacenadoras y en general instituciones autorizadas por el estado mexicano a través de su secretario de hacienda, dentro del orden de su actividad.

Esta Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 46 fracción XV señala que las instituciones de crédito podrán realizar las operaciones de fideicomiso a que se refiere el artículo 383 LGTyOC, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

C. Fideicomisario.

El fideicomisario es el beneficiario en el fideicomiso. El artículo 384 de la LGTOC señala que pueden ser persona física o jurídica que tenga capacidad legal para recibir el provecho del fideicomiso, esto es el beneficiario de los provechos que pudiera generar el fideicomiso; es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

De la mera redacción del dispositivo transcrito, se desprende lo siguiente:

a) la capacidad a que dicho precepto se refiere es la capacidad de goce, es decir, la posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico-económicos generados por el fideicomiso del caso.

b) la posibilidad de graduación de la capacidad de goce explica y justifica la mención aparentemente sobrante de que el fideicomisario puede ser una persona física o una persona jurídica, más conocida en nuestro medio como persona moral.[35]

Aunque cabe perfectamente la posibilidad teórica de que exista fideicomiso sin fideicomisario individualizado, ello no significa que ese tipo de fideicomiso resulte estéril, pues tras el fin lícito y determinado se ocultan necesariamente beneficiarios.[36]

2.- Objeto.-

[35] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge A. *El Fideicomiso...* Op. cit. p.p. 11, 12.
[36] Cfr. Krieger, Emilio. *Manual...* Ob cit. p. 46

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A. Objeto directo e indirecto.

Doctrinalmente se distingue entre objeto directo y objeto indirecto de un acto jurídico. El primero es la creación, transmisión, modificación o extinción de una obligación y el segundo es la cosa que se debe dar, el hecho que se deber realizar o no realizar y son propiamente el objeto de la obligación.[37]

Señala Lepaulle como elementos esenciales del trust, al patrimonio y a lo que denomina la afectación. Para este autor, el trust es un patrimonio afectado, patrimonio que es distinto al de los sujetos de derecho que lo constituyeron, por lo cual es un todo independiente. [38]

Bajo esta misma opinión, Rodolfo Batiza señala que para establecerse el trust necesita un bien que sea su objeto, lo cual presupone así mismo, la propiedad presente sobre la cosa.[39]

Un elemento esencia del fideicomiso consiste en que la voluntad del fideicomitente debe referirse a bienes o derechos ciertos y determinados, los cuales consagra a un fin lícito y también determinado o específico. Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que estén lícitamente en el comercio y que no sean estrictamente personales de su titular.[40]

3.- Consentimiento.

A. Concepto.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato. Es un requisito de existencia del contrato, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil. Si no existe consentimiento no habrá contrato.

El consentimiento hace en el instante en que legalmente se produce el acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en una

[37] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Ob cit. tomo III, p.p. 2241 y ss.
[38] Cfr. Llepaulle, Pierre. *Tratado Teórico Practico de los trust.* Op. Cit.. p. 107..
[39] Cfr. Batiza, Rodolfo. *El fideicomiso.* Op cit. p. 228.
[40] Cfr. Krieger, Emilio. *El fideicomiso.* Op cit. p. 54

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

relación jurídica en formación, o sea, cuando coinciden entre sí las voluntades individuales de cada uno de los interesados.

B. Oferta.

En el proceso legal de formación del consentimiento, pueden distinguirse dos etapas sucesivas: la oferta y la aceptación.

La oferta también denominada propuesta o policitación consiste en una declaración unilateral de voluntad que hace una persona a otras u otras proponiéndoles la celebración de un contrato. Para ue la oferta sea eficaz deberá contener la plena individualización del contrato que se ofrece y puede ser expresa (cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos) y tácita (cuando resulta de hechos o de actos que la presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto cuando por ley o convenio deba manifestarse de manera expresa).

C. Aceptación.

Hay sobre esta materia cuatro sistemas que se conocen doctrinariamente:

a. Sistema de la declaración. El contrato quedaría formado cuando el aceptante declara por cualquier medio su conformidad con la propuesta.

b. Sistema de la expedición. El contrato quedaría formado cuando el destinatario de la propuesta expide la respuesta afirmativa, desprendiéndose materialmente del medio utilizado para manifestar su aceptación, e artículo 89 del Código de Comercio acepta este sistema.

c. Sistema de la recepción. El contrato se forma cuando la aceptación la recibe el proponente y puede imponerse de ella en cualquier momento.

d. Sistema de la información. El contrato se formaría sólo cuando el proponente se informa o entera de la aceptación.

El legislador mexicano ha aceptado el sistema de la recepción, según se comprueba con la lectura del artículo 1807 del Código Civil, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.[41]

Gutiérrez y González conceptualiza a la aceptación como una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitación u oferta, se reduce a un "sí".

Si bien es cierto la aceptación sólo puede hacerse respecto a una persona determinada, también es cierto que esa persona a quien se hace saber la aceptación no necesita forzosa y necesariamente estar presente.

Se puede hacer la aceptación a la persona que está de manera física enfrente del aceptante, esto es, cuando oferente y aceptante se encuentran presentes. Pero también se puede aceptar la propuesta por medio de carta, telegrama, en aquellos casos en que la propuesta haya sido hecha por persona no presente.[42]

III.-Teorías sobre la naturaleza del fideicomiso

Ante la necesidad de adoptar la institución anglosajona del trust, la doctrina latinoamericana iniciada por el doctor Ricardo J. Alfaro y aceptada en nuestras leyes en 1924 y 1926, se fundó en que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable.[43]

1.- Mandato.[44]

Para Jorge Alfredo Domínguez Martínez, existen diferencias entre la regulación de las funciones del mandatario y la situación que guarda a ese respecto el fiduciario, como es la consulta del primero al mandante y que no existe en el caso del segundo al fideicomitente, que el mandatario puede sustituirse, no así el fiduciario. Además la transmisión o afectación de los bienes y que en el mandato podrá o no existir ésta, es decir, el mandante es siempre dueño de los bienes, en

---

[41] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. cit. tomo I. p. 648 a 650.
[42] Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones.* Op. Cit. p. 269 y 274.
[43] Cfr. Villagordoa Lozano. José M. *Doctrina General...* Op. Cit. p. 99.
[44] Del latín *mandatum*, contrato por el cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otra denominada mandante los actos jurídicos que éste le encarga, es un contrato fundado en la confianza, es unilateral en virtud de que el mandante puede revocar el mandato y el mandatario puede renunciar al mismo. *Véase Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas* Op. Cit. *p.p. 2071*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tanto que el patrimonio fideicomitido es una masa separada del patrimonio del fideicomitente. [45]

Este tratadista encuentra un punto en común respecto a la situación del mandatario y el fiduciario, ya que el segundo aun cuando obre en nombre propio deberá observar las instrucciones del mandante, de manera similar el fiduciario deberá en todo momento limitarse y atender a los fines para los cuales el fideicomiso ha sido creado.

Rodolfo Batiza reconoce que existe una semejanza notable entre ambas figuras, basta recordar las definiciones de las leyes que han servido de antecedente a la regulación actual en esta materia y la diversas ejecutorias de los ministros de nuestro máximo tribunal, ubica la distinción fundamentalmente en la transmisión del dominio que deriva o se produce por el fideicomiso.[46]

Son dos figuras tan próximas que han llegado a confundirse y ha acogido nuestro legislador, en 1924 y 1926, la tesis de que el fideicomiso es un "mandato irrevocable". Sin embargo, numerosas diferencias pueden marcarse, ya que la similitud en esencia, radica en que ambas figuras suponen un encargo. Señalo las siguientes:

Primera: el mandato es un contrato entre mandante y mandatario; el fideicomiso es una afectación patrimonial que se crea por un acto unilateral del fideicomitente y se ejecuta por la actividad del fiduciario, empezando por el también acto unilateral de su aceptación.

Segunda: el mandato es un acto que surte efectos entre vivos y cesa por la muerte del mandante o del mandatario. El fideicomiso puede crearse por testamento y puede producir sus efectos más allá de la muerte del fideicomitente o de la disolución del fiduciario original.

Tercera: el mandato mantiene los bienes sobre los que ha de ejercitarse en el patrimonio del mandante y en ocasiones el mandato no requiere de bienes para su ejercicio; en cambio, el fideicomiso altera substancialmente la situación e los bienes fideicomitidos, sustrayéndolos del patrimonio del fideicomitente y sujetándolos a un régimen jurídico especial. No puede haber fideicomiso sin bienes.

---

[45] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge A. *El Fideicomiso...* Ob. cit. p. 148.
[46] Batiza Rodolfo. *El fideicomiso, teoria y practica.* Op. Cit. 1991. p. 186.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cuarta: el mandato no existe sin mandatario; el fideicomiso puede existir y ser válido antes de la designación del fiduciario, aunque la presencia de éste es requisito para la ejecución del fideicomiso, es condición de su eficacia.

Quinta: en el mandato puede actuar como mandatario cualquier persona jurídicamente capaz que tenga la confianza del mandante; en el fideicomiso, sólo puede actuar como fiduciario, al menos en el derecho mexicano, una institución de crédito o una institución autorizada por el Estado por conducto de su secretario de hacienda, para realizar operaciones fiduciarias.

Sexta: el mandato puede ser general, en cuyo caso el apoderado puede realizar, en representación del mandante, todos los actos que no sean personalísimos e indelegables, o bien especial, en cuyo caso sólo puede el mandatario realizar los actos comprendidos en el objeto del mandato. El fideicomiso es siempre, por su esencia, un negocio que confiere facultades limitadas al cumplimiento del fin determinado para el que fue constituido.

Séptima: las causas de extinción del mandato son distintas a las de terminación del fideicomiso.

Todas estas diferencias permiten la conclusión de que se trata de figuras distintas, sin embargo, no debemos perder de vista que por la flexibilidad del fideicomiso, pueden hoy cumplirse con funciones que antiguamente se cumplían a través del mandato.[47]

Para José Manuel Villagordoa, siguiendo las ideas de la doctrina Alfaro, para asimilar el trust anglosajón a los sistemas latinoamericanos, resulta imposible asimilar o siquiera explicar la naturaleza del primero, como un mandato irrevocable. Encuentra una diferencia fundamental en principio, en la función de las instituciones, ya que el fiduciario desempeña un encargo no como mandatario del fideicomitente, sino ejerce los derechos que le fueron transmitidos para realizar los fines del fideicomiso. [48]

En el mandato, en ningún caso el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico. distinción entre el fideicomiso y el mandato

[47] Cfr. Krieger, Emilio *Manual...* Op. Cit. p.p. 59-61.
[48] Cfr. Villagordoa Lozano, José M.,*Doctrina General...* Op. Cit. p. 99 p. 104

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- El fideicomiso como patrimonio sin titular.

Se ha concebido tradicionalmente al patrimonio como concepto vinculado ineludiblemente a la persona física o jurídico colectiva, ésta última como "centro de imputación normativa", como sujeto de derechos y obligaciones; se presupone según estas ideas el concepto patrimonio se define tomando en cuenta a la personalidad, ésta es un presupuesto de aquella, sin personalidad no hay patrimonio, la persona es indefectiblemente titular del patrimonio, ya que en caso contrario nos encontraríamos siguiendo las palabras de Domínguez Martínez[49], ante la inconcebible y absurda existencia del patrimonio sin titular.

El patrimonio ha sido estudiado por tanto, desde dos perspectivas: como patrimonio de personas y patrimonio afecto a un fin o destino, los primeros pertenecen a un sujeto y los segundos carecen de dueño, pero generan derechos que pertenecen precisamente a ese patrimonio.

Señala Domínguez Martínez que la afectación de bienes que tiene lugar en el fideicomiso no implica una autonomía del patrimonio, que se traduzca en una masa de relaciones carentes de titular, sería -prosigue- admitir un absurdo, lo correcto es considerar tal autonomía no en relación de la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico. El fideicomiso trae aparejada, la afectación de ciertos bienes o derechos a la consecución de un fin determinado. [50]

De esta misma opinión, Villagordoa afirma que el fiduciario es el titular de los derechos del fideicomiso para obtener la consecución de los fines de la operación; el derecho de propiedad -continúa- por ningún motivo se debe entender como contradictorio del concepto de afectación de bienes. [51]

Para este tratadista es imposible que se admita la existencia de derechos sin titular e identifica la teoría del patrimonio sin titular con la denominada teoría del patrimonio de afectación.

---

[49] Cfr. Domínguez Martínez, Jorge A. *El Fideicomiso...* Ob. cit. Ob. cit. p. 149.
[50] Ibidem.
[51] Cfr. Villagordoa Lozano, José M. *Doctrina General...* Op. Cit. p. 112.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.- Teoría del desdoblamiento de la propiedad.

Esta teoría se funda en la existencia de dos titulares diversos respecto a un mismo objeto o bien. En esta titularidad, el fiduciario es titular jurídico (se dice que tiene el derecho de propiedad formal o exterior) y el fideicomisario tiene la titularidad económica (o propiedad sustancial), esto es son dos derechos de propiedad atribuidos a sujetos diversos.

Existen fuertes críticas a esta concepción de la propiedad, fundamentalmente orientada a la consideración de la propiedad como un elemento rígido y absoluto. Como hemos venido señalando a lo largo del desarrollo de este trabajo, existe recientemente ideas que pudiéramos llamar más flexibles respecto al concepto jurídico propiedad; así, se ha ido pasando de una concepción absoluta u ortodoxa de la propiedad, a ideas un tanto más flexibles o "liberales" si se me permite la expresión, para comprender de una manera más integral y completa las instituciones jurídicas actuales.

Así, Villagordoa al comentar la tesis de Fransceschelli respecto a la concepción anglosajona de la propiedad como un elemento bipartita en el *trust* , señala que aún siendo "loable" el esfuerzo de este tratadista no se puede aceptar la explicación que parte de desdoblar un derecho que califica como absoluto, ya que la existencia de un propietario excluye indefectiblemente la existencia del otro.[52]

Sin ánimo de exponer únicamente o de manera limitada lo que Manuel Atienza denomina "argumento de autoridad", en este mismo tenor Alfredo Domínguez Martínez "critica" la concepción del fideicomiso como desdoblamiento de propiedad señalando que jurídicamente es insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad admita desdoblarse; "aseverar tal cosa va en contra de la naturaleza misma de ese derecho real", derecho real que concibe también como absoluto, para este autor, el fideicomisario es titular únicamente de derechos de crédito.

Pareciera pues, que las ideas tradicionales de concebir al derecho como un elemento monolítico y renuente al movimiento, van quedando paulatinamente y aun contra la voluntad de algunos autores, en desuso; en rigor, encontramos que la idea de un derecho más dinámico o

[52] Ibidem. p. 114.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"dúctil" (en oposición quizá a lo rígido que puede llegar a fracturarse o romperse) van ganando día con día terreno.

Más allá de lo discutible que pudiera resultar el utilizar el verbo "desdoblar" para intentar explicar al fideicomiso, señalo que es justamente esa característica singular de la propiedad fiduciaria, lo que brinda al fideicomiso esa gran elasticidad o si se quiere esa versatilidad que le ha llevado a ser una institución recurrida o de manera tan frecuente. En efecto, frente a la posibilidad de asegurar un patrimonio encomendándolo a una persona para que lo tutele, defienda y cumpla con un fin determinado, se ha logrado conseguir consecuencias jurídicas que sin ese supuesto no hubieran podido lograrse, esto es, el fin del derecho de encontrar instituciones que permitan responder a las necesidades humanas a través de instituciones o ficciones jurídicas, creemos que ha sido logrado plenamente mediante un instrumento de gran utilidad que se conoce como fideicomiso.

4.- Teoría del Contrato.

Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr, concertar). Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada. [53]

Es en esta conceptualización del fideicomiso, donde encontramos probablemente una mayor aceptación por parte de la doctrina, toda vez que es generalizada la opinión de prestigiados tratadistas de considerar al fideicomiso como un contrato.

Así Miguel Acosta Romero, al abordar la voz fideicomiso en el Diccionario Jurídico Mexicano señala que es "...*Contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria...*". [54]

Existen autores que conciben al fideicomiso vinculado de manera indisoluble con el concepto contrato, consideran a éste último como la fuente de dicho acto jurídico.

[53] Véase *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo I. Op. cit. p. 691
[54] Ob. Cit., tomo D-H, p.p. 1441 y ss.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que es generalizada la opinión de prestigiados tratadistas de considerar al fideicomiso como un contrato.

Así Miguel Acosta Romero, al abordar la voz fideicomiso en el Diccionario Jurídico Mexicano señala que es "...*Contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria...*". [54]

Existen autores que conciben al fideicomiso vinculado de manera indisoluble con el concepto contrato, consideran a éste último como la fuente de dicho acto jurídico.

Siendo la exteriorización del consentimiento elemento de esencia de la relación, resulta plenamente justificada la aseveración de que en México el fideicomiso creado por acto entre vivos ha quedado reducido a un contrato, y que a falta de aceptación del cargo y resultando imposible la substitución, más que hablar de cesación del fideicomiso, debe hablarse de inexistencia.[55]

Para Gutiérrez y González, el contrato es una especie del género convenio, y lo define como el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones, con apoyo en el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal.[56]

5.- El fideicomiso como una manifestación unilateral de la voluntad.

Para algunos autores como Luis Muñoz, el fideicomiso es un negocio unilateral (aunque este autor señala que puede ser también plurilateral, como explicaremos a continuación), fundándose en que la fideicomitente puede constituir por sí misma el fideicomiso, independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario; es por el hecho de que la ley utilice la palabra "constituirse", en opinión inclusive de algunos profesores que el fideicomiso adquiere vida, en la inteligencia de que si algo se encuentra constituido, no necesita de mayores elementos para considerársele dotado de vida, ha surgido ya.

---

[54] Ob. Cit., tomo D-H, p.p. 1441 y ss.
[55] Cfr. Batiza, Rodolfo. *Tres estudios sobre el fideicomiso.* Imprenta Universitaria. México 1954. p.p.72 y ss.
[56] Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones.* Editorial Porrúa. México. 2001. p. 111.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Normalmente, el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, o en su testamento. En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, no puede modificarlo, si no es con el consentimiento del fideicomisario y produce efectos frente a terceros por su publicación, todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo, y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.[57]

Sobre esta misma opinión, Raúl Cervantes Ahumada señala que el fideicomitente es la persona que por declaración unilateral de la voluntad constituye un fideicomiso. Debe tener poder de disposición sobre los bienes materiales o derechos que constituyan el patrimonio fideicometido. Si no se reserva el fideicomitente, en el acto constitutivo, el derecho de revocar el fideicomiso, éste se entenderá irrevocable.

El Fiduciario, según Cervantes Ahumada no es elemento esencial para la constitución del fideicomiso, ya que éste se constituye por una declaración unilateral de la voluntad de la fideicomitente, sin embargo ocupa la fiduciaria un papel importante para s ejecución.[58]

6.- Opinión de Jorge Alfredo Domínguez Martínez.

Después de formular una reflexión acerca de las teorías que pretenden determinar los caracteres distintivos del fideicomiso, este autor señala que mientras los tratadistas se enfocan a formular una explicación respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, no se ha abordado el problema de determinar la naturaleza jurídica de esta institución, desde el ángulo correspondiente al acontecimiento dotado de juridicidad, punto en el que encuentra la esencia misma del fideicomiso.

Según Domínguez Martínez, se recurre a una figura nominada (como el fideicomiso-mandato o bien fideicomiso-operación bancaria, entre otras).

---

[57] Cfr. Muñoz. Luis. *El fideicomiso*. Op. cit. p.p 10 y 11.
[58] Cfr. Cervantes Ahumada. Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Editorial Herrero. S.A. México. 1976. 309 y 311.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sustenta sus ideas sobre el fideicomiso, en dos aseveraciones: la unilateralidad en el acto de constitución, que corre exclusivamente a cargo del fideicomitente y; que el fideicomitente en virtud de la constitución del fideicomiso no transmite la propiedad de los bienes.

Una revisión de las diversas y dispares opiniones emitidas a propósito de todas las facetas que el fideicomiso ofrece al estudioso e interprete, brinda dos aspectos sobresalientes por la trascendencia técnico-jurídica que conlleva. Se trata en primer lugar, de la unilateralidad habida en el acto constitutivo del fideicomiso, pues éste corre únicamente por cuenta del fideicomitente, sin intervención del fiduciario y menos del fideicomisario, pero claro está, sin perjuicio de que la dinámica y operatividad de la figura, consistente en la ejecución de los actos por los que se alcancen los fines dispuestos por el fideicomitente, sí se requiere contratarse con la fiduciaria. Por otra parte, el fideicomitente, por la constitución de fideicomiso y la contratación indicada con la fiduciaria, no transmite sino que conserva la propiedad de los bienes fideicomitidos; el destino que da a éstos, es decir, la afectación que el fideicomiso implica y la titularidad que la fiduciaria adquiere de los mismos, no se traduce en convertirla en su propietaria; menos aún al fideicomisario, por más que éste sea el beneficiario de los efectos patrimoniales de la figura.[59]

7.- Crítica a la opinión del último autor.

En buena parte de las dos ideas que fundamentan la esencia del fideicomiso, según Domínguez Martínez, estamos de acuerdo, con las siguientes observaciones.

En efecto, inicialmente el acto constitutivo del fideicomiso puede verificarse por una declaración unilateral de la voluntad de la fideicomitente, sin que para ello tenga trascendencia alguna las voluntades tanto de la fiduciaria, como del fideicomisario. Basta hacer mención, en palabras del maestro Cervantes Ahumada, del denominado fideicomiso testamentario, que por sus caracteres permiten corroborar que es menester que el autor de la sucesión exteriorice la voluntad de destinar ciertos bienes a un fin lícito y determinado, para que éste fideicomiso testamentario se constituya.

---

[59] Cfr. Domínguez Martínez, Jorge A. *El fideicomiso mexicano.* Editorial Porrúa. México. 1994. P.p. 19 y 20

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En principio, parecería que con esta aseveración pudiera quedar satisfecha una explicación sobre este aspecto fundamental del fideicomiso; sin embargo, opinamos que aunque el fideicomiso se constituya en principio por una declaración unilateral de la voluntad de la fideicomitente, este acto jurídico para su desarrollo, cumplimiento y ejecución requiere necesariamente del concurso de otra voluntad, la de la fiduciaria, ya que de qué nos serviría por hablar en un sentido hipotético, dar vida a un ente por el hecho de su constitución, si no existe fuerza alguna que le otorgue movimiento y le haga operativo, parecería entonces innecesario, que se tenga la posibilidad de constituir una institución, pero que carezca de exteriorización en el ámbito de la practica y la vida del derecho

For lo que hace a la aseveración de que la fiduciaria no se convierte en propietaria de los bienes fideicomitidos, sino es lisa y llanamente titular de los bienes o del patrimonio fideicomitido, diremos que como se fue señalado en apartados anteriores en este capítulo, que la titularidad fiduciaria, no sigue los lineamientos de la propiedad tradicional u ortodoxa, esto es, concebida como un poder absoluto y monolítico, sino por el contrario, es un régimen de propiedad singular o especial, y además temporal.

Se hace hincapié en esta distinción entre la propiedad que pudiéramos denominar absoluta, y aquella que es titularidad temporal, dominical y sujeta a condiciones que son determinadas por el propio acto jurídico que le da vida y le rige en consecuencia. La titularidad fiduciaria tiene la característica de ser temporal, en virtud de que no es una simple titularidad respecto al patrimonio fideicomitido, pues la fiduciaria tiene frente a terceros las acciones que le permitan defender los bienes, esto es, es un propietario sujeto a determinadas condiciones cuya limitación única se vincula con el fin señalado en el fideicomiso, sin embargo, frente a terceros es la propietaria de los bienes.[60]

[60] En este punto, cabe hacer un breve señalamiento, hemos encontrado que en algunos procedimientos de quiebra, en el cual para referirse al patrimonio del deudor común, tanto postulantes como juzgadores, no hacen un señalamiento directo sobre quien es el propietario de dicho patrimonio sino simplemente se dice por ejemplo, que en el asiento de cierto bien inmueble aparece como titular registral el fallido, quizá para dejar claro que el bien no es propiedad del quebrado, sino ha pasado a formar parte de la masa concursal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO SEGUNDO.

El fideicomiso como negocio jurídico

1. El fideicomiso desde la perspectiva de los hechos jurídicos.

A. Acontecimiento jurídico.

El hecho jurídico se distingue del acontecimiento carente de juridicidad, en que aquél produce consecuencias de Derecho, consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de derecho y obligaciones y situaciones jurídicas. Ambos reconocen su género en el acontecimiento en general, como cualquier mutación en el mundo exterior, denominador común de las dos especies anotadas; la distinción habida entre una y otra, estriba en que el hecho jurídico, el cambio no sólo se sufre en el mundo físico sino también en el universo de lo jurídico. La relación o situación jurídica que no existía antes del acontecimiento nace con éste.[61]

B. Hecho Jurídico.

Suceso que el ordenamiento jurídico toma en cuenta otorgándole efectos jurídicos. En una primera acepción es equivalente a supuesto jurídico o hipótesis normativa.[62] Se parte de que no todos los hechos que suceden pueden resultar relevantes para el ordenamiento jurídico. El hecho jurídico se constituye como una fuente de obligaciones.

Gutiérrez y González, señala que toda obligación tiene como fuente al hecho jurídico en su doble división de: acto y hecho jurídicos stricto sensu.[63]

El hecho jurídico es el manantial primero y básico; tiene a su vez distintos canales o sectores definidos. El hecho jurídico lato sensu es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas.

---

[61] Cfr. Dominguez M., Jorge A. *El Fideicomiso*. Op. Cit. p. 21.
[62] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. Cit. Tomo II. p. 1573
[63] Cfr.Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones.* Op. Cit. p.p. 157 y 158.

El hecho jurídico lato sensu se clasifica en: acto jurídico y; hecho jurídico en sentido estricto.[64]

El hecho jurídico es un acontecimiento que produce efectos jurídicos.

C. Acto jurídico.

Es la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido, le concede el ordenamiento jurídico.

Los actos jurídicos constituyen una especie o categoría dentro del conjunto de los hechos jurídicos, dado que estos últimos son todos aquellos acontecimientos que el orden normativo toma en consideración para atribuirles efectos de derecho (es decir son los sucesos que en el mundo fáctico realizan las hipótesis contenidas en las normas jurídicas).[65]

Es la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor. Se subclasifica en unilateral (por ejemplo el testamento; no importa además el número de voluntades que intervengan, sino la identidad de efectos jurídicos que se buscan) y; bilateral o plurilateral (también llamado convenio lato sensu)

A su vez, el convenio lato sensu, se subdivide en: contrato (acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones) y; convenio en estricto sentido (acuerdo de dos o más voluntades para modificar o extinguir derechos y obligaciones)[66]

---

[64] Ibidem p. 161.

[65] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op Cit. Tomo I. p. 85.
[66] Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho...* Op. Cit. p. 161.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

D. Negocio Jurídico.

La doctrina francesa, siguiendo las *Institutas* de Justiniano al estudiar las fuentes de las obligaciones creó en relación con el contrato y cuasi contrato la noción de acto jurídico.

La pandectística de alemanes e italianos hizo una distinción, a saber, el acto jurídico es un acto humano que produce efectos de derecho con la intención de producirlos o sin ella. Por esa razón clasifica los actos jurídicos en lícitos e ilícitos.

Si partimos de la concepción de que acto jurídico es un acto humano, necesariamente tendremos que colocarle una denominación específica al acto humano lícito que persigue consecuencias de derecho: este es el negocio jurídico que puede entenderse como manifestación de voluntad de una o varias partes encaminada a producir efectos de derecho: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos. El negocio jurídico en un sentido más profundo es un actuar unilateral o conjuntamente para la defensa de uno o varios intereses del titular o titulares. Quedarían excluidos del concepto negocio jurídico los actos potestativos y las resoluciones que serían el resultado del ejercicio de una facultad o una potestad, respectivamente.

Los negocios jurídicos tienen tres elementos, los esenciales, los naturales y los accidentales; siendo los primeros los que representan el mínimo que las partes han de acordar para la existencia del contrato; los segundos los que las partes suelen convenir y se refieren a la consecuencia de la naturaleza ordinaria del convenio y, los accidentales son aquellos actos que imprimen a las consecuencias jurídicas propias del contrato una dirección diversa a la establecida en la legislación.

Se debe aclarar que el legislador mexicano no utiliza el concepto de negocio jurídico, ya que éste sólo aparece e las doctrinas alemana e italiana, no así en la francesa que es la que se sigue en el Código Civil.[67]

Aclara Domínguez Martínez que si bien en los textos romanos se lee con frecuencia el término *negotium*, el significado que se le atribuye no es único, sino por el contrario, es sumamente variado; por tanto, resulta difícil considerar que en el Derecho Romano se encuentre

[67] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. Cit. Tomo III p. 2187

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

siquiera un antecedente de la acepción técnica conferida actualmente a dicho vocablo.

En realidad, el negocio jurídico nace como una figura técnica, uniforme y básica dentro de la teoría general del acto jurídico, y en ese sentido alcanza también su pleno desarrollo, como una manifestación del florecimiento del pandectismo alemán. [68]

Para este autor, la doctrina francesa ha permanecido indiferente a esta figura, por lo cual y tomando en consideración la influencia de ésta en nuestro sistema jurídico, en México los tratadistas han sido omisos para referirse al negocio ju ídico.

Cabe hacer mención, que el maestro Domínguez fundamenta el tratamiento del fideicomiso como negocio jurídico en lo siguiente: el campo tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada; la versatilidad de esta figura; las posibilidades de: destino de los bienes fideicomitidos, de designación de beneficiarios, las amplias facultades del fideicomitente para designar fiduciarias, la posibilidad de que el objeto del fideicomiso se encuentre representado por cualquier bien o derecho.[69]

Las ideas expuestas por este tratadista acerca del negocio jurídico, pretenden ser en mi opinión, novedosas e innovadoras, circunstancia por lo que no han escapado a las críticas de los estudiosos del derecho; algunos de ellos, no sólo encuentran imprecisos y confusos los elementos en que se funda la teoría del negocio jurídico.

Así, el maestro Miguel Acosta Romero al referirse al negocio jurídico señala:

"...La doctrina mexicana se encuentra muy dividida sobre el particular, y esta desorientación debe atribuirse fundamentalmente, a nuestro modo de ver, a la imprecisión de las teorías sobre los actos jurídicos (...Es conveniente aclarar que...) por lo menos en México y en muchos países de tradición latina, no está reconocida la expresión negocio jurídico, y si lo está, no tiene el concepto delimitación precisa.

---

[68] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge A. *El Fideicomiso ante la Teoria...* Op cit. p.p. 30 -31
[69] Ibidem p. 35.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En consecuencia, como primera cuestión debemos dejar precisado mas bien (se trata) de una cuestión teórica que más que aclarar conceptos, origina imprecisión, no aporta ninguna utilidad práctica y sí contribuye en mucho a la confusión..."[70]

Para el maestro Acosta, se trata sencillamente de una pretendida "innovación" de la doctrina, que no se encuentra reconocida por el ordenamiento vigente en México y que además carece de uso práctico, ya que según afirma, los elementos en que pretende fundarse son imprecisos.

Gutiérrez y González, señala con ideas que pudiéramos encontrar "pragmáticas" que esta concepción del negocio jurídico como un *refrito*[71] de las ideas expuestas sobre los hechos jurídicos, fundada en el individualismo que en nuestros días -según el maestro- ha sido ya rebasado por el derecho función social.

Este autor líneas más adelante señala, que el negocio jurídico *viene a ser lo mismo que el hecho jurídico pero dicho menos claro*, es decir, las mismas ideas pero explicadas de una manera más accesible o sencilla.[72]

Debo señalar, que la idea de ubicar al fideicomiso dentro de la categoría de los negocios jurídicos, tiene el fin de proporcionar ideas más precisas sobre la naturaleza y alcances de éste. Desde esta perspectiva, opino que el negocio jurídico, se encuentra dentro del género contrato, esto es, es una especie de éste; en su sentido más simple y partiendo de las ideas que se han expuesto con anterioridad, es la exteriorización de la voluntad que produce efectos jurídicos y en la cual las partes delimitan dichos efectos.

Es evidente que estas notas señaladas en el párrafo inmediato anterior, no nos brindan una claridad que determine a plenitud los caracteres del negocio ni la intención de señalar la naturaleza del fideicomiso como negocio jurídico, por lo cual siguiré las ideas del Dr. Luis Muñoz, que dice lo siguiente:

---

[70] Cfr. *Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México.* Autores diversos. Banco Mexicano Somex, S.A. México MCMLXXXII. Capitulo XI. p. 126.

[71] la palabra *"refrito"* utilizada en nuestro pais comùnmente de manera peyorativa, para ejemplificar aquello que no es novedoso, sino es solamente una copia con leves o ninguna modificación de otra creación ya existente.

[72] *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones.* Op Cit. p. 167 y 168.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"...el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquél, con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue(...)de este modo, se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros y un aspecto interno, pero sólo con efectos inter partes.

Por eso es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan..."[73]

Resultan de especial interés para la elaboración de este trabajo, las ideas expuestas por el maestro Muñoz, particularmente en la parte en que señala la operación traslativa de dominio frente a terceros y al ámbito que denomina interno o inter partes, esto es, para determinar los alcances y naturaleza del patrimonio fideicomitido en el concurso mercantil.

Esta traslación, que en rigor como se ha venido señalando, es una auténtica transmisión de la propiedad, la cual tiene caracteres singulares, pero al fin y al cabo transmisión sin duda, si se destina para un fin que la Ley de Concursos Mercantiles denomina "empresarial", es el elemento primordial para considerar al patrimonio fideicomitido como una masa no separada, esto es, no autónoma o separada del patrimonio concursal, sino por el contrario, que por este motivo se encuentra comprendido dentro de la masa sobre la cual los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos.

En este sentido Ricardo Ruíz Sarramalera señala: "el negocio jurídico supone un poder para regular, en base a nuestra voluntad, una situación concreta estableciendo el contenido de la relación que se crea, pero a su lado también supone, fijar unas limitaciones a las facultades legales concedidas y el establecimiento de una serie de obligaciones que

[73] Cfr. Muñoz, Luis *El Fideicomiso*. Op. cit. P.p. 8 y 9

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pueden ser exigidas mediante la acción correspondiente. Y es precisamente, en esta esfera en la que hay que fijarse para analizar la conexión que existe entre el negocio jurídico y la autonomía de la voluntad".[74]

Se puede afirmar que negocio jurídico es la declaración de voluntad aceptada objetivamente por el Derecho como fundamento de una relación jurídica y que va dirigida a establecer una especial ordenación de sus efectos.[75]

Para el maestro Galindo Garfias los negocios jurídicos son el grupo más importante de actos jurídicos, negocios en los cuales importa el contenido y la finalidad de la voluntad. Así, en el contrato de compraventa -continúa- se exige que la voluntad reúna los requisitos que el Derecho establece para la realización del acto; se exige también que los fines propuestos por las partes es decir, la dirección de la voluntad, se encaminen a la producción de los efectos jurídicos que el ordenamiento atribuye al negocio que se celebra.

La característica principal que distingue a los negocios jurídicos de otra clase de actos, descansa en que el negocio jurídico es una manifestación de la autonomía o mejor, de la autonomía privada. Es consecuencia de la voluntad de los particulares, para regular su propia conducta, dentro de un campo acotado por el mismo ordenamiento, que le permite celebrar o dejar de celebrar los negocios jurídicos que a cada persona convenga, de acuerdo con sus intereses.[76]

De las ideas antes expuestas, puedo señalar que si bien como es evidente, el fideicomiso no es el único acto jurídico que cabe dentro de la definición de negocio jurídico, opino que sí es uno de los negocios jurídicos por excelencia, ya que como he señalado, siguiendo las ideas del Dr. Luis Muñoz, el fideicomiso permite una amplia flexibilidad para delimitar la voluntad de las partes y conseguir consecuencias de derecho que de otra manera no podrían conseguirse, esto es, la consecución de un fin lícito y determinado en el propio fideicomiso.

---

[74] Cfr. Ruiz Serramalera, Ricardo. *Derecho Civil. El negocio jurídico. Elementos y eficacia del negocio.* La representación. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid. 1980 p. 17.

[75] Ibidem p. 25.

[76] Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil.* Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Décimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. p. 205.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En mi opinión estas posibilidades de uso que permiten al fideicomiso una versatilidad evidente, han querido ser limitadas o controladas por los creadores de la LCM, dado que el temor a que el comerciante afectara su patrimonio para disminuir su activo de manera dolosa, lo cual trajo consigo que con una carencia evidente por lo menos en aspectos elementales como el manejo del lenguaje jurídico, se incluyera en el artículo 4º de la ley referida, al patrimonio fideicomitido, cuando éste se hubiera destinado para una actividad empresarial, desvirtuando en consecuencia la naturaleza misma del fideicomiso que encuentra fundamento en la confianza y la imposibilidad de cambiar los fines que se hubieran señalado en el fideicomiso.

1.- Manifestación de la voluntad de las partes en el fideicomiso.

Para Ernesto Gutiérrez y González la voluntad de las partes contratantes se puede externar en:

a. Forma expresa. Cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

b. Forma tácita. Cuando la voluntad resulta de hechos o de actos que la presupongan o autoricen a presuponerla.

c. Silencio. Surte efectos de forma cuando la ley confiere a la abstención total de manifestación de voluntad, efectos para la integración del consentimiento.

Señala como ejemplo de lo anterior el artículo 2547 del Código Civil para el D.F. que establece: el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación es todo acto en ejecución de un mandato.

El silencio, aclara este autor, sólo producirá efectos de aceptación y engendrará el consentimiento cuando la ley así lo determine.[77]

[77] Cfr. Gutiérrez y Gonzalez, E. *Derecho* Op. Cit. pp. 270 y 320

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Siguiendo las ideas de Jorge Alfredo Domínguez Martínez, los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para estructurarse de manera completa, entre los que se encuentran la manifestación de una o varias voluntades, las cuales traen aparejado un objeto determinado; en algunos negocios jurídicos, al celebrarse, es requisito indispensable observar ciertas formalidades que se denominan solemnidad.

Este autor considera como elementos esenciales del negocio jurídico: la manifestación de voluntad, objeto y solemnidad, los dos primeros comunes todos los negocios y la última si el ordenamiento legal la impone. [78]

La manifestación de voluntad como elemento esencial de un negocio jurídico es un complejo integrado por una declaración concordante con la voluntad interna que la originó, esto es, el acto interno de querer, una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior, es decir, a un elemento interior debe seguir una exteriorización, el primero es apoyo del segundo, de otra manera la voluntad que se mantiene en el fuero interno carece de relevancia jurídica.

La manifestación de voluntad individualmente apreciada, es insuficiente para la integración del primer elemento esencial requerido en aquellos negocios jurídicos que son plurilaterales. [79]

Apunta Domínguez Martínez que procede considerar dos clases de negocios jurídicos tomando en cuenta el número de voluntades que intervienen en su realización. Unilateral: se perfecciona con la intervención de una voluntad a cuyo titular debe caracterizársele como autor del mismo; plurilateral: cuando su estructuración requiere la convergencia de dos o más manifestaciones de voluntad, en este caso quienes lo celebran son denominados partes y el acuerdo de voluntades se traduce en consentimiento.

En los negocios jurídicos plurilaterales, el primer elemento esencial gira en forma tal que se traduce en un consentimiento, concepto éste, envolvente de la pluralidad de voluntades requeridas para la integración del negocio.

---

[78] Cfr. Domínguez Martínez, Jorge A. *El Fideicomiso* Op. Cit. p. 37

[79] Ibid. p. 38 a 40.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La constitución del fideicomiso tiene lugar por un acto unilateral y el acuerdo de voluntades es requisito para su ejecución. [80]

A. Del fideicomitente.

a. Propuesta.

El fideicomitente es el primero y principal de los sujetos actuantes en el fideicomiso, a quien corresponde según el artículo 346 (hoy 381, DOF de 23 de mayo 2000) de la LGTOC destinar a un fin lícito y determinado los bienes por él fideicomitidos y en segundo término, encargar la realizaci ›n de ese fin a una institución fiduciaria.[81]

Precisamente, en esa dualidad de acciones señaladas en la ley, están las sendas manifestaciones de voluntad del fideicomitente en los dos actos jurídicos cuyo ensamble integra al fideicomiso; la primera, la de destinar y la otra, la de encomendar.

La voluntad de la fideicomitente debe manifestarse no sólo en destinar, sino también en encomendar. Lo primero puede darse sin lo segundo y no al contrario; la encomienda supone el destino.

Es el fideicomitente la parte negocial que mediante declaración unilateral de contenido volitivo, presta su asentimiento a las cláusulas generales y condiciones iuris del fideicomiso, constituyendo un patrimonio separado en propiedad fiduciaria, cuando el fiduciario presta su aceptación negocial; el fideicomitente invita al fideicomisario a negociar, salvo que el propio fideicomitente sea también fideicomisario.[82]

La voluntad del fideicomitente para destinar bienes de su patrimonio, a un fin lícito y determinado supone, evidentemente una propuesta para constituir una masa patrimonial autónoma, es una invitación que formula en el acto constitutivo, con el objeto de encomendar la realización de un fin determinado y lícito a un destinatario a quien va dirigida dicha propuesta.

b. La aceptación de la fiduciaria.

[80] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge A. *El fideicomiso.* Op. Cit. p. 41 a 44.

[81] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge Alfredo. *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso Mexicano.* Editorial Porrúa. México. 1994. pp. 7 y 8.

[82] Ídem. pp. 30 y 31

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La oferta negocial es una proposición unilateral recepticia que una de las partes dirige a otra, que no puede decirse que sea un comportamiento o conducta preparatorio del negocio. Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente para formar patrimonio separado, lo único que el fideicomitente tendrá en su patrimonio, en relación a dichos bienes, serán los derechos que expresamente se haya reservado y el derecho a la reversión al extinguirse el fideicomiso.[83]

Resulta evidente que el fideicomiso por sí mismo, no podría entenderse de manera llana como una simple declaración unilateral de voluntad por parte del fideicomitente, con el objeto de afectar parte de su patrimonio para la consecución de un fin determinado.

En un primer momento, puede efectivamente suceder que exista esta declaración individual como un presupuesto para dar vida al fideicomiso, sin embargo, es necesario para que la estructura de esta institución se encuentre completa o tenga una operatividad efectiva en los hechos, que el negocio se componga también con el ingrediente que pudiéramos llamar complementario del fiduciario, pues en caso contrario el fideicomiso podría, en términos de la LGTOC "constituirse" y surgir a la vida jurídica, pero sin que tenga una operación real y una utilidad práctica.

Podrá argumentarse en sentido contrario, que debido a que la LGTyOC en su artículo 382 establece: El fideicomiso será válido aunque se constituya sin fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado; esto es, emplea el verbo constituir, el fideicomiso se encuentra completo y opera desde la declaración unilateral de la fideicomitente, como en el caso del denominado fideicomiso testamentario, pues en rigor si decimos que alguien se encuentra constituido, por ejemplo de manos pies, tronco, cabeza, brazos, etcétera, se encuentra ya "completo", sin embargo, no por ese hecho está vivo y se exterioriza.

Diremos siguiendo las ideas de José Manuel Villagordoa Lozano, que el fideicomiso es un negocio formado por dos relaciones, una la real, en virtud de la cual el fideicomitente transmite o destina determinados bienes o derechos a la fiduciaria, y; la segunda, de carácter obligatorio

[83] Muñoz, Luis. *El Fideicomiso.* Ob. Cit. p.p. 441 a 452

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por la cual el fiduciario se encuentra constreñido, frente al fideicomisario, a destinar el patrimonio transmitido a la realización de los fines del fideicomiso, en provecho no del titular de dicho patrimonio, sino de la propia fideicomisaria.[84]

Incluso Jorge Alfredo Domínguez Martínez, defensor de la tesis de declaración unilateral en la constitución del fideicomiso, reconoce que al menos subsisten dos etapas "concomitantes" en el fideicomiso, la primera de carácter constitutivo y la segunda denominada ejecución, al señalar que "...Debemos reconocer sin embargo, que la afectación de los bienes correspondientes a un fin determinado y la solicitud de encomienda por parte del fideicomitente, aun cuando esta última tenga lugar sin dirigirse a una institución fiduciaria en concreto, son actos que se verifican concomitantemente; en consecuencia, parece también aceptable que el fideicomiso pueda concebirse como un todo que se encuentra compuesto de una fase constitutiva y otra ejecutiva; la primera como acto jurídico unilateral y la segunda como contrato, esto es, el elemento psicológico del primero lo es la manifestación de voluntad, y el consentimiento, del segundo.[85]

B. De la Fiduciaria.

Afirma Rodolfo Batiza que la regulación de las funciones de la fiduciaria han sido incompletas al señalar: "...en nuestro derecho, ni la legislación ni los proyectos que precedieron a las leyes vigentes prescribían reglas de conducta para el fiduciario. El principio que en la ley substantiva actual preside su actividad, es el de que debe realizar el fin lícito que le ha sido encomendado en virtud del fideicomiso. Para ello, cumplirá el fideicomiso conforme al acto constitutivo y, siguiendo las ideas plasmadas en el antecedente panameño "deberá obrar siempre como un buen padre de familia". Según nuestra ley, la aceptación de fideicomisos por parte de las instituciones fiduciarias es obligatoria y que sólo pueden excusarse del desempeño del cargo por causa grave que calificará el juez civil..."[86]

En este sentido, afirma José Riba Rincón Gallardo –hacen suponer- la designación del fiduciario sin el consentimiento previo de éste y lo que

[84] Cfr. Villagordoa Lozano, José M. *Doctrina General...* Op. Cit. p. 97.
[85] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge A.. *El Fideicomiso.* Ob. cit. p. 51.
[86] Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso.* Op. cit. pp. 292-295.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

es más, generalmente sin su conocimiento siquiera, a pesar de lo cual el fiduciario está obligado a desempeñar el cargo.[87]

En este misma opinión, y fundándose en lo dispuesto por el artículo 391de la LGTOC, el autor Jorge Domínguez Martínez señala que la aceptación de la fiduciaria es obligada y no facultativa, ya que la excusa en su caso, significa rehusar al cargo.

La actuación o papel de la fiduciaria, se circunscribe una vez que ha sido designada como tal, a realizar todas aquellas conductas que sean necesarias para llevar a cabo los fines del fideicomiso.[88]

Para el maestro Luis Muñoz, es a través de la aceptación de la fiduciaria como se perfecciona el fideicomiso, por lo cual, encontramos que sus ideas chocan con algunas de las ideas expuestas por la doctrina en materia del fideicomiso, además este tratadista no concibe a dicho negocio como contrato o mera declaración de voluntad sino: la propuesta u oferta de negocio dirigida a más de una persona debe tener valor de mera expectativa para el destinatario y en su consecuencia no puede tener la consideración de vinculante, pues espera lógicamente varias aceptaciones y será válida de entre éstas la que primero se emita.

La aceptación -agrega- es para nosotros una declaración y también manifestación de contenido volitivo, recepticia y procedente del destinatario o de su representante, pura y simple, expresa o tácita, bien entendido que el silencio tiene valor en ocasiones, hecho conforme a la propuesta en el término y forma establecidos por el oferente, mediante la cual el negocio jurídico queda perfeccionado desde que se hubiese mandado al proponente. Es por el consiguiente la aceptación el comportamiento necesario aunque no suficiente del destinatario o de su representante mediante el cual el negocio se perfecciona.[89]

Para Messineo, la diferencia entre negocio unilateral y la declaración unilateral de contenido volitivo está en que el primero es un negocio jurídico perfecto, de ordinario irrevocable, mientras que la

---

[87] Cfr. Riba Rincón Gallardo, José. *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México.* Banco Mexicano Somex, S A. México MCMLXXXII. p. 217.
[88] Cfr. Dominguez M, Jorge A. *El Fideicomiso.* Op cit. p. 54
[89] Cfr. Muñoz, Luis. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 245.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

declaración unilateral es solamente el germen de un posible futuro negocio.[90]

C. Del Fideicomisario.

Como se ha venido señalando, el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, es la persona que recibe los beneficios del mismo, en términos del artículo 383 de la LGTOC, toda vez que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas con capacidad necesaria para recibir dichos beneficios.

Las leyes y los proyectos que le precedieron a la regulación vigente no hacían referencia a una capacidad exigida en relación con los beneficiarios. La ley substantiva actual establece que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.[91]

Señala José Manuel Villagordoa, que son pocos los casos de excepción para la designación del fideicomisario y señala como ejemplos la transmisión de la propiedad a un extranjero de inmueble en zona prohibida, o bien la nulidad del fideicomiso constituido para favorecer al fiduciario, igualmente en términos del 383 ya invocado.[92]

Los derechos del fideicomisario (aa. 390 y 391 LCTOC) son todos ellos derechos personales, toda vez que el derecho de reivindicar y la denominada acción pauliana, no constituyen acciones del fideicomisario, que no es propietario de los bienes fideicomitidos, ni titular de los derechos afectos al fideicomiso.

El llamado derecho de reivindicar del fideicomisario, es una acción pauliana de carácter personal y restituible que produce una ineficacia relativa de los actos indebidos del fiduciario y no una acción real como lo es la reivindicatoria, toda vez que el fideicomisario en ningún caso es, ni puede ser, propietario de los bienes fideicomitidos, ni titular de los derechos afectos al fideicomiso, cuyo propietario o titular es el fiduciario, por la naturaleza misma de la operación.[93]

---

[90] Citado por Muñoz, Luis. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p 245
[91] Cfr. Batiza, Rodolfo *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 225.
[92] Cfr Villagordoa Lozano, José M. *Doctrina...* Op. Cit. P. 195.
[93] Ibidem p. 196.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- Situación del Patrimonio Fideicomitido.

El patrimonio fideicomitido constituye un conjunto de bienes y derechos que se afectan por la fideicomitente a un fin lícito, determinado y posible que pasan a integrar una masa autónoma, separada o independiente del de las partes que intervienen en el fideicomiso, esto es se constituye como una masa patrimonial distinta, una universalidad jurídica diferente a la de las partes negociales del contrato cuya titularidad detenta la fiduciaria, aceptando una propuesta formulada por la fideicomitente.

En este punto cabe reflexionar sobre los conceptos propiedad y titularidad. Propiedad (del latín *propieta-atis*). Dominio que se ejerce sobre la cosa poseída. Según Rojina Villegas, la propiedad es el poder que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.[94]

Señala Domínguez Martínez que existe la opinión generalizada de considerar que la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos, y a la cual le corresponde el carácter de sujeto activo de todos los derechos y acciones relacionados con tales bienes; entre quienes opinan en este sentido menciona a Rodríguez Rodríguez, Serrano Trasviña, Cervantes Ahumada y José Luis de la Peza.[95]

Esta opinión se funda, siguiendo a Cervantes Ahumada, en el presupuesto de que el titular no es propietario, entendiéndose por titularidad solamente una cualidad jurídica de una persona sobre un derecho o derechos dentro de una relación jurídica.[96]

De lo antes mencionado, se concluye que la fiduciaria detenta la titularidad del patrimonio fideicomitido, la cual es limitada, restringida o condicionada a los fines del fideicomiso pues no es absoluta o arbitraria ya que debe circunscribirse en todo momento a los fines que el propio contrato establece como lineamientos para la titularidad de los bienes afectos al mismo.

---

[94] Cfr *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op Cit. p. 2598.
[95] Cfr Domínguez Martínez. Jorge A. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 201.
[96] Cfr Cervantes Ahumada. Raúl. *Títulos...* Op Cit. p. 306.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por tanto, la titularidad que detenta la fiduciaria tiene, siguiendo las ideas de Raymond Saleilles, un carácter meramente funcional o instrumental, que se rige siempre conforme a los fines que se hayan señalados en el fideicomiso, esto es, es un sujeto de derechos a título funcional, que puede desempeñar una función administrativa investida de todos los derechos patrimoniales bajo las condiciones de ejercicio señaladas por el fideicomitente, una titularidad que pudiéramos denominar "singular" o especial, puesto que la fiduciaria no es más que un mero instrumento para que con el patrimonio afectado se consiga el fin o fines del fideicomiso.[97]

En este sentido, Cervantes Ahumada apunta: "...Por patrimonio autónomo entendemos un patrimonio distinto de otros y distinto, sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso. A ninguno de los tres elementos personales puede ser atribuido el patrimonio constituido por los bienes fideicomitidos; sino debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra, por tanto, fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados. No importa, en realidad, el problema de la propiedad, porque el patrimonio fideicomitido puede estar constituido por derechos que no constituyan propiedad en sentido jurídico, y porque en todo caso, si se tratare de derechos dominicales, estos derechos habrán sido sacados fuera del régimen normal de la propiedad para colocarse bajo la titularidad del fiduciario".[98]

Después de leer las ideas de Cervantes Ahumada, es lógica la crítica a la aseveración de que la propiedad de los bienes que integran la universalidad jurídica fideicomiso, pase a un plano secundario, pues en opinión de quien escribe, la fideicomitente es dueña y por tanto es un presupuesto para poder llevar a cabo la afectación que implica el fideicomiso, precisamente que el propietario pueda destinar los bienes al fin lícito determinado, en este sentido, conforme a lo dispuesto por el artículo 384 de la LGTyOC, sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas y jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación del patrimonio que el contrato implica.

Concluyendo, el patrimonio fideicomitido se constituye como una universalidad de bienes y derechos que se destinan por la fideicomitente a un fin lícito, determinado y posible, encomendando la realización de

[97] Cfr.Saleilles, Raymond. *Personalité Juridique. Histoire et Théories.* Paris. 1922 p.p. 495 y 496.
[98] Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y operaciones de crédito.* Op. Cit. p. 306

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

este fin a una institución fiduciaria, quien detenta la titularidad de este conjunto de bienes, con todos los derechos, acciones, obligaciones y facultades, que supone la ejecución del fideicomiso, y con las limitaciones que se establecen en el propio fideicomiso, conforme al artículo 391 de la LGTyOC.

Conforme al artículo 386 de este último ordenamiento, los bienes dados en fideicomiso se consideran afectados al fin que se destinan y en consecuencia, solo se pueden ejercerse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que deriven del propio fideicomiso o los adquiridos legalmente respecto e tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

Objeto directo y objeto indirecto en el fideicomiso.

Doctrinalmente se distingue entre objeto directo e indirecto de un acto jurídico. El primero es la creación, transmisión, modificación o extinción de una obligación y el segundo es la cosa que se debe dar, el hecho que se debe realizar o no realizar y son propiamente el objeto de la obligación.[99]

El objeto, apunta Gutiérrez y González tiene dos acepciones, si bien la primera a su vez, admite tres aspectos diferentes: a. una conducta en que el obligado debe "dar; b. una conducta en que el obligado debe hacer y; c. una conducta en donde el obligado debe no hacer o abstenerse.[100]

Para el caso que nos ocupa, la fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, en un segundo momento encomienda la realización de éste último y por tanto formula una propuesta a la fiduciaria, quien a su vez lleva a cabo, en su caso, una aceptación y entonces se integra el consentimiento para dar vida al fideicomiso.

El fideicomitente al destinar parte de su patrimonio al fideicomiso afecta aquel al fin establecido en el contrato, estos bienes pasarán a integrar una universalidad jurídica cuyo titular es la fiduciaria, institución que tiene todos los derechos, acciones y facultades necesarios para dar cumplimiento al contrato, conforme al artículo 391 ya invocado.

[99] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. Cit. p. 2242.
[100] Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto *Derecho* Op. Cit. p. 120.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Además la fiduciaria se encuentra limitada a las disposiciones establecidas en el acto constitutivo, está obligada a dar cabal cumplimiento al fideicomiso en sus términos, y deberá obrar siempre como un buen padre de familia. Extinguido el contrato, los bienes a él destinados que queden en poder de la fiduciaria, serán devueltos a la fideicomitente o sus herederos si los hubiere (artículo 393 LGTyOC).

En términos del artículo 394 de la misma ley, se encuentran prohibidos los fideicomisos secretos; aquellos en los que el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que se sustituyan por muerte del anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente y; aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia; a excepción en éste último, pueden constituirse con una duración mayor de 30 años cuando el fin sea mantener museos, actividades científicas o artísticas sin fines de lucro.

No obstante que será abordado con mayor amplitud en capítulos subsecuentes señalo que tomando en consideración esta naturaleza autónoma de los bienes afectados en el contrato del de las partes negociales que intervienen en él, es que en el procedimiento concursal antiguamente regulado por la abrogada LQySP, se determinó que el patrimonio fideicomitido integraba un conjunto de bienes distintos a la masa concursal, respecto al cual los acreedores concurrentes no podían hacer efectivos sus créditos.

Lo anterior debemos reconocer, originó conductas fraudulentas por el deudor común, desvirtuando en consecuencia la propia naturaleza del fideicomiso pues se pensó que el deudor afectando sus bienes mediante la figura del fideicomiso, podía evadir sus obligaciones.

La LCM[101] establece como un elemento novedoso en su artículo 4º que el concepto comerciante comprende al patrimonio fideicomitido siempre que éste se haya destinado a una actividad empresarial, por lo que podrá integrarse a la masa concursal, con lo cual, encontramos que se intenta corregir este ánimo evasión en el cumplimiento de obligaciones del concursado, quien podría utilizar el mecanismo de

[101] Publicada en el Diario Oficial de la Federación en 12 de mayo del año 2000.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

afectación de sus bienes para disminuir dolosamente sus activos e integrar una masa separada del concurso, en la que sus acreedores no pudieran hacer efectivos sus créditos.

A. Respecto a las partes del Fideicomiso.

Como se ha señalado en estas líneas introductorias, los bienes fideicomitidos abandonan el patrimonio de la fideicomitente, para integrar una universalidad jurídica autónoma sujeta a una titularidad fiduciaria, sin que por ello dicho bien o bienes pasen a formar parte o integrarse al patrimonio de ésta última.

a. Fideicomitente.

El artículo 384 establece la capacidad necesaria para ser fideicomitente. Señala Domínguez Martínez que el fideicomiso implica una afectación de bienes, que es el destino asignado por el fideicomitente a los bienes que fideicomite.

Es una realidad evidente que destinamos a algo lo nuestro; con el objeto de que sea útil y nos produzca frutos, con la único límite de la legalidad, lo cual implica el derecho de propiedad en activo; en el fideicomiso se da igual, dar un destino a lo que nos pertenece, hay por el propietario un destino asignado al bien de su propiedad. [102]

b. Fiduciaria.

El fiduciario es titular, no propietario; al efecto se deberá entender por titularidad la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica. El poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitido estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso y si no lo estuviere, por la naturaleza del fin a que los bienes se destinan.[103]

c. Fideicomisario.

El fideicomisario puede ser persona física, moral o jurídica, según la ley, cabe señalar que una y otra de las categorías de sujetos jurídicos soportan limitantes y condicionantes con relación a la capacidad necesaria requerida para ser fideicomisario. La capacidad de goce para

[102] Cfr. Domínguez Martínez, Jorge A. *El Fideicomiso.* Op. Cit. o. 328 y 329.
[103] Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos.* Op. Cit. p. 306.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el fideicomisario implica que debe tener la aptitud de ser titular de los derechos y obligaciones que el fideicomiso ofrece como provecho a su favor.

Respecto a las personas físicas, si se parte de que los efectos producidos por el fideicomiso son de carácter patrimonial, esa capacidad, la de goce que se requiere para ser fideicomisario, seguramente se tendrá en casi todos los supuestos con escasas excepciones, que podría ser, si por ejemplo, el del fideicomiso fuera una adquisición de propiedad en zona prohibida por una persona de nacionalidad extranjera. Esa capacidad se inicia desde la concepción del sujeto, pero con dependencia a la condición resolutoria negativa de que no nazca viable.[104]

Apunta Emilio Krieger, respecto a la situación de los bienes fideicomitidos: "el fideicomitente que los entrega deja de ser dueño de ellos, si lo era; el fiduciario no adquiere la propiedad y, cuando mucho, se ostentará como "titular" de derechos que son meros instrumentos para el cumplimiento de la tarea que tiene encomendada; el fideicomisario, cuando existe, tiene un derecho frente al fiduciario y, eventualmente, una acción persecutoria de la cosa que indebidamente haya salido del patrimonio del fideicomiso. Pero ninguno de los tres tiene una libre facultad para disponer de la cosa, un derecho de gozar y disponer de los bienes, facultad que, en última instancia, identifica y caracteriza el derecho de propiedad privada".[105]

B. Respecto a Terceros.

Afirma Luis Muñoz que es tercero todo aquél que no es parte negocial, de suerte que el fideicomisario no es tercero. El artículo 386 de la LGTOC en su último párrafo, preceptúa que el fideicomiso constituido en fraude de acreedores podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados, confiriéndoseles por el consiguiente la acción pauliana.

El ejercicio de este derecho representa la acción conocida con el nombre de "pauliana". [106]

---

[104] Cfr. Dominguez Martinez, Jorge A. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 323, 324 y 325.
[105] Krieger, Emilio. *Manual...* Op. Cit. p. 73.
[106] Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso* Op. Cit. p. 394.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Eduardo Pallares afirma que la acción pauliana es la que tiene por objeto nulificar los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores y sus principios más importantes son los siguientes:

a) Tiene como objeto reconstruir el patrimonio del deudor, para que vuelvan a figurar el él los bienes que hayan salido del mismo en virtud del acto indebido que ha producido la insolvencia total o parcial del deudor. Por esta nota, los jurisconsultos franceses la consideran como un acto de conservación que puede ser realizado por todas aquellas personas que, sin estar facultadas para llevar a cabo actos de disposición, pueden sin embargo, hacer los de conservación que sean indispensables para evitar la disminución del patrimonio del deudor en perjuicio de sus acreedores. En esta situación están comprendidos los tutores, albaceas, síndicos, etc.

b) La acción constituye una defensa que se otorga al acreedor contra los actos fraudulentos de su deudor, si son a título oneroso. Si el fraude no existe, la acción no procede. Es cierto, que el artículo 2163 del Código Civil parece ser contrario a esta tesis, porque sólo exige que los actos se celebren en perjuicio del acreedor para que se produzca su nulidad, si de ellos resulta la insolvencia del deudor, pero el artículo 2164 exige, además, que los dos contratantes obren de mala fe.

c) Es presupuesto de la acción, que el acto produzca la insolvencia del deudor en forma que no le queden bienes suficientes para pagar a su acreedor; hay que advertir, sin embargo que la insolvencia no es necesaria cuando, tratándose de la prestación de una cosa determinada que el deudor deba entregar a su acreedor, la cosa desaparece de su patrimonio por virtud de un acto fraudulento.

d) Si se trata de un acto a título gratuito, la acción procede aún cuando el tercero que haya contratado con el deudor lo haya hecho de buena fe. Si el contrato es a título oneroso, sólo cabe la nulidad del acto si el tercero es cómplice del fraude o lo que es igual si ha obrado también de mala fe. Este principio se aplica igualmente, tratándose del proceso simulado en perjuicio del acreedor.

e) Para los efectos de la acción pauliana se entiende que hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. Como se ve no basta que el acreedor afirme que el deudor es insolvente. Es

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

necesario que lo demuestre mediante la justipreciación de los bienes que aquél poseía.[107]

Como requisitos que debe tener el acto que se impugna con esta acción:

a) debe tratarse de un acto jurídico, ya que los hechos materiales que realice el deudor para esconder sus bienes, no podrán impugnarse por esta acción;

b) el acto debe disminuir, o bien no permitir que aumente, el patrimonio pecuniario activo del deudor;

c) el acto que se impugna, debe ser causa de la insolvencia del deudor; d. debe haber mala intención de las partes interesadas en la realización del acto, o éste debe ser a título gratuito.[108]

En este mismo sentido, Luis Muñoz señala que para el ejercicio de tal acción debe considerarse que es necesario distinguir entre negocios jurídicos onerosos y gratuitos; sin embargo los requisitos comunes para el ejercicio de tal acción son que el negocio haya sido celebrado por el deudor o por su representante; que no se trate de un acto material ya que éste puede ser rescindido o anulado; que debe ser causa de insolvencia del deudor y que el crédito en virtud del cual se intenta la acción ha de ser anterior al negocio.[109]

Rodolfo Batiza, cita a Scout indicando: "es principio reconocido en el derecho angloamericano que toda transmisión de bienes con la intención de defraudar acreedores es anulable a instancia de cualquier afectado.

El denominado Proyecto Vera Estañol disponía que en los casos en que los derechos de personas extrañas al fideicomiso no podrán hacerse valer sobre los bienes materia de aquél, en todo lo que impidieran o entorpecieran directa o indirectamente la ejecución del fideicomiso, salvo cuando se hubiere creado en fraude o perjuicio de dichas personas, o cuando éstas dedujeran derechos reales legalmente"[110].

---

[107] Cfr. Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Civil.* Editorial Porrúa. México. 1979. p. 48.
[108] Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho* Op. Cit. p. 751 a 753.
[109] Muñoz, Luis. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 494.
[110] Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 394

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Respecto a esta situación, Emilio Krieger insiste que la universalidad fideicomitida corresponde al grupo de los bienes, que por estar afectos a un fin determinado, no son de libre disposición. Quien en un momento tuvo facultad de disponer libremente de esos bienes, se auto-privó de ella y los consagró a un cierto y determinado fin.[111]

Apunta Cervantes Ahumada que los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en una situación de afectación, por tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de sus derechos, en cuyo caso lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana.[112]

La afectación de bienes que se destinan en fideicomiso puede naturalmente, ser impugnada por aquellos a quienes eventualmente dicha afectación pudiera causar perjuicios, pensemos considerando el tema que nos ocupa, en la masa de acreedores del comerciante deudor, a quienes la disminución del patrimonio del concursado pudiera representar una pérdida.

B. Respecto a Terceros.

a. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Conforme a la LQySP, se establecían distintos mecanismos para evitar el perjuicio de los acreedores que pudieran derivar de una disminución dolosa del activo o del denominado fraude de acreedores.

En efecto, el artículo 116 de esta Ley, señalaba: Serán nulos, frente a los acreedores, todos los actos de dominio o administración que haga el quebrado sobre los bienes comprendidos en la masa desde el momento en que se dicte la declaración de quiebra. No procederá la declaración de nulidad, cuando la masa se aproveche de las contraprestaciones obtenidas por el quebrado.

Consecuencia del desapoderamiento es la nulidad de cualquier acto de dominio y administración realizado por el quebrado. Esta nulidad sólo afecta a los actos que se realizan desde el momento en que se dicta

[111] Cfr. Krieger, Emilio. *El Fideicomiso.* Op Cit. p. 73.
[112] Cfr. Cervantes Ahumada. Raúl *Titulos y Operaciones.* Op. Cit. p. 312.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la sentencia de declaración de quiebra, pero no afecta a los actos realizados antes de la declaración, salvo la posibilidad de invocar contra éstos, las acciones específicas de la quiebra.[113]

Puesto que el quebrado ha sido privado de su facultad de disponer y administrar los bienes comprendidos en la masa de la quiebra, no está legitimado para realizar tales actos, si los mismos han de tener eficacia frente a la masa de acreedores. Este artículo se refiere a toda clase de actos de administración y de dominio, es decir, a todo acto jurídico que tenga repercusión sobre el patrimonio comprendido en la masa activa. Una interpretación lógica, pero extensiva, nos permite aplicar la norma en cuestión a cualquier clase de actos, que aunque no sean sobre los bienes comprendidos en la masa puedan tener repercusión sobre los mismos.[114]

Por lo que hace a los efectos de la declaración de quiebra sobre los actos anteriores a la misma, el artículo 168 de la LQySP señalaba: Serán ineficaces frente a la mas todos los actos que el quebrado haya hecho antes de la declaración de quiebra o de la fecha a que se retrotraigan sus efectos, defraudando a sabiendas los derechos de los acreedores, si el tercero que intervino en el acto tenía conocimiento de este fraude. Este último requisito no será necesario en los actos de carácter gratuito.

Sobre este artículo, señala la exposición de motivos: "La eficacia de la quiebra como procedimiento de trato igual para los acreedores, depende de la energía de los medios concedidos por la ley para evitar que del patrimonio salgan bienes en perjuicio de aquellos, y para que la masa pueda considerar como continuando en ella aquellos bienes que el deudor hizo salir fraudulentamente de su patrimonio. Pero era necesario compaginar esas exigencias con las necesidades de la seguridad jurídica del tráfico.

Por eso, la Comisión llevó al proyecto un sistema de acciones para establecer la ineficacia a la masa, de los actos que implican empobrecimiento del patrimonio en perjuicio de los acreedores, que difiere en muchisimos puntos de las disposiciones paralelas del Código Civil. Importa sobre todo señalar dos: la ineficacia de estos actos en el proyecto no tiene como presupuesto, que haya una relación de causalidad entre el acto que se quiere declarar ineficaz y la insolvencia del deudor, que es el sistema del Código Civil.

---

[113] Cfr. Rodriguez Rodriguez, Joaquin *Ley de Quiebras* Op. Cit. p. 104

[114] Ibid. p. 104 y 105

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El sistema del proyecto se basa en la distinción de tres clases de acciones: la acción revocatoria por actos fraudulentos, la acción revocatoria contra actos obsequiosos, y la acción pauliana típica de la quiebra (pauliana concursal).[115]

La acción paulinana ordinaria civil deriva de la *actio pauliana* del derecho romano, que exigía la conciencia del fraude en el deudor y de la *persona que éste adquiría (conscius fraudes)*, salvo el caso de actos gratuitos, y el daño positivo de los acreedores, *eventos damni*. Acción de carácter individual, en un principio, después llegó a tener carácter colectivo al ser ejercida por el *curator bonorum*.

La evolución posterior de esta acción y aquellas exigencias propias de la quiebra, llegaron a establecer dos sistemas fundamentales, uno, por el cual en el caso de quiebra se fijaba un plazo (retroacción y período sospechoso) siendo anulables los actos realizados dentro del mismo; otro, en el cual se dejaba al juez la decisión de la anulación de los actos en fraude de acreedores, sin que existiera plazo que limitara el ejercicio de las acciones revocatorias.

En la Ley de Quiebras se regulaban tres grupos de acciones revocatorias: el primero constituido por la acción revocatoria propiamente dicha, al que se refiere el artículos 168; el segundo, integrado por la acción revocatoria obsequiosa, regulada por el artículo 169 y, en cierto modo, en el párrafo segundo del artículo 170; y el tercero, formado por la revocatoria concursal de características especiales, las cuales pueden verse en los artículos 170, 171 y 172.[116]

El artículo 169 de la LQySP refería diversos casos de acciones revocatorias que pueden comprenderse bajo el enunciado común de pauliana obsequiosa. Se trata de impugnar actos gratuitos que, empobrecen el patrimonio del deudor.[117]

Señalaba este artículo: se presumen realizados en fraude de acreedores sin que se admita prueba en contrario y serán ineficaces frente a la masa:

---

[115] Ibid. pp. 185 y 186.
[116] Ibidem p. 189.
[117] Ibidem p. 195.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1. los actos y enajenaciones a título gratuito, ejecutados a partir de la fecha de retroacción, y en los que, sin ser gratuitos, la prestación recibida por el quebrado sea de valor evidentemente inferior a la suya;

2. los pagos de deudas y obligaciones no vencidas, hechos al o por el quebrado, con dinero, títulos valores o de cualquier otro modo, a partir de la fecha indicada. No procederá la declaración de ineficacia cuando la masa se aprovecha de los pagos hechos al quebrado. Si los terceros devolvieren a la masa lo que hubieren recibido del quebrado, podrán solicitar el reconocimiento de su crédito cuando procediere;

3. El descuento en sus propios efectos hecho por el quebrado, después de dicho momento, se considerará como pago anticipado.

Señalaba el artículo 170. Se presumen hechos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, y serán ineficaces frente a la masa, salvo que el interesado pruebe su buena fe;

1. los pagos de deudas vencidas, hechos en especie diferente a la que correspondiere dada la naturaleza de la obligación;

2. la constitución de derechos reales sobre bienes del quebrado en garantía de obligaciones anteriores a la fecha de retroacción, para los que no se hubiere convenido dicha garantía, o con motivo de préstamos de dinero, efectos o mercancías, anteriores o no a la fecha indicada, cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación, ante fedatario público o testigos que intervinieron en ella.

Los casos que establecía el artículo 170 de la LQySP, permiten establecer que son revocables por una razón de desconfianza cronológica, pero siendo posible para el tercero afectado la prueba de su buena fe, cuyo efecto será impedir que prospere la acción revocatoria.[118]

b. Ley de Concursos Mercantiles.

La Ley de Concursos Mercantiles, señala en su capítulo VI *De los actos en fraude de acreedores*, artículos 112 a 119 distintas hipótesis de actos llevados a cabo por el deudor común y que pudieran ocasionar perjuicios a sus acreedores.

[118] Ibidem p. 199.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 112 establece la fecha de retroacción de manera fija, entendiendo por esta el día doscientos setenta natural inmediato anterior a la fecha de sentencia declarativa de concurso mercantil, la cual podrá ser modificada a solicitud del conciliador, interventores o algún acreedor.

Conviene reflexionar en este punto una crítica que parece evidente para el caso en que el tiempo transcurrido entre la demanda de concurso mercantil y la fecha en que se dicta la sentencia que declara la existencia de éste sea precisamente de 270 días naturales. Surge la pregunta ¿los 269 días entre la demanda y la fecha de concurso, tienen verdaderamente una aplicación lógica?.

La respuesta es naturalmente que no, pues la fecha de retroacción evidentemente no refleja ninguna veracidad respecto a los hechos generadores del concurso y por tanto ningún elemento que aporte indicios a los interesados respecto a la fecha mencionada.

Utilizando una vez más el término *ineficaz* citado de manera frecuente en la LQySP, el artículo 113 señala que serán ineficaces frente a la masa concursal todos los actos en fraude de acreedores que son aquellos que el comerciante haya hecho antes de la declarativa de concurso, defraudando a sabiendas a dichos acreedores, pero además que la persona tercera que pudiera colaborar con el deudor, tuviera conocimiento de ello, salvo que se trate de un acto de carácter gratuito.

Se establece también actos llevados a cabo a partir de la fecha de retroacción, como realizados en fraude de acreedores:

I. actos a título gratuito;

II. actos o enajenaciones en los que el comerciante pague una contraprestación de valor notoriamente superior o reciba una contraprestación de valor notoriamente inferior a la prestación de su contraparte;

III. Las operaciones celebradas por el comerciante en las que se hubieren pactado condiciones o términos que se aparten de manera significativa de las condiciones o términos prevalecientes en el mercado en el que se hayan celebrado, en la fecha de su celebración, o de los usos o prácticas mercantiles;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

IV. Las remisiones de deuda hechas por el comerciante; V Los pagos de obligaciones no vencidas hechas por el comerciante; VI El descuento que de sus propios efectos haga el comerciante, después de la fecha de retroacción se considerará como pago anticipado.

El artículo 115 presume como actos en fraude de acreedores, si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe:

I. el otorgamiento de garantías o incremento de las vigentes, cuando la obligación original no contemplaba aquellos;

II. Los pagos de deuda hechos en especie, cuando ésta sea diferente a la originariamente pactada o bien cuando la contraprestación pactada hubiere sido en dinero.

Para el caso de personas físicas comerciantes, igualmente si llevar a cabo a partir de la fecha de retroacción y salvo que el tercero pruebe su buena fe, se presumen según el artículo 116 en fraude de acreedores, las operaciones que afecten o perjudiquen a la masa si se realizan con:

I. Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo; si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil o;

II. Sociedades mercantiles en las que las personas mencionada o el mismo comerciante sean administradores o integren el consejo de administración, sean accionistas en un 51% del capital suscrito o bien tengan poder de decisión en las asambleas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de decisión fundamentales en la sociedad.

Para el caso de personas morales comerciante igualmente debe acreditarse que el tercero obró de buena fe, si se realizan operaciones a partir de la fecha de retroacción con las personas siguientes, según el artículo 117:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. Su administrador o administradores, cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas mencionadas;

II. Aquellas personas físicas que conjunta o separadamente representen, directa o indirectamente al menos el 51% del capital suscrito y pagado del comerciante sujeto a concurso mercantil, tengan poder decisorio en asambleas, estén en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o tengan facultades de decisión importantes del concursado;

III. Aquellas personas morales en las que exista coincidencia de los administradores o miembros del consejo, directivos con las del comerciante concursado;

IV. Aquellas personas morales controladas por el comerciante, que ejerzan control sobre este último o bien sean controladas por la misma sociedad que controla al comerciante.

Para el caso del que adquiere de mala fe en fraude de acreedores, responde a la masa por daños y perjuicios, si la cosa pasa a un nuevo adquirente de buena fe o se pierde, lo mismo si la cosa se destruye u oculta (art. 118).

En caso de devolución de algún objeto o cantidad conforme al artículo 119, se deberán entregar los productos líquidos o intereses que correspondan, por el tiempo en que se disfrutó la cosa o dinero. Para efectos del cómputo de aquellos se estará a lo convenido originalmente entre las partes o al interés legal.

C. El patrimonio fideicomitido frente al cumplimiento coactivo de obligaciones.

Para el maestro Joaquín Rodríguez, la comprensión de la teoría del incumplimiento de las obligaciones parte del artículo 2964 del Código Civil para el D.F. que establece que el deudor responde del incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Partimos del presupuesto conforme al que terceros pueden intentar acciones frente a la transmisión de bienes derivada del fideicomiso.[119]

A efecto de abordar debidamente este aparatado, es conveniente señalar los siguientes conceptos:

Coacción (del latín *coactio-onis;* cobro, extracción, de *coacto, are;* compelir, a su vez, de *cogo, ere* "conducir a", así *coactus:* "impulso") significa: "empleo de la fuerza o violencia (o miedo) sobre un individuo para que éste haga alguna cosa", "cualidad de algo que aprecia o impulsa (a hacer algo)", "acció de compelir".[120]

Dentro del lenguaje jurídico, por coacción se entiende, en términos generales: empleo de la fuerza de que dispone el orden jurídico. Tal expresión alude al carácter coactivo del derecho que reside en el hecho de que emplea la fuerza *para regular la conducta humana*: establece e impone sanciones y hace uso de la ejecución forzada.[121]

Embargo viene del verbo embargar. Que proviene del latín vulgar *imbarricare* usado en la península ibérica con el significado de "cerrar una puerta con trancas o barras", que era el procedimiento ordinario del embargo.

En términos generales, el embargo puede ser definido como la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plantea o planteará en juicio *(embargo preventivo, provisional o cautelar)* o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva *(embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo).*

El embargo es una *afectación* sobre un bien o conjunto de bienes, en cuanto los somete, a las resultas de un proceso pendiente (embargo cautelar) o la satisfacción de una pretensión ejecutiva, regularmente fundada en una sentencia de condena (embargo definitivo).[122]

---

[119] Cfr. Rodriguez Rodriguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Tercera Edición. México, Editorial Esfinge, 1973, p. 283.

[120] Cfr. *Diccinario Jurídico Mexicano.* Op Cit p 482.

[121] Ibidem.

[122] *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. Cit. p. 1249

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Inalienabilidad (del latín *in*, partícula privativa y de *alienare*, enajenar). Calidad atribuida a ciertos derechos que los imposibilita de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico entre particulares: como compraventa, donación, permuta, cesión, subrogación, cualquier forma de gravamen o fideicomiso.[123]

[123] Ibid. P. 1667.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO TERCERO.

El juicio concursal en el ámbito mercantil en los Estados Unidos Mexicanos.

I. Breve antecedente.

La institución de la quiebra se desarrolló como ejecución colectiva, especialmente en la Edad Media. Para el derecho romano era desconocida la quiebra en el sentido moderno, pues en él solo existen huellas de un procedimiento de intervención forzada sobre los bienes del deudor que no cumplía, y ésto únicamente en el derecho imperial.

Todas las sanciones para tutelar a los acreedores tendían a coaccionar la voluntad del deudor (*manus injectio*), obrando sobre su persona, en forma de prisión, de esclavitud y aun con la muerte. La ley Poetelia (año 441 de Roma) limita el carácter penal del enjuiciamiento y abre camino al elemento patrimonial.

En el sistema romano, lo más característico es el carácter privado del proceso, dirigido por la iniciativa individual y todavía muy lejano de la estructura de los lineamientos concursales de la actualidad. Los conceptos elaborados posteriormente de cesación de pagos, desequilibrio patrimonial, no tienen precedente en las fuentes, en las que la ejecución forzosa, individual, tiene solo por condición, un deudor condenado a pagar.

Los antecedentes de una verdadero tratamiento concursal, se encuentran en el medioevo, especialmente en Italia, como resultado de la fusión de las instituciones romanas, con algunas características del derecho germano (especialmente la consideración patrimonial de la obligación, mediante la prenda y el apoderamiento, si el deudor no cedía sus bienes en prenda a sus acreedores, eran éstos quienes los tomaban).

Las innovaciones introducidas por el derecho intermedio italiano en el sistema de ejecución romana de la *cessio bonorum* y de la *bonorum distractio,* pueden, por tanto, reducirse a las siguientes:

a) adopción del secuestro general del patrimonio;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) requerimiento hecho de oficio a los acreedores para que demandaran sus créditos en juicio, dentro de un determinado plazo aportando pruebas;

c) reconocimiento sumario de créditos, por parte del mismo juez;

d) trato a favor y concesión de facilidades para la conclusión del convenio de mayoría.

Estos principios, fueron recogidos en Francia, España, Alemania y Holanda. En el sistema francés, la institución aparece como un procedimiento de liquidación de los bienes del deudor iniciado por su declaración obligatoria, dentro de los tres dias siguientes a la cesación de pagos. Estas líneas generales del código francés fueron recogidas en su mayor parte en las legislaciones europeas del siglo pasado, sobre ellas se construyeron también: la ordenanza concursal prusiana de 1855, la austriaca de 1868 y la bávara de 1869.[124]

En México, después de las Ordenanzas de Bilbao, estuvieron vigentes los Códigos de Comercio de 1854 y 1883, y parcialmente lo está el de 1889.

Estos tres códigos dedicaron numerosas disposiciones a la quiebra.

El de 1854, de influencia española y francesa en el que se desconoce la prevención de la quiebra y la intervención del órgano judicial limitada o pequeña; la revocación se regula con extensión y se amplían las facultades concedidas a la administración de la quiebra.

En el código de 1883, se establece lo perjudicial de la quiebra, aparecen el régimen de la retroacción, la distinción entre el síndico provisional y definitivo y la presunción llamada muciana.

En el código de 1889, las normas sobre quiebra van en dos libros distintos, de la misma manera que el de 1883, se regula el régimen de los bienes comprendidos en la masa de mejor forma; hay una sistematización en la distribución de materias; se establecen normas sobre revocación y sobre prelación de acreedores; es una mezcla entre

[124] Cfr Brunetti. Antonio *Tratado de Quiebra*, Editorial Porrúa. México. 1945 p. 15.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

instituciones españolas y francesas y sus disposiciones olvidan la protección del interés público.[125]

A. Surgimiento de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Antes de la entrada en vigor de la LQySP, la materia estaba regulada por el Código de Comercio (arts. 945 a 1038, 1415 a 1500), por la Ley de Instituciones de Crédito (arts. 172 a 226), hallándose disposiciones sueltas en la Ley de Instituciones de Seguros, en el Código Civil del Distrito Federal y en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.[126]

La Ley General de Instituciones de Crédito (DOF de miércoles 29 de junio de 1932), contemplaba en su título IV, capítulo I, el estado de suspensión de pagos, quiebra y liquidación de instituciones de crédito y auxiliares.

Establecía en su artículo 172 las causales por las que se podría solicitar la suspensión de pagos: las instituciones de crédito y las auxiliares que tengan concesión, cuyo activo sea suficiente para cubrir su pasivo, pero que prevean encontrarse transitoriamente en la imposibilidad de hacer frente a alguna de sus obligaciones porque el público intente retirar en masa sus depósitos o a consecuencia de una crisis o de una causa grave, podrán pedir al Juez competente de su domicilio, que los declare en estado de suspensión de pagos.[127]

El procedimiento de suspensión de pagos estaba regulado en esta ley en los artículos 172 a 192.[128]

Respecto a la quiebra, el capítulo II, artículos 193 a 210 contemplaba paralelamente a la suspensión de pagos, que las instituciones de crédito y las auxiliares que tengan concesión, serán declaradas en quiebra a su propia solicitud o demanda o bien a petición de la Comisión Nacional Bancaria o de cualquiera de sus acreedores, remitiéndose a los casos señalados en el Código de Comercio y a los previstos por los artículos 173, 179, 182, 189 y 191 de la propia Ley.

---

[125] Cfr. Rodriguez Rodriguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Tomo II. Editorial Porrúa. México. 1957. p.p. 294 y 295.
[126] Ibidem. p. 295.
[127] Cfr. DOF de 29 de junio de 1932. p. 28.
[128] Ibid. p.p. 28 a 32.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 172 ha sido señalado ya y se refiere a la imposibilidad de las instituciones de crédito o auxiliares para hacer frente a sus obligaciones como se ha mencionado, mientras que el numeral 179 establecía:

Si el deudor obra en contravención a los artículos que preceden, oculta o disimula alguna parte de su activo, sustrae o altera sus libros de contabilidad, quebranta el arraigo, dolosamente omite uno o más acreedores o incluye en las relaciones respectivas créditos a su cargo inexistentes o comete cualquier fraude, el Juez, a promoción del interventor o de cualquiera de los acreedores, deberá declarar la quiebra desde luego, expresando en la resolución los mot vos que la funden. Esta resolución será apelable en ambos efectos por el deudor en el término de tres días; pero la apelación no suspenderá el curso del procedimiento de suspensión de pagos, será tramitada con un simple escrito del deudor y otro del interventor presentados en el término de mejora del recurso ante el Tribunal de apelación que corresponda y éste deberá dictar su resolución dentro del tercer día a partir de aquel en que se venza el término para mejorar el recurso.

Si el convenio no era aprobado se declararía la quiebra del deudor, para el caso de que la votación hubiere sido contraria a su procedencia o a su aprobación, en términos del artículo 189.

Se establecía la pena de nulidad del convenio propuesto, la cual podía ser pedida por cualquier acreedor o por la Comisión Bancaria, si el deudor hubiera exagerado dolosamente su pasivo u ocultado cualquier parte de su activo, según el artículo 191. [129]

Las antiguas disposiciones del C. Co. en materia de quiebras, fueron derogadas por la LQySP de 31 de diciembre de 1942. La intención de crear un ordenamiento nuevo en la materia tuvo su origen en la idea de dar vida a nuevas disposiciones fue resultaran más acordes a la vida jurídica y económica de la época.

Ya desde aquellos días, se hacía una ruda critica al antiguo Código de Comercio y se tenía la idea de que el procedimiento de quiebra había caído en un desprestigio notable.

Joaquín Rodríguez narra esta situación señalando: "...El sistema del Código, no sólo resulta anticuado, lo que en definitiva no sería un

[129] Ibid. p. 29 y 30.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

defecto grave cuando una jurisprudencia ágil fuese capaz de adecuar las viejas normas a las nuevas situaciones, sino que además, es totalmente insuficiente e incompleto.

En él hay soluciones de continuidad en instituciones que quedan truncadas y sin un normal desarrollo; hay lagunas que dejan sin regulación problemas jurídicos de primera fila; hay una tal falta de sistemática, que aturde y llena de confusiones al intérprete.

Se había llegado a tal extremo, que los procedimientos de quiebras, aparte de su absoluto desprestigio, eran eternos; se sabía cuando una quiebra se iniciaba, pero jamás podía preverse la posibilidad de su conclusión.

Por este motivo, era unánime el clamor del comercio y de los peritos en derecho para que se pusiese término a una situación tan perjudicial a los intereses económicos y tan perturbadora desde un punto de vista legal..." [130]

Sirvan estas líneas para reflexionar que si las palabras del maestro Rodríguez hubieran sido utilizadas en el período previo al surgimiento de la LCM, podrían exponerse casi de la misma manera. Algunos de los argumentos en que los analistas de la LQySP se fundaron para hacer una crítica feroz que llevó más tarde a la desaparición de esta antigua Ley, fueron justamente el desprestigio en que había caído dicho ordenamiento, (al que calificaron de extremadamente "benévolo" con el deudor y rudo con los acreedores, lo cual redundaba en un trato inequitativo e injusto para éstos últimos, además del tiempo que tardaban los procedimientos que regulaba).

Una de las ideas principales que orientaron la nueva legislación de aquella época en la materia, fue la modernización y sistematización del procedimiento de quiebra para hacerlo más ágil y dinámico, sin abandonar aquellas instituciones que la doctrina y la experiencia habían mostrado como firmemente adquiridas, con influencias preponderantemente del derecho español.

Según las ideas plasmadas en la exposición de motivos de la LQySP, se tuvo como una de sus líneas centrales de este ordenamiento, considerar a la quiebra como un asunto de interés social y público

[130] Cfr. Rodriguez Rodriguez, Joaquin *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, concordancias, anotaciones, exposición de motivos, bibliografía e indice*. Editorial Porrúa. México. 1994. P. 8 y 9

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

particularmente importante para el estado, éste último como institución tutelar del bienestar colectivo. Además de lo anterior, partiendo del principio de que la empresa representa un valor de organización, de creación que debe conservarse, otorgándole a dicha empresa, como personaje central de derecho mercantil, toda clase de facilidades con el ánimo de evitar la declaración de quiebra, a través de un procedimiento preventivo que se le denominó suspensión de pagos.

Este procedimiento preventivo, dicho sea entre paréntesis, fue posteriormente señalado como uno de los causantes principales de que el crédito bancario en México se estancara y fuera considerado como una especie en vías de desaparición. Como se verá más adelante durante el desarrollo de este trabajo, el surgimiento de una legislación nueva en materia de concursos, ningún cambio ha significado para la reactivación del crédito. Por el contrario, no obstante haberse creado la LCM que parece beneficiar a los dueños del capital, el día de hoy el crédito en México continúa siendo excesivamente caro y rigiéndose para su otorgamiento en base a garantías quizá del 10 por uno.

B. Reflexión sobre su objetivo y motivación.

Al revisar los argumentos formulados por el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez[131] en la exposición de motivos de la hoy derogada LQySP, entre las razones que dieron origen a dicho ordenamiento legal, señala de manera muy clara que el objetivo encomendado a la subcomisión redactora del anteproyecto de dicha ley, se enfocó a crear una ley moderna, orientada en principios de agilidad en el procedimiento, acorde a las expectativas jurídicas y de modernidad de aquella época.

Este ambicioso proyecto, tuvo la intención de crear un ordenamiento independiente del antiguo C. Co., pero con una característica singular: que la LQySP a que daría vida más tarde, tuviera la encomienda de tutelar y conservar a la empresa, concibiendo a ésta última, como un ente económico de valor importantísimo que significa no sólo para sus directivos, dueños y trabajadores, sino también por el interés social que representa para la comunidad, el cual se traduce en fuente de empleos, como generadora de materias primas, servicios o bienes.

[131] ponente de la subcomisión de la Secretaría de Economía encargada de preparar un anteproyecto de Ley de Quiebras

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para la subcomisión, para el Estado igualmente tienen una importancia concreta, y ante la cual los propios acreedores del comerciante no pueden permanecer indiferentes.[132]

En efecto, para llevar a cabo este principio fundamental de conservación de la empresa, lo que en opinión de quien escribe, distingue notablemente a la actual LCM de la antigua LQySP[133], fue creada la denominada prevención de la quiebra, que se ha señalado líneas antes.

Este procedimiento identificado en la argot o jerga de los abogados como "paraconcursal"[134], significó un beneficio para el comerciante deudor y se tradujo en brindar a éste una espera, un respiro que le permitiera ganar tiempo para poder afrontar sus obligaciones y créditos sin perder el negocio o empresa.

Es un hecho evidente, que por los vaivenes de la economía y de la situación política en México, entre otros factores diversos, nuestro país no se ha distinguido por brindar a la empresa el ambiente más propicio o al menos de plena certidumbre para su desarrollo y planeación a mediano o largo plazo. Lo anterior, ha significado la aparición de lo que los politólogos y analistas han llamado crisis sexenales[135], con sus devaluaciones, inflación y el consecuente impacto en los medios de producción, lo que ha originado también un desempleo galopante, una proliferación del mercado subterráneo o informal, ante una ausencia casi completa de una política estatal de fomento.

Con Luis Echeverría y el populismo durante su mandato y el de su sucesor, José López Portillo, las prácticas políticas pugnan por mantenerse incólumes, pero la creciente inconformidad social, las secuelas del 2 de octubre de 1968 e incipientes fenómenos guerrilleros exigieron que la Presidencia de la República -y por ende el PRI- virara su

---

[132] Cfr. Rodriguez Rodriguez, Joaquín. *Ley de Quiebras*. Op. Cit. p.p. 8 y 9.

[133] Es pertinente recordar, que no obstante que en su articulado la Ley de Concursos Mercantiles, señala que uno de sus objetivos fundamentales es la conservación de la empresa, en realidad este ordenamiento se encuentra notablemente vinculado a la recuperación de créditos por los acreedores y a presumir al comerciante como un sujeto de riesgo en su desempeño, el cual debe encontrarse vigilado o supervisado, por lo cual no se aboca únicamente a la conservación de la empresa del comerciante deudor, sino que también a la empresa o empresas con las que éste mantiene una relación comercial o de negocios

[134] ya que aunque seguía los lineamientos generales del juicio de quiebra, tenía diferencias notables como el hecho de que el suspenso no perdiera la administración de la empresa, entre otros

[135] Término acuñado para conceptuar la emproblemada situación que se ha generado en México y que sexenalmente ha sido recurrentemente, al sobrevenir el cambio de régimen desde por lo menos 1976. No en vano las generaciones que nacimos en la década de los años 70 hemos vivido siempre en crisis

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

discurso hacia terrenos más sociales, aunque en la práctica no hubiera real intención de seguirlo; resultado: el populismo.

Echeverría defiende al Tercer Mundo, dice ser uno de los mandatarios más comprometidos con los campesinos y los indígenas, sin que sus acciones corrijan los problemas estructurales de la pobreza en el país. En los 70 estalla una crisis económica mundial que golpea al país y devalúa el peso. El otrora eficaz corporativismo comienza a perder amplios sectores de la clase media y la intelectualidad se suma a las ideas de izquierda, complicando la marcha invicta del PRI, que va perdiendo legitimidad.

López Portillo se ve obligado a abrir la oferta política a partidos no satélites del PRI, para encauzar las inconformidades y evitar la condena internacional. Se inaugura un sistema pluripartidista acotado, donde el PRI sigue teniendo preeminencia. En lo económico, el perfil populista del régimen hace que se tomen decisiones de finanzas públicas por el estilo, que a la larga sólo acrecientan la deuda externa y empobrecen a las mayorías.

El PRI comienza un acelerado proceso de desgaste. tan así que le cuesta trabajo sacar adelante en 1988 la candidatura de Carlos Salinas de Gortari frente al priísta escindido Cuauhtémoc Cárdenas. Los postulados sociales del grupo en el poder son copia calca de la nueva corriente mundial neoliberal; el capitalismo salvaje bajo un discurso pretendidamente social. Salinas llega al extremo de inculcar en el PRI su teoría personal de la Solidaridad para justificar su proyecto de modernización económica.

Siempre fiel al vértice de poder, el PRI acta a su jefe supremo y se disfraza ahora de neoliberal con sentido de justicia social. En paralelo, la descomposición del aparato gobernante alcanza extremos inimaginables. El asesinato el candidato Luis Donaldo Colosio y la aparición del EZLN marcan el rumbo de los acontecimientos durante la presidencia de Ernesto Zedillo, a quien no interesa la vida partidista y sí, en cambio, promueve con insistencia la apertura política como condición indispensable de un proyecto económico liberal.[136]

Estas crisis frecuentes, de ninguna manera han pasado inadvertidas para la población en general y en particular para los

[136] Cfr Jiménez, Alejandro. *Las etapas en el partido*, diario "El Universal", lunes 4 de marzo del 2002. p. A6

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

negocios; sectores éstos dos últimos que han visto mermados su nivel de vida, poder adquisitivo y genéricamente, sus actividades u operaciones.

Ante esta situación, lógicamente un procedimiento como la suspensión de pagos, se traducía en una alternativa para afrontar momentos poco favorables para el comercio y el consumo, podía impedir el cierre de empresas y significar un bálsamo o alivio **temporal** para el comerciante deudor que le permitiera evitar la quiebra, sin que ello significara perjudicar a sus acreedores.

Uno de los presupuestos fundamentales para el diseño de la suspensión de pagos, fue partir de elementos como la honradez y confianza en el comerciante, quien además debía cumplir con diversos requisitos determinados en la ley y bajo la vigilancia de la autoridad judicial que evitara abusos innecesarios, contrarios al espíritu del legislador plasmado en este ordenamiento.

Por lo antes señalado, la actual ley de la materia al suprimir este beneficio, se ha encaminado a un criterio que pareciera "pendular" o diametralmente opuesto en sus fines a la legislación anterior de la materia, esto es, si la antigua LQySP se dice beneficiaba notoriamente al comerciante deudor, el antídoto o remedio que se buscó lo sería ahora el beneficio para sus acreedores. Si bien una de las críticas más recurrentes a la Ley de Quiebras derogada, era la acusación de ser demasiado benévola con el deudor y poco generosa con los acreedores, la ley actual parece haberse movido al extremo contrario, dejado un tanto a la deriva al comerciante deudor y a la empresa.[137]

Lógicamente, muchas voces se alzaron alegando un abuso en la utilización del procedimiento preventivo de la quiebra, lo cual efectivamente pudo haber sucedido[138]. Repetidamente salieron a la luz casos en los que la suspensión de pagos acababa con los activos de la

[137] Baste mencionar entre otros ejemplos, el hecho de que conforme al artículo 81 de la LCM, dictada la sentencia de concurso mercantil, el comerciante puede perder la administración del negocio, previa solicitud de remoción por parte del conciliador o bien el concurso mercantil se encuentra sujeta a un término máximo determinado, al cabo del cual, vendrá la sentencia declarativa de quiebra, según el artículo 145 de la misma ley.

[138] De esta misma manera se ha condenado no solamente a la suspensión de pagos, sino también a otras instituciones que encarnan la mas pura tradición jurídica como lo es el juicio de garantías. En efecto, han sido múltiples las ocasiones en que injustificadamente se critica la institución del amparo, señalando por mencionar un ejemplo muy sencillo que gracias al él se entorpece el debido cumplimiento de los actos de la autoridad, sin que ello signifique naturalmente que esta gran creación de nuestro sistema jurídico tenga que desaparecer, por fortuna a voluntad de los inconformes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

empresa suspensa, desviando en ocasiones los recursos para crear nuevos negocios, circunstancia que es por supuesto condenable; sin embargo, detectada esta situación debió vigilarse de manera estricta el cumplimiento de la ley, de los funcionarios y de los sujetos a quienes se dirigió dicho ordenamiento, para evitar que su uso se orientara a fines perversos.

C. Principios rectores de este ordenamiento.

En la exposición de motivos de la LQySP, se señala que la comisión de Legislación de la Secretaría de Economía Nacional recibió el encargo de preparar un proyecto de Ley de Quiebras, el cual se incluyó en sus labores para 1939. La Comisión en sesión de 16 de julio de 1939, acordó que su desarrollo quedaría a cargo de una subcomisión integrada por los licenciados Antonio Martínez Báez, Fernando Cuén, Gabriel Martínez Montes de Oca y por el Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez, para actuar éste último como ponente.

En cumplimiento de su encargo, la Comisión se orientaría por tres principios fundamentales. En primer lugar, se propuso hacer un proyecto sistemático; que fuese lo más completo posible, recogiendo los problemas centrales en materia de quiebras sin descender por ello a un casuismo estéril; por último, se pretendió redactar un proyecto moderno.

Sistemático en la distribución de sus materias, con un criterio científico; con un empleo de términos adecuados, para facilitar la labor del intérprete y de los tribunales.

El proyecto pretendía ser completo, recogiendo instituciones de gran utilidad que, sin embargo, eran desconocidas en el Código de Comercio, como lo eran la suspensión de pagos y el convenio preventivo.

Moderno, en el sentido de considerar aquellas soluciones que la doctrina y la experiencia habían mostrado como firmemente adquiridas.[139]

[139] Cfr. Rodriguez. Rodriguez. Joaquín. *Curso...* Op. Cit., pp. 10 y 11.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

D. La Suspensión de Pagos.

Regulada en el título VI De la prevención de la quiebra, capitulo único De la Suspensión de Pagos y el convenio preventivo, artículos 394 a 456 de la LQySP.

El artículo 394 de la LQySP, señalaba: "todo comerciante antes de que se le declare la quiebra, podrá solicitar que se le constituya en suspensión de pagos y se convoque a sus acreedores para la celebración de un convenio general preventivo de aquélla".

Resulta importante señalar, que de l · exposición de motivos del artículo mencionado, se indica: "... La comisión ha considerado que la suspensión de pagos es beneficiosa no sólo para el deudor, sino también para los acreedores. Por esto da amplias facilidades para la declaración de la suspensión de pagos en vez de la quiebra...".[140]

La Suspensión de Pagos, tenía una motivación de carácter preventivo de la quiebra; lo cual se intentó implementar creando un procedimiento que significaba un beneficio para el comerciante deudor, convocando a sus acreedores a los que se proponía un convenio para evitar la desaparición de la empresa, conservar la fuente de empleo, mantener la producción y como un medio para restringir la posibilidad de que surgiera la quiebra, debido a todos los efectos perjudiciales que vienen aparejados con ella.

No resulta novedoso, después de leer la exposición de motivos de la LQySP, encontrar el motivo por el que se le denominó Ley de Quiebras además "y Suspensión de Pagos", ya que mediante ésta podía evitarse la quiebra, algunas deudas dejaban de causar intereses y las ejecuciones se interrumpìan. Ambos procedimientos que si bien en algunas disposiciones seguían rasgos comunes o paralelos, guardaban caracteres singulares o propios que los definían; la suspensión de pagos tenía dos objetivos primordiales: la conservación de la empresa y evitar la quiebra.

El antecedente más inmediato de la Suspensión de Pagos que fue acogida en nuestro país, lo encontramos en la crisis que sobrevino después de la Primera Guerra Mundial; este beneficio se instauró

[140] Ibid. p. 370

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

primordialmente en los países vencidos o que habían sido devastados por la conflagración.

Aunque no representó una figura extraña a nuestro ordenamiento legal, en México se admitía para compañías de obras públicas y del ferrocarril.[141]

La suspensión de pagos era una institución de líneas paralelas a las de la quiebra, con la que tenía comunes los presupuestos: comerciante, cesación de pagos, concurrencia de acreedores; elementos sustentados en la honradez del comerciante quien debía presentar además de su solicitud, un convenio.

Sobre este punto, Franck Cabrera señala: "...La LQySP regulaba dos figuras: la quiebra y la suspensión de pagos, la primera podía ser solicitada por el deudor, cualquiera de sus acreedores o el Ministerio Público o podía ser declarada de oficio por un juez. En contraste, la suspensión de pagos otorgaba un beneficio al comerciante para prevenir su posible quiebra, y por tanto sólo podía ser solicitada por el deudor..."[142]

La presentación de la demanda solicitando la suspensión de pagos tenía la función de paralizar la tramitación de demandas solicitando la declarativa de quiebra. Dictada la sentencia de suspensión de pagos, la cual debía contener el nombramiento del Síndico, con el mandamiento de permitir a éste la realización de las operaciones propias del cargo y las órdenes de emplazar a los acreedores, la convocatoria a la junta respectiva, la inscripción de la resolución en los asientos o folios registrales de la empresa, y mientras durara el procedimiento, ningún crédito constituido con anterioridad podía ser exigido al deudor, ni éste podía pagarlo.

Conforme al artículo 409 a excepción de las deudas laborales, alimentos, créditos con garantía real, los juicios de contenido patrimonial contra el deudor quedaban suspendidos también.

---

[141] En México la suspensión de pagos no tenía una regulación general en el Código de Comercio se tenía prevista para Compañías de ferrocarril y demás obras públicas (art. 1026). Véase Joaquín Rodríguez R. *Curso*...Op. Cit. p. 450.

[142] Cfr.Franck Cabrera. Antonio. *Ley de Concursos Mercantiles y Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.* Artículo en http://www.ifecom.cjf.gob.mx/información.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El deudor conservaba la administración del negocio o empresa, continuando las operaciones ordinarias de ésta, bajo la vigilancia del Síndico. Conforme al artículo 411, todos los actos que excedieran a la administración ordinaria de la empresa tendrían que ser autorizados por el Juez con audiencia del suspenso y sólo en caso de necesidad y urgencia evidentes, no sería necesaria tal autorización, en caso contrario si el comerciante realizaba algún acto prohibido se declararía la quiebra.

El procedimiento de suspensión de pagos, fue suprimido en la Ley de Concursos Mercantiles, ordenamiento que recoge en sus artículos 1º y 3º la necesidad de conservar la empresa del comerciante, mediante el convenio que suscriba con sus acreedores, evitando que el incumpliendo generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo no solamente a aquella, sino las demás empresas con las que sostenga una relación de negocios.

E. La Quiebra.

Para el maestro Joaquín Rodríguez, la teoría de la quiebra debe entenderse desde la perspectiva del cumplimiento coactivo de las obligaciones, pues supone una situación especial del deudor, quien se encuentra imposibilitado para dar cumplimiento a sus obligaciones a causa de su insolvencia; en este sentido –continúa Rodríguez-, conlleva una situación que produce efectos en relación a todos los acreedores del deudor.

No basta que el comerciante cese en sus pagos para que exista el estado de quiebra, la cesación es un supuesto nada más.[143]

En efecto, un comerciante deudor puede cesar en el cumplimiento de sus obligaciones líquidas y vencidas, por simple omisión y dejar de pagar, teniendo recursos con los cuales pagar sus adeudos, por lo que esta cesación se circunscribe a un elemento de convicción para determinar la probable existencia de la quiebra. En este sentido, no basta el "cesar" o dejar de pagar, sino que además el comerciante se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones.

Según el autor Apodaca y Osuna, este supuesto debe ser comprobado por el Juez para declarar la quiebra, esto es, la sentencia

[143] Cfr. Rodriguez Rodriguez. Joaquin. *Curso...* Op. Cit pp. 283 y 284.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que en su caso se emita tiene entre otros efectos que serán abordados con posterioridad, declarar la existencia de la quiebra. [144]

Por tanto, la quiebra es un estado jurídico cuya existencia debe ser declarada judicialmente, es decir, por un Juez. Tenemos en este estado jurídico, según el último autor citado, los elementos siguientes:

a. Comerciante. El comerciante que cese en el pago de sus obligaciones, puede ser declarado en esta situación jurídica y para que un comerciante se encuentre en estado de quiebra, es absolutamente necesario que se motive y declare el mismo, para lo cual es indispensable comprobar indirecta y judicialmente la situación de insolvencia, a través de la cesación de pagos[145].

Señala Joaquín Rodríguez que existe una quiebra mercantil y una quiebra civil. La primera aplicable exclusivamente a los comerciantes. A su vez, el comerciante puede ser:

A) individual el cual comprende los agentes de comercio, los agentes mediadores y comisionistas.

B) Comerciante social. Quiebra de sociedades mercantiles. La Ley equipara lq quiebra de las sociedades mercantiles (comerciante social) a los comerciantes individuales. Para el caso de las sociedades irregulares establecia la LQySP que podrían ser declaradas en estado de quiebra, lo que provocaba la quiebra de los socios ilimitadamente responsables y la de aquellos contra los que se pruebe que sin fundamento objetivo se tenían limitadamente responsables (art. 4).[146]

Las sociedades mercantiles irregulares son aquellas que no se inscriben en el Registro del Comercio y que se exteriorizan ante terceros. Este concepto supone, primero, que se trate de sociedades mercantiles que deban inscribirse en tal registro como lo exige el artículo 260 de la LGSM; segundo que no se inscriban cuando deban hacerlo, o sea, con posterioridad a su constitución y antes de operar externamente; tercero, que en esta etapa de funcionamiento realicen actos o negocios jurídicos con terceros y, cuarto, que al exteriorizarse así, se ostenten como sociedades.[147]

---

[144] Cfr. Apodaca y Osuna, Francisco. *Presupuestos de la quiebra.* Editorial Stylo. México, 1945 p.p. 19 y 20.
[145] Ibidem
[146] Cfr. Rodriguez Rodriguez. Joaquin. *Curso.* Op. Cit. pp. 301 y 302.
[147] Cfr. *Diccionario Jurídico.* Op. Cit. p. 2976

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para el caso de la regularidad de una sociedad mercantil existen dos supuestos respecto a la responsabilidad de los socios:

a) si se inscribe en el registro público del comercio el efecto de responsabilidad es distinta o diferente a la de sus socios;

b) se exterioriza pero no se inscribe: tiene personalidad jurídica pero la responsabilidad de los socios y del órgano de administración será ilimitada, solidaria y subsidiaria.

b. Cesación de Pagos. El segundo elemento de los que integran el concepto de quiebra, es el de cesación de pagos, que descansa sobre el de insolvencia. La cesación puede dividirse en dos elementos:

Económico. El concepto insolvencia es un concepto económico totalmente distinto de los de incumplimiento y desequilibrio aritmético del balance. El incumplimiento, como hecho jurídico puede atribuirse a causas totalmente ajenas a la imposibilidad de cumplir por carencia de los medios necesarios para ello. El cumplimiento y el incumplimiento son hechos jurídicos; la insolvencia es una situación económica, estado de hecho, que da paso a un estado jurídico. Por esto se ha dicho que hay incumplimiento sin insolvencia e insolvencia sin incumplimiento. Lo primero ocurre en los diferentes casos en que una empresa es demandada para el cumplimiento de obligaciones, cuyo incumplimiento radica en la falta de voluntad de cumplir; no en la imposibilidad de hacerlo.

Jurídico. La insolvencia puede ser jurídicamente apreciada y constituye el supuesto y base económica indispensable de la quiebra. La insolvencia jurídicamente apreciada es la cesación de pagos. Los comerciantes que se hallan en cesación de pagos deben ser declarados en estado de quiebra.

Para comprender el concepto cesación debe tenerse en cuenta que la insolvencia, como situación económica, externamente no es apreciada. Nadie puede saber si un comerciante es solvente o insolvente, sino mediante un minucioso examen de sus libros. Por eso el ordenamiento jurídico tiene que establecer una serie de casos (hechos de quiebra) cuya presencia permite presumir la insolvencia. La insolvencia judicialmente apreciada es la cesación. Se habla de cesación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de pagos para referirse a la apreciación judicial que estima la existencia de un hecho de quiebra, por lo que se presume la insolvencia del comerciante afectado. La insolvencia es un estado económico; el hecho de quiebra, es el fenómeno que revela la existencia de la insolvencia. Probado el hecho se permite la declaración de la cesación de pagos y por ello de la quiebra.

c. Obligaciones.

Las obligaciones en cuyo pago cesa el comerciante pueden ser civiles o mercantiles. La calidad de ellas es indiferente para efectos de la declarativa de quiebra.

d. Pluralidad de Acreedores.

Inicialmente esta pluralidad debe probarse por quien pide la quiebra, sin esperar la fase de reconocimiento. Solo en el caso de que se pida la quiebra por incumplimiento general podría entenderse exigible la prueba de esta concurrencia de acreedores. El texto de los artículos 6 y 9 de la LQySP mostraba que quien pedía la declaración debía probar tan sólo la calidad de comerciante del deudor (con las excepciones que la ley permitía) y su insolvencia, por la existencia de algún hecho de quiebra.

Esta concurrencia de acreedores no es un supuesto de la quiebra, sino su causa; el ordenado tratamiento de ella es la finalidad.[148]

Para Brunetti, la quiebra se encuentra -usando términos que pudieran parecer médicos- dentro de la enfermedad o patología de los agentes económicos, señalando que es comprensible que el Estado asuma la organización de los medios de liquidación, por el interés directo que tiene en la tutela del crédito en la economía; esta liquidación, es una de las formas de distribución de riqueza, y cuando ésta debe repartirse en un número mayor o menor de personas, las tareas de conservación, de realización y distribución se confían a la administración pública para superar los intereses individuales de los titulares; es un sistema de liquidación del patrimonio del deudor, caracterizado por el propósito de su división en partes iguales entre los acreedores (par conditio creditorum). [149]

[148] Cfr. Rodriguez Rodriguez. Joaquín. *Curso...* Op. Cit. pp. 301-303.
[149] Cfr. Apodaca y Osuna. Francisco. *Presupuestos...* Editorial Stylo. México. 1945 p. 19

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Siguiendo a Brunetti se puede determinar que los presupuestos para la constitución del estado de quiebra, como estado de la persona respecto de sus bienes son fundamentalmente dos: la calidad de comerciante y su estado de insolvencia. [150]

Apodaca y Osuna, concibe a la quiebra en dos sentidos:

a) económico o como un estado patrimonial de insolvencia que incapacita al comerciante para hacer frente a sus compromisos y;

b) jurídico, donde la quiebra no sólo es un estado de impotencia patrimonial, es un quebrantamiento de la unidad eco ómica comercial provocado por el desenvolvimiento anormal del crédito, como un estado de hecho y económico que se actualiza la impotencia patrimonial para satisfacer las deudas vencidas. [151]

Esta situación o estado, tiene los elementos siguientes:

Status.

Estado de hecho, que es un conjunto de características y circunstancias permanentes que singularizan una situación; es preciso que el órgano judicial acredite y declare su existencia.

Estado de derecho, es decir, comprobadas las circunstancias que determinan el estado económico de insolvencia, el juez declara el estado de quiebra; esta declaración transforma el estado de hecho, en estado de derecho.

Declaración como conditio juris del estado de quiebra, la declaración del estado de quiebra es la conditio juris del estado jurídico de quiebra y todos los efectos legales de la misma.

Cesación de Pagos.

Ante la imposibilidad de servirse del dato económico de la insolvencia para proceder a la declaración de quiebra, el legislador ha adoptado una fórmula general y empírica que sirva de apoyo al juez, para fundamentar la declarativa de quiebra: la cesación de pagos.

---

[150] Ibidem.

[151] Cfr. Apodaca y Osuna, Francisco. *Presupuestos...* Op. Cit. p. 32.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La cesación de pagos es un concepto técnico jurídico que el juez puede integrar con auxilio de una variedad de datos para declarar el estado de quiebra; es un presupuesto jurídico de la misma, en la que el juez funda su declaración respectiva.[152]

F. Breve Reflexión respecto estos los procedimientos contenidos en la LQySP.

Entre las críticas más frecuentes a la LQySP se señaló el que ésta contemplara dos procedimientos que resultaban perjudiciales para los acreedores y benéfico en el caso de la moratoria legal, para el comerciante deudor, éste último preventivo que concedía demasiadas posibilidades de manejo al suspenso y ocasionaba fraudes: la Suspensión de Pagos y otro en sentido estricto, concursal: la quiebra; además el hecho de que el ordenamiento mencionado establecía mecanismos inadecuados para determinar si el comerciante debía ser declarado jurídicamente en uno u otro estado y que ambos juicios tenían entre otras características comunes, el ser eternos.

Ejemplificando, se señalaron por la SHyCP como características desventajosas de la suspensión de pagos:

Un excesivo poder de negociación al deudor ya que continuaba con la administración de la empresa; que únicamente él podía proponer el convenio a sus acreedores; la suspensión de intereses de algunos créditos; que ni el juez ni la sindicatura eran expertos en materia financiera o contable; y una falta de coordinación entre los acreedores;

Este excesivo poder además daba lugar a abusos: mantener en operación una empresa incosteable que debía ser liquidada; por tanto, un deudor con capacidad de pago podía ser declarado en suspensión de pagos;

Señalo en este punto una reflexión que encuentro interesante respecto al trasfondo que se encuentra en la LCM, pues se establece que el concurso mercantil consta de dos etapas supuestamente sucesivas: la conciliación y la quiebra. El objeto de la primera es la conservación de la empresa del comerciante, mediante un convenio que celebre con sus acreedores. Pregunto ¿será verdaderamente un convenio para el deudor, existiendo la amenaza que de no llegar al acuerdo vendrá la

[152] Ibidem p. 32 a 37.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

quiebra de su negocio?; ¿será la fase de conciliación una oportunidad para el deudor de conservar su empresa, o bien es una velada amenaza de que el superconciliador va a proponer y disponer de la misma?; es evidente que ese excesivo poder de negociación que se criticó a la LQySP desapareció y no solamente eso, hoy habrá que pensar qué tipo de convenio proponer los acreedores o el conciliador, quien además de todo lo anterior -por si fuera poco- puede solicitar la remoción del comerciante de la administración de la empresa y más adelante, como premio ser nombrado inclusive Síndico.

La capacidad de los acreedores era limitada: sólo el juez puede convocar a juntas de acreedores; los acreedores no participaban en el nombramiento del síndico; los mecanismos para aprobar el convenio eran arbitrarios y complejos; el juez decidía sobre la mejor forma de enajenar los activos;

En sentido pendular, el ordenamiento en vigor permite una gran capacidad de negocio y propuesta para los acreedores, quienes de hecho pueden orientar el rumbo del concurso mercantil y poner en el banquillo al comerciante.

La ley no distinguía entre las clases de acreedores;

Falso, para ello me remito a los artículos 260 a 273 de la LQySP.

La aprobación del convenio o cualquier decisión se supeditaba a que existiera sentencia firme sobre reconocimiento de créditos;

La ley era excesivamente formal y otorgaba demasiada discrecionalidad a los jueces en aspectos administrativos y financieros;

Una inadecuada supervisión de los síndicos;[153]

La LQySP regulaba la suspensión de pagos y la quiebra como dos figuras muy similares del procedimiento concursal, con la distinción fundamental de que la administración de la empresa declarada judicialmente en suspensión de pagos era retenida o conservada por el deudor, con la vigilancia del síndico; mientras que en la quiebra la administración se entregaba a éste último y los administradores quedaban privados de las facultades de administración e incluso de

[153] Cfr. González, Jorge *Análisis de Publicaciones Estudio Preeliminar* http://cddhcu gob mx/bibilot/publica

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

disposición de los bienes de la misma. Ambos procedimientos regidos por el Juez quien era el personaje principal de ellos, pues contaba con amplios poderes.

Una distinción importante entre la antigua LQySP con la LCM: mientras que en la primera el juez es rector del procedimiento, en la actual ley si bien el concurso mercantil da inicio ante el órgano jurisdiccional, el juzgador se apoya ampliamente en opiniones de los denominados "expertos" quienes aportan información y dictámenes a efecto de que emita con mayores fundamentos sus determinaciones, pero hoy existe la figura del conciliador, personaje que se constituye como un superdotado del concurso m :rcantil: puede entre otras amplias facultades rescindir o resolver los contratos pendientes y establecer la forma en que se liquidarán ciertos adeudos, solicitar la remoción del comerciante de la administración de su empresa, se constituye como un superadministrador de los bienes del comerciante, el cual queda en cierta forma bajo su custodia.

En síntesis, la función y facultades del conciliador distan mucho de tutelar el interés público que menciona la ley y por el contrario, sus facultades pueden vulnerar incluso el interés colectivo, afectando fuentes de trabajo, disminuyendo la producción.

Lo anterior, obedece probablemente a lo que los críticos de la LQySP calificaron despectivamente como una excesiva "judicialización" (si se me permite el término) del procedimiento concursal anterior, lo cual parece contrario a la idea de brindar una mayor participación y apoyo a los juzgadores, reconociendo el valor social de la impartición de justicia y fomentando una cultura generalizada del estado de derecho.

En efecto, consideramos que en la medida en que existe una posición más activa y participativa del poder judicial en la vida social de un país, el estado de derecho se fortalece y difunde, algunos dicen "los jueces gobiernan" como una manera más eficiente de organización y convivencia, dentro un grupo social que se rige y apega a la legalidad y al derecho.

II.- El derecho concursal mexicano.

Es a partir de la promulgación de la LCM, publicada en el DOF en fecha 12 de mayo del año 2000, que inicia una etapa en el derecho de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

quiebras y concursos en México la cual tiene como antecedente las inconformidades que se manifestaron sobre el antiguo ordenamiento concursal, primordialmente por las instituciones de crédito quienes engrosaron fundamentalmente las filas de acreedores y vieron en la antigua LQySP, un obstáculo infranqueable, eterno en su duración y costoso para sus intereses.

Por lo anterior, no resulta nuevo el considerar a la LCM como un ordenamiento con tintes preponderantemente económicos, en la que en ocasiones parece que al legislador interesaron más aspectos de dinero, que en sí instrumentar un medio legal para dirimir controversias mediante el cumplimiento de la ley. Un ejemplo sencillo: el artículo 17 de la CPEUM, establece la gratuidad de la impartición de justicia, pero en contrario, el artículo 24 de la LCM establece la obligación del solicitante del concurso para garantizar los honorarios del visitador por un monto equivalente a 1,500 días de salario mínimo; reflexión: si el comerciante solicita su propio concurso, lógicamente carece de recursos económicos o al menos se encuentra en escasez de ellos, sin embargo si no deposita queda sin efectos su petición. Conclusión: al legislador le interesó más la economía del visitador, que el carácter público del concurso.

Fue de sobra conocido que además de la inconformidad enfocada al procedimiento y a la forma como se trabajaba la materia[154], existió la acusación directa en el sentido de que una legislación tan laxa para el deudor, solamente originaba inseguridad para los acreedores y por tanto un riesgo para el crédito, por lo que si no se reformaba a fondo el viejo ordenamiento de la quiebra y su prevención, el crédito continuaría detenido.

Debo decir que esta argumentación contribuyó a crear un desprestigio generalizado a la LQySP y un reclamo constante para introducir reformas en materia mercantil, sobre todo en materia de garantías y concursos.

---

[154] por señalar solo un ejemplo los juzgados especializados que se denominaron "concursales", creados en el Distrito Federal y dependientes del Tribunal Superior de Justicia de esta entidad, se constituyeron en uno de los blancos preferidos de los inconformes, pues derivado de la inestabilidad económica del país y las altas tasas de interés muchas empresas comenzaron a enfrentar dificultades financieras y a retrazarse en el cumplimiento de sus obligaciones, con la consecuente inconformidad de los dueños del capital. Estos juzgados concursales fueron en los momentos más arduos de la crisis de la primera mitad de la decada de los noventa recurridos frecuentemente por los comerciantes y a los que lo mismo llegaban empresas o comerciantes de una operación modesta y limitada, como corporaciones que por su solidez y fuerte presencia en el mercado nacional, jamás se había imaginado se encontraran en problemas económicos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De esta situación, se generó la LCM, ordenamiento que rige en la actualidad el procedimiento concursal en nuestro país y que suprimió el procedimiento preventivo o de suspensión de pagos, para dar vida a un procedimiento con dos etapas supuestamente sucesivas, pero que pueden no serlo: la conciliación y la quiebra, del cual conoce un Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar donde el comerciante tenga su domicilio.

La LCM en su artículo 2º establece que el concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas, denominadas conciliación y quiebra; suceder significa que algo prosigue después de otra cosa. El artículo 167 de la misma ley establece la posibilidad de que el comerciante solicite su declarativa de quiebra, por lo que en este supuesto no se pasaría por las etapas previstas para el concurso mercantil.

Para efecto de designar a las personas para el desempeño de las funciones de los órganos del concurso o de la quiebra, según el caso, esto es de visitador, conciliador y síndico, se creó en Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM), órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa; instituto que autoriza, registra y revoca las inscripciones en el archivo correspondiente de personas para desempeñar las funciones de visitador, conciliador o síndico (art. 311 LCM) .

Este instituto, funge como órgano auxiliar del CJF, tiene autonomía técnica y operativa y mantiene registros de visitadores, síndicos y conciliadores, a quienes designa para desempeñar dichas funciones en el concurso mercantil.

A. Motivos que generan la Ley de Concursos Mercantiles.

Para abordar la motivación que origina la LCM, resulta necesario mencionar que aunado al desprestigio y satanización a que fue orillada la antigua LQySP, existió una evidente inconformidad orientada al procedimiento: se había vuelto a conveniencia del deudor, demasiado largo, lo que permitía al suspenso elaborar una estrategia para acabar con el patrimonio de la empresa o bien, para evitar realizar pago alguno.

De ello derivó que en buena medida los principales afectados por esta intención generalizada por retardar el procedimiento, encabezaran la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

crítica al antiguo marco legal en materia de quiebras y su procedimiento preventivo.

En efecto, y considerando que ciertamente la suspensión de pagos resultaba una espera que se traducía en un beneficio para el comerciante suspenso, se señaló que esta mora judicial se había convertido en una arma ideal para dejar de pagar, beneficio del que en la mayoría de las veces se abusaba, pues empresas que pudieran considerarse de hecho en quiebra, recurrían a la suspensión de pagos simulando una situación que le permitiera solicitar el beneficio de la moratoria legal.

Se señaló además, la conveniencia de modernizar el marco jurídico, para reactivar el crédito, pues dada la incertidumbre que el marco jurídico vigente en esos días poca o nulas posibilidades ofrecías a los dueños del capital, se señaló que el surgimiento de la LCM resolvería los temores de los bancos: "...con reglas claras, los bancos podrán prestar dinero con la certeza de que lo podrán recuperar en un ambiente de justicia y equidad (...) se ha abusado de la figura de la suspensión y a través de ésta se dejan de pagar las deudas; eso provoca que no exista un verdadero equilibrio en los procesos económicos y no se pueda recuperar lo prestado..."[155]

Al abordar este punto, he querido apoyar su desarrollo en la exposición de motivos de la LCM, en la cual se encuentra una fuente más directa sobre las razones que animaron al legislador a modificar la regulación en materia de concursos mercantiles en México.

Esta exposición de motivos señala que la transformación en la vida cultural, social y económica de nuestro país, así como la inserción de éste en la economía globalizada ha cambiado la forma de hacer negocios, modernizando las empresas y los factores que inciden en su competitividad y permanencia en el mercado.

Se concibe a la quiebra como un fenómeno económico en el cual tiene un interés particular el Estado, por la repercusión social que ella acarrea. Es de hacerse notar que con la nueva regulación en materia concursal -según la exposición mencionada- se intenta crear un marco jurídico apropiado en aras de ofrecer certidumbre y confianza en la

[155] Cfr. Acosta Córdoba Carlos y Agustín Vargas Medina. *La nueva Ley de Quiebras: nacida para el conflicto.* Revista Proceso. México. no. 1197., y que se consulta en http://www.proceso.com.mx:8880/proceso/template_hemeroteca_interior.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

solución de conflictos entre particulares, facilitando la reasignación eficiente de recursos productivos en la economía, afectando lo menos posible el entorno socio-económico.

Al igual que la antigua LQySP, el ordenamiento actual señala en su exposición de motivos que es un objetivo primordial de la ley la conservación de la empresa, la cual no únicamente se concibe como el comerciante o empresa concursada, sino se hace hincapié en que se pretende conservar la empresa por sí misma, como deudora, y aquellas con las cuales sostenga una relación de negocios, esto es con sus acreedores, sean comerciales o financieros.

B. Principios plasmados en este ordenamiento.

La exposición de motivos de la LCM, señala como "criterios" que orientaron a la iniciativa los siguientes:

- Maximizar el valor social de la empresa;
- Conservar el equilibrio entre el deudor y acreedores, para que ambos sean plenamente respetados,
- Inducir el flujo de información relevante que permita a los interesados participar constructivamente;
- Respetar en lo posible las relaciones contractuales persistentes;
- Adecuar los incentivos para facilitar un arreglo voluntario entre los deudores y acreedores;
- Propiciar soluciones extrajudiciales;
- Apoyar a los jueces en aspectos técnicos y administrativos del procedimiento, para que puedan enfocar sus esfuerzos a las tareas jurisdiccionales;
- Simplificar los trámites judiciales y procedimientos administrativos para hacerlos más transparentes y expeditos, reduciendo oportunidades e incentivos para litigios frívolos.

Resulta evidente al entrar al análisis de los criterios o principios que se pretenden establecer en la LCM, que uno de los principales problemas que se intentó resolver mediante el surgimiento de esta ley, fue terminar el alargamiento innecesario del proceso que únicamente originaba abusos por parte del deudor. Para los acreedores del concursado resultaba una carga muy grande la recuperación de créditos existiendo un procedimiento demasiado largo de por medio, en el cual originaba un desgaste natural para éstos por el simple transcurso del tiempo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estos criterios según Frank Cabrera orientaron el proyecto de ley al señalar que: "...se diseñó un solo proceso, el concurso mercantil, con dos etapas: conciliación y quiebra; el primero con un plazo terminante, suspendiendo ejecuciones e incentivando el arreglo entre las partes y buscando una flexibilidad para encontrar soluciones, el plazo tiene una duración estrictamente limitada (185 días con posibilidad de prórroga por 90 días más que en condiciones excepcionales podrá extenderse por un plazo máximo de 90 días) al cabo de la cual automáticamente se procederá a la etapa de quiebra...".[156]

Llaman a la reflexión los puntos siguientes: existe un plazo terminante para el concurso mercantil, la presión mayor se encuentra del lado del deudor, pues llegado dicho término sin que exista un acuerdo con sus acreedores sobrevendrá la declarativa de quiebra; esta flexibilidad para encontrar soluciones pensamos se centra primordialmente a la crítica de la excesiva "judicialización" del proceso, situación que mencionamos apartados atrás, pugnando por arreglos de carácter "extrajudicial" que me parecen particularmente desfavorables para el concursado, las preguntas saltan a la vista: ¿se negocia en condiciones de equilibrio para las partes?; ¿existirá acaso una amenaza para el deudor, para que en caso de que no acepte las condiciones de sus acreedores se procederá a la etapa de quiebra?; ¿qué papel desempeña el conciliador, si puede ser nombrado más adelante síndico en caso de sobrevenir la declarativa de quiebra y goza con una amplitud enorme de facultades?.

Expuesto lo anterior, queda más claro el panorama para entender el término rimbombante que refiere la exposición de motivos de la LCM: la llamada reasignación eficiente de los recursos productivos no es otra cosa que el facilitar la entrega de la empresa deudora a sus acreedores, acorde eso sí, a las expectativas de la globalización de las economías en donde la fuerza del capital efectivamente, no tiene fronteras.

C. Ejes para formular la LCM, vinculados a la situación actual del Estado Mexicano.

Los cambios experimentados por el Estado Mexicano a partir de la caída de la dictadura porfirista y el consecuente régimen revolucionario, han sido notorios. La revolución trajo consigo una gran cantidad de

[156] Cfr. Frank Cabrera. Antonio. *Ley de Concursos Mercantiles y Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*. en www.ifecom cjf gob.mx/informacion/leyes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ideas que concibieron al Estado como una institución de gran presencia en la vida social y económica de nuestro país.

De una economía preponderantemente agrícola se comienza a gestar incipientemente el nacimiento de una actividad industrial en la década de los años cuarenta, para lo cual resulta necesario que esta presencia del Estado se extienda también a la industria.

Apunta Enrique Krauze:

Hacia 1940, la transformación de la Revolución en un poderoso Estado era una realidad. La fuerza, el prestigio y la vocación del Estado provenían de la propia lucha revolucionaria, pero su legitimidad residía igualmente en los varios estadios históricos cuyos hilos, sorprendentemente recogía. El Estado revolucionario volvió de manera implícita, a la vocación tutelar del poder característica del siglo XVI. El Estado revolucionario asumía para sí una responsabilidad opuesta a la del árbitro imparcial del esquema liberal. Acusando mucho más los rasgos paternalistas del régimen porfiriano, se echaba a cuestas una tarea de manutención social.

México comenzó a dar un salto cualitativo en su economía, sobre todo en el ámbito industrial. La protección arancelaria y los estímulos crediticios y fiscales fueron factores que incidieron en el proceso. La nueva consigna era fabricar en el país lo que antes se importaba. Dos hechos importantes relacionados con el sector industrial fueron la creación de la CANACINTRA (Cámara Nacional de la Industria de la Transformación) y la aprobación de la Ley de Cámaras de Industria y Comercio en diciembre de 1941. [157]

Siguiendo este principio de participación activa del Estado, la exposición de la LQySP señala "...a) La Quiebra no es un fenómeno económico que interese sólo a los acreedores, es una manifestación económico-jurídica en la que el Estado tiene un interés preponderante..."

Lógicamente, esta participación del Estado ha ido evolucionando al grado tal que hoy en día es notoriamente distinta, ya que es más limitada a consecuencia probablemente, del cambio en las circunstancias económico-políticas que imperan en la actualidad en nuestro país y sociedad. Cambio que se ha plasmado también en las leyes vigentes, como en el caso que nos ocupa, el tránsito de una ley "laxa" para el

[157] Krauze, Enrique. *La Presidencia Imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996).* Tusquets Editores. 1997. México. p. 25.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

deudor como fue calificada la LQySP[158] a un ordenamiento que le trata con rudeza y le mira con reticencia.

En este sentido señaló el Director del Instituto Federal de especialistas en Concursos Mercantiles, al rendir su segundo informe semestral: "a un año de haber entrado en vigor la nueva (sic) Ley de Concursos Mercantiles, se han terminado los abusos de las empresas mexicanas para declararse en suspensión de pagos." [159]

Federico Gertz Manero funda este cambio en la forma de hacer leyes en nuestro país, en la denominada "cultura del no pago", famosa en México, al señalar:

México pasó de ser un País Agrícola a un País Industrial; porque pasaba de un País inestable a uno estable; porque pasaba de un País donde la inversión local huia, a un País donde la Inversión Internacional llegaba; "el Desarrollo Estabilizador" de 30 años fue el premio; sin embargo lo mejor no es eterno, en 1976 México devalúa su moneda casi al 100%, en 1982 expropia la Banca Privada Mexicana (no así el Citi Bank) en 1995 el peso ya valía más de 7,000 por un Dólar. El quebranto de los "errores de diciembre" de 1994, causó serios perjuicios a México entre otros la Banca; cuando las carteras por cobrar de los Bancos se volvieron insolventes, y el pago de los intereses a ahorradores, amenazado, el monto del quebranto fue enorme, más del 15% del PIB, más de 65,000 millones de dólares, la suspensión, solo lo evitó el FOBAPROA.

d) ¿Por qué el cambio en el 2000?; porque la "cultura del NO pago" se ha vuelto endémica, por más de 5 años, los Bancos al aplicar los procedimientos legales para solventar sus débitos, se encontraron con un procedimiento lento y viciado, que al final solo recolectaba despojos de las supuestas garantías, esto, los empujó a promover un nuevo marco jurídico que es lo que hoy presenciamos. [160]

A diferencia de la exposición de motivos de la LQySP, en la LCM se señala que las condiciones sociales y económicas que prevalecían en

---

[158] Cfr. González, Jorge. *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos/Proyecto de iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles. Análisis de Publicaciones.* Publicación que puede ser consultada en: http://www.informador.com.mx/Lastest/Dic99/03Dic99/03pr02a.htm

[159] Cfr.Meján, Luis Manuel. *Segundo Informe Semestral*. 12 de junio del 2001. www.ifecom.cjf.gob.mx

[160] Cfr. Gertz Manero Federico. *Ley de Concursos Mercantiles.* Publicación que puede consultarse en la página http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num26/leyconcursos.html

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México en la década de los años cuarenta han cambiado y nuestro país se ha integrado al proceso de globalización y flujos financieros que ésta trae consigo, concibiendo a la posible quiebra como un fenómeno *económico,*[161] .

Se hace hincapié en que si bien es necesaria la protección de la empresa que es fuente de empleos y materias primas, esta conservación no se limita al comerciante deudor sino se extiende a aquellas personas con las que sostiene una relación de negocios.

D. Inclusión de la LCM en el derecho positivo mexicano.

En los días en que el clamor de los acreedores para que desapareciera la LQySP, se señaló repetidamente que para efecto de que no fuera una reforma limitada o insuficiente, debían realizarse cambios en diversos ordenamientos de nuestro sistema legal, a lo cual se denominó coloquialmente "paquete de garantías", puesto que se tuvo la idea de modificar entre otras leyes al Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito.

Sobre este reclamo, al verificarse la tan esperada reforma, los comentarios a favor no se hicieron esperar, al respecto se señaló:

México, D.F., a 23 de mayo del año 2000:

Las nuevas disposiciones legales en materia de crédito, aprobadas por el Congreso de la Unión, favorecen el cumplimiento de los derechos y obligaciones de acreedores y deudores, asegura la Dirección de Estudios Económicos del Grupo Financiero Bancomer.

Agrega que con el marco legal se reduce el costo de la información para otorgar crédito y recuperar las garantías, beneficiándose en especial a las personas físicas y a la pequeña y mediana empresa, típicamente sujetos de mayor riesgo.

Según el Informe Económico, edición de mayo, elaborado por la referida Dirección, la Ley de Concursos Mercantiles y la Miscelánea de Garantías de Crédito aprobadas por el Congreso de la Unión, el pasado mes de abril, sustituyen: la primera a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pago

[161] *Cfr.* Iniciativa de Ley de Concursos Mercantiles presentada por la Cámara de Senadores. Exposición de motivos de 23 de noviembre de 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de 1943 y la segunda modifica la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código de Comercio y la Ley de Instituciones de Crédito.

Estas reformas deben complementarse con esfuerzos en tres áreas: 1) la modernización de los registros públicos de comercio y de la propiedad; 2) la capacitación y el aumento de número de los jueces federales: 3) la aplicación de las sentencias judiciales por parte de los órganos encargados de su cumplimiento.

Estos tres avances, agrega la Dirección de Estudios Económicos, son indispensables para que las nuevas disposiciones generen la seguridad jurídica del crédito.[162]

Por decreto publicado en el DOF de fecha 23 de mayo del 2000 (apenas unos cuantos días después de que apareció la LCM), apareció el tan esperado "paquete", en el que se reforman, adicionan y derogan disposiciones de las leyes señaladas en el párrafo anterior.

Se adicionaron a la LGTyOC sección séptima, los artículos 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, con lo cual se recorrieron los artículos 346 a 359, para quedar como artículos 381, a 394; se adicionó la sección segunda, del título segundo, capítulo V con los artículos 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, y 414; se reformaron los artículos 341, párrafo segundo y 392 fracción VII y se derogó el párrafo tercero del artículo 341.

Al agregarse a la LGTyOC los artículos 346 a 381, se crea la denominada prenda sin transmisión de posesión. Los artículos 395 a 413 establecen los lineamientos del fideicomiso de garantía.

El artículo 395 establece: 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.

---

[162] Cfr. Corporativo Bancomer. en http://www.bancomer.com.mx/corporativon/cr_boletin29.asp NUEVA LEGISLACIÓN QUE FAVORECE EL CRÉDITO: GFB

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

Este artículo señala de manera expresa que existe transmisión de la propiedad de los bienes a la fiduciaria, quizá para acabar con la larga controversia respecto a cual era la situación de los bienes fideicomitidos, si por el hecho de destinar se creaba una situación particular.

Por lo que hace al Código de Comercio, se adicionaron al artículo 75 la fracción XXIV, con lo que la anterior fracción XXIV se recorrió para ser XXV; del capítulo II el procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía los artículos 1414 bis, 1414 bis 1, 1414 bis 2, 1414 bis 3, 1414 bis 4, 1414 bis 5, 1414 bis 6, 1414 bis 7, 1414 bis 8, 1414 bis 9, 1414 bis 10, 1414 bis 11, 1414 bis 12, 1414 bis 13, 1414 bis 14, 1414 bis 15, 1414 bis 16, 1414 bis 17, 1414 bis 18, 1414 bis 19, 1414 bis 20, del Libro Quinto se reformó la fracción XXV del artículo 75 y los artículos 1091, 1093, 1097, 1104 y 1105, se derogaron los artículos 1097 bis, 1098 y 1109.

III.- Comparación entre la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y la Ley de Concursos Mercantiles en el tratamiento del Patrimonio fideicomitido.

A. La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y la autonomía del patrimonio fideicomitido respecto a la masa concursal.

En la antigua LQySP se señalaba que eran susceptibles de separación de la masa de la quiebra aquellos bienes que no hubieran sido transferidos al fallido por título legal definitivo e irrevocable, bienes que podían ser excluidos de la masa concursal por sus legítimos titulares ejerciendo la acción que se denominó "separatoria" prevista en la sección Cuarta De la separación en la quiebra, específicamente prevista en los artículos 158 a 162 de la ley señalada.

Señalaba el artículo 158: las mercancías, títulos-valores o cualesquiera especie de bienes que existan en la masa de la quiebra y sean identificables, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por título legal definitivo e irrevocable podrán ser separados por sus legítimos titulares mediante el ejercicio de la acción que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

corresponda ante el Juez de la quiebra. Si no hay oposición a la demanda de separación, e juez podrá decretar sin más trámite la exclusión solicitada. Formulada la oposición, el litigio se resolverá por la vía incidental. Las resoluciones que el juez dictara, haya habido o no litigio, serán apelables en el efecto devolutivo por cualquier interesado. El síndico ejercerá los derechos y cumplirá las obligaciones que el quebrado tuviere sobre dichos bienes.

El artículo 159 señalaba que podían por tanto, separarse de la masa los bienes que entre otros se encontraran en las situaciones siguientes:

"...VI. Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos:

a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso o recibidos en consignación..."

Los bienes susceptibles de separación tendrían como presupuestos que existieran en la masa de la quiebra, fueran identificables y al cumplimiento por parte de la separatista de las obligaciones derivadas de dichos bienes, frente al quebrado y, frente a la masa concursal (artículo 161).

Conforme al artículo 162 cuando el síndico decidiera la ejecución de los contratos pendientes, podría evitar la separación de los bienes, o en caso exigir su entrega a la masa, pagando el precio al vendedor.

Paso, partiendo de lo anterior, a abordar el fideicomiso desde la perspectiva de la quiebra de cada una de las partes que intervienen en éste.

a. fideicomitente. Por lo que hace a la quiebra de fideicomitente o fiduciante, diremos que en caso de que se declare judicialmente la existencia de la quiebra, los acreedores no podrán hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio afectado por el fideicomiso, por constituir un patrimonio autónomo o separado del de la fiduciante, por tanto no podían reclamar su integración a la masa de la quiebra.

Señala Joaquín Rodríguez que como los bienes dados en fideicomiso no son propiedad del fideicomitente, la masa de la quiebra no tiene acción alguna para reclamar la integración de aquellos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Pudiera darse el caso de que el fideicomiso concluyera durante la quiebra del fideicomitente y entonces sí tendría acción la quiebra de éste para pedir la integración de dichos bienes con fundamento en el artículo 358 (hoy 393) de la LGTyOC. Ni siguiera en el caso de ser revocable el fideicomiso podría la masa de la quiebra del fideicomitente ejercer el derecho de revocación. Este es un derecho personalísimo del que queda desposeído el quebrado. Podrá el quebrado si quiere, revocar el fideicomiso y provocar así la integración de los bienes correspondientes en la masa de su quiebra; pero ni la masa puede sustituir al quebrado en el ejercicio de este derecho, ni menos aún puede obligar al quebrado a ejercerlo.

La masa tiene el derecho de impugnar la constitución del fideicomiso haciendo uso de la acción pauliana a la que la Ley hace referencia en materia de fideicomiso (artículo 386 LGTyOC). [163]

b. fideicomisario. La masa de la quiebra comprenderá los beneficios que deriven del fideicomiso, a no ser que se trate de beneficios sobre los que puede invocarse un motivo de inembargabilidad, puede además ejercer todos los derechos que en su favor se constituyó en el fideicomiso.[164]

Como hemos venido señalando, el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, es la persona que recibe los beneficios que deriven de dicho acto jurídico, por lo que éstos se incluían en la masa de la quiebra, y por tanto se podrán ejercer sobre éstos los derechos que puedan surgir respecto a los acreedores del fideicomisario.

a. Fiduciario. Para Joaquín Rodríguez, la quiebra del fiduciario en particular ofrece elementos de gran interés al señalar: "En el derecho mexicano, el fideicomitente y el fideicomisario tienen acción para obtener la separación de los bienes dados en fideicomiso, de la quiebra del fiduciario, así lo dice el artículo 159, fracción VI, inciso a) de la Ley de Quiebras; así resultaba de la interpretación de la fracción IV del artículo 999 del Código de Comercio y así se establece por razones doctrinales.

---

[163] Cfr. Rodriguez Rodriguez. Joaquin *La separación de bienes en la quiebra.* Imprenta Universitaria. México. 1951. p. 203.
[164] Ibidem p. 204

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El fiduciario no es más que propietario fiduciario con las limitaciones y con el alcance expuesto con anterioridad. La masa de la quiebra se integra con todos los bienes de pertenencia del quebrado, pero los bienes en fideicomiso no son pertenencia del quebrado, sino en cuanto ellos sirven para el cumplimiento del fin a que se destinan.

La titularidad que ejerce es: limitada en cuanto a su alcance, pues no puede disponer a su arbitrio de la masa fideicomitida; en cuanto a su duración es temporal; es además pública y notoria, con la característica de que únicamente pueden fungir como fiduciario las instituciones o entidades autorizadas expresamente para ello.

Los terceros contratantes, con una institución de esta clase, saben que se trata de una institución fiduciaria, y como tal, dispone de ciertos límites, de propiedades que sólo le pertenecen fiduciariamente. Esta publicidad tiene la enorme trascendencia de que nadie puede llamarse a engaño. Es cierto que el deudor responde con todos sus bienes a sus obligaciones, pero los fiduciarios no son bienes suyos, en lo que se refiere a esta **función de responsabilidad.**

Si el fideicomiso es revocable y el fideicomitente lo revoca, puede obtener la separación de los bienes mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria propia.

La posición jurídica del fiduciario es semejante a la del que tiene bienes en administración o en comisión de venta, compra o entrega. Se trata de un crédito de restitución.

No se diga de este modo un patrimonio dado en fideicomiso queda a salvo de toda declaración de quiebra, ya que con arreglo a lo dicho no queda comprendido en la quiebra del fideicomitente, ni en la del fiduciario, ni en la del fideicomisario.

Es cierto esto último, pero no debe olvidarse que el patrimonio dado en fideicomiso como patrimonio separado, es por sí susceptible de quiebra."[165]

Sobre este supuesto, señala Luis Muñoz "...a nuestro modo de ver, la esfera de intereses objeto del fideicomiso y que se tradita en propiedad fiduciaria puede ser declarada en quiebra y el principio de objetivación

[165] Ibidem p. 208 y 209.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

apoya este criterio; por eso el proyecto de la Asociación de Banqueros estatuye que cuando la institución fiduciaria cese en el pago de las obligaciones al cargo de un fideicomiso, el patrimonio de éste queda sujeto al régimen de la quiebra o de la suspensión de pagos en su caso. Y es que la esfera de intereses fideicomitida es un patrimonio separado que constituye una propiedad fiduciaria de carácter comercial, con titular.

El que la Ley de quiebras en su artículo 1º regule al comerciante solamente, nos sugiere que la vigente ley de quiebras sigue un criterio retardatorio y contrario a la noción del derecho mercantil como un derecho de las instituciones para la coexistencia socio-económica, sobre todo para quienes concebimos la institución y la empresa desde el punto de vista objetivo como una esfera de intereses; admitimos la objetivación de la relación obligatoria, y estamos muy lejos de la manus del derecho romano, al afirmar las relaciones entre la esfera de intereses cuyos titulares son el aspecto subjetivo, junto al objetivo y al vínculo entre los intereses y los interesados en ellos que es lo que debe llamarse titularidad. Por otra parte la esfera de intereses fideicomitida nunca es un patrimonio sin sujeto, porque no derechos sin sujeto..."[166]

Tomando en consideración las ideas expuestas, en las que he señalado que el fiduciario ejerce una titularidad no tradicional o singular, que no sigue los lineamientos de la propiedad ordinario o común, sino es un sujeto con derechos de carácter dominical, temporales y limitados a los fines determinados en el propio contrato de fideicomiso, resulta evidente que el patrimonio fideicomitido integrará una masa patrimonial distinta y autónoma de la de la fiduciaria.

B. La Ley de Concursos Mercantiles y la integración del patrimonio afecto al fideicomiso a la masa concursal.

a. Señalamiento. Desde este momento aclaro que estos temas que integran este último apartado del capítulo tercero, serán abordados con mayor amplitud en el capítulo cuarto, que se refiere de manera específica a una opinión personal de la regulación del fideicomiso en la Ley de Concursos Mercantiles.

Por lo que hace a la regulación actual en materia de concursos mercantiles, el ordenamiento vigente engloba al patrimonio fideicomitido

[166] Muñoz, Luis. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 306.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dentro del concepto jurídico "comerciante", concepto que según la LCM nos remite al Código de Comercio y que será tratado con mayor amplitud en el capítulo siguiente.

En efecto, el artículo 4º de la LCM señala que:

"Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

(...) II. Comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales...".

Se parte del supuesto de que el comerciante puede ser una persona física que hace del comercio su ocupación habitual con fines preponderantemente de lucro, haciendo de éste su ocupación habitual; mientras que para el caso del comerciante persona moral o jurídico-colectiva, basta con que se constituya en alguna de las formas previstas en el artículo 1º de la LGSM, por lo que no es trascendente que haga del comercio su ocupación habitual, al menos en un plano ideal.

Desde esta perspectiva, el patrimonio fideicomitido queda comprendido en el concepto jurídico "comerciante" y como consecuencia incluido en la masa concursal en la que los acreedores del deudor podrán hacer efectivos sus derechos o créditos aún sobre esta universalidad de bienes, en caso de que si el mismo hubiese sido destinado por el comerciante para una actividad empresarial.

Así el artículo 71 de la LCM señala en su fracción VI inciso a), el supuesto del fideicomiso noto una redacción bastante parecida a la que se plasmaba en la LQySP en su artículo 158 (De la separación en la quiebra), en cuanto a la identificación e identidad de los bienes, así como el señalamiento respecto a que los bienes cuya propiedad no se hubiere transmitido por título legal definitivo e irrevocable.

Para efecto de hacer más clara ésta última anotación se intercala parte por parte los dos artículos mencionados:

Art. 71 LCM	**Art. 158 LQySP**
Podrán separarse de la masa los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes, o en cualquiera otra de	En consecuencia podrán separarse de la masa los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes o en otras de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

naturaleza análoga:	naturaleza análoga:
Los que pueden ser reivindicados con arreglo a las leyes;	Los que pueden ser reivindicados conforme a la ley;
Los inmuebles vendidos al comerciante, no pagados por éste, cuando la compraventa no hubiere sido debidamente inscrita en el registro público correspondiente;	Los inmuebles vendidos al quebrado, no pagados por éste, cuando la compraventa no hubiere sido debidamente inscrita;
Los muebles adquiridos al contado, si el comerciante no hubiere pagado la totalidad del precio al tiempo de la declaración de concurso mercantil;	Los muebles comprados al contado si el quebrado no hubiese pagado totalmente el precio al tiempo de la declaración de quiebra;
Los muebles o inmuebles adquiridos a crédito, si la cláusula de resolución por incumplimiento en el pago se hubiere inscrito en el registro público correspondiente;	Los muebles o inmuebles comprados al fiado si se hubiese convenido la rescisión por incumplimiento y hubiere constancia de ello en los registros públicos correspondientes;
Los títulos valor de cualquier clase emitidos a favor del Comerciante o que se hayan endosado a favor de éste, como pago de ventas hechas por cuenta ajena siempre que se pruebe que las obligaciones así cumplidas proceden de ellas y que la partida no se asentó en cuenta corriente entre el comerciante y su comitente;	Los títulos-valores emitidos o endosados a favor del quebrado como pago de ventas hechas por cuenta ajena, siempre que se pruebe que las obligaciones así cumplidas proceden de ellas y que la partida no se sentó en cuenta corriente entre el quebrado y su comitente;
Las contribuciones retenidas, recaudadas y trasladadas por el comerciante por cuenta de las autoridades fiscales, y	Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos:
Los que estén en su poder en cualquiera de los supuestos siguientes:	
Depósito, usufructo, fideicomiso o que hayan sido recibidos en administración o consignación, si en este caso el concurso mercantil se declaró antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla;	Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso o recibidos en consignación por virtud de un contrato estimatorio, si en este caso la quiebra se declara antes de la manifestación del comprador de hace suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla;
Comisión de compra, venta, tránsito entrega o cobro;	Comisión de compra, venta, tránsito, entrega o cobro;
Para entregar a persona determinada por	Remitidos fuera de cuenta corriente para entregar a persona determinada por cuenta o nombre del comitente o para satisfacer obligaciones que hubieren de cumplirse en el domicilio de aquél.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuenta y en nombre de un tercero o para satisfacer obligaciones que hubieren de cumplirse en el domicilio del comerciante; Cuando el crédito resultante de la remisión hubiere sido afectado al pago de una letra de cambio, el titular legítimo de éste podrá obtener su separación, o Las cantidades a nombre del Comerciante por ventas hechas por cuenta ajena. El separatista podrá obtener también la cesión del correspondiente derecho de crédito.	cumplirse en el domicilio de aquél. Cuando el crédito resultante de la remisión hubiere sido afectado al pago de una letra de cambio, el titular legítimo de éste podrá obtener la separación del mismo. Prenda constituida por escritura pública, en póliza otorgada ante corredor, en bonos de los Almacenes Generales de Depósito o a favor de una institución de crédito. El Síndico, previa autorización judicial, oída la intervención, podrá evitar la separación satisfaciendo íntegramente el crédito a que los bienes estuvieren afectos. Si la masa no hiciere uso de este derecho, el acreedor prendario, obtenida la separación, deberá enajenar la prenda en el plazo máximo de un mes, con arreglo al procedimiento legalmente establecido. El importe de la enajenación se imputará directamente al acreedor prendario que entregará a la masa el sobrante que resultare después de extinguir su crédito y demás gastos. Si por el contrario, aún resultare un saldo contra el quebrado, el acreedor prendario ocupará en la graduación por dicho saldo el lugar que le correspondiere como acreedor común. Las cantidades que estuvieren debiendo al quebrado por ventas hechas por cuenta ajena. El separatista podrá obtener también la cesión del correspondiente derecho de crédito. Los bienes asegurados en la quiebra que pertenezcan a terceros o sobre los que éstos tengan derecho de preferencia respecto a la masa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por exclusión, en el caso del patrimonio fideicomitido, serán susceptibles de separación de la masa concursal, conforme al artículo 71 en relación al 4º de la LCM, los bienes afectados para una actividad meramente civil o no comercial, tomando en consideración que toda actividad empresarial tiene como elemento fundamental la obtención de un lucro, una ganancia o riqueza, por lo que en sentido contrario, una actividad no empresarial es aquella en la que el concursado no solamente dejar de percibir riqueza alguna, sino que además no se encuentre dentro de las propias actividades de la empresa.

C. Afectación para actividad empresarial.

Al abordar este apartado, debemos hacer referencia al concepto empresa, concepto que ha sido materia de numerosos estudios por distintos tratadistas.

El maestro Jorge Barrera Graf la conceptualiza como la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado.

"La empresa o negociación mercantil es una figura cuya naturaleza intrínseca escapa al derecho. Su carácter complejo y proteico, la presencia en ella de elementos dispares, distintos entre sí, personales unos, objetivos o patrimoniales otros, como son su titular (el empresario), que tanto puede ser un individuo como una sociedad, un organismo estatal o una sociedad controlada por el Estado (e las empresas públicas), y un personal heterogéneo y variable con diferente grado de vinculación con aquél; la presencia de un patrimonio o sea, la hacienda, compuesto de bienes, derechos y obligaciones de índole varia; la existencia de relaciones propias y exclusivas de ella, como la clientela, la llamada propiedad comercial, el aviamiento o sea, la actividad intelectual y hasta moral del empresario, así como ciertos derechos como los de la propiedad inmaterial (nombre comercial, patentes, marcas) y un régimen tuitivo propio, que prohíbe y sanciona la competencia desleal y que establece límites a su concurrencia en el mercado, hace de la empresa una institución imposible de definir desde el punto de vista jurídico".[167]

A la empresa se le concibe como un concepto eminentemente económico, que en cierta manera rebasa o va más allá del ámbito

[167] Barrera Graf. Jorge. *Instituciones de derecho mercantil. Generalidades, derecho de la empresa, sociedades.* Primera Reimpresión Editorial Porrúa. México. 1997. p. 81.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estrictamente jurídico. No obstante lo anterior, dentro del "lenguaje de los abogados" no sería posible imaginar un concepto que se encuentre fuera de la norma legal y por ello es que se han creado las llamadas ficciones jurídicas, para dar consecuencias de derecho a aquellas situaciones o fenómenos que sin este elemento teórico escaparían a la técnica jurídica.

Así, si entendemos a la empresa como la organización de una actividad económica, necesitamos a una persona física o jurídica que organice y lleve a cabo esta actividad, esto atendiendo a las reglas de la lógica jurídica, pues la organización carece de personalidad jurídica.

Por tanto, siguiendo las ideas del Dr. Fabián Mondragón diremos que la empresa es la organización de una actividad económica, llevada a cabo por el empresario y que se dirige a la producción, tanto con elementos materiales como inmateriales, con el fin de generar intercambio de bienes o servicios en el mercado en general e intentando obtener una ganancia lícita.

Es una organización económica que carece de personalidad jurídica, por lo que el sujeto que la lleva a cabo o la desempeña se le denomina empresario, es además una actividad encaminada a la producción de bienes o servicios y en la cual se encuentran elementos como el capital y la fuerza de trabajo.

Los elementos de la empresa se distinguen en consecuencia en personales y patrimoniales como son: un empresario, que es la persona física o colectiva (ésta última por conducto de un representante o mandatario) que aporta un patrimonio con el objeto de obtener un beneficio o lucro y; un patrimonio por virtud del cual se intenta obtener un beneficio, pudiendo tener como parte del mismo, un establecimiento comercial sin que éste último sea elemento esencial para el surgimiento de la empresa como ente económico[168].

Igualmente dentro del elemento personal encontramos a los trabajadores y empleados, quienes desarrollan su actividad bajo una doble clasificación, pues pueden ser dependientes (o subordinados) o bien independientes, éstos últimos coadyuvan con la empresa sin que exista este elemento de subordinación y sin estar sujetos a un horario.

[168] Se hace el señalamiento de "ente económico" habida cuenta de que en ellos no se requiere el elemento establecimiento, como ejemplo de lo anterior encontramos a las ferias, que tienen la característica de ser nómadas, esto es, se establecen de manera definitiva en algún lugar determinado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estos elementos básicos de la empresa tienen una representación económica dentro de la empresa, e interactúan dándose movilidad recíprocamente.[169]

Ahora bien, sentadas las bases anteriores, pasaremos a hacer mención al tratamiento del fideicomiso en la Ley de Concursos Mercantiles, en la cual se le engloba dentro del concepto comerciante, siguiendo la idea de que constituye un patrimonio de afectación a una actividad empresarial o comercial, señalo que esta afectación la identifico de manera más precisa con el destino que se da a cierto patrimonio para conseguir un fin.

Sobre este punto, comenta Gutiérrez y González "...Sin duda como una reacción en contra de tantos equívocos de la tesis clásica del patrimonio, se formó otra corriente doctrinaria en donde se afirma que la fuerza que debe unir y dar cohesión a los elementos del patrimonio, formando una unidad, no es la idea de la personalidad, sino que es la afectación de un conjunto de bienes a la realización de un fin específico y determinado...".[170]

En este mismo sentido, de la autonomía del patrimonio, atendiendo a un criterio de vinculación o nexo jurídico económico, Rafael Rojina Villegas señala: "...el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar un conjunto de bienes a la consecución de un fin..."[171]

Como consecuencia a lo anterior, siguiendo a Gutiérrez y González una persona puede tener varios patrimonios, atendiendo precisamente al fin que pudiera dar a cada uno de ellos, al señalar que se pueden constituir varios patrimonios atendiendo al fin que le da a cada conjunto de bienes, derechos y obligaciones, y para que verdaderamente hubiera esos patrimonios de afectación, se necesitaría que además del fin económico, existiera un conjunto de normas para regularlos en sus relaciones activas y pasivas de acreedores y deudores.[172]

---

[169] Mondragón Pedrero, Alberto F. Notas tomadas en la clase denominada "Responsabilidad Jurídica del Empresario", en la Coordinación de estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. el 31 de octubre del año 2000.

[170] Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad.* Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p. 48.

[171] Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil.* Tomo II. Bienes. México. 1966. p. 18.

[172] Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio.* Op. Cit. p. 51

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Señala este autor, como ejemplo que una persona puede tener un patrimonio comercial (un negocio, un restaurante), un patrimonio de afectación agrícola (operación y explotación de fincas rústicas), patrimonio de afectación industrial (invención de tractores y se monta una fábrica para construirlos), patrimonio de derecho común (una casa habitación).[173]

Conforme a la idea principal de esta corriente, la idea de la personalidad pasa a un segundo plano, y la afectación del bien para conseguir un fin es la sustancia de la relación jurídica, dentro de la cual encontramos precisamente este fin lícito y determinado, como elemento rector u orientador del acto jurídico y el cual da cohesión a la idea de patrimonio, el cual no necesariamente está vinculado a la idea de persona o personalidad, sino el patrimonio gira sobre un eje económico y un eje pecuniario.

Si en este punto el legislador utilizó el término "afectar" para referirse al patrimonio fideicomitido, dicho término no lo encontramos desafortunado pero sí, incompleto, pues debemos recordar que el fin del fideicomiso es en buena medida un instrumento rector y orientador de dicho acto jurídico, por lo que debió hacerse un señalamiento expreso en la LCM, respecto a lo que sucedería para el caso de los beneficiarios o fideicomisarios del fideicomiso.

[173] Ibidem. p. 49 y 50.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO CUARTO.

Crítica a la regulación actual del Patrimonio Fideicomitido en la Ley de Concursos Mercantiles.

I. La inclusión del patrimonio fideicomitido como elemento novedoso en la ley concursal

A. Señalamiento.

A manera de reflexión, fue motivación para abrogar a antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos el desprestigio a que ésta resultó expuesta. Si bien la crítica podía encaminarse al aspecto procesal y estrictamente técnico, la inconformidad se canalizó de manera extensiva al elemento humano que intervenía en los procedimientos que regulaba este ordenamiento, de ahí que surgiera el procedimiento concursal del cual conoce el juez de distrito del domicilio del comerciante, excluyendo en consecuencia a los jueces civiles de primera instancia o del fuero común. Resulta lógico determinar que la ley por perfecta que pueda resultar tanto en el papel como en la doctrina, en la praxis tiene una aplicación por seres humanos, sujetos a quienes finalmente está dirigida y son quienes la aplican y estudian.

Uno de los fines primordiales del antiguo ordenamiento concursal, estaba identificado con la conservación de la empresa y el evitar en la medida de lo posible, la eventual declarativa de quiebra (por los efectos negativos que ella acarrea) mediante la creación de un procedimiento preventivo de ésta, al que se denominó "prevención de la quiebra" o suspensión de pagos, existió un abuso de la moratoria legal, que dicho procedimiento (que por naturaleza significaba una espera en beneficio del comerciante deudor) trajo consigo la pérdida de un elemento fundamental para nuestro sistema jurídico: la confianza en los sujetos a quienes la ley va dirigida, en este caso fundamentalmente uno: el comerciante.

Confianza como elemento trascendental en muchos ámbitos del derecho y por consecuencia del derecho mercantil, como en el caso concreto que nos ocupa: el fideicomiso[174]. Conforme a la LQySP, bastaba que el comerciante formulara una solicitud en la que hiciera una relación conjunta, razonada y valorada del negocio,

[174] El fideicomiso *per se*, dada su propia y especial naturaleza dado que la fideicomitente encomienda la realización de los fines a una institución fiduciaria, confiándole una universalidad de bienes para cumplir el objeto del fideicomiso, pero además considerando que el acto jurídico al permitir una faceta doble en cuanto a que existe tanto un aspecto interno entre las partes que intervienen en él y otro que pudiéramos denominar "externo", en sus consecuencias frente a terceros, es una característica que podría permitir con gran facilidad al mal uso del contrato.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

acompañándola de la documentación o soporte contable, registros y documentación social que le fuera requerida, para que pudiera otorgarse el beneficio de la suspensión de pagos. Incluso la exposición de motivos de este ordenamiento señalaba la conveniencia de declarar la moratoria legal en vez de la quiebra, lo cual hoy conforme a la LCM es ya, historia.

El hecho de que en nuestro país se haya generalizado la denominada *cultura del no pago*, originó que para efectos del otorgamiento de créditos se considerara a muchas personas como sujetos de riesgo, lo cual trajo una contracción importante para la economía, pues es precisamente el préstamo es un motor de importancia para las actividades comerciales.

Concretamente en el caso del fideicomiso y la afectación que conlleva, hizo pensar a muchas personas que si el comerciante afectó bienes de su patrimonio para destinarlos a este contrato, en realidad este acto jurídico era solamente una simulación encaminada a defraudar a sus acreedores, para crear premediatamente un estado de empobrecimiento, reduciendo dolosamente sus activos para evitar ejecuciones, embargos y en suma no pagar; por lo cual, siguiendo estas ideas, el fideicomiso quedaba entonces desvirtuado en su uso y concepción, significando solamente una herramienta técnica para evadir obligaciones.

Este temor de evitar eventuales fraudes, probablemente motivó al legislador a incluir al patrimonio fideicomitido en el concepto jurídico comerciante y como consecuencia dentro de la masa del concurso mercantil, partiendo del supuesto de que este patrimonio se encontrara inmerso dentro de la actividad empresarial de la empresa. Considero que esta regulación que atiende a una necesidad de carácter práctico es incompleta, pues otorga a la masa fideicomitida con una calidad que en realidad no tiene: lo integra al concepto jurídico comerciante.

Integrar al denominado *fideicomiso con fines empresariales* dentro del concepto comerciante me parece carente de técnica jurídica y fundamentos legales sólidos, por el contrario, ante tal supuesto se contravienen disposiciones de la LGTyOC. Esta integración fue elaborada en mi opinión, con un desconocimiento de los conceptos jurídicos fundamentales como son: persona, personalidad, patrimonio, entre otros. Esta intención que pudiera ser inicialmente correcta y justificada, se ha regulado de una manera incompleta, limitada y en contravención de normas que regulan la naturaleza del fideicomiso, pues según el artículo 4º de la LCM basta que se encuentre presente el elemento actividad empresarial en el acto de afectación, para que sin atender a los fines para los que se hubiere constituido el contrato, el patrimonio fideicomitido quede inmerso en la masa del concurso mercantil, desconociendo o pasando por alto que los fines para los que se afectaron los bienes son elemento que orienta y rige al acto jurídico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El incluir esta universalidad patrimonial dentro de la masa concursal en opinión del Suscrito desvirtúa la naturaleza del fideicomiso, pues el acto constitutivo del contrato se encuentra determinado por los fines que se hayan señalado en aquel, los cuales le orientan, rigen y por ningún motivo pueden ser modificados por las partes.

En consecuencia, si los fines señalados en el contrato van a regir respecto a la conducta, derechos, obligaciones de las partes, al destino de los bienes afectados, por lo que la regulación plasmada en la LCM, al incluir en la masa concursal al patrimonio fideicomitido, independientemente de los fines señalados en aquel y de los derechos creados para el fideicomisario o beneficiario del mismo, pasa por alto o no contempla los derechos que se generaron por ejemplo para los fideicomisarios o beneficiarios del acto jurídico.

Conforme a los artículos 383 y 387 de la LGTyOC, una vez determinados los fines del fideicomiso, no podrán modificarse por las partes y el patrimonio destinado a cumplirlos queda afectado a ellos, además de que existen derechos para el fideicomisario que en mi opinión la LCM relega o pasa a segundo plano una vez dictada la sentencia que declara la existencia del concurso mercantil.

Resumiendo, la LCM desvirtúa la naturaleza del fideicomiso porque:

a) la sentencia declarativa del concurso mercantil relega o pasa por alto los fines que se hubieren señalado en el contrato contraviniendo lo dispuesto por los artículos 383 y 387 de la LGTyOC;

b) deja sin efectos los derechos del fideicomisario, sin que se le haya oído ni vencido en juicio, lo cual resulta violatorio de garantías de éste último al vulnerar el artículo 14 de la CPEM, que establece que nadie puede ser privado de sus derechos, bienes o posesiones sino mediante juicio en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a leyes establecidas con anterioridad al hecho;

c) si bien en estricto apego a la técnica jurídica erróneamente otorga la calidad de comerciante al Patrimonio Fideicomitido, encuentro una falla que puede subsanarse creando una regulación más completa y precisa al respecto, pues no se pierde de vista que el motivó que animó al legislador es también considerable. Sin embargo, existen instituciones instituciones que aún careciendo de personalidad jurídica tienen enorme trascendencia para el derecho mercantil como la empresa que es un elemento fundamental en esta rama del derecho y al que Barrera Graf concibe en una dimensión más amplia a la estrictamente jurídica o bien; la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sucesión del comerciante que puede ser declarada en concurso mercantil careciendo igualmente de personalidad jurídica.

Lo que sí encuentro como un error de mayor gravedad es que para la LCM en el fideicomiso cuyos bienes afectos son destinados por el comerciante a una actividad empresarial se integran a la masa concursal independientemente de los fines para los que éste se haya constituido y la figura del fideicomisario prácticamente desaparece o deja de tener aplicación práctica.

No pierdo de vista que si bien es probable que dada la flexibilidad operativa que permite el fideicomiso, habida cuenta que existe una relación *interpartes* distinta a aquella establecida frente a terceros, es posible que con toda mala intención se haga uso indebido del contrato para encubrir conductas ilícitas como el fraude de acreedores o la simulación, pero existen mecanismos legales o acciones que incluso tenía previstas la antigua LQySP, encaminadas a evitar que el comerciante ilegalmente dispusiera o afectara el patrimonio de la empresa, buscando disminuir el activo de la misma.

Encuentro un elemento que distingue a la LCM que actualmente regula la materia concursal en México y la antigua LQySP: la pérdida de la confianza en el comerciante, quien se presupone actuará con ánimo de defraudar a sus acreedores, retardará el procedimiento y sus acciones tenderán en todo momento a incumplir con sus obligaciones, situación que al partir de un presupuesto equivocado, hace inequitativo el procedimiento para la empresa.

En efecto, aun durante la fase de conciliación el comerciante puede ser removido por el conciliador, de la administración de la empresa, cuyos órganos quedan suspendidos en sus facultades, las cuales son asumidas por este órgano concursal; el conciliador además de las facultades propias de su función y de las que conlleva la administración, podrá tener aquellas que la ley atribuye a la Sindicatura. En este sentido, el conciliador es un *superdotado* dentro del concurso mercantil, con amplios poderes de decisión sobre la resolución de contratos pendientes frente a terceros y actuar inclusive como dueño de la empresa. Es claro el por qué existía oposición a que el juez (conforme al procedimiento anterior) tuviera "excesivas facultades" y la crítica entonces a la excesiva judicialización,[175] del procedimiento.

Hoy, el concurso mercantil significa no sólo una presión para el comerciante deudor, una especie de espada de Damocles que puede utilizarse inclusive con fines perversos, sino además se constituye como un ordenamiento hecho por y para favorecer a los acreedores.

[175] Término utilizado por los críticos de la antigua ley, y no compartido por el suscrito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. Presupuestos del concurso Mercantil.

Los presupuestos procesales, son aquellos requisitos o condiciones que se deben cumplir para iniciar o desarrollar válidamente un proceso, o en su caso para poder pronunciar la resolución de fondo. En sentido estricto, son aquellos relativos a la validez del proceso o de la relación jurídico procesal, es decir, aquellos considerados previos a la sentencia, puesto que los mismos están formulados por las condiciones que deben cumplirse dentro del procedimiento para que pueda dictarse una sentencia de fondo, y entre los que pueden mencionarse como los más importantes los relativos a la competencia del juzgador, así como la capacidad procesal, a la representación o personería, a la legitimación y el interés jurídico de las partes.

Contemplados en los capítulos II y III de la LCM, en los artículos 10 y 11 como *supuestos* del concurso mercantil, los requisitos para que éste de inicio son: la existencia de un comerciante; que éste incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones.

De acuerdo con el a. 3º del C.Co. se reputan comerciantes las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen del él su ocupación ordinaria; las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles independientemente de su objeto social que contiene el elemento de ser lícito; y las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de éstas que ejerzan actos de comercio dentro del territorio nacional.[176]

Respecto a la actividad llevada a cabo por el comerciante, Barrea Graf nos dice que el comerciante es un sujeto propio y característico del derecho mercantil, que surge en torno suyo. El derecho mercantil mexicano -continúa- es todavía derecho de los actos de comercio. No obstante que así sea y que llegue a serlo más amplia y claramente, no se prescindiría del comerciante, sólo se agregaría como característica de él, que esa actividad –el ejercicio del comercio como ocupación ordinaria-, siempre que fuera en torno al negocio mercantil. [177]

El comerciante sería solamente un empresario, y dejaría de serlo quien ejerciera una actividad comercial o industrial, pero sin organizar ni valerse de una empresa, bajo este supuesto, ya no serían comerciantes los ambulantes o puesteros.

---

[176] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. Cit. p. 510.

[177] Cfr. Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil.* Generalidades. Derecho de empresa. Sociedades. Primera Reimpresión. Editorial Porrúa. México. 1997. p.p. 157 y 158.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A través del comercio se busca el desarrollo de la producción o intermediación de bienes o servicios destinados al mercado en general. En nuestro sistema jurídico, el artículo 75 del Co. Co. establece cuales son los actos que se consideran como actos de comercio.

Considerando lo anterior, el comerciante -al menos la persona física- realiza actos de comercio, actos que Barrera Graf clasifica en principales y accesorios, los primeros adquieren dicho carácter en función de los elementos propios del acto jurídico, y los accesorios su naturaleza es derivada y depende del negocio con el que están vinculados o conectados. A su vez, los principales pueden ser actos de comercio por el consentimiento del sujeto que los lleva a cabo (comerciante) o bien porque su objeto recaiga en una cosa mercantil, y por la forma que deben revertir y en que deben manifestarse.

- Actos de comercio por el sujeto. Se dan por el consentimiento que otorga el comerciante (persona física o sociedad), se comprenden en las fracciones XIV "operaciones de bancos"; XVIII, "depósitos en almacenes generales"; XX. "obligaciones de los comerciantes, salvo que se prueben que derivan de una causa extraña al comercio"; XXI, "las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil"; XXII, "los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a sus servicios" y XXIII, "la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo (aunque por lo que hace a esta fracción el maestro Barrera Graf señala que no obstante encontrarse señalados como actos de comercio, no son tales, sino actos pertenecientes al derecho civil).

- Actos de comercio por el objeto. Por el objeto del acto o negocio: fracción III, "compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles"; IV, "contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito; XV los contratos relativos al comercio marítimo; XVIII, todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósitos y bonos de prenda; XIX, cheques, letras de cambio o remasa de dinero de una plaza a otra entre toda clase de personas, XX, los valores u otros títulos a la orden o al portador.

- Actos de comercio por su finalidad. Recordemos que su finalidad recae en el lucro en un sentido amplio: I adquisiciones, enajenaciones y alquileres de bienes muebles, hechos con el propósito de especulación comercial; II. Compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito, y V a XI y XVI, los actos de empresa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Actos de comercio por su forma. Por la forma aue revisten según la ley que los rige, son actos de comercio los que se ejecutan para constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles.[178]

Por tanto, podemos subclasificar los actos de comercio desde el punto de vista: objetivo: esto es, cuando la norma jurídica le otorga dicha calidad, como hemos señalado en líneas anteriores, lo es por ejemplo el a. 75 del Co. Co.; subjetivo: el cual se vincula con el sujeto que realiza el acto de comercio o negocio, en este caso el comerciante.

No obstante lo anterior, nos encontramos que el acto de comercio, no obstante los puntos señalados, puede representar una actividad relativa, esto es pude existir un acto que a todas luces parece ser comercial, sin que de hecho lo sea; por ejemplo al existir una intermediación de bienes y que sin embargo no existan elementos como la producción, los bienes o servicios que no son enviados al mercado en general.

Un ejemplo de lo anterior lo es un proveedor de bienes, como lo pueden relojes; existe sí una distribución, una intención de vender mediante la que se ponen a disposición del público los relojes, sin embargo el relojero decide quedarse con ellos y no venderos, es decir, el producto no llega al mercado, lo cual no desaparece la esencia del acto o negocio comercial.

De esta subclasificación del acto de comercio y considerando la relatividad de éste, el acto de comercio pude ser absoluto o relativo, es decir, existen actos de comercio que *per se* constituyen o revisten una mercantilizad absoluta y; existen actos de comercio si se me permite la expresión con una *mercantilizad* condicionada o relativamente mercantiles.

Éstos últimos, a su vez pueden dividirles en principales y accesorios o conexos, en atención al sujeto, al motivo o fin y al objeto.

Los actos de comercio absolutamente mercantiles encuentran soporte en el a. 75 del Co. Co., fracciones III, IV, XIV, XV, XVIII, XIX y XX. Como ejemplo de lo anterior, encontramos el manejo de acciones en una sociedad mercantil: las acciones son títulos de crédito que se entregan a los socios a efecto de que puedan legitimarse y ejercer los derechos consignados en ellas como acudir a asambleas con voz y voto, acreditar su calidad de socios; la asamblea como es un órgano social, desempeña actos absolutamente mercantiles.

[178] Barrera Graf. Jorge *Derecho Mercantil.* U.N.AM. México. p.p. 42 y 43.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que hace a los actos de mercantilidad condicionada o relativamente mercantiles, encontramos que a su vez se dividen en: actos principales de comercio, los cuales a su vez se dividen considerando al sujeto, al fin o motivo y al objeto.

Considerando los principales que se vinculan con el sujeto que los realiza, debe decirse que van encaminados a la creación, realización, desarrollo y liquidación de una empresa, dentro de las que destacan las de suministro, construcción de servicios públicos, manufactura, de transportación, relativa a las librerías, empresas editoriales y empresas de espectáculos públicos, el artículo 75 fracciones VI a XI, funda lo anterior, de lo que se concluye que por la calidad del sujeto tiene la característica de ser comerciante.

Los actos accesorios surgen en un vínculo con los actos de comercio, a los cuales se deben y se integran como consecuencia. Por ejemplo, en la comisión mercantil, hay un contrato de prestación de servicios, entre el intermediario y el usuario y por ese ámbito conexo lo integramos a la esfera del comercio; así mismo, el empleado de mostrador celebra actos de comercio con la clientela del negocio; en el ejemplo anterior, guarda un tratamiento aparte la relación de carácter laboral del empleado.

Eduardo Pallares señala que para que un individuo tenga el carácter de comerciante se necesitan según los artículos 3º y 4º del Co.Co. tres condiciones:

Primera: capacidad legal para ejercer el comercio. Los artículos 5º a 15º del Código Mercantil reglamentan la capacidad civil para ejercer el comercio y declaran hábiles para él a todos los individuos o personas que según el derecho civil son hábiles para contratar. La ley mercantil al ocuparse de la capacidad para ejercer el comercio, no tiene por objeto limitar la libertad de los individuos respecto a los actos civiles que envuelven actos mercantiles. El derecho civil, siguiendo en lo posible las aptitudes e inhabilidades naturales, declara personas capaces en a todos los hombres y mujeres, mayores de cierta edad y que no sean dementes, idiotas, sordo-mudos que no sepan leer ni escribir. En consecuencia, todo ser humano que no esté comprendido en alguna de esas inhabilidades civiles tiene capacidad jurídica para ejercer habitualmente el comercio.

Segunda: que el individuo o sociedad ejecuten actos de comercio, esto es, actos que según la definición de la ley entren en el dominio de actos de comercio.[179]

---

[179] Cfr. Pallares. Eduardo *Derecho Mercantil Mexicano*. Editorial Porrúa. México. 1987. pp. 787 y ss

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Respecto a los actos de comercio, Jorge Barrera Graf, señala que existe una imposibilidad de dar un concepto único y propio, una definición general aplicable a todos ellos: "...la razón es que en la larga serie de los que nuestro derecho mercantil califica como actos de comercio, se comprende a una gran variedad de ellos cuya naturaleza deriva de distintas y disímbolas razones; unos se clasifican de mercantiles en razón de la intervención (intermediación) de los sujetos que los ejecutan (los comerciantes, los empresarios9, como en el caso del contrato de transporte (arts. 75 fr. VIII, y 576 fr. II del Co. Co.); otros, en función de la intención especulativa de quien los realiza (los del art. 75 frs. V a XI), y ser ésta una institución lucrativa; algunos puramente por recaer en bienes que el propio ordenamiento como cosas mercantiles (los títulos de crédito, arts. 75 frs. III, IV, XI, XX y XX, 1º LCTOC y el contrato de depósito, art 332, en su primera parte del Co. Co.), otros más, por la forma (*rectius*, el tipo) que adoptan (las sociedades mercantiles, art. 1º LGSM) otros, en fin, por estar en conexión con actos principales cuando éstos sean comerciales (por ejemplo, arts. 332 en la segunda parte, para el contrato de depósito y 358 en la primera parte, respecto al contrato de préstamo, del Co. Co.)...".[180]

Tercero: que los actos que ejecute dicho individuo formen su ocupación ordinaria, con la aclaración que se ha venido formulando en el sentido de que para el comerciante persona física es lo anterior requisito indispensable, ya que para el comerciante persona moral, basta con que se encuentre constituido conforme a alguna de las formas que se regulan en el artículo 1º de la LGSM.

Establece el artículo 10:

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

Ante este eventual incumplimiento, existe la posibilidad de que el propio comerciante solicite su declaración en concurso mercantil, esto es de manera **voluntaria,** o bien que los afectados por esa falta de cumplimiento formulen la solicitud respectiva del concurso, siendo en consecuencia **necesario.**

En este último caso, se requiere cuando menos dos acreedores solicitantes, y aun cuando está permitido la promoción individual del concurso, se tendrá que acreditar que el incumplimiento se ha verificado respecto a dos o más obligaciones.

[180] Barrera Graf. Jorge. *Instituciones de derecho mercantil.* Editorial Porrúa. México. 1998. pp. 69 y 70

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Existe la obligación por parte del promoverte para garantizar los honorarios del visitador, conforme al artículo 24 de la propia ley, por un monto equivalente a 1,500 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, lo cual contraviene lo dispuesto por el artículo 17 de la CPEUM, que establece la gratuidad de la justicia y la prohibición para las costas judiciales. Establece el artículo 24 mencionado, que el auto admisorio de la solicitud dejará de surtir sus efectos si el promoverte no garantiza los honorarios mencionados, lo cual evidentemente condiciona la administración de justicia a la exhibición de garantías por el actor o promovente.

Hay además un término que pudiera denominarse de vencimiento, esto es, no basta que se verifique el incumplimiento de dos o más obligaciones, por parte de comerciante sino que además hayan transcurrido un mínimo de treinta días al mismo.

En el artículo 10 del ordenamiento señalado, el incumplimiento generalizado consiste en la falta de cumplimiento de las obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos.

Para éste supuesto, señala la ley que se entenderá que el comerciante ha incumplido en sus obligaciones si el propio comerciante, un acreedor o el Ministerio Público solicitan la declaración en concurso mercantil, para lo cual deberán concurrir además el hecho de que las obligaciones deberán tener por lo menos 30 días de haber vencido, representen el 35% o más de las obligaciones a cargo del comerciante deudor y; el comerciante no tenga activos como efectivo en caja, depósitos a la vista, para hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones vencidas a la fecha de la solicitud de concurso mercantil.

Existe una presunción para el incumplimiento generalizado, señalada en el artículo 11 de la LCM, para el caso de que se presente alguno de los siguientes casos:

- -La inexistencia o insuficiencia de bienes para trabar ejecución en un embargo derivado del incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia firme o con autoridad de cosa juzgada.

- -Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos.

- -Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la empresa a persona que pueda cumplir con las obligaciones a cargo de ésta; bajo esta circunstancia, el cierre de los locales de la empresa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- -Que el comerciante acuda a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.

- -El incumplimiento del convenio celebrado en la fase de conciliación.

El artículo 17 de la LCM establece la competencia de un Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio. Se ha discutido si este artículo es contradictorio a lo establecido por el artículo 104 de la CPEUM, y si la controversia afecta solamente a intereses de particulares podrá en consecuencia, a elección del actor conocer de la misma un juez de primera instancia, *local* o del lugar donde se suscite el juicio.

Dada la importancia que el concurso mercantil representa para la economía y sociedad de un país, dado que repercute en los intereses de la colectividad, pues se encuentran inmersos elementos como los trabajadores, la conservación de fuentes de empleo y de las empresas, en los que el estado tiene un interés particular, habida cuenta de la trascendencia que estos elementos representan para el sano desenvolvimiento económico, se ha querido que esta materia sea potestad exclusiva del poder judicial federal, fundándose precisamente en la fracción I del artículo 104 ya citado.

Debo señalar, que en mi opinión fue la experiencia negativa adquirida con la LQySP, la cual fue en la mayoría de los casos aplicada por jueces civiles de primera instancia por lo que hace a las entidades federativas (incluso en el Distrito Federal fueron creados juzgados "especializados" a los que se denominó *de lo concursal,* lo que animó a los creadores de la LCM a determinar que conociera del concurso mercantil un juez de Distrito. Inclusive, aunado al desprestigio de la antigua regulación, se habló en ocasiones por algunos críticos en la materia de una supuesta *incapacidad* o falta de conocimiento de los jueces del orden común para conocer y resolver sobre concursos mercantiles.

C. Atributos de la personalidad.

Atendiendo a la definición del Diccionario Jurídico Mexicano, la personalidad deriva el latín *personalitas-atis,* conjunto de cualidades que constituyen a la persona. En derecho, la palabra personalidad tiene varias acepciones: se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones. Esta acepción se encuentra muy vinculada con el concepto de persona y sus temas conexos como la distinción entre la física y la moral o colectiva.[181]

[181] Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano... Op. Cit., p. 2400.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El concepto persona se ha constituido como uno de los elementos fundamentales en el lenguaje de los abogados, es un término altamente técnico con el cual los juristas se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.[182]

La persona es un centro de imputación normativa, que se constituye como sujeto de derechos y obligaciones en el campo jurídico, este concepto se encuentra en una vinculación natural con el concepto jurídico personalidad, reviste caracteres eminentemente técnicos y su elaboración obedece a una necesidad que en la vida práctica encontramos repetidamente. Como creación humana, el derecho ha encontrado mecanismos a través de los cuales concebir situaciones diversas y de hecho, su vida misma; así, ha creado a través de la lógica, la experiencia y las vivencias cotidianas, distintas instituciones a imagen y semejanza de sí mismo.

En el constante conocimiento del mundo y sus fenómenos, el ser humano ha intentado resolver problemas que son comunes en la vida cotidiana ¿cómo dar vida a un ente sin que éste lo tenga por sí mismo?, ¿cómo otorgar consecuencias jurídicas a una situación que existe de hecho, pero que quizá guarda gran relevancia para el mundo del derecho?; para ello, la lógica y la lógica jurídica han elaborado las denominadas ficciones jurídicas, que son precisamente construcciones ideales fundadas en situaciones de hecho que ha sido necesario resolver, otorgando a éstas características que en estricto rigor no tienen, a efecto de deriven de ellas consecuencias de derecho que sin tal construcción ideal no sería posible obtener.

Véase por ejemplo, la creación de la institución jurídica que conocemos como *Estado*, ficción que se ha creado con personalidad jurídica a efecto de que a través de sus órganos realice conductas que se determinan por la ley. El concepto de Estado da vida a una institución que encarne el gobierno y por medio de la cual las clases gobernantes ejerzan el poder, es en sí un elemento usado para el ejercicio del poder a través de una ficción jurídica.

Respecto a la persona, apunta Galindo Garfias que su constitución obedece a una necesidad y a una exigencia imperiosa en la vida del hombre, como sujeto de derechos y obligaciones y es un instrumento creado para realizar en el mundo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho protege. Intentando formular una interpretación de lo manifestado por el prestigiado

[182] Ibidem, p. 2395 y 2396.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tratadista, que es un concepto elaborado para obtener consecuencias de derecho las cuales sin este concepto, sería imposible obtener. [183]

Así mismo, sería difícil alcanzar ciertos fines mediante un esfuerzo individual, por lo que asociado con otros hombres, se constituyen agrupaciones a las que a su vez atribuye la calidad de personas;a esas colectividades que adquieren unidad o cohesión a través de la personalidad (jurídica, moral o colectiva) a imagen y semejanza del ser humano, actúan así en el escenario del derecho como sujetos de derechos y obligaciones.

La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho; es una mera posibilidad *abstracta*, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse. [184]

La personalidad es por tanto, una posibilidad de que el sujeto de derecho o *persona* tenga trascendencia en el campo jurídico, respecto a una situación jurídica.

Por lo que respecta a los denominados atributos, considerados como cualidad propia de la personalidad, las cuales le son suyas por naturaleza; la personalidad de que goza una persona física leva anexos los siguientes atributos: el nombre, el domicilio y el estado civil o político.[185]

Los atributos de las personas jurídico colectivas son los mismos que corresponden a la persona física, excepto el estado civil o familiar, pues el estado civil de las personas reconoce como únicas fuentes la filiación y el matrimonio.[186]

La sociedad mercantil es una creación del derecho moderno, con personalidad jurídica; para efectos de la legislación mercantil es una persona comerciante, sujeto de derechos y obligaciones. Las sociedades tendrán personalidad jurídica propia y distinta a la de los socios que la componen; tendrán la calidad de comerciante, usando su propio nombre, tendrán un domicilio y una nacionalidad y serán titulares de un patrimonio propio con el que responderán de las deudas sociales.[187]

---

[183] Galindo Garfias. Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Editorial Porrúa. México. 1995. Décimo cuarta Edición. 1995. p. 305.
[184] Ibidem.
[185] Ibid p. 318.
[186] Ibid. p. 356.
[187] Cfr. Diccionario de Derecho Mercantil. U.N.AM.. Editorial Porrúa. México. 2001 pp. 440 y 441.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a. Nombre.

(Del latín *nomen-inis*, nombre.) palabra que sirve para designar las personas o las cosas. Palabra o conjunto de palabras con que se designa a las personas para individualizarlas y distinguirlas unas de otras. En la persona moral se usa el término de razón social como sinónimo de nombre. En la persona física el nombre cumple una doble función: de individualización y como signo de filiación.

Es un atributo de las personas, esto es, una característica que existe como elemento constante de algo, de las personas en derecho[188]

La sociedad debe tener un nombre comercial, esto es un nombre que la distinga de las demás existentes y actuantes en el mundo de las relaciones jurídicas. Se llama razón social el nombre comercial que se forma con los nombres de uno o de varios socios. La denominación es el nombre comercial formado objetivamente, sin que se mencionen nombres de personas.[189]

Por lo que hace al nombre de una sociedad mercantil en su calidad de comerciante, se permite cualquier denominación o expresión que presente, siempre y cuando no se preste a confusión con el nombre de otra sociedad.

Siguiendo las ideas de Miguel Acosta Romero algunos tratadistas consideran que la denominación social de las sociedades mercantiles, corresponde a lo que, para las personas físicas, es el nombre y lo identifican o estudian bajo el rubro del nombre comercial.

El uso de la denominación social está previsto por la LGSM, en su artículo 6º fracción III, como en los artículos 87 y 88 que señalan que la denominación se formará libremente pero será distinta de cualquiera otra y al emplearse irá siempre seguida de las palabras sociedad anónima o de su abreviatura, S.A.

La sociedad mercantil tiene derecho a usar su razón social o su denominación a partir del momento en que las autoridades administrativas autorizan el uso de la razón social o denominación, que entre otros efectos tiene el de señalar y distinguir a tales sociedades de otras. La tradición jurídica ha establecido que la razón social es el nombre de uno o varios socios seguidos de las palabras *y compañía* y las y la denominación es la palabra o conjunto de palabras que sin referencia al nombre de los socios expresen principalmente una relación

[188] Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano.* Op. Cit. p. 2196.
[189] Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil.* Ob. Cit. p. 49.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

con la actividad a que se dedica la sociedad o inclusive a veces sin relación alguna con ella.[190]

La diferencia entre denominación y razón social se advierte en la aplicación de dichos nombres respectivamente a las sociedades personalistas y de capital, ya que en las primeras lo que importa especialmente es la personalidad de los socios y por tanto, tiene una importancia decisiva la enunciación al público de los nombres de todos o de algunos de ellos, lo que en cambio no tiene trascendencia cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada.

Como razón social se aplica la regla de que si un tercero permite que en la razón social aparezca su nombre, responderá por la mayor de las aportaciones que hubiere generado un socio.

b. Domicilio.

(Del latín *domus:* casa.) El domicilio de una persona física es el lugar en donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle (a. 29 CC). El domicilio de las personas morales es el lugar donde se encuentra establecida su administración. El concepto jurídico comprende dos elementos: objetivo, constituido por la residencia en un lugar determinado y; subjetivo identificado con el propósito de radicar en ese lugar.[191]

Nuestro máximo órgano judicial ha establecido, mediante jurisprudencia firme, criterios para determinar los elementos del domicilio entre los que encontramos: la constancia en la residencia, además de un ánimo o voluntad de permanencia en el lugar donde se reside.[192]

Señala Luis Muñoz, que el domicilio en sentido técnico se puede definir como el lugar en que legalmente se considera establecida una persona física o moral para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

La doctrina admite tres clases de domicilio: voluntario, legal y efectivo, el Código Civil de 1928 tiene en cuenta también estas tres clases.

---

[190] Cfr. Acosta Romero, Miguel. *Nuevo Derecho Mercantil* Editorial Porrúa. México, año 2000. p. 293 y 294.
[191] Ibid., pp 1206 y 1207.
[192] *Véase* JURISPRUDENCIA 93 (Quinta Epoca). Pág. 151. Volumen COMUNES AL PLENO Y SALAS Octava Parte Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965 Sexta Parte. JURISPRUDENCIA 95. Pág. 169; en el Apéndice de fallos 1917-1954. JURISPRUDENCIA 392. Pág. 727.. visible bajo el título *DOMICILIO.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a) Domicilio real o voluntario. El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él, a falta de éste, e lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios, y a falta de uno y otro en lugar donde se haya. Se presume el propósito de establecerse en un lugar cuando se reside por más de seis meses en él.[193]

b) Domicilio legal. El domicilio legal de una persona es el lugar donde la ley fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

Se reputa domicilio legal:

1. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

2. Del menor que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor.

3. De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;

4. De los empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Lo que por tiempo menor desempeñen alguna comisión no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen, sino que conservarán su domicilio anterior;

5. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido;

6. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los Tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o cuando se establezca en país insalubre o indecoroso.

En conclusión, el domicilio es el lugar geográfico en que se supone que reside la sociedad para todos los efectos legales. La residencia de la sociedad debe entenderse como residencia de su administración o el principal asiento de sus negocios, ya que cada sociedad tiene solo un domicilio (principio de la unidad del

[193] Cfrr. Muñoz, Luis. *Derecho Mercantil Mexicano* Cárdenas Editor y Distribuidor, México D.F. 1973, p. 289

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

domicilio) aparte de las agencias y sucursales que pueden establecerse en diferentes lugares.

c. Nacionalidad.

El reconocimiento de personalidad jurídica de las sociedades mercantiles nos ha llevado, por analogía con las personas físicas, a atribuir una nacionalidad, pero en realidad, afirmar que una sociedad es nacional de un Estado no es más que un modo de identificar qué ley la regirá en lo referente a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, liquidación y extinción. La nacionalidad, es el factor que rige para el caso de normas de conflicto para determinar el derecho aplicable.[194]

Siguiendo las ideas de Luis Muñoz son personas morales de nacionalidad mexicana, las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal.[195]

D. Calidad jurídica de comerciante.

a. Comerciante persona física.

Por lo que respecta al comerciante persona física, diremos que es la persona que hace del comercio su ocupación habitual con fines preponderantemente de lucro, es decir, para que pueda considerarse como tal requiere para identificarse como comerciante el hacer del comercio una actividad cotidiana o habitual.

Apunta Acosta Romero al respecto que al artículo 3º del Co. Co. Distingue que son comerciantes individuales o personas físicas a los que la ley exige capacidad legal para contratar, esto es, capacidad de ejercicio para realizar actos de comercio de manera habitual, lo que significa que deben hacer del comercio su ocupación ordinaria, incluso ajustado a las leyes mercantiles y con propósito de lucro.

> Los comerciantes como personas físicas son las personas con capacidad legal, con la habilidad para contratar y obligarse, que ejerzan el comercio y hagan de éste su ocupación ordinaria.[196]

[194] Cfr. *Diccionario de Derecho Mercantil* Ob Cit. pp. 442 y 443.
[195] Cfr. Muñoz. Luis. *Derecho Mercantil* Ob Cit. p. 299.
[196] Cfr Acosta Romero. Miguel. *Nuevo...* Ob Cit p 114.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b. Comerciante persona moral o jurídico-colectiva.

Señala el autor Miguel Acosta Romero que las fracciones II y III del artículo 3º del Co. Co. contemplan a los comerciantes colectivos que se encuentran constituidos bajo la forma de sociedades mercantiles. Como persona colectiva, son las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles, así como las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas que ejerzan actos de comercio dentro del país.

La ley establece dos requisitos para ser comerciante:

a) Capacidad legal para el ejercicio de la actividad comercial, es d· cir, no se debe tener limitación o prohibición para ejercer el comercio.

b) ocupación u ejercicio ordinario. El comerciante debe realizar actos de comercio de manera habitual y reiterada.

La sociedad mercantil es comerciante por el sólo hecho de haberse constituido conforme a alguna de las formas que contempla el artículo 1º de la LGSM, esto es, la constitución como tal es suficiente para tener jurídicamente la calidad de comerciante independientemente que haga o no del comercio su ocupación habitual u ordinaria, lo cual resulta irrelevante, al menos en un plano ideal.

La personalidad jurídica de la sociedad mercantil sobreviene al exteriorizarse frente a terceros, de lo cual surgen supuestos diversos:

a) Para el caso de que se exteriorice y se inscriba en el RPPyC, diremos que se le considera una sociedad *regular*, lo cual tiene como consecuencias directas respecto a la responsabilidad de los socios, para el caso de una persona moral regular es autónoma o independiente a la de las personas que la hayan constituido y se limita al monto de las aportaciones de los socios.

b) En un segundo supuesto, la sociedad mercantil se exterioriza frente a terceros pero no se inscribe, es decir, es irregular, lo cual no le priva de personalidad jurídica, pero la responsabilidad de los socios, así como del órgano de administración, será ilimitada, solidaria y en su caso, subsidiaria.

c. Patrimonio fideicomitido.

El patrimonio fideicomitido carece de personalidad jurídica, sin embargo la LCM en su artículo 4º le otorga la calidad de comerciante, o al menos le equipara a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

éste para efectos de la responsabilidad en el campo del derecho, es decir, con esta regulación se crea un centro de responsabilidad específico, aun careciendo de personalidad jurídica.

Cuando el comerciante persona física hace del comercio su actividad principal con fines de especulación o lucro y para el supuesto de las sociedades mercantiles o comerciante jurídico colectivo, bastará que se encuentre constituida bajo alguna de las formas a que se refiere el artículo 1º de la LGSM, en este tipo de sociedades el comercio como ocupación habitual o la finalidad que se persiga, sea de especulación o lucro, pasa en cierta medida a un plano secundario.

Encuentro como un error evidente de técnica legislativa, el incluir al patrimonio fiduciario dentro del concepto comerciante ya que en estricto rigor jurídico, la personalidad es un presupuesto para tener la calidad de comerciante, atributo que permite que un individuo sea centro de imputación normativa, esto es, sujeto de obligaciones y derechos.

En mi opinión, esta errónea consideración de la masa fideicomitida tiene un fundamento de carácter práctico, pues el legislador quiso crear un ente de responsabilidad concreto para atribuirle consecuencias de derecho que bajo una consideración diversa sería difícil obtener o conseguir.

Se quiso encontrar la respuesta al problema de la afectación de bienes por el comerciante para disminuir dolosamente su patrimonio y sus activos, dando vida a un ente con titular pero sin una responsabilidad específica, se intentó terminar creando un centro de imputación y responsabilidad tangible: equiparando a la masa fideicomitida con el concepto comerciante, tomando en cuenta la intención del comerciante para constituir una masa de bienes con un fin de carácter comercial o empresarial e integrando en consecuencia la masa fideicomitida dentro del concepto comerciante, lo cual aún con los defectos que señalo, guarda una motivación positiva que encuentro susceptible de corregirse creando un ordenamiento más amplio y completo.

Apunta el autor Luis Muñoz como una crítica al concepto de comerciante utilizado por la antigua LQySP que si en su artículo 1º se regulaba al comerciante solamente, sugería seguir un criterio al que denomina "retardatorio" y contrario a la noción de derecho mercantil como un derecho de instituciones para la coexistencia socio-económica, sobre todo concibiendo la institución y la empresa desde el punto de vista objetivo como una esfera de intereses, admitiendo la objetivación de la relación obligatoria.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Además, la esfera de intereses objeto del fideicomiso y que se tradita en propiedad fiduciaria puede ser declarada en quiebra, por tratarse de un patrimonio separado que constituye una propiedad fiduciaria de carácter comercial, con titular.[197]

Coincido con la postura del autor mencionado, pues en mi opinión si el derecho mercantil reconoce instituciones de gran trascendencia como la empresa, que aún careciendo de personalidad jurídica constituye su fundamento y materia, otorgándole consecuencias jurídicas de plena aplicación, la integración de la masa fiduciaria al concepto comerciante es un error que es susceptible de corregir con la elaboración de un capítulo específico en la LCM que determine con toda certidumbre y claridad la naturaleza jurídica del patrimonio de afectación, los derechos y obligaciones de las partes del contrato y de éstos frente a la masa de acreedores del concurso mercantil, en pocas palabras una regulación más completa y amplia al respecto.

Sostiene la misma opinión el tratadista Jorge Barrera Graf al señalar que el derecho concursal es un sistema aplicable a los comerciantes, personas físicas o sociedades, sean o no empresarios, salvo dos casos de excepción en relación a la quiebra: la sucesión del comerciante que puede ser declarada en quiebra cuando continúe en marcha la empresa de la que éste era titular. En este supuesto, ni la sucesión ni la empresa tiene personalidad.[198]

E. La denominada "afectación para actividad empresarial".

Respecto al concepto *empresa* Barrera Graf nos dice que es una figura eminentemente económica de naturaleza más amplia (por su complejidad) al derecho, imposible por tanto de definirse desde el punto de vista jurídico. La empresa o negociación mercantil es una figura esencial del nuevo derecho mercantil, que consiste en el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado.

Desde el punto de vista sustancial, la empresa es comercial, porque a través de ella la persona que la organiza y la dirige, o sea el empresario, hace del comercio su ocupación ordinaria; y porque dicha actividad es generalmente de carácter lucrativo, que es una nota propia del derecho mercantil; la empresa es un conjunto homogéneo y continuo de actos de comercio, es una actividad empresarial.[199]

---

[197] Cfr. Muñoz, Luis. *El Fideicomiso.* Op. Cit. p. 460 y 461.
[198] Cfr. Barrera Graf, Jorge. *Derecho Mercantil.* U.N.A.M. p. 111.
[199] Cfr. Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil.* Ob. Cit. pp. 82 y 83.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Roberto Mantilla Molina define a la negociación mercantil como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, de manera sistemática y con propósitos de lucro.

En términos generales, puede decirse que la negociación es una forma de manifestación externa de la empresa, la realidad tangible para actuar, cuando es permanente, la organización de los factores de la producción en que consiste la empresa. La negociación quedará con esto, conceptualmente diferenciada de la empresa, pero al mismo tiempo indisolublemente ligada con ella: como todo cuerpo proyecta una sombra, toda empresa se manifestaría por una negociación.[200]

Por lo que hace a denominado patrimonio de afectación, tradicionalmente se ha admitido que los bienes patrimoniales siempre deben tener un *domine*, un propietario. Ya desde el derecho romano se aceptaba que de los bienes de una persona se separase un acervo que se afectara a un determinado, como en el caso del conjunto destinado a una explotación por ejemplo, mercantil.

En la actualidad, principalmente por la doctrina germana, se ha descubierto que ciertos bienes afectados a un fin determinado, podrían no estar sometidos a un titular dominical, sin que por ello fuesen considerados como vacantes.

En nuestro sistema legal, éste es el caso de los bienes fideicomitidos. El fideicomitente, que tiene el derecho de disposición, se desprende jurídicamente de éstos y los pone bajo la titularidad de una institución fiduciaria, para que queden afectados a un fin lícito, determinado y posible. Estos bienes no pertenecen, a ninguna de las partes que intervienen en el contrato y el fiduciario solo es titular de los derechos sobre los bienes en cuanto basten a realizar el fin, puesto que es titular, no propietario y el fideicomisario es titular del derecho a recibir los beneficios del fideicomiso.

Por tanto esta afectación integra un conjunto de bienes patrimoniales de carácter autónomo y en consecuencia constitutivos de una universalidad de hecho vinculada estrechamente a un fin determinado.[201]

El maestro Ernesto Gutiérrez y González ilustra con un ejemplo este concepto de afectación de un conjunto de bienes, a la realización de un fin

---

[200] Cfr. Mantilla Molina, Roberto *Derecho Mercantil.* Editorial Porrúa, México, 1996, p. 107

[201] Cfr. *Diccionario Jurídico...* Ob. Cit. p. 2359

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

específico y determinado: El señor Procopio ha logrado montar por su cuenta un negocio al que destina dinero y objetos diversos, ha contraído con motivo del mismo una serie de deudas; lo anterior vendría a constituir según la tesis del patrimonio de afectación, el patrimonio industrial.

Esta misma persona compra una finca dedicada al cultivo agrícola, adquiere implementos para la siembra, abono y adquiere también una serie de deudas, creando su patrimonio de afectación agrícola.

En este mismo sentido, este señor adquiere un tractor y se le ocurre inventar aparatos que lo hagan más efectivo, registra su invención y monta en consec· encia una fábrica para construir tractores; adquiere un terreno, en el que construye un edificio, compra maquinaria, materias primas y entonces constituye su patrimonio de afectación industrial.[202]

Conforme a esta tesis una persona puede constituir varios patrimonios atendiendo al fin que le de a cada uno de ellos.

Siguiendo las ideas del maestro Rafael Rojina Villegas el patrimonio en afectación, adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin. Se requieren los siguientes elementos:

a) que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin;

b) que este fin sea de naturaleza jurídico-económica;

c) que el derecho organice con fisonomía propia y con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores en función de aquella masa independiente de bienes derechos y obligaciones. Si no se cumplen con estos requisitos, no habrá patrimonio de afectación.[203]

Pasando a analizar estos elementos, la afectación descansa sobre un destino de carácter económico: el comercio; la LCM señala en su artículo 4º que el concepto comerciante comprende al patrimonio fideicomitido cuando éste se hubiere afectado a un fin empresarial o comercial. Como he venido señalando, reconozco la carencia de personalidad jurídica de dicho patrimonio con titular, sin embargo, encuentro que el legislador quiso otorgarle consecuencias jurídicas

[202] Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio.* Ob. Cit. p. 49 y 50.
[203] Cfr. Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil.* Antigua Librería de Robredo. México. 1966 p 18.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concretas a esta universalidad de bienes, con el objeto de crear un centro de imputación o responsabilidad específico y evitar en la medida de lo posible, lagunas en el ordenamiento legal que pudieran afectar la ejecución de garantías.

Debo señalar, atendiendo a las ideas de Rafael Rojina Villegas, que la regulación de la LCM es incompleta y limitada, pues no regula todas las relaciones activas y pasivas que derivan del patrimonio fideicomitido, ya que conforme a esta legislación, basta que el comerciante haya afectado su patrimonio para cumplir un fin de carácter comercial o empresarial, para que los bienes queden sujetos al concurso mercantil, pasando por alto los derechos que se hubieren generado en el contrato para el fideicomisario o beneficiario en el fideicomiso.

En consecuencia, no se cumple con éste presupuesto señalado por el maestro Rojina Villegas, ya que no existe regulación alguna respecto a las relaciones pasivas que derivan del contrato, para lo cual es menester crear un capítulo específico en la LCM que determine con claridad cuáles serán las relaciones activas y pasivas de la masa fideicomitida, los efectos de la declarativa de concurso mercantil respecto a las partes del fideicomiso, el tratamiento de los derechos que derivan de éste para el fideicomisario, y en general una regulación amplia y completa que brinde certidumbre jurídica al comerciante, a las partes del fideicomiso y a los acreedores del primero.

a. Elementos de la empresa.

Son tres los elementos esenciales de la empresa: 1. el empresario; 2. un patrimonio que éste aporta para realizar sus actividades; 3. el personal que auxilia al primero para trabajar o explotar la empresa.

1. El empresario.

En primer término, considerando que la empresa carece de personalidad jurídica necesita exteriorizarse a través de sujetos o personas a través de las cuales realiza actos.

El titular de la negociación o empresa es el empresario, persona física o moral, la cual es un elemento esencial del negocio, pues organiza todos sus elementos tanto los de carácter humano (personal de la empresa) como los de naturaleza económica y patrimonial (hacienda) y las relaciones que derivan con motivo de la explotación de la empresa, con los proveedores y con la clientela. El empresario realiza una función de organización y significa un valor importante para el negocio, pues gracias a él puede adquirirse fama, prestigio, lo que se traduce en

FALLA DE ORIGEN

un activo más para el negocio, elemento al que Barrera Graf denomina *aviamiento.*[204]

El empresario es la persona física o colectiva, en el caso de ésta última actúa por conducto de un representante o mandatario, y que aporta un patrimonio con el objeto de obtener un beneficio, ganancia o lucro.

2. Patrimonio.

Un segundo elemento es el patrimonio de la empresa, por virtud del cual se intenta obtener un beneficio, pudiendo tener como parte del mismo un establecimiento comercial, sin que ello implique considerar a éste último como un elemento esencia, para el surgimiento de la empresa como ente económico, en los que no se requiere o necesita dicho establecimiento comercial, por ejemplo las ferias, que por su carácter nómada el establecimiento es secundario.

Para Barrera Graf, el patrimonio se identifica con la hacienda y se integra tanto con el pasivo como con el activo, esto es, los bienes derechos y relaciones atribuidas en propiedad, uso goce o disfrute- a la empresa y por otro lado, las obligaciones y deudas que se asuman en ejercicio de la actividad propia de la negociación.[205]

3. Empleados y trabajadores.

También denominados como personal que realiza una función de colaboración con el titular o empresario, genéricamente desarrollan su actividad bajo una doble clasificación: como dependientes que son aquellos que se manejan en forma subordinada o bien; independientes que son los que coadyuvan con la empresa sin generar subordinación y sin estar sujetos a un horario.

Estos tres elementos mencionados, se constituyen como básicos o fundamentales dentro de la empresa y tienen una significación o representación económica, en la que encontramos un patrimonio que es necesario mover o desarrollar para lo que necesitamos entonces al empresario y los trabajadores.

Tomando consideración que a través del contrato de fideicomiso, la fideicomitente afecta parte de su patrimonio para destinarlo a un fin lícito, determinado y posible, la LCM utiliza la palabra afectar considerando la naturaleza del acto constitutivo. En este sentido, la afectación para actividad empresarial que refiere dicha ley, tiene un elemento principal con el cual se identifica: el comercio. Por tanto, la afectación para actividad empresarial a que hace referencia este

[204] Barrera Graf. Jorge. *Instituciones*... Ob. Cit. p. 92
[205] Ibidem

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ordenamiento tiene como elemento principal que el destino de la universalidad fideicomitida sea un fin comercial, para equipararlo según entiendo, a la figura del comerciante, sin que en rigor tenga dicho carácter, pues como he señalado, un presupuesto para considerarle como tal es el atributo personalidad.

II. Vinculación con otros ordenamientos.

F. Reforma de otras leyes.

El surgimiento de la LCM, se encuentra vinculado con la reforma en otras leyes como la LGTyOC y el Co. Co., la cual tuvo como objeto lo relativo a la prenda sin transmisión de posesión, al fideicomiso de garantía con sus respectivos procedimientos de ejecución, incluyendo el extrajudicial.

Por un lado, la LCM integra el patrimonio fideicomitido a la masa del concurso mercantil, esto es, en esta universalidad de bienes los acreedores del comerciante pueden hacer efectivos sus créditos, tratando de evitar que mediante una afectación dolosa del patrimonio por parte del comerciante se disminuyeran los activos de la empresa para evadir obligaciones.

En lo que respecta a la prenda sin transmisión de la posesión, conforme al artículo 346 de la LGTyOC, se constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de los bienes, los que excepcionalmente serán entregados al acreedor. Resulta importante mencionar que conforme al artículo 351 de esta ley, para el caso del concurso o quiebra del comerciante deudor, los bienes materia de la garantía prendaria, se establece la obligación para el juez concursal de decretar la ejecución solicitada por el acreedor, sin más trámite.

Mediante el fideicomiso de garantía, regulado por los artículos 395 a 414 de la LGTyOC el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad de bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, un mismo fideicomiso de garantía pude ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente distintas obligaciones del fideicomitente con distintos acreedores y existe la obligación para el fideicomisario de notificar a la fiduciaria la extinción de la obligación a su favor dentro de los 10 días siguientes a que esto tenga lugar, por lo que los derechos que derivan a favor del propio fideicomisario quedan sin efectos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Hago hincapié en que conforme a las disposiciones mencionadas en materia de fideicomiso, actualmente se señala de manera expresa que el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes afectos al contrato, dejando a un lado en consecuencia aquella vieja discusión referente a si el término *destinar* tenía o no como resultado la disposición de parte de su patrimonio por parte del propio fideicomitente.

En lo que se refiere a la derogación, adiciones y reformas a diversas disposiciones del Co. Co., señalo que una característica importante para la ejecución de garantías sean derivadas de prenda o fideicomiso es la determinación precisa del valor de los bienes objeto de la misma, para lo cual el artículo 1414 *bis* establece cierta libertad de las partes para señalar en los contratos que celebren, las bases para su determinación. Así mismo, es notorio que mediante el requerimiento *formal* que realice el fiduciario o el acreedor prendario, el deudor entregará la posesión de los bienes materia del contrato, so pena de quedar expedita para los primeros la vía judicial.

El procedimiento judicial de ejecución de las garantías otorgadas mediante prenda y fideicomiso, se encuentra regulado por los artículos 1414 bis 7 a 1414 bis 20 y establece los lineamientos para todo juicio que tenga como objeto el pago de créditos y la obtención de la posesión material de los bienes materia de la garantía. Un requisito para que el juicio prospere conforme al procedimiento señalado en estos artículos es que el crédito conste en documento público o privado y que el mismo sea exigible en los términos pactados.

Conforme a este procedimiento existe la posibilidad, que una vez admitida la demanda, que deberá ira acompañada del contrato, la determinación o liquidación del saldo y en caso de una institución de crédito la certificación correspondiente, de que el juez que conoce del asunto dicte auto de mandamiento en forma y el deudor sea requerido de pago o de la entrega de la posesión material al actor de los bienes materia de la garantía. Esta diligencia tiene como objeto que el acreedor recupere su crédito o en caso contrario recupere su garantía, y dentro del procedimiento el juzgador tiene amplias facultades para resolver sobre el desechamiento o admisión de pruebas, además de que se busca el menor retardo posible dentro del procedimiento, por lo que las resoluciones podrán ser apeladas solamente en efecto devolutivo.

Desde mi punto de vista, existe un punto de coincidencia en la reforma a diversas leyes que se mencionan en este apartado, pues encuentro que se buscó modificar lo relativo a hacer más expedita y pronta la ejecución de garantías por parte de los acreedores, buscando establecer una normatividad que permitan a los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

acreedores tomar posesión de manera más rápida de los bienes dados en garantía y consecuentemente hacer más eficaz el procedimiento de cobro.

G. Efectos que se producen.

a. Integración del patrimonio fideicomitido dentro del concepto jurídico comerciante.

El artículo 4º de la LCM integra al patrimonio fideicomitido dentro del concepto jurídico comerciante, sujeto en consecuencia al concurso mercantil. Esta regulación es errónea desde el punto de vista técnico y de la lexicología jurídica, ya que la masa fideicomitida carece de personalidad jurídica y por tanto no puede considerarse como comerciante, según he expuesto, sin embargo este error tuvo una motivación de carácter humano comprensible para el legislador, quien trató de evitar que mediante la afectación de bienes el comerciante pudiera disponer de su patrimonio, disminuyendo dolosamente sus activos para dejar de cumplir con obligaciones, y en consecuencia, no pagar.

Esta integración encuentro que es una falla de técnica legislativa y de técnica jurídica evidente, en principio en el aspecto relativo a los conceptos jurídicos fundamentales como persona, personalidad, patrimonio, entre otros. He de decir que el patrimonio fideicomitido no es comerciante, sin embargo la ley concursal le da este tratamiento, error que encuentro subsanable, ya que existen otras instituciones que careciendo también de personalidad jurídica el derecho mercantil les otorga consecuencias de derecho: como ejemplo una institución fundamental en la materia: la empresa, concepto que en palabras del maestro Barrera Graf rebasa el aspecto meramente jurídico.

No solamente esto, sino además una visión moderna e integral del derecho mercantil se orienta a una expansión en sus fines y conceptos, no limitándose únicamente a ser un derecho de los comerciantes. Atendiendo a la relatividad de los actos mercantiles a los que se les concede consecuencias de derecho considerando a los sujetos que desempeñan el acto jurídico, independientemente de que carezcan del atributo personalidad. Baste mencionar que la sucesión de un comerciante puede ser declarada judicialmente en concurso mercantil, no obstante que la sucesión carece de personalidad jurídica y que en estricto rigor no puede considerarse ya como comerciante.

En este sentido, resulta benéfico para tratar de ampliar el horizonte del derecho mercantil y siguiendo las ideas del Doctor Luis Muñoz como una crítica al concepto de comerciante utilizado por la antigua LQySP que si en su artículo 1º se regulaba al comerciante solamente, sugería seguir un criterio al que este autor

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

denomina "retardatorio" y contrario a la noción de derecho mercantil como un derecho de instituciones para la coexistencia socio-económica, sobre todo concibiendo la institución y la empresa desde el punto de vista objetivo como una esfera de intereses.

No me parece óbice alguno para atribuirle al patrimonio fideicomitido consecuencias de derecho como ente de responsabilidad concreto, en aras de brindar certeza jurídica a los contratantes y a los acreedores del deudor común.

En efecto, encuentro como argumento para dotar de consecuencias jurídicas a la universalidad fideicomitida, respecto a la masa de acreedores del concurso, que el legislador quiso atribuirle una responsabilidad objetiva y c ncreta a la masa fideicomitida, buscando que la afectación dejara de significar un pretexto o recurso legal para separar de la masa del concurso un patrimonio autónomo e intocable para los acreedores concurrentes.

Considero que esta falla técnica es susceptible de subsanarse creando una regulación más amplia y completa respecto a la masa fideicomitida, por ejemplo mediante la creación de un capítulo especial en la LCM que establezca con claridad cuáles serán los efectos que produce la afectación de bienes en fideicomiso, no solamente respecto a los acreedores del comerciante, sino también en relación a los beneficiarios del contrato como lo son los fidieicomisarios. Conforme a la actual regulación existe una omisión al respecto, además de que debe señalarse con toda claridad que no obstante carecer de personalidad jurídica, el patrimonio fideicomitido aun careciendo de personalidad jurídica, se equipara al concepto comerciante considerándolo como un centro de responsabilidad concreto.

b. Efectos respecto a los fines *empresarial* o genérico que refiere el artículo 4º de la LCM y específico señalado en el propio contrato.

Con la regulación actual contenida en la LCM, los fines del contrato de fideicomiso se encuentran vinculados con dos elementos de singular importancia: el primero de carácter empresarial *lato sensu* o que pudiera llamarse genérico, pues basta que el patrimonio se afecte atendiendo a la actividad empresarial del comerciante, para que la masa fideicomitida quede sujeta al concurso mercantil y; un segundo elemento que pudiera denominarse fin específico o fin *stricto sensu,* señalado en el propio contrato, que es aquel acordado entre las partes y para cuyo cumplimiento se afectó el patrimonio.

Conforme al multicitado artículo 4º el fin que genéricamente se denomina *empresarial* prepondera sobre el específico para el que se afectan los bienes que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

integran la universalidad fideicomitida, es decir, si por ejemplo se determinó en el contrato que los fines de éste serían dar un bien en garantía para que con en patrimonio fideicomitido se asegure el cumplimiento de una obligación de carácter personal a cargo de la fideicomitente y en caso de existir algún remanente sea entregado a la fideicomisaria, los derechos que pudieran haberse generado para ésta última pasan a un plano secundario o marginal, toda vez que si el patrimonio queda inmerso en la masa del concurso mercantil, los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos respecto a esta masa patrimonial, independientemente de los fines señalados en el contrato y de los derechos derivados para el beneficiario del mismo.

Siguiendo estas ideas, la declarativa de concurso mercantil respecto a los bienes dados en fideicomiso, y su consecuente integración a la masa concursal deja en un absoluto estado de indefensión al fideicomisario, ya que sin que se haya seguido juicio alguno en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, se le priva de los derechos que le hubiere generado el contrato.

H. Aplicación de las consecuencias.

Equiparar el patrimonio fideicomitido al concepto comerciante tiene aplicaciones distintas entre las que menciono:

Se crea un centro de responsabilidad concreto o específico para responder frente a terceros del manejo que pudiera darse a la universalidad fideicomitida.

Existe un tratamiento más flexible del concepto jurídico comerciante, atendiendo no solamente a un criterio meramente formal como lo hacía la antigua LQySP, sino considerando la noción de derecho mercantil como un derecho de instituciones para la coexistencia socio-económica, sobre todo concibiendo la institución y la empresa desde el punto de vista objetivo como una esfera de intereses, admitiendo la objetivación de la relación obligatoria.

Haciendo extensivo el concurso mercantil a la masa fideicomitida se evita que el comerciante afecte sus bienes para disminuir dolosamente sus activos y sea un mecanismo o herramienta útil que la permita el incumplimiento de las obligaciones contraídas, por lo que no obstante que el legislador empleó jurídicamente hablando términos equivocados, otorgándole a dicha universalidad jurídica caracteres que en rigor no tiene, como el atributo personalidad, se trata de un error susceptible de ser corregido ampliando la regulación en este punto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Resulta necesario ampliar y depurar la regulación que en materia del patrimonio fideicomitido establece la LCM, por señalar solamente un aspecto respecto a los derechos que derivaren para el beneficiario o fideicomisario en el fideicomiso, ya que no basta que el los bienes se hayan afectado para un fin de carácter empresarial, pues siguiendo éstas ideas se privaría de los beneficios al fideicomisario, sin que se le haya oído ni vencido en juicio, lo cual haría violatorio de garantías al concurso mercantil, contraviniendo de manera flagrante las garantías individuales de las partes en el fideicomiso.

III. Propuestas.-

Tomando en consideración que a lo largo de este trabajo he venido exponiendo dos puntos centrales de crítica a la regulación del patrimonio fideicomitido en la LCM, las cuales son:

1.- Una utilización inadecuada de La lexicología jurídica al atribuir a la universalidad de bienes materia del fideicomiso una cualidad que en rigor no tiene, ya que le integra dentro del concepto comerciante, que como he señalado es presupuesto de éste tener personalidad jurídica, lo cual tiene un fundamento de carácter humano que guarda la finalidad de evitar que mediante la afectación de bienes, el comerciante disminuya dolosamente sus activos para evadir obligaciones y en consecuencia dejar de pagar a sus acreedores. En consecuencia con el objeto de crear un centro de responsabilidad jurídica concreto se propone no dar al patrimonio fideicomitido la calidad de comerciante, sino que aún careciendo de personalidad jurídica, se equipare a éste último para atribuirle una responsabilidad objetiva y específica.

Lo anterior, en aras de una visión flexible y moderna del derecho mercantil, pues el considerar a ésta rama del derecho como exclusiva del comerciante le encuentro como un criterio limitado o restringido, cuando de hecho la propia LCM atribuye consecuencias de derecho a instituciones clave para su estructura y que adolecen igualmente de personalidad y rebasan al concepto comerciante como lo es en un primerísimo lugar el término *empresa*, o también la sucesión del comerciante la que careciendo también del atributo personalidad puede ser declarada en concurso mercantil, cumpliendo los supuestos previstos en el artículo 12 de la propia ley.

Para lo cual se propone adicionar al artículo 1º de la LCM lo siguiente:

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. ***Para efecto de evitar el incumplimiento de obligaciones y no obstante carecer de personalidad jurídica, se equipara el patrimonio fideicomitido cuando haya sido afectado para la realización de un fin de carácter empresarial, al concepto comerciante, con el objeto de crear un centro objetivo de responsabilidad jurídica que prevenga la disminución dolosa de activos por el deudor, mediante una afectación de bienes que le permita evadir sus obligaciones.***

2.- Por lo que se refiere a la crítica en el sentido de qu la declarativa de concurso mercantil comprende al patrimonio fideicomitido, dejando en un plano secundario los fines señalados originariamente en el contrato y en consecuencia los derechos que derivaren de éste para el fideicomisario, así como las garantías individuales de éste último, quien sin haber sido llamado a juicio ni ser oído ni vencido en éste, se le priva de sus bienes o derechos, por lo cual se propone lo siguiente:

Se propone adicionar al artículo 4º de la LCM lo siguiente:

Artículo 4º. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Acreedores Reconocidos, a aquellos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos;

II. Comerciante, a la persona física o moral que tenga ése carácter conforme al Código de Comercio, comprendiendo inclusive las sociedades controladoras o controladas, en términos del artículo 15 de esta Ley. ***El concepto comerciante se equipara al patrimonio fideicomitido cuando éste haya sido afectado a la realización de actividades empresariales. En este último supuesto, será responsabilidad del Juez que conozca del concurso mercantil, como órgano rector del mismo, vigilar que en todo momento respeten las garantías individuales de las partes que hayan intervenido en el fideicomiso, para lo cual deberá emplazar al procedimiento al fideicomisario para efectos de que comparezca a deducir los derechos que pudieren derivar del propio contrato.***

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El fideicomiso es un negocio jurídico, que se ubica dentro del género contrato, mediante el cual una persona denominada fideicomitente transmite la titularidad de uno o varios bienes, de manera temporal, dominical, restringida y limitada a ciertos fines que se señalan en el propio fideicomiso, a otra persona denominada fiduciario, a efecto de que ésta última cumpla con el fin o fines de dicho acto jurídico, en beneficio de un tercero denominado fideicomisario, que es la persona quien recibe el provecho del negocio.

SEGUNDA.- En el Fideicomiso, la fideicomite .te transmite la titularidad de un bien al fiduciario, quien será el titular del patrimonio fideicomitido. Esta titularidad fiduciaria no sigue los lineamientos o caracteres tradicionales de la propiedad, esto es, no se constituye como absoluta o total del bien afectado, por lo cual la fiduciaria no puede disponer de dicho patrimonio de manera arbitraria o completa, sino sujetándose siempre a los fines que se hayan señalado en el propio fideicomiso.

TERCERA.- La titularidad fiduciaria tiene características singulares: es dominical, en oposición a absoluta o "completa", pues se encuentra limitada, restringida o sujeta a los fines que se hayan señalado en el fideicomiso; es de carácter temporal, por oposición a perpetua, pues se transmite exclusivamente para cumplir con el objeto o fin del fideicomiso, y la fiduciaria la detenta por un tiempo determinado y específico, por lo cual puede ser incluso revertida a la fideicomitente.

CUARTA.- Si bien el fideicomiso no es el único acto jurídico que cabe dentro de la definición de negocio jurídico, sí es uno de los negocios jurídicos por excelencia, ya que permite una flexibilidad para delimitar la voluntad de las partes y conseguir consecuencias de derecho que de otra manera no podrían conseguirse, esto es, la consecución de un fin determinado en el propio fideicomiso, con efectos específicos entre las partes, pero con efectos diversos frente a terceros.

QUINTA.- Un elemento que distingue de manera notoria a la Ley de Concursos Mercantiles con la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, es el elemento confianza, enfocado precisamente al comerciante y la empresa, ambos elementos fundamentales del derecho mercantil, confianza que en la ley vigente es nula.

SEXTA.- El incluir el patrimonio fideicomitido dentro del concepto jurídico comerciante y en consecuencia en la masa concursal, se realiza con el fin de evitar el fraude de acreedores y proteger los intereses de éstos, evitando que el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

deudor afecte su patrimonio para disminuir sus activos. Esta integración, en principio desvirtúa los caracteres que le son propios al contrato, pues la masa fideicomitida sale del patrimonio del fideicomitente y no se integra al de las partes que intervienen en él, esto es, para constituir un patrimonio distinto, separado y autónomo del de los contratantes.

SÉPTIMA.- La Ley de Concursos mercantiles asume una visión pendular respecto a la regulación anterior plasmada en la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, ya que ésta última resultaba benéfica a los intereses del comerciante deudor, y otorgaba facultades amplias al Juzgador, a quien se concebía como rector del procedimiento. Actualmente, los acreedores guardan una posición de notoria ventaja frente al concursado, quien incluso puede ser removido de la administración, si así lo considera y solicita el conciliador.

OCTAVA.- Algunos de los argumentos en que los analistas de la LQySP se fundaron para hacer una crítica feroz que llevó más tarde a la desaparición de esta antigua Ley, fueron justamente el desprestigio en que había caído dicho ordenamiento, (al que calificaron de extremadamente "benévolo" con el deudor y rudo con los acreedores, lo cual redundaba en un trato inequitativo e injusto para éstos últimos, además del tiempo que tardaban los procedimientos que regulaba).

NOVENA.- La actual ley de la materia al suprimir el beneficio de la suspensión de pagos, se ha encaminado a un criterio que pareciera "pendular" o diametralmente opuesto en sus fines a la legislación anterior de la materia, esto es, si la antigua LQySP se dice beneficiaba notoriamente al comerciante deudor, el antídoto o remedio que se buscó lo sería ahora el beneficio para sus acreedores. Si bien una de las críticas más recurrentes a la Ley de Quiebras derogada, era la acusación de ser demasiado benévola con el deudor y poco generosa con los acreedores, la ley actual parece haberse movido al extremo contrario, dejado un tanto a la deriva al comerciante deudor y a la empresa.

DECIMA.- Concebir al fideicomiso con fines empresariales dentro del concepto comerciante lo encuentro carente de técnica jurídica y fundamentos legales sólidos, por el contrario, contraviene disposiciones de la LGTyOC, además con un desconocimiento de los conceptos jurídicos fundamentales como son: persona, personalidad, patrimonio, entre otros. Esta intención que pudiera ser inicialmente correcta y justificada, se ha regulado de una manera incompleta, limitada y en contravención de normas que regulan la naturaleza del fideicomiso, pues según el artículo 4º de la LCM basta que se encuentre presente el elemento actividad empresarial en el acto de afectación, para que sin atender a los fines para los que se hubiere constituido el contrato, el patrimonio fideicomitido quede inmerso en la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

masa del concurso mercantil, desconociendo o pasando por alto que los fines para los que se afectaron los bienes son elemento que orienta y rige al acto jurídico.

DECIMO PRIMERA.- Si bien en estricto apego a la técnica jurídica erróneamente otorga la calidad de comerciante al Patrimonio Fideicomitido, encuentro una falla que puede subsanarse creando una regulación más completa y precisa al respecto, pues no se pierde de vista que el motivó que animó al legislador es también atendible. Sin embargo, existen instituciones que aún careciendo de personalidad jurídica tienen enorme trascendencia para el derecho mercantil como la empresa o bien la sucesión del comerciante que puede ser declarada en concurso mercantil careciendo igualmente de personalidad jurídica.

DECIMO SEGUNDA.- Esta errónea consideración de la masa fideicomitida tiene un fundamento de carácter práctico, pues el legislador quiso crear un ente de responsabilidad concreto para atribuirle consecuencias de derecho que bajo una consideración diversa sería difícil obtener o conseguir. Se quiso encontrar la respuesta al problema de la afectación de bienes por el comerciante para disminuir dolosamente su patrimonio y sus activos, dando vida a un ente con titular pero sin una responsabilidad específica, se intentó terminar creando un centro de imputación y responsabilidad tangible: equiparando a la masa fideicomitida con el concepto comerciante.

DECIMO TERCERA.- Una visión moderna e integral del derecho mercantil se orienta a una expansión en sus fines y conceptos, no limitándose únicamente a ser un derecho de los comerciantes. Atendiendo a la relatividad de los actos mercantiles a los que se les concede consecuencias de derecho considerando a los sujetos que desempeñan el acto jurídico, independientemente de que carezcan del atributo personalidad.

DECIMO CUARTA.- Con la regulación actual contenida en la LCM, los fines del contrato de fideicomiso se encuentran vinculados con dos elementos de singular importancia: el primero de carácter empresarial *lato sensu* o que pudiera llamarse genérico, pues basta que el patrimonio se afecte atendiendo a la actividad empresarial del comerciante, para que la masa fideicomitida quede sujeta al concurso mercantil y; un segundo elemento que pudiera denominarse fin específico o fin *stricto sensu,* señalado en el propio contrato, que es aquel acordado entre las partes y para cuyo cumplimiento se afectó el patrimonio.

DECIMO QUINTA.- La declarativa de concurso mercantil respecto a los bienes dados en fideicomiso, y su consecuente integración a la masa concursal deja en un absoluto estado de indefensión al fideicomisario, ya que sin que se haya seguido juicio alguno en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, se le priva de los derechos que le hubiere generado el contrato. Por tanto, prepondera genéricamente el fin

FALLA DE ORIGEN

de los bienes para una actividad empresarial sobre los fines específicos señalados en el propio contrato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

FUENTES CONSULTADAS.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. *Teoría del Derecho Administrativo.* Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 1981.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL Y JULIETA ARELI LARA LUNA. *Nuevo Derecho Mercantil* Editorial Porrúa, México, año 2000. p. 293 y 294.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL y ALMAZAN ALANIZ PABLO ROBERTO. *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso.* Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México. 1997.

ALCORTA, ARMANDO. *Curso de Derecho Internacional Privado.* 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1927. tres volúmenes. Tomo 2 quiebras.

APODACA Y OSUNA, FRANCISCO. *Presupuestos de la quiebra.* Editorial Stylo. México. 1945.

BANCO MEXICANO SOMEX, S.A. *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México.* Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. Primera Edición. México, 1982.

BARRERA GRAF, JORGE. *Instituciones de Derecho Mercantil.* Generalidades. Derecho de empresa. Sociedades. Primera Reimpresión. Editorial Porrúa. México. 1997.

- *Derecho Mercantil.* U.N.AM. Editorial Porrúa, México. 1997.

BATIZA, RODOLFO. *El fideicomiso, teoría y práctica.* Editorial Jus. Tercera Edición. México, 1995.

- - - - - - - - - - - - - - Tres Estudios sobre el Fideicomiso. Imprenta Universitaria. U.N.A.M. México, 1954.

- - - - - - - - - - - - - - Principios básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México, 1985.

BARBIERI, PABLO C. *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24522, comentada y concordada.* 2ª. Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad, 1997. 665 p.p.

BERNAL MOLINA, JULIAN. *Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso.* Editorial Miguel Angel Porrúa. Primera Edición. México, 1988.

BRUNETTI, ANTONIO. *Tratado de quiebras.* Traducción de Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Porrúa Hermanos y Cía. México, D.F. 1945, 336 p.p.

CARRERAS MALDONADO, MARÍA. ***Naturaleza de los derechos de la Institución Fiduciaria y el llamado Fideicomiso Testamentario.*** Revista de Derecho Privado, año 1, no. 2. Mayo-agosto de 1990.

CERVANTES AHUMADA, RAUL. *Títulos y Operaciones de Crédito.* Editorial Herrero. Décima Cuarta Edición. México. 1988.

DAVALOS MEJIA, CARLOS. *Títulos y contratos de Crédito. Quiebras.* Editorial Harla. Tercera Edición. México, 1990.

DOMINGUEZ DEL RIO, ALFREDO. *Quiebras. Ensayo histórico-dogmático.* 2ª. Edición. Editorial Porrúa, 1981. segundo ejemplar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO. *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano.* Editorial Porrúa, S.A. México, 1996.
- . El fideicomiso. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México, 1995.
- . El fideicomiso ante la teoria general del Negocio Juridico. Editorial Porrúa, S.A. Tercera edición. México, 1982.
FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. *Derecho Romano.* Editorial Esfinge. Vigésimo Quinta Edición. México, 1980.
GALINDO GARFIAS IGNACIO. *Derecho Civil.* Primer Curso. Editorial Porrúa. México 1995. Décimo cuarta Edición. 1995.
GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. *El Patrimonio.* Editorial Porrúa, México, 1999.
- -. *Derecho de las Obligaciones.* Editorial Porrúa, México, 1999.
KRAUZE, ENRIQUE. *La Presidencia Imperial. Ascenso y caída del sistema politico mexicano (1940-1996).* Tusquets Editores. 1997. México.
KRIEGER, EMILIO. *Manual del Fideicomiso Mexicano.* Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos. S.A. México, 1976, p. 19.
LEPAULLE, PIERRE. *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional,* seguido de tres articulos sobre el mismo tema, traduccion y estudio sobre El Fideicomiso Mexicano, por Pablo Macedo Editorial Porrúa, México, 1975.
MACEDO, PABLO. *El fideicomiso mexicano.* Editorial Porrúa, S.A México, 1975.
MEXICO, SECRETARIA DE LA ECONOMIA NACIONAL. *Anteproyecto de Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.* México, Secretaria de la Economia Nacional, 1941. 141 p.p.
MOLINA PASQUEL, ROBERTO. *Los derechos del Fideicomisario.* Editorial Jus. Primera Edición, México, 1946.
MUÑOZ, LUIS. *El fideicomiso.* Cárdenas Editor. Segunda Edición. México, 1980.
NAVARRINI, HUMBERTO. *La Quiebra.* Traducción y notas sobre derecho español por Francisco Hernández Borondo. Madrid, España. Instituto Editorial Reus, 1943. 516 p.
OCHOA OLVERA, SALVADOR. *Quiebras y Suspensión de Pagos, notas sustantivas y procesales.* Editorial Nuevo Mundo. México, 1992. 516 p.
PALLARES, EDUARDO. *Tratado de Quiebras. México. Porrúa e hijos. 1937. 491 p.p. segundo ejemplar.*
PEÑA BERNALDO DE QUIROS, CARLOS MAURO. *Formularios y práctica jurídica comentada sobre quitas, concursos, suspensiones y quiebras.* 5ª Edición. Granada, España. Editorial Comares, 1997, 396 p.p.
ROALANDINI, JESÚS. *Antecedentes históricos del fideicomiso en México.* Revista PEMEX-LEX. No. 109-110, julio-agosto de 1997. Distrito Federal, México. p. 11
RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. *Derecho Mercantil.* Editorial Porrúa, S.A. Vigésimo Cuarta Edición. México.
- . Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos concordada y comentada, exposición de motivos. Editorial Porrúa. Mexico, 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- -. *La separación de bienes en la quiebra.* Imprenta Universitaria. México. 1951.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Compendio de derecho civil.*. Tomo II. Bienes. México, 1966.

RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho Civil. El negocio jurídico. Elementos y eficacia del negocio.* La representación. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid. 1980

SALEILLES, RAYMOND. *Personalité Juridique. Histoire et Théories.* Paris, 1922.

SOTO VAZQUEZ, RODOLFO. *Aspectos concúrsales del patrimonio del insolvente, quiebras y concurso de acreedores.* 2ª. Edición. Granada, España. Editorial Comares, 1997. 665 p.p.

SANCHEZ MEDAL, RAMON. *De los contratos civiles.* Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición México, 1995.

VEGA CORONA, D. *El fideicomiso mexicano.* Revista La Justicia. México D.F., tomo XXI, No. 370, febrero de 1961.

VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL. *Doctrina General del Fideicomiso.* Tercera edición. Editorial Porrúa México. 1998

VILLEGAS, CARLOS GILBERTO. *Intereses y tasas, dinero y crédito, moneda extranjera, legislación comparada, causas que generan las altas tasas; panorama jurisprudencial, cuenta corriente, bancaria , concursos y quiebra.* Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1990.

REVISTAS.

ACOSTA CÓRDOBA, CARLOS y VARGAS MEDINA, AGUSTIN. *La nueva Ley de Quiebras: nacida para el conflicto.* Revista Proceso. no. 1197

AROCHA MORTON, CARLOS ARMANDO. *El fideicomiso en México.* Revista de investigaciones jurídicas. Año 7. número 7. 1983. México, D.F.

AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO. *El fideicomiso.* Revista Derecho. No. 50. diciembre de 1996, Lima Perú.

BATIZA, RODOLFO. *La adopción de instituciones jurídicas ajenas y el Derecho comparado. El caso especial del fideicomiso en México.* Revista Jurídica. No. 23. 1994.

BECERRA BAUTISTA, JOSE. *Legitimación procesal de las instituciones fiduciarias.* Revista de Investigaciones jurídicas. Año 7. número 7. 1983. México, D.F.

CANDELARIO MACIAS, MARIA ISABEL. *Las últimas modificaciones del Derecho Concursal.* Revista de Derecho y Ciencia Política. Volumen 56, no. 2. 1998. Lima, Perú.

CARRERAS MALDONADO, MARIA. *Naturaleza Jurídica de los derechos de la institución fiduciaria y el llamado fideicomiso testamentario. Revista de Derecho Privado. Año 1. Número 2. Mayo-agosto de 1990.*

CORREA, MARIO A. *y otro.* Nueva Ley de Quiebras. Comentarios a la Ley 24522. *Entre Abogados. Año III. Número 6. 1995. San Juan, Argentina.*

FARGOSI, HORACIO. *Dos breves consideraciones sobre la Ley 24.522.* Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Tomo 56. número XII. Diciembre de 1996. Buenos Aires, Argentina

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

GINEBRA SERRABOU, XAVIER. *Comentario a una ejecutoria sobra la embargabilidad de los bienes dados en fideicomiso.* Revista de Derecho Privado. Año 4. No. 11. Mayo-agosto de 1993. Distrito Federal.

GONZALEZ MARTINEZ, EDUARDO. *Análisis de la propiedad fiduciaria.* Revista de la escuela de Derecho. Año II. No. 2. Verano de 1983

GUTIERREZ MOLLER, EMILIO. *La administración fiduciaria en México, su ámbito actual y responsabilidad.* Revista "vivienda" Volumen 11 numero 1 enero-julio de 1986

GUASCH MARTORELL, RAFAEL. *Aproximación crítica a la protección de la integridad del patrimonio concursal en la Ley de Suspensión de Pagos.* Revista de Derecho Mercantil no 216 abril-junio de 1995 Madrid, España

JIMENEZ ZELEDON, MARIANO. *El fideicomiso, naturaleza jurídica.* Revista de Ciencias Jurídicas. No 79 septiembre-diciembre de 1994 San José de Costa Rica.

MURILLO VILLAR, ALFONSO. *Aproximac. n al origen del fideicomiso eo quod superevit.* Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano Terza serie Volumen XXXI-XXXIV. 1989-1990 Milán, Italia.

OJESTO MARTINEZ PORCAYO, FERNANDO. *Análisis lógico-jurídico sobre algunos aspectos del fideicomiso.* Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XL. Números 169-170-171 enero-julio de 1990

QUINTANA ADRIANO, ELVIA ARCELIA. *Garantías en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.* Revista de Derecho Privado Año 8 no 22 enero-abril de 1997. México, D.F.

SOLER, OSVALDO H. *El Fideicomiso y el fraude.* Revista La Ley. Año LXIV. No. 77. Buenos Aires, Argentina 18 de abril del 2000.

ROALANDINI, JESUS. *Antecedentes históricos del fideicomiso en México.* Revista PEMEX-LEX. No. 109-110 julio-agosto de 1997 México, D.F.

SALGADO CASTAÑEDA, HUGO. *El fideicomiso en México.* Revista Jurídica. Nueva serie No 1 y 2 enero-marzo, abril-junio de 1995 (primera y segunda parte).

SUAYFETA O., JUAN. *La reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito.* Revista de derecho Privado Año 8 no 22 enero-abril de 1997.

UHLENBRUCK, WILHELM. *Aspectos básicos del proyecto de ley de insolvencia alemana.* Revista de derecho comercial y de las obligaciones Año 23. números 136-138. julio-diciembre de 1990 Buenos Aires, Argentina

VILLA GORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. *Algunas consideraciones sobre el fideicomiso mexicano.* **Revista Mexicana de Justicia. Nueva Epoca. Número 1. Enero-marzo de 1993. México, D.F.**

DICCIONARIOS.-

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano.* UNAM México. Año 2000.

PALLARES, EDUARDO. *Diccionario de Derecho Civil.* Editorial Porrúa, México, 1979.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

LEGISLACION.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1° de septiembre de 1932.

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación los dias 7 al 13 de octubre de 1889.

Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del 2000.

Ley de Protección al Ahorro Bancario, publicada en el Diario oficial de la Federación el 19 de enero de 1999.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, publicada en el Diario Oficial de 20 de abril de 1943.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

FRANK CABRERA, ANTONIO *Ley de Concursos Mercantiles y Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.* en www.ifecom cjf.gob.mx/informacion/leyes.

CORPORATIVO BANCOMER, en http://www bancomer.com.mx/corporativon/cr_boletin29.asp

GERTZ MANERO FEDERICO. *Ley de Concursos Mercantiles.* Publicación que puede consultarse en la página http://www.bma.org.mx/publicaciones/labarra/num26/leyconcursos.html

GONZÁLEZ, JORGE. *Análisis de Publicaciones.Estudio Preeliminar.* http://cddhcu.gob.mx/bibilot/publica

MEJÁN, LUIS MANUEL. *Segundo Informe Semestral.* 12 de junio del 2001. www.ifecom.cjf.gob.mx

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MONDRAGÓN PEDRERO, ALBERTO F. Notas tomadas en la clase denominada "Responsabilidad Juridica del Empresario", en la Coordinación de estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. el 31 de octubre del año 2000.

JIMÉNEZ, ALEJANDRO. *Las etapas en el partido.*, diario "El Universal", lunes 4 de marzo del 2002, p. A6.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN