



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

**EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA
COMO ACTO JURÍDICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PRISCILIANO BERMÚDEZ MEJÍA

ASESOR:
LICENCIADO FRANCISCO JAVIER HUÍZAR ORTEGA

FEBRERO DEL 2005

m341490

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres que con su apoyo y consejos me impulsaron y nunca perdieron la confianza en mí, con amor, respeto, admiración y gratitud.

A mi hermano por su apoyo incondicional a través de mis estudios y mi vida.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, con profunda gratitud.

A la Facultad de Estudios Superiores Acatlán con cariño, respeto y con profunda gratitud

Al Licenciado Francisco Javier Huízar Ortega por su acertada dirección y apreciable ayuda prestada para la realización de esta tesis, con respeto, gratitud, admiración y afecto.

A mis maestros por su atinada enseñanza a través de mis estudios.

Al Licenciado Enrique Salgado Segura
por su respaldo, consejos, amistad y
confianza que ha depositado en mí., con
gran respeto, gratitud, admiración y
afecto.

A los Licenciados Josué Javier
González Torres y Raúl Lazcano Castro
por sus consejos, amistad y respaldo
con gran afecto, respeto y admiración.

A las Licenciadas Maria Isabel Segovia
Rodríguez, Rosalía Herrera González,
Sonia Ivonne Miranda Morales y Tania
García Ortiz, por su amistad, respaldo y
estima, con gran cariño, admiración,
respeto y gratitud

A Erika y Gildardo, que me alentaron
en mi vida de estudiante por su
amistad, apoyo, respeto y cariño.

A Edgar Octavio Ramos Cervantes,
Bernardo Salgado Uriostegui, Marco
Rene Santa Rita Media, Ana Lilia
González Martínez, Jorge Mejía Casolco,
Densie Cruz Rivera, Gabino Nicolás

Álvarez y a Lupita (q. e. p. d.), por su
amistad, apoyo, confianza y respeto.

A mis compañeros con gratitud y
agradecimiento.

ÍNDICE

PAGINA

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA MEXICANO.

1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.....	5
2. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN INGLATERRA.....	15
3. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	21
4. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	23

CAPÍTULO II

EL FIDEICOMISO MEXICANO, DIVERSAS TEORÍAS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA.

1. EL FIDEICOMISO - MANDATO.....	39
2. EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD.....	41
3. EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE LA QUE ES TITULAR EL FIDUCIARIO.....	43
4. EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TITULAR.....	45
5. EL FIDEICOMISO - INSTITUCIÓN.....	48
6. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO.....	51
7. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	54
8. EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.....	56
9. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO.....	58

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO VIGENTE RESPECTO AL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1. EL FIDEICOMISO EN GENERAL.....	71
2. EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	77
3. LOS BIENES Y DERECHOS QUE SE PUEDEN AFECTAR EN EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	95
4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.....	100
5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.....	113
6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.....	121
7. DE LA EXTINCIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	127
8. DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.....	129
9. DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL.....	131

CAPITULO VI

OBSERVACIONES Y PROPUESTA RESPECTO AL MARCO LEGAL DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1. DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	142
1.1 PROPUESTA DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO ACTO JURÍDICO.....	162
2. RESPECTO AL PERFECCIONAMIENTO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	165
2.1 PROPUESTA RESPECTO AL PERFECCIONAMIENTO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	169
3. RESPECTO AL REGISTRO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	170
3.1 PROPUESTA RESPECTO AL REGISTRO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	174

4. RESPECTO A LA GRADUACIÓN Y PRELACIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	175
4.1 PROPUESTA RESPECTO A LA GRADUACIÓN Y PRELACIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	178
CONCLUSIONES.....	180
BIBLIOGRAFÍA.....	186

INTRODUCCIÓN.

Ante todo, con todo respeto me permito exponer el presente trabajo en el que he puesto esfuerzo y dedicación, por medio del cual pretendo obtener el título de Licenciado en Derecho.

Es por su flexibilidad, practicidad y eficacia del denominado fideicomiso de garantía, lo que me motivo a realizar el presente trabajo, además de considerar que hay ciertos aspectos del denominado fideicomiso de garantía que no están lo suficientemente claros para su mejor practica y entendimiento, aspectos que se puntualizan en el presente trabajo.

Es por lo que la propuesta expuesta en este trabajo, es el resultado de una investigación de carácter inductivo, con el único propósito de aportar un criterio con el fin de mejorar el marco jurídico del denominado fideicomiso de garantía, lo anterior sin olvidar que el denominado fideicomiso de garantía es muy amplio, por lo que este trabajo se enfoca a puntos determinados del mismo y no se extiende en la generalidad propia del denominado fideicomiso de garantía, lo cual implica que a pesar de que el presente trabajo se enfoca en el denominado fideicomiso de garantía, es necesario tomar en cuenta al fideicomiso en general, primordialmente porque las normas que lo rigen que se encuentran regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su Capitulo Quinto Sección Primera y Segunda.

En cuanto a la estructura del presente trabajo éste se compone de cuatro Capítulos que se encuentran estructurados de la siguiente forma:

En el Primer Capítulo se menciona los antecedentes históricos que de manera personal se consideran los más importantes para el denominado fideicomiso de garantía en nuestro país, por lo que se invocan antecedentes de Roma con el *fideicomiso testamentario* y la *fiducia*, de Inglaterra el *uso* y el *trust*, se hace referencia al *trust* norteamericano, y se menciona sobre el origen del denominado fideicomiso de garantía en nuestro país.

En el Segundo Capítulo hace referencia a las diversas teorías sobre la naturaleza del fideicomiso que se han propuesto, para proceder a analizar y fundamentar la propuesta que es presentada para determinar al denominado fideicomiso de garantía como un acto jurídico, siendo un acto de comercio, teniendo características de operación bancaria, cuando la institución fiduciaria sea un banco, y siendo un derecho preponderantemente real, reconociendo un derecho personal, es decir, no se afirma que el derecho personal se convierta en real, sino que subsistiendo, se añade un derecho real de garantía.

En el Tercer Capítulo se hace mención del marco jurídico vigente del denominado fideicomiso de garantía contenido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el que se mencionan los aspectos principales del denominado fideicomiso de garantía como son: el fideicomiso en general, lo anterior ha de comprenderse pues el

denominado fideicomiso de garantía es una especie del fideicomiso en general, el denominado fideicomiso de garantía, los bienes y derechos que se pueden afectar en el denominado fideicomiso de garantía, los derechos y las obligaciones del fideicomitente, así como los derechos y obligaciones del fiduciario, los derechos y obligaciones del fideicomisario; no se menciona al Comité Técnico ya que se puede o no constituir y su conducta puede estar restringida por alguna de las partes, la extinción del denominado fideicomiso de garantía, del procedimiento de ejecución extrajudicial y del procedimiento de ejecución judicial; los dos últimos regulados el Código de Comercio, los anteriores relacionándolos con algunas otras leyes.

En el Cuarto Capítulo se realiza un análisis del marco jurídico vigente referente a los puntos sobre los que versa la propuesta que son: del denominado fideicomiso de garantía su naturaleza, el cual se considera como un acto jurídico, siendo un acto de comercio, teniendo características de operación bancaria, en el caso de que la institución fiduciaria sea un banco, y siendo un derecho preponderantemente real, reconociendo un derecho personal, es decir, no se afirma que el derecho personal se convierta en real, sino que subsistiendo, se añade un derecho real de garantía, además de realizar puntualizaciones respecto al su perfeccionamiento, es decir detallar las características de los bienes muebles para dar mayor certeza, su registro que proceda también en el Registro Público de Comercio y su graduación y prelación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA MEXICANO.

1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.
2. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN INGLATERRA.
3. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.
4. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.

En este capítulo es necesario precisar que sólo se mencionan las figuras que de manera personal son consideradas como antecedentes del denominado Fideicomiso de Garantía que existe en nuestro país.

Es de mencionar que el nombre de fideicomiso proviene del latín *fideicommissum*, de *fides*, fe, y *commissus*, confiado.¹

Y como antecedentes del fideicomiso mexicano y como consecuencia del denominado Fideicomiso de Garantía respecto a Roma existen dos figuras que son el *Fideicomiso Testamentario* y la *Fiducia*.

Por lo que toca al denominado *Fideicomiso Testamentario*, es el acto de última voluntad expresando bajo la forma de ruego, mediante el cual una persona (fideicomitente) encargaba a otra (fiduciario) transmitir toda su herencia, una cuota, parte de ella o un bien determinado de la misma, a una tercera persona (fideicomisario).²

Es decir era empleado cuando un testador buscaba beneficiar a una persona con la que no tenía *testamenti factio*, por lo que rogaba prácticamente a su heredero que fuese el ejecutor para dar al incapaz parte del acervo hereditario o un objeto particular; y el testador en su testamento utilizaba para constituir esta institución los términos *rogo fideicomitto*, por lo que se puede concluir que al que debería de transmitirse los bienes se le llamo fideicomisario y fiduciario al heredero gravado.

¹ Quintana Adriano, Elvia Argelia, Coordinador, *Diccionario de Derecho Mercantil*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 251.

² Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, 18ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 457 y ss.

Esta figura tuvo gran importancia en el Derecho Romano, pero su principio descansaba en la honradez de quien se le encomendaba; con posterioridad el emperador Augusto hizo obligatoria la ejecución de los mismos al encargarle a los Cónsules que vigilaran el cumplimiento de esta figura, por lo que con posterioridad Claudio creó a dos pretores especiales (*praetor fideicommissarius*) para que se encargaran de todo lo relativo a dicha figura, a pesar de que como tal no fue incorporado al marco legal del *ordo iudiciorum* y su eficacia tuvo que fundamentarse en un procedimiento *extra ordinem* desarrollado ante los gobernadores de provincia, tales funcionarios no entregaban fórmula, ellos juzgaban y decidían todo el asunto, por lo que el fideicomiso carecía de forma determinada y se podía imponer a los herederos como a los legatarios u otros fideicomisarios mediante testamento y además también en codicilos e incluso verbalmente y se redactaba en cualquier idioma.

Y con los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, el primero bajo el imperio de Nerón y el segundo bajo el imperio de Vespaciano, fueron quienes concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones de *loco heredis* y *loco legatarii*, para que les fueran transmitidas las acciones hereditarias a título de útiles, además de que al heredero fiduciario se le dio el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso como lo permitía la Ley Falcidia y a los herederos gravados con la entrega de los legados.

Mientras que en época de Justiniano el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en vez de un derecho de crédito, teniendo a su favor la reivindicación sobre los bienes que eran objeto del fideicomiso, y esta era aplicable aun contra terceros de buena fe, y ejercitaba el heredero fideicomisario el día que la restitución debía tener lugar en su beneficio.

Esta institución fue absorbida por los sistemas jurídicos que tomaron como base al Derecho Romano y recibieron el nombre de "Substituciones Fideicomisarias" que fueron practicadas de una manera muy frecuente hasta que el Código Napoleón las prohibió, pues propiciaron la acumulación de grandes riquezas en pocas manos.

Por lo que se puede indicar que dicha institución vino a resolver problemas para heredar, ya que de acuerdo con el Derecho Romano, algunas personas, tales como las mujeres, no tenían la facultad de poder heredar bienes. Por ese motivo, con el fin de que el testador pudiera llevar a cabo su voluntad, nace dicha institución que, salvando los problemas de tipo legal que existían en ese momento, pudo hacer que su voluntad fuera efectiva.

Con fundamento en lo anterior se puede enunciar los siguientes tipos de fideicomisos:

1. El Fideicomiso Universal o de Herencia.- Se recurría a una venta fingida del patrimonio hereditario *mancipatio nummo uno*, sin embargo para poder actualizar al fideicomiso era necesario la transmisión particular de cada objeto singular; además de que las

relaciones entre "comprador" y "vendedor" se regulaban mediante *stipulationes emptae et venditae hereditaris*, que se añadían a la venta. Por lo que el *heres fiduciarius* se obligaba a transmitir el activo, en tanto que el fideicomisario quedaba constreñido a liberar de las deudas al heredero, además llegado el caso, el fideicomisario debía de intervenir como *procurator in rem suam* en los procesos dirigidos contra los herederos originados por la herencia, en tanto que el *heres fiduciarius* facilitaba al fideicomisario el ejercicio de las acciones de la herencia.

Y frente a los acreedores de la herencia se tenía como único deudo al heredero fiduciario, es por lo que cuando este no aceptaba la herencia, el fideicomiso se venía a bajo, sin poder realizarse el deseo del testador, por lo que para solucionar tal situación fue dictado SC. Trebeliano - 62 d. C. -, por el cual el fideicomiso universal se configura como sucesión universal; esto es de un lado, el heredero fiduciario transmite el activo, del otro, se libera de las deudas, y por último, el fideicomiso actúa tras la *restitutio hereditatis*, como *loco heredis*, ya sea ejercitando las acciones frente a los acreedores, ya sea sometiéndose a las acciones de éstos, pero como seguía siendo necesaria la adición de la herencia por el *heres*, y tal circunstancia no fue resuelta, un nuevo SC. de la época de Vespasiano -75 de C. -, Pegasiano, le permitió retener una cuarta parte de la herencia (*quarta pegasiana*), que la Ley Falcidia le aseguraba frente a los legatarios; y en compensación otorgo al fideicomisario la facultad de recurrir al pretor para constreñir al

heredero a la adición y castigó la resistencia del heredero privándole de la *quarta*.

Sin embargo con este nuevo SC. se complicó el régimen de las deudas y los créditos entre fiduciario y fideicomisario, el sistema de Trebeliano siguió aplicándose sólo a los fideicomisos dentro de los tres cuartos o si el *heres* renunciaba a la *quarta pegasiana*, en cambio, si el fideicomiso superaba los tres cuartos y el heredero hubiere retenido su cuarta, aunque después renunciara a ella, el fideicomisario se consideraba como un *legataruis partitionis*, y por ende, las relaciones se regulaban con el viejo sistema pretrebeliano de las estipulaciones reciprocas. Pero más tarde Justiniano para evitar complicaciones abrogó el SC. Pegasiano y estableció el régimen Trebeliano sobre las siguientes bases:

- El paso de las acciones hereditarias al fideicomisario tenía lugar como lo establecía el SC. Trebeliano, desapareció el régimen de las estipulaciones.
- El heredero fiduciario tiene derecho a la *quarta*, que no se llama Pegasiana, sino Trebeliana o Falcidia.
- El *heres fiduciarius* podía ser constreñido judicialmente a aceptar la herencia objeto del fideicomiso, hay que considerar que el SC. Pegasiano no fue derogado totalmente, es por lo que diversos autores hablan de la fusión de normas entre los senadoconsultos mencionados en uno sólo.

2. Sustitución Fiduciaria.- En la que el testador podía ordenar un fideicomiso encargando al fiduciario que no restituyera inmediatamente la herencia o parte de ella al fideicomisario, sino que la disfrute y conserve y sólo hasta que muera pase dicha herencia al fideicomisario; esta institución tenía rasgos con la sustitución pupilar, pues en efecto existe un llamamiento a la herencia, pero a diferencia de lo que existía en la sustitución pupilar, el heredero llamado en primer lugar, no puede disponer de la herencia, sino que tiene que conservarla para que pase al fideicomisario, además de que el heredero fiduciario entra a la herencia de un modo efectivo, con los derechos, responsabilidades y acciones consiguientes.

3. Fideicomiso de Residuo.- Era en el que el encargo que se le hacía al heredero de que a su muerte o en otro momento anterior que era fijado, restituyera a otra persona lo que quedara de la herencia. En el Derecho Clásico, el heredero gravado debía de prestar garantía al fideicomisario de disfrutar de los bienes como *vir bonus*, absteniéndose de excesos fraudulentos. En el Derecho Justiniano se estableció la regla de que el heredero debía reservar al fideicomisario, por lo menos, un cuarto de la herencia.

4. Fideicomiso Particular.- Este fideicomiso tenía por objeto una o más cosas concretas, pero no la totalidad de la herencia o de una cuota parte de la misma, se podían dejar a cargo de un heredero, legatario o bien de otro fideicomisario. En un principio, el fideicomisario sólo gozaba de una acción personal para reivindicar su parte contra el

fiduciario; posteriormente Justiniano le otorgo una acción reivindicatoria, como se ha señalado con anterioridad.

Existieron algunas diferencias entre el fideicomiso testamentario y los legados, así pues el legado se transmitía en forma particular, en cambio el fideicomiso se podía transmitir a título universal, el legado debía de constar en el testamento, el fideicomiso gozaba de libertad de forma; el legado en la época clásica sólo podía establecerse sobre un *heres*, en tanto el fideicomiso se podía imponer a un sucesor universal, a un legatario o a otro fideicomisario; en cuanto al cumplimiento del legado se recurría al procedimiento formulario, con su división de instancias; en tanto que el fideicomiso utilizaba el procedimiento extraordinario, es más hasta antes de Justiniano, una persona que no podía recibir una ventaja sucesoria por legado, la podía recibir a través del fideicomiso (*Latini iuniani*).

Pese a lo anterior algunas diferencias entre legado y fideicomiso fueron desapareciendo poco a poco, se fueron asemejando cada vez más, sobre todo al desaparecer las fórmulas en los legados; así se igualan en el aspecto procesal, por la generalización de los procesos extraordinarios, se realizan legados y fideicomisos en documentos, testamentos y codicilos, etc. Ello hizo que Justiniano los fusionara aproximadamente en el año 529.

Respecto a la *fiducia*, esta se puede señalar como un *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, o una *in jure cessio* que se acompañaba de un *pactum fiduciae*, mediante la cual el *accipiens*,

quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens*, de transmitirlo, después de que realizara determinados fines al propio *tradens* o a una tercera persona.³

El pacto en los romanos es la conjunción de voluntades que no engendra obligación y que distinguieron claramente del contrato; por lo que con base en lo anterior es de referirse a la *fiducia*, en la que el deudor que paga, no se encontraba protegido para solicitar del acreedor la restitución de los bienes, toda vez que lo único que lo amparaba era el único pacto de la *fiducia*, que había celebrado, por lo que el Derecho Pretoriano comprendió la necesidad de proteger al deudor mediante una acción denominada *actio fiducia* que podía intentar contra el acreedor, para exigirle la devolución de los bienes en caso de incumplimiento, es por lo que el pacto de fiducia que privó en el derecho antiguo, lleno de lagunas de la prenda e hipoteca; ya que según algunos consideran que fueron el origen de los contratos de comodato, prenda y depósito, lo anterior por considerar a esta institución como una forma primitiva de la prenda o del comodato, cuando su finalidad era conceder el uso o goce temporal y gratuito del bien transmitido en beneficio de quien lo recibía o garantizar alguna obligación, y se precisa que pertenecía esta institución a los contratos reales que se perfeccionaban con la simple entrega de la cosa objeto del contrato.

Por lo que es de mencionar dos tipos de *fiducia*, las cuales son:

³ Villagordeal Lozano, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pp.2

La *fiducia cum creditore* y;

La *fiducia cum amico*.

- La *fiducia cum creditore* sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, por lo que se puede determinar que esta era utilizada para que el deudor garantizara su adeudo, lo anterior transmitiendo determinados bienes a su acreedor, quien los recibe en consideración a lo antes mencionado y éste se obligaba en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiera cumplido con las obligaciones que los bienes garantizaban; pero en determinado caso en que el deudor no cumpliera dichas obligaciones, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto de retener la cosa para sí o para enajenarla, no importando si el valor de los bienes excedía del monto de las deudas garantizadas, además de que el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor, si se encontraba en el supuesto antes mencionado.

Por lo que se puede indicar que representa una forma de garantía y se considera que en su forma original se prestó a abusos porque en algunos casos el acreedor podía hacer uso irrestricto de los bienes a su favor. Pero esta figura fue de gran importancia, ya que vino a cumplir un papel muy importante, antes de la aparición de los documentos de garantía tal y como los conocemos actualmente. Sin embargo, representaba dos problemas:

- Cuando el acreedor, abusaba de su posición y enajenaba el bien, el deudor quedaba en una difícil posición, pues no teniendo

acción real, no podía perseguir el bien en manos de terceros (transmitido por el acreedor) y tenía que conformarse y limitarse a ejercer una acción personal contra su acreedor quien podía caer en una mala situación de negocios o declararse insolvente.

- El deudor no tenía posibilidad alguna de conservar el bien a título precario, pues si con el transcurso del tiempo esta posibilidad fue consagrada, el acreedor en todo caso y sin excepción podía demandar la entrega del bien respectivo.

- La *fiducia cum amico* fue utilizada para que la persona que recibía el bien transmitido pudiera usarlo y disfrutarlo de manera gratuita y en su propio provecho, y una vez realizados los fines mencionados, el que los recibió tendría que retransmitirlos al *tradens*, lo anterior como consecuencia del *pactum fiduciae*, por lo que se puede decir que este tipo de *fiducia* se identificaba con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso, pero presentaba el inconveniente también que quien recibía el bien podía abusar de su uso.

En la última etapa del Derecho Romano, cuando empezaron a caer en desuso las formas tradicionales para transmitir la propiedad como lo eran la *mancipatio*, *in jure cessio*, el empleo de la *fiducia* se fue remplazando por otros contratos reales, que se fueron perfeccionando como lo puede ser la prenda, comodato o hipoteca.

Por lo antes expuesto es de considerarse que como antecedentes directos del denominado fideicomiso de garantía el fideicomiso testamentario y la *fiducia*.

2. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN INGLATERRA.

Como antecedente en Inglaterra del fideicomiso ha de comentarse dos figuras que por su naturaleza y función son de considerarse relacionadas con el denominado fideicomiso de garantía mexicano, y estas figuras son el *use* y el *trust*, figuras que surgieron durante la Edad Media y que a continuación se mencionan de una manera más amplia.

En primer lugar ha considerarse al *use* antecedente directo del *trust*, así pues podemos definir al *use* como "la transmisión a un tercero, con obligación de conciencia a favor del transmisor o de algún beneficiario";⁴ se cree que la principal causa por la que fue creado fueron las confiscaciones derivadas de persecuciones políticas y guerras, además de buscar la posibilidad de que las agrupaciones religiosas pudieran poseer y disfrutar de bienes raíces, buscando evitar la prohibición de las Leyes Inglesas de la Edad Media contra las manos muertas (*statute of mortaim*).

La persona propietaria, por ejemplo de una tierra era llamada *settlor*, y la persona a quien era traspasada era llamada *feoffe to use*,

⁴ Casillas Carlos, "Características del trust en el derecho anglosajón", en Revista El Fideicomiso y los Proyectos de Infraestructura, Responsable de Edición Héctor Curiel García, Formación en Computadora: Juan Becerril Gallardo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, Núm. 74, México 1996.pp. 7.

tierra destinada a beneficiar a una tercera persona llamada *cestui to use*.

Así pues el cesionario (*feoffee*) recibía la plena propiedad de la cosa no para aprovecharla en su propio beneficio, sino con el encargo de tenerla para uso exclusivo de beneficiario (*cestui que use*), lo anterior confiando en la buena fe del *feoffee*, pero en sus orígenes el cumplimiento de la obligación antes mencionada quedó totalmente al arbitrio del *feoffee to use*, pues era incitado por razones meramente morales y religiosas; esto era porque para la Common Law el propietario del bien era sólo a quien le había transmitido el bien, es decir los Tribunales de la Common Law no dictaban resoluciones a menos que las situaciones planteadas encajarán en el supuesto legal y como consecuencia no reconocía alguna consecuencia de derecho derivada del *use*, por lo que a raíz de este conflicto se desarrolló un sistema de impartición de justicia que es llamado: Sistema de Justicia de Equidad (*Equity Law*), no es sino hasta 1534 que Enrique VIII promulga el *Statute of Uses*, buscando regular la problemática existente, y no fueron considerados ilegales o nulos los usos establecidos, pues transfirieron la plena propiedad al beneficiario (*cestui que use*), ejecutando los *uses* de esta forma, eliminando al "intermediario" una vez que se ejecutaba el fin buscado, pero no fueron ejecutados todos los *uses*, principalmente por la interpretación restrictiva que fue utilizada.

En consecuencia el "use" fue denominado "trust" así como el que la obligación moral existente en el use se transformo en una obligación jurídica según la *Equity Law*.

Al *trust* se puede definir de la siguiente manera: "un *trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes de equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo,"⁵ es decir: como una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público.⁶

Y los elementos personales del *trust* son los siguientes: El *Settlor* es quien por escrito y de manera unilateral manifiesta su deseo de afectar bienes determinados de su masa patrimonial, para realizar algún fin auxiliándose de una segunda persona o personas, pues pueden ser varias llamadas *Trustee* o *Trustees*, según sea el caso, que es la figura a quien se le confía el destino de dichos bienes, es decir, se le transmite el dominio legal de estos y queda obligado realizar y ejercer los actos y derechos necesarios sobre los bienes dados para realizar el fin buscado, en consecuencia deben de conducirse como si fueran los bienes de su propiedad, son responsables de los daños causados por su

⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, Editorial Porrúa, 10ª Edición, México, 2004, pp. 140.

⁶ Lepaulle Pierre, *Tratado Teórico y Práctico de los Trust*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, pp. 23 y 24.

negligencia y debe apegarse estrictamente a las indicaciones proporcionadas por el *Settlor* o en su caso del *Cestui que Trust*, que es un cargo de confianza por lo que está impedido para delegar funciones, salvo previa autorización para ello, todo por el provecho del *Settlor* o de una tercera persona llamada *Cestui que Trust* o *Beneficiary*, quien tiene dos derechos principalmente:

I.- Obligar al *Trustee* a que cumpla los fines del *trust*, y

II.- Perseguir los bienes sujetos del régimen del *trust* cuando se encuentre en posesión de terceros por el ejercicio indebido del *trustee* para integrarlos a la masa que corresponde, además de que el *Cestui que Trust* puede ser una persona determinada o no, ya que existe el *Charitable Trust*, que no requiere un sujeto de derecho como beneficiario sino que basta algo tan imparcial y genérico como puede ser la tutela de incapaces; pero cuando en el *Trust* el *Beneficiary* es una tercera persona, el *Settlor* queda relegado a un segundo plano; así pues podemos estar en el caso en que el *Beneficiary* es el mismo *Settlor*, conocido como *living trust*, en el que el *Settlor* encomienda la administración de algunos bienes sin perjuicio de conservar su goce, y que, ya sea el *Settlor* el *Beneficiary* o lo sea una tercera persona, en ambos casos el *Settlor* acostumbra reservarse algunos derechos como lo son el derecho de revocación del *Trust*, así como el derecho de reconocer al *Trustee* de una manera libre o bajo determinadas condiciones.

En cuanto a la propiedad de éste considero que existe una sola institución de propiedad llamada *ownership*, en la que la titularidad puede recaer en persona distinta de la que la disfruta.

A continuación se indican las etapas por las que ha pasado el *Trust*.

1 - Comienza con la aparición de *use* hasta principios del siglo XV, siglo en que se dictaron algunas leyes, entre las que podemos mencionar la creada para evitar la transmisión en fraude de acreedores de 1376 y la transmisión llevada a cabo por el despojante de 1377.

2 - De principios del siglo XV a la promulgación de la *Ley de Usos*, en la que bajo la protección de la Cancillería a través de la *Equity Law*, el compromiso adquirido dejaba de tener el carácter de buena fe, y era revestido por el derecho, sin olvidar que el derecho otorgado era susceptible de ser transmitido por cesión o causa de muerte.

3 - De la Ley de usos del siglo XVI a finales del siglo XVIII, y es cuando el *Statute of Uses* de 1535, resulta del rechazo de quienes se sentían lesionados en sus derechos, por lo que se considero al *cestui que use* como dueño de los bienes, protegido por la *Equity Law*, es cuando parte de los *uses* pasan al control de la ley, reconocidos por el Tribunal de la Cancillería y cambian su nombre por el de *Trust*.

4 - De fines del siglo XVIII a los tiempos contemporáneos, donde la institución se desarrolla de una forma muy rápida y se crea la *Ley Sobre la Organización Judicial* de 1873, que indicaba que en caso de

conflicto entre la *Common Law* y la *Equity Law* prevalecía la última, y los problemas que pudieran surgir serían conocidos por una Sala Especial de la Corte de Justicia.

Y con base en la *Trustee Act* de 1850 se puede mencionar los siguientes tipos de *trust*:

I. *Express Trust*. - Es creado por el *Settlor*, quien manifiesta su voluntad de una manera clara de transmitir el bien a una segunda persona, para beneficiar a otra con las ventajas y provechos derivados de dicho bien, y el *Trustee* tiene la opción de aceptar o no el cargo ofrecido, este tipo de negocio se divide en:

a) *Executed Trust*. - Que una vez constituido debidamente, no requiere acto posterior alguno para producir sus efectos;

b) *Executory Trust*. - Que una vez debidamente constituido si requiere actos o instrucciones posteriores a la constitución.

II. *Implied Trust*. - Que es implícito cuando se funda en la presunta intención del creador, y normalmente en este tipo de *Trust* un Tribunal es quien lo constituye, no la voluntad del *Settlor*, fundado por una presunta intención del mismo *Settlor* y en este tipo de *Trust* el *Trustee* no es libre de decir si acepta o no el cargo.

III. *Constructive Trust*. - Este tipo de *Trust* nace por una interpretación de la *Equity Law*, no por la presunta o expresa voluntad de las partes que lo conforman, es decir su creación es de carácter judicial y es motivada por la razón de satisfacer una demanda de justicia, sin referencia a la intención para ello.

Es por lo que ha de considerarse al *Trust* como antecedente del denominado fideicomiso de garantía mexicano por la flexibilidad y generalidad de la figura citada.

3. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

En un principio ha de citarse una definición de *Trust* norteamericano, es por lo que a continuación se cita la siguiente en donde es señalado como fideicomiso por la traducción realizada: "Un fideicomiso es una institución jurídica. Un fideicomiso es un acto por medio del cual una persona entrega bienes a otra para que los administre en beneficio de un tercero".⁷

Con lo expuesto con anterioridad y de acuerdo con las similitudes ha de considerarse que el *trust* estadounidense como el antecedente más cercano del denominado Fideicomiso Mexicano, y que incluso, y como se menciona más adelante la finalidad de garantizar por medio de esta figura cobra una importancia trascendental, sin olvidar que es operado por compañías fiduciarias especializadas, además del funcionamiento de los fideicomisos operados por instituciones bancarias, y la aplicación del *Trust* en Estados Unidos está necesariamente relacionada con el desarrollo económico y de la industria, es aplicado por grandes compañías aseguradoras, por instituciones de crédito, es común decir por la mayoría que la

⁷ De los Representantes de la Asociación Banquera de México con los Abogados y Funcionarios de la Mercantile - Commerce Bank and Trust Company, *Primer Conclave sobre el Fideicomiso, St. Louis, Missouri, 8, 9, 10 de noviembre de 1943.* pp.2

aplicación del *Trust* formo grandes monopolios, pues se fusionaban grandes empresas de un mismo ramo para reducir o extinguir competencia alguna, así como para repartirse los mercados existentes; a continuación se mencionara diversos *Trust* utilizados en el medio empresarial:

1 - *Investment Trust*. - Es por el cual se forma un fondo común, formado por la aportación de varias personas, y su manejo es encargado a un a *Trust Company*.

2 - *Voting Trust*. - Es en éste en el que auxiliándose de una compañía fiduciaria un grupo de participantes o accionistas de una empresa procuran conseguir una representación común, buscando formar una mayoría de votos que puedan influir en las decisiones de la empresa de manera más constante y más o menos permanente.

3 - *Holding Trust*. - Es en el que un conjunto de personas que se dedican a actividades similares o que pertenecen a una rama en común, pero tienen empresas diferentes recurren a éste tipo de *Trust* para establecer monopolios, mediante las aportaciones de dichas personas antes mencionadas; todos teniendo como común denominador la realización de un fin en común.

4 - *Trust creado con fines de garantía*.- Este opera en razón de un crédito que es respaldado mediante la emisión de certificados o bonos garantizados por bienes de la empresa que los emite entrega a la institución fiduciaria para que en el caso de que se diera el

incumplimiento de la obligación de pagar, con la venta o explotación de los bienes se pague la obligación antes referida.

Es por lo que se considera que la finalidad del *Trust* de Estados Unidos de Norteamérica es similar al denominado fideicomiso en cuanto a su flexibilidad para adaptarse a los diversos propósitos por los que son demandados, como lo es la finalidad de garantizar obligaciones en el caso del denominado fideicomiso de garantía.

Por lo que en opinión personal, los antecedentes y referencias del denominado fideicomiso de garantía mexicano son los que se han citado que son: el fideicomiso testamentario así como la *fiducia* en el Derecho Romano, así como el *Trust* inglés y el norteamericano, lo anterior por la similitud existente con el denominado fideicomiso de garantía mexicano.

4. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Es necesario indicar que algunos de los artículos que se citan no corresponden al texto actual de los mismos, lo anterior por el periodo en que fueron elaboradas dichas leyes y los cambios que se han realizado a las mismas, es por lo que en un Capítulo posterior se indica la normatividad vigente.

Es acertado aludir que el nombre de Fideicomiso aceptado en nuestra ley con el que tradicionalmente se hace referencia a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que se entendió en el Derecho Romano como tal, pues es de considerarse al

nuevo fideicomiso tomando la reglamentación existente en nuestro país, que constituye en su origen de una adopción de practicas anglosajonas, pero haciendo modificaciones buscando adecuarlas a las disposiciones de nuestro derecho.

El fideicomiso que se utilizo a principios del siglo XX en México tenia la finalidad de fungir como instrumento de garantía para la reconstrucción de Ferrocarriles Nacionales, por lo que el *Código Civil* de 1884 y la *Ley de Ferrocarriles* de 1889 permitieron que el *trust deed* formando en el extranjero, pudiera ser utilizado en México siendo revestido por la Ley, además de que este *trust* contenía características de los contratos de préstamo, mandato e hipoteca, mismo que ha quedado en inutilidad por el destino de los ferrocarriles en nuestro país.

Pero los antecedentes en nuestro país se remontan a las Cortes Españolas en el año de 1820 que suprimieron los mayorazgos, fideicomisos (*Trust*) y cualquier otro tipo de vínculos sobre bienes muebles e inmuebles, siendo decretados libres de tales limitaciones, por lo que no pudieron ser aplicadas las sucesiones fideicomisarias derivadas del derecho romano; además de que en el *Código Civil* de 1870 quedaron prohibidas cualquier tipo de las sucesiones antes referidas, y en dicha materia paso el mismo criterio al *Código Civil* de 1884, mientras que en el *Código Civil* de 1928 prohíbe también las sustituciones fiduciarias y cualquiera otras dejando en pie sólo la

vulgar,⁸ mismos artículos que quedaron intactos con las reformas hechas a tal Código el veinticinco de mayo del dos mil, por lo que el fideicomiso en nuestro régimen jurídico comienza con *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios* del 24 de diciembre de 1924.

La vida del Fideicomiso como negocio bancario fue muy reducida, ya que por primera vez la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*, Capítulo VIII del 24 de diciembre de 1924, se refiere al establecimiento de bancos de fideicomiso, y dicha ley anuncia una ley especial del tema que fue promulgada en el Diario Oficial el 17 de julio 1926; misma que fue denominada *Ley de Bancos de Fideicomiso*, y esta denominación tuvo su origen en la intención del legislador manifestada desde el *Código de Comercio* de 1889, buscando la especialización de la banca mexicana, tratando de distinguir los diferentes bancos como son de emisión, circulación, descuento, depósito, mineros, agrícolas e hipotecarios, misma que fue modificada en la ley mencionada, así como en la *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares* de 1941, hasta incluirse los conceptos de Banca Múltiple y Banca de Desarrollo en 1990 en la *Ley de Instituciones de Crédito*, por lo que con el transcurso del tiempo la especialización de los bancos lo fue por ministerio de ley, y se fueron integrando primero en Grupos de Bancos y posteriormente en Instituciones de Banca Múltiple; sin embargo dicha ley no hace

⁸ Artículos 1472 y 1480.

referencia al fideicomiso como operación bancaria, ya que solamente se señala las funciones de los Bancos de Fideicomiso, así pues podemos citar el artículo 73:

“Los bancos de fideicomiso sirven los intereses de público en varias formas y particularmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos durante el tiempo de su vigencia.”⁹

Por lo que en la *Ley General de Instituciones de Crédito* de 1924 importa una legalización de una institución jurídica moderna que es practicada principalmente en países anglosajones desde hace mucho tiempo.

Es pertinente mencionar que el articulado de la *Ley de Bancos de Fideicomiso* fue totalmente reproducido en la *Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios* publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de noviembre de 1926; y tomando en cuenta que la *Ley de Bancos de Fideicomisos* fue la primera ley que hace mención a los fundamentos para el desarrollo de la figura del fideicomiso, en ella se mencionaba que la naturaleza jurídica del fideicomiso era como *mandato irrevocable*,¹⁰ ya que en sus artículos 6 y 102 respectivamente de la *Ley de Bancos de Fideicomiso* de 1926 y la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios* de 1926, establecen que el Fideicomiso propiamente dicho es un mandato

⁹ Villagordea Lozano, José Manuel, *op. cit.* p. 43.

¹⁰ *Loc. cit.*

irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario y sólo se puede constituir con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres, en el cual intervenían como elementos personales: el fideicomitente, la fiduciaria y el fideicomisario; en donde el fideicomitente era quien entregaba ciertos bienes a la fiduciaria para que dispusiera de éstos o de sus productos en beneficio de una tercera persona llamada fideicomisario, lo anterior teniendo como fundamento la voluntad del fideicomitente; y los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se consideran fuera del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, y que como consecuencia no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso, esto no impedirá que se pueda demandar la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por otros motivos, por lo que la única limitación sobre los bienes o derechos materia del fideicomiso es respecto a los derechos cuyo ejercicio sea de carácter personalísimo e intransmisible por su naturaleza o por disposición expresa de la ley, y en el caso de bienes inmuebles deberían ser inscritos en la sección de propiedad, si hubiere translación de dominio, o en el de hipoteca en caso contrario, del respectivo Registro Público y sólo producirá sus

efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción, misma que contendrá las instrucciones del fideicomitente para el banco para la ejecución del fideicomiso, así como las facultades que otorgará, es requisito para el registro presentar el documento que contenga la aceptación del banco; además de que esta ley indicaba que las instituciones bancarias deberían de constituirse como sociedades anónimas, teniendo como requisito previo autorización del gobierno federal, y prohibía a los bancos extranjeros la practica de operaciones fiduciarias aunque tuvieran sucursales o agencias en el país.

En los artículos 14 de la *Ley de Bancos de Fideicomiso* y en el 110 de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*, ambas de 1926 indican que se otorga al fiduciario en cuanto a los bienes fideicomitados el ejercicio de las acciones y derechos inherentes al dominio de los mismos, aunque no se hayan expresado en el título constitutivo del fideicomiso, señalando como limitaciones el que se puedan enajenar, gravar o pignorar dichos bienes en beneficio propio del fiduciario, pues sólo se podrán realizar dichos actos de disposición cuando se hayan otorgado expresamente tales facultades o cuando sean indispensables para conseguir el fin buscado por el fideicomiso, es decir, se realizarán buscando el provecho del fideicomisario, y es en estos artículos en donde en ambas leyes se confirma el concepto del fideicomiso como un mandato con "entrega" de los bienes fideicomitados para el beneficio del fideicomisario o para la

realización de los fines establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.

Mientras que los casos para remover al fiduciario los encontramos en los artículos 16 de la *Ley de Bancos de Fideicomiso* y en el 112 de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*, ambas de 1926, mismos que son: cuando el fiduciario tenga intereses propios opuestos a la ejecución del fideicomiso; si el fiduciario malversare o administrare con dolo o culpa grave los bienes fideicomitados; por lo que el fideicomitente, el fideicomisario o el Ministerio Público en el caso de menores, incapaces o desvalidos, pueden pedir al juez la remoción del fiduciario, lo anterior tramitándose mediante una demanda como un incidente y bajo la disposición del *Código de Comercio*, mismo procedimiento es de aplicarse cuando los bienes fideicomitados estuvieren en peligro de menoscabo o pérdida en poder del banco fiduciario, pero en consideración de varios la forma de proceder era incorrecta, pues si se consideraba al incidente como aquel que expresa la cuestión que surge de otra considerada como principal, que evita, la suspende o interrumpe y que cae en o dentro de esta obra o que sobreviene con ocasión de ella; además de que el *Código de Procedimientos Civiles* de 1884 manejaba la distinción entre juicios incidentales e incidentes en donde los primeros eran manejados en su concepto, los que surgen con motivos de otro juicio, con características de todo juicio, en tanto que los incidentes surgen de un juicio pendiente y se deben de tramitar y

resolver dentro del juicio mismo, por lo que la idea que predomina es que el legislador de 1926 al hablar de incidente, se trato de referir a un procedimiento extremadamente sumario, para tratar de evitar el retraso excesivo dado en un juicio ordinario, ya que por su naturaleza es requerido un proceso más rápido.

Mientras que en los artículos 18 de la *Ley de Bancos de Fideicomiso* y en el 114 de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*, ambas de 1926 indican la extinción de fideicomiso y que son: por cumplimiento del objeto para el cual fue constituido; por hacerse imposible su cumplimiento; por no haberse cumplido dentro de los veinte años siguientes a su constitución la condición suspensiva a la que dependía; por haberse cumplido la condición resolutoria en su caso; y por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

Mientras que en los artículos 19 y 115 correspondientes respectivamente a las leyes antes citadas de 1926 indican el destino que se le dará a los bienes del fideicomiso cuando este se extinga, indicando que los bienes fideicomitados como aquellos valores correspondientes al fideicomiso serían aplicados según lo que se haya previsto expresamente en el título constitutivo y en caso de que falte disposición respecto a este asunto, los bienes fideicomitados así como los valores se le devolverán al fideicomitente o a quienes sus derechos representen.

No fue sino hasta el 27 de agosto de 1932 que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* que en muchos aspectos se encuentra vigente hasta hoy, y en su exposición de motivos indica que dicha ley conserva en principio, el fideicomiso expreso a que alude la ley de instituciones de 1926, procurando corregir "los errores o lagunas evidentes", además de que el legislador indica que la implantación de esta institución jurídica "significara de fijo un enriquecimiento de caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía"; únicamente se importa el fideicomiso expreso porque " los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor constituidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograría sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una compilación extraordinaria en la contratación",¹¹

Por lo que la ley que se comenta señala en sus artículos 346 y 347 la naturaleza del fideicomiso, que se fundamenta en la Teoría que prevalecía en ese entonces sostenida por el autor francés Pierre Lepaulle, por lo que podemos decir derivado de los artículos anteriores 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.

¹¹ *Ibid.* pp.49

La normatividad reglamentaria de fideicomiso sufre modificaciones hasta el año de 1941 con la publicación de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares*, misma que en su artículo 2 dice: "Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requiere concesión del Gobierno Federal... Las concesiones son por propia naturaleza intransmisibles y se referirán a uno o más de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito:

- I. Depósito;
- II. Ahorro;
- III. Financieras;
- IV. Hipotecarias;
- V. Capitalización;
- VI. Fiduciarias; y
- VII. Múltiples." ¹²

Es pertinente mencionar que las instituciones de banca y crédito concesionadas sólo podrán tener una de las operaciones mencionadas en los numerales I, III, IV, V y VII, al mismo tiempo que operaciones de crédito y ahorro.

Además de que la ley antes referida en su artículo 44 señalaba las operaciones fiduciarias que podían realizar las instituciones de banca y crédito, y que se incluía las operaciones del fideicomiso, mismas que a continuación se citan:

¹² Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *El Fideicomiso Mexicano*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p.6.

- “ La intervención de la fiduciaria en la emisión de toda clase de títulos de crédito que realizan las instituciones públicas o privadas o sociedades, garantizando la autenticidad de aquellas, la firma y la identidad de los otorgantes, encargándose que las garantías quedarán debidamente constituidas, cuidando que la inversión de los fondos procedentes de la emisión se hiciera en los términos pactados y recibiendo los pagos o las exhibiciones de los suscriptores;
- Para actuar como representantes comunes de los tenedores de títulos;
- Para hacer el servicio de caja o tesorería relativo a los títulos por cuenta de las instituciones o sociedades emisoras;
- Para tomar a su cargo los libros de registro correspondientes y para representar a los socios accionistas acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas;
- Para desempeñar el cargo de comisario o miembro del consejo de vigilancia de sociedades aunque no tengan participación en ellas;
- Para encargarse de llevar contabilidad y libro de actas y registro de toda clase de sociedades y empresas;
- Para ceder su domicilio para pagos, notificaciones, celebración de juntas o asambleas, domiciliación que tendrá efectos legales siempre que se trate de la misma plaza o sea debidamente dada a conocer en cada caso;

- Para desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de las negociaciones, establecimientos, concursos y herencias;
- Para desempeñar los cargos de albacea, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia;
- Para administrar toda clase de bienes inmuebles que no fueran fincas rústicas a menos que en este último caso hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años;
- Para encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes a los hechos por corredores públicos titulados o por peritos;
- Para emitir certificados haciendo constar la participación de los distintos copropietarios de los bienes, títulos o valores que se encontraran en poder de la institución o la participación de acreedores en liquidaciones en las que la institución fiduciaria tuviera el carácter de irrevocable de liquidador o sindico;

- Para emitir los certificados de vivienda a que se refiere el artículo 228 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sobre bienes inmuebles afectados en fideicomiso;
- Para recibir en depósito, administración o garantía, por cuenta de terceros, toda clase de bienes muebles, títulos o valores y en general para llevar a cabo cualquier clase de negocio del fideicomiso, y
- Para desempeñar toda clase de mandatos y comisiones, además de aquellas operaciones necesarias para la intervención o administración de su patrimonio.”¹³

Artículo que relacionándolo con la fracción II inciso “c” del artículo 45 que confirma la naturaleza del fideicomiso, pues trata las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones, con relación a su capital, sostiene la tesis de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, pues en el principio del inciso mencionado indica que cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular de derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin, y el legislador en el artículo antes mencionado señala el funcionamiento jurídico del fideicomiso, al indicar que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización de un fin determinado.

Las instituciones fiduciarias deberían de contar con un capital mínimo que era fijado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público,

¹³ Ibid. pp. 6-8.

y de señalar que debería de existir proporción entre el monto de responsabilidades contraídas y su capital pagado y sus reservas, que iban entre el 30 y 40 por ciento y que de acuerdo con la misma dependencia se podía elevar hasta un 50 por ciento, lo anterior de acuerdo con la función realizada, estaban exentas del requisito antes mencionado la actividades u operaciones fiduciarias siempre y cuando no implicarán transferencias de fondos, bienes o derechos de cualquier clase, o que de manera general impliquen responsabilidades económicas, como la verificación de situaciones jurídicas o de hecho, o de vigilancia de empresas o sociedades en su contabilidad.

El 31 de diciembre de 1982 fue publicada la *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito*, la cual abroga la *Ley Bancaria* de 1941, lo anterior como resultado del Decreto que establece la Nacionalización de la Banca Privada publicada el 1 y 2 de diciembre de 1982.

El legislador modifica la redacción del artículo 44 de la *Ley Bancaria* de 1941, que enunciaba los servicios fiduciarios que podrían proporcionar las instituciones de crédito, y que como consecuencia de lo anterior algunos tenían la impresión que salen de la esfera de la actividad fiduciaria para entrar en el ámbito de las actividades bancarias en general; y al no existir imposibilidad legal alguna para que las instituciones de crédito que tuvieran la autorización oficial para actuar como fiduciarias, puedan continuar brindando a través de los departamentos fiduciarios correspondientes los diferentes servicios

que se enunciaba en la Ley de 1941, a pesar de que alguno de ellos ya no son contemplados como actividad fiduciaria

Pero es publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985 la *Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito* que abrogaba la *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito* de 1982, y en esta nueva ley como en la de 1982 indica que el servicio de banca y crédito se reputa como público y debía de ser proporcionado únicamente por las instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, conservando la clasificación de instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo, además de que su artículo 30 señala las reglas generales de operación de las sociedades nacionales de crédito y específicamente en su fracción XV, da la facultad para practicar operaciones de fideicomiso a las que hace mención la *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito* y llevar a cabo mandatos y comisiones.

CAPÍTULO II

EL FIDEICOMISO MEXICANO, DIVERSAS TEORÍAS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA.

1. EL FIDEICOMISO – MANDATO.
2. EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD.
3. EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE LA QUE ES TITULAR EL FIDUCIARIO.
4. EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TITULAR.
5. EL FIDEICOMISO – INSTITUCIÓN.
6. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO.
7. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.
8. EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.
9. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

1. EL FIDEICOMISO - MANDATO.

Antes de mencionar las teorías de este capítulo es necesario indicar que se incluyen las que a título personal se consideran para integrar el presente trabajo.

Es el jurista panameño Alfaro a quien le corresponde haber pretendido por primera vez una adaptación del *trust* anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana; lo anterior mediante el Fideicomiso, al que consideró una especie de mandato, ya que según su concepción lo que hace el fiduciario es de una manera sistematizada desempeñar el encargo del fideicomitente y si tomamos su definición del contrato de mandato tenemos que es por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra; y es similar a la utilizada en México, y que citamos a continuación: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga"¹⁴; es por lo que concluye que el fideicomiso es en esencia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante; pero como el mismo jurista reconoce, el concepto simple del mandato no es suficiente para ser aplicado al fideicomiso, ya que en su opinión personal por poner un ejemplo simple en el fideicomiso hay una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato; por lo que Alfaro define al fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten

¹⁴ Código Civil Federal, p. 332.

determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los trasmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario; y de la definición anterior se puede decir que la esencia del fideicomiso es que es un mandato irrevocable, aunado a una transmisión de bienes que es necesaria para que exista un acto de confianza; el objeto del fideicomiso lo es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro; mientras que el fin esta representado por el contenido de la obligación del fiduciario, que es la finalidad dispuesta sólo por el fideicomitente; para concluir señalando que el sujeto del fideicomiso, es según Alfaro es el fideicomisario, pues el fideicomiso se constituyó a favor de éste, por lo que se puede calificar al fideicomitente como fuente y al fideicomisario como instrumento, y que el fideicomisario tiene el carácter de *sine qua non* para la formación de fideicomiso, pues no puede existir esta sin no en interés de alguien.

Pero de manera personal considero que no es aplicable que el fideicomiso sea un mandato como tal, es decir si tiene aspectos propios del mandato como se mencionara en el análisis del denominado fideicomiso de garantía, además de que con el otorgamiento del fideicomiso el fideicomitente pierde todo derecho de ejecutar actos o acciones sobre los bienes dados en fideicomiso, pues sólo podrá ejercer dichos actos o acciones el fiduciario para alcanzar el fin perseguido por el fideicomiso; salvo los que se reserve, además con fundamento en nuestro marco legal vigente más que el fideicomisario el fiduciario

tiene el carácter de *sine qua non* para la formación de fideicomiso, y que se considera de manera personal que no hay una transmisión de la propiedad sobre los bienes objeto del fideicomiso, sino más bien una afectación de ellos.

2. EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD.

Lizardi Albarrán basándose en los lineamientos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala la posible escisión del derecho de Propiedad en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario de otro, así pues tenemos que el derecho del fiduciario se da por la ostentación que de propietario tiene ante terceros, la cual se puede definir como el poder de decisión sobre los derechos fideicomitidos, además de que se trata de un derecho temporal cuyo origen es el fin a realizar, además de que carece de todo valor económico, mientras que respecto al derecho real de que es titular el fideicomisario, se identifica como aquel que tiene un contenido económico con validez *erga omnes*, que esta intrínsecamente relacionado con el fin buscado por el fideicomiso, y que según el autor citado al grado de poder confundirse; pues si bien es cierto que el fiduciario es quien en forma directa ejerce el dominio sobre los bienes sujetos del fideicomiso, el fideicomisario puede bajo las condiciones legalmente establecidas perseguirlos e incluso reivindicarlos para restituirlos al fideicomiso; es por lo que se considera que el

fideicomisario adquiere un derecho real de características especiales, es decir distintas a los demás derechos reales.

Por lo que esta teoría señala la existencia de dos derechos reales sobre una misma cosa: en primer lugar el fiduciario sin contenido económico con sus efectos normales que permiten reivindicar de un tercero que posea los bienes del fideicomiso sin justo título; el segundo es el del fideicomisario con un valor económico y con efectos excepcionales que buscan principalmente la protección del fideicomiso respecto a los actos indebidos del fiduciario, con las limitaciones que impone la naturaleza del objeto del fideicomiso, es pertinente señalar que los dos derechos antes señalados tienen relación entre sí y que por su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario, reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición.

De manera personal no considero propia la afirmación de que el derecho de propiedad pueda de alguna forma desdoblarse y que su reversión dependa del tiempo o de una condición, esto basándose de la propia naturaleza del derecho de propiedad existente en nuestro país; pues se trata de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes porque la existencia de uno necesariamente elimina la de cualquier otro, aclarando que otra cosa es la copropiedad..

3. EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE LA QUE ES TITULAR EL FIDUCIARIO.

Autores como Serrano Trasviña y Rodríguez Rodríguez son de la idea de ver al fideicomiso como una transmisión de propiedad, es decir que su naturaleza es la transmisión de derechos del fideicomitente al fiduciario, excepto de Rodríguez Rodríguez mantiene la idea de contemplar también al fideicomiso como un negocio fiduciario y como operación bancaria.

Por lo que Rodríguez y Rodríguez al fundarse en el artículo 387 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que el fideicomiso implica una traslación de dominio y afirma que dicha figura "... crea una nueva estructura en el derecho de propiedad", pues la traslación de dominio existente produce efectos contra terceros que lo hacer parecer como dueño al fiduciario, además de que este no tiene el libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitados, pues como se menciono con anterioridad dichas facultades están limitadas, mismas que mencionamos a continuación:

- Todas las limitaciones se ejercen en función al fin a realizar no al interés del fiduciario.
- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.
- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.

➤ Por lo que para Rodríguez Rodríguez los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado, es decir un patrimonio fin, pero el patrimonio cuenta con titular, es decir, el fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente, es titular jurídico el fiduciario porque es un dueño temporal y revocable, son titulares económicos el fideicomitente y fideicomisario porque para ellos son los beneficios del fideicomiso.

En el mismo tenor se encuentra Serrano Trasviña, ya que indica que el fideicomiso constituye un patrimonio de afectación con destino cierto y determinado y que no carece de titular, además la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fin del fideicomiso, considerando las limitaciones que en el mismo se establezcan, por lo que el fiduciario aparecerá con todas las facultades que le correspondan al propietario, es decir aparecerá como tal, por lo que debe ser y es titular de los derechos fideicomitidos.

Esta teoría como se observa tiene ciertas precisiones que de alguna manera van en contra de la teoría del fideicomiso como patrimonio sin titular, pero la teoría que se trata se fundamenta en el análisis desde varios ángulos, sea como negocio indirecto y fiduciario, como régimen de propiedad y operación bancaria, por lo que creo conveniente en sólo considerar al fideicomiso como una afectación de bienes en cuanto a su naturaleza jurídico patrimonial, además de que

por lo anterior no esta con precisión conceptuado y si genéricamente conceptuado, por los diversos ángulos mencionados en los que se fundamenta dicha teoría y pero considero que si es de considerarse como una operación bancaria en el caso de que la institución fiduciaria sea un banco, basándonos en el artículo 73 del Código de Comercio vigente.

4. EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TITULAR.

Sobre esta teoría podemos decir que toma de referencia las dolencias que fundamentan algunos sobre la teoría del patrimonio *personalidad* y suele definirse tomando en cuenta: "el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma".¹⁵

En opinión de algunos autores, bajo determinadas situaciones especiales ciertos bienes son factibles de contemplar patrimonios que carezcan de titular; así pues es de considerar que por ejemplo para Brinz deben de considerarse dos diversos patrimonios, unos de personas y los otros impersonales, así pues lo segundos admiten con propiedad el calificativo de patrimonios afectos a un fin o patrimonio de destino, por lo que de los primeros el titular es un sujeto, y de los segundos si bien es cierto que no tiene un propietario, es claro que se encuentran destinados a una finalidad, por lo que se puede deducir

¹⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Mexicano II*, 34ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 15.

que los derechos no le pertenecen a alguien sino a algo: el propio patrimonio.

Y que de entre Molina Pasquel, Batiza, Serrano Trasviña, Villagordoa Lozano y Vázquez Arminio, que fundamentan sus ideas en las de Lepaulle, con respecto al *trust* como patrimonio de afectación, respaldado por el criterio de Landerreche Obregón; es el mismo Obregón que señala que partiendo del punto de vista de que todos los bienes pertenecientes a un sujeto son destinados a la realización de ciertas necesidades, por lo que resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición de la de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectados al fin perseguido, siendo bastante conque la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata.

Por lo que se puede deducir que para Obregón el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente, por lo que el mismo autor como consecuencia deduce que constituye una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente que los bienes que lo formulaban en su origen se sustituyan por otra que quedan como los sustituidos afectos al fin del

fideicomiso, además respecto de los bienes del fideicomiso no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran.

Por lo que se puede determinar que una consecuencia muy importante de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, es que este queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, por lo que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de quiebra, sin que por ello su parte afecte al patrimonio del fiduciario, excepto de las responsabilidades en que pueda haber incluido por su negligencia o mala fe.

Postura similar a la anterior es la que tiene Arrechea Álvarez salvo que en ciertos fideicomisos de garantía en los que el fideicomitente se ha reservado el dominio y éste es libre o cuando las condiciones de afectación se lo permiten, él es el propietario de los bienes fideicomitados.

Respecto a la teoría anterior me permito mencionar que el concebir un patrimonio sin titular es algo extraordinario, pues como lo menciona García Maynez todo derecho es *a fortiori*, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación supone necesariamente un obligado, en su opinión hablar de derechos sin titular es contradecirse; la noción de deber se encuentra ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo; por lo que admitir patrimonios sin titular resultaría absurdo, es decir que algo distinto a las personas realizara las finalidades jurídico - económicas.

De ese patrimonio cuya naturaleza reclamará el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden y como pudiera concebirse que algo distinto también a la persona pudiese tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyan.

5. EL FIDEICOMISO – INSTITUCIÓN.

Entre los pilares de esta teoría podemos mencionar a Ledesma Uribe, lo anterior tomando en cuenta que tanto el *trust* norteamericano, así como la *fiducia* de la provincia de Quebec han sido considerados por tratadistas como instituciones, el autor antes mencionado se basa en las ideas de Hauriou que indica que una institución es una idea de obra o de empresa, que se realice o dure jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tiene manifestaciones de comunión por los órganos del poder y reguladas por un procedimiento.

Dentro del género institución hay dos especies: La institución-grupo y la institución-cosa, ambas tienen en común la idea que penetra en la realidad, la duración del medio social y un poder objetivo que mantiene el equilibrio de fuerzas dentro de la institución; pero en la institución-grupo la idea que tiene es el elemento más importante; la institución nace y vive precisamente por la participación de todos sus miembros en esa idea, es decir predomina un elemento emocional que

aproxima a esta institución a la forma social de la comunidad. Mientras que en la institución-cosa es constituida principalmente por las relaciones individuales y de esta forma se aproxima al tipo de la sociedad individualista y es en esta donde Hauriou acoge toda la realidad sociológica que es el sustrato del individualismo jurídico y sus creaciones, pero la institución-grupo tiene supremacía sobre la institución-cosa, pues las relaciones de los individuos aislados y movidos por un interés no pueden concebirse sino dentro de una estructura sociológica más amplia que los cobije.

Asimismo Ledesma Uribe indica que hay contratos que caen dentro de lo institucional y que por el contrario, hay instituciones que adoptan la forma contractual, y que por ejemplo menciona al matrimonio dentro de este último caso.

Es por lo que considera un error el considerar al fideicomiso como un nuevo contrato; por lo que considera que en el fideicomiso concurren las características que Hauriou señala para la institución que ya antes se han mencionado que son: la permanencia, la idea de comunidad institucional y los órganos sujetos a un régimen estatutario, por lo que se puede indicar, que en cuanto a la permanencia el punto de referencia es que el plazo máximo para la duración del fideicomiso que fija nuestra ley y que eterna en algunos casos, hay un vínculo entre las partes por el propósito que los inspiró, pues todo acto contrario a él rompería esa especie de comunidad que relaciona a todos los miembros de una institución, lo que manifiesta

que se adecua a la idea de comunidad institucional, y en cuanto a la tercera idea que es la de los órganos sujetos a un régimen estatutario, se menciona que hay una sujeción al régimen previsto en el acto constitutivo, con lo cual se justifica esta tercera idea.

Por lo que retomando la concepción de Hauriou que indica que la institución en ocasiones toma la forma de un contrato, al referirse a esto insiste en la personalidad jurídica de la institución y es precisamente esa personalidad es la que hace tener dicho carácter, pues según Hauriou el campo de acción de las operaciones de una institución es mucho más amplio de lo que generalmente se cree, pues existen muchas fundaciones (instituciones) disimuladas por otras operaciones a las cuales se hayan mezcladas, así pues de un contrato, de un pacto, de un tratado surja la creación de un cuerpo constitutivo cualquiera, es conveniente admitir que una operación de fundación se ha mezclado a la operación contractual; por lo que en el orden de estas mismas ideas, si la sociedad de comercio por acciones determina el nacimiento de un cuerpo constituido, es porque sus estatutos, a pesar de su apariencia contractual, contiene una fundación, porque el contrato en si mismo no podrá engendrar más que obligaciones entre los asociados, como ocurre en la sociedad civil. En el proyecto de ley que Waldeck - Rousseau que presentan sobre las asociaciones, éstas deberían de ser puras sociedades contractuales sin ningún carácter corporativo, pero este proyecto, al convertirse en la ley del 1º de julio

de 1901, fue transformado, permitiéndose que en el contrato se deslizara una operación de fundación.

Así pues en materia internacional, existen Estados que han sido creados por medio de tratados, a pesar de que estos sean contratos precisamente por la misma razón, es pertinente decir porque según Hauriou se desliza dentro del contrato una operación fundativa por parte de los Estados Fundadores; por ejemplo: los Estados creados por los tratados de Paz de 1919 y 1920, por la voluntad fundadora de tan grandes potencias aliadas, que en opinión personal considero otros puntos de partida de nuestra legislación para clasificar al denominado fideicomiso de garantía, no considerando la mejor a esta teoría.

6. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO.

El negocio indirecto se presenta cuando se presenta la celebración de un negocio que es llevado por las partes pero no para alcanzar los fines típicos previstos por el ordenamiento jurídico como consecuencia normal e inherente a la relación de tal negocio, sino con la idea de que sea el medio para alcanzar otros fines, todo esto partiendo de las manifestaciones que pueden tener autonomía privada, así pues para Messineo el negocio indirecto es en que para conseguir un determinado efecto jurídico, se escoge una vía transversal en lugar de la que sería natural y se produce una discrepancia entre el medio empleado que es el negocio típico(nominado) y el fin practico seguido; mientras que Ascarelli indica que es en el que las partes recurren a un negocio jurídico determinado, pero el último fin practico que se

proponen no es de hecho el que normalmente se actúa a través del negocio por ellos adoptado sino un fin diverso frecuentemente análogo al de otro negocio, con mayor frecuencia carente de una determinada forma típica en determinado ordenamiento; existe pues un negocio indirecto porque las partes recurren a él para lograr a través del mismo, indirectamente, fines que son diversos de los que se podría deducir de la estructura del negocio mismo; mientras que para Trabucchi indica que el negocio indirecto es en el que la nota característica estriba en la divergencia existente entre el fin practico perseguido por las partes y la función típica de la categoría negocial que se quiere hacer valer.

Por lo que *verbi gratia*, la garantía pretendida por el acreedor bien puede satisfacerse mediante hipoteca, prenda o contrato traslativo de dominio, en este último caso, se trate de venta, donación, etc. Al negocio correspondiente le son conferidas por las partes finalidades diversas de aquellas que el ordenamiento correspondiente le señalan como propias, y las funciones desempeñadas por él no es más que el medio para garantizar el crédito existente entre ellas, en el mismo sentido de las ideas citadas, mencionando que no es referente a negocios sino de actos jurídicos *stricto sensu*, y como consecuencia la voluntad se adhiere a las consecuencias legales que previamente fueron establecidas, por lo que puedo citar el cambio de nacionalidad con el objeto de que sirva como medio para colocar en la aptitud legal de poder disolver el vínculo matrimonial mediante el divorcio.

En cuanto a su estructura el negocio indirecto se encuentra integrado por la utilización de una figura negocial nominada que él o los celebrantes de alguna forma actualizan, y por ciertos efectos que ellos quieren de naturaleza diversa a los previstos por el ordenamiento legal correspondiente, para el negocio típico empleado; pero si las partes se proponen ciertas finalidades de mayor o menor alcance que la legislativamente previstas para la figura negocial celebrada en verdad los efectos son los que producen el esquema negocial escogido y no importa que estos puedan coincidir con los fines prácticos ulteriores que los sujetos se han propuesto lograr.

Entre las opiniones que apoyan esta tesis se menciona que los fines propuestos mediante el fideicomiso podrían ser conseguidos por medio de otros negocios, por lo que Rodríguez Rodríguez considera al fideicomiso como negocio indirecto, pues según su opinión, los fines del fideicomiso (como lo es la transmisión de bienes para fines de beneficencia, para el pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc.), podrán lograrse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, etc. fundamentalmente que a todos estos negocios puede dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado); así pues la transmisión que se quiere realmente, pero no por los efectos de ella, sino por los que las partes señalan, lo que podría utilizarse mediante otros negocios jurídicos, además de que Lizardi Albarán opina de

manera muy parecida a la mencionada con anterioridad, a excepto de la diferencia consistente entre el negocio indirecto y el fideicomiso; y es que el negocio indirecto es innominado, mientras que el fideicomiso es típico, pero la estructura de ambos considera que es igual, es aquí donde en opinión personal considero que el denominado fideicomiso de garantía tiene matices de otras figuras como pueden ser el mandato o el depósito, idea que se desglosará más adelante, pero no comparto esta teoría pues siguiendo esta línea me pregunto ¿cuántas figuras tendrían un nombre innecesario por la similitud o alcance que en determinado momento ofrecieran otras figuras para obtener un mismo fin?, es decir el denominado fideicomiso de garantía si tiene una naturaleza que se trata de explicar más adelante, y no creo que pueda ser catalogado como un negocio indirecto al denominado fideicomiso de garantía, esto es un análisis muy relativo pues en tal circunstancia podrían ser puestas varias figuras de nuestro sistema jurídico mexicano, además de que como se ha indicado el fideicomiso y el denominado fideicomiso de garantía son típicos y el negocio indirecto no lo es..

7. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

Comenzare por citar diversas definiciones del negocio fiduciario; por lo que se cita a De Souza Lima quien dice que es aquel en el que se transmite una cosa o derecho a otro, para determinado fin, asumiendo el adquirente la obligación de destinarlos según aquel fin y satisfecho éste, de devolverlos al transmitente, así como a Barrera Graf quien indica que por virtud del negocio fiduciario una persona transmite a

otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero revertirlos a favor del transmitente, mientras que Pugliatti indica que el negocio fiduciario es aquel por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente, sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deban ser destinados, y por último mencionaremos que para Trabucchi cuando en la declaración de voluntad externa opera la transferencia de la titularidad del derecho, cuyo ejercicio tiene limitado por una declaración interna con lo que el causahabiente se obliga a ejercitar el derecho de una manera determinada y no diferente, nos hallamos ante la figura tradicional del negocio fiduciario.

Pero no hay que olvidar que el análisis realizado por los autores antes mencionados considera los medios empleados por los contratantes para alcanzar el fin buscado, por lo que dicho análisis sólo pone de manifiesto la posibilidad de lograr la finalidad perseguida, mediante la figura *ad doc*, prevista legalmente y no obstante ello, el recurso a otra figura, *verbi gratia*, quien en lugar de gravar un bien, hipotecándolo, transmite el dominio al mismo acreedor para garantizar la deuda correspondiente.

Es verdad que el negocio fiduciario se caracteriza por las discrepancias habidas entre el fin perseguido y el medio para

alcanzarlo, pero no hay que olvidar que los conceptos antes mencionados tiene una omisión que es referente a mencionar un aspecto de suma trascendencia en la celebración de cualquier negocio fiduciario, que es la confianza habida del enajenante para con el adquirente, de que este cumplirá con la obligación adquirida.

Por lo que por negocio Fiduciario se puede entender que es aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señalo, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero, puede concordar con los orígenes del denominado fideicomiso de garantía y del fideicomiso en general, pero estas figuras en nuestro país han evolucionado, y no creo que se puedan determinar en la actualidad con sólo esos principios, además de que de manera personal se considera en el denominado fideicomiso de garantía se afectan los bienes no se transmite la propiedad como en la figura que se comenta.

8. EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.

Como ya se indico Rodríguez Rodríguez considera al fideicomiso como patrimonio de afectación, negocio indirecto, también lo considera como operación bancaria, pues indica que el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Rodríguez Rodríguez indica que el fideicomiso, como operación bancaria es un acto de comercio y que relacionándolo con la Ley

General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 1^º16, es acto de comercio como operación de crédito, de tal forma definiendo al fideicomiso en el grupo de los servicios bancarios.

Pero de manera personal considero que el análisis realizado por Rodríguez Rodríguez se dirige al aspecto formal del fideicomiso, sin embargo, consecuencia de la consideración al fideicomiso como operación bancaria, aunado ello a su reglamentación como operación de crédito que lleva a cabo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es según Rodríguez Rodríguez lo indica, ver hasta qué grado en realidad el fideicomiso es una operación de crédito; por lo que Cabanella indica que la operación de crédito es aquella en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la confianza que inspira o en la solvencia de que goza, y considera a la operación bancaria como cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene ya sea como parte principal o accesoria; y que Rodríguez Rodríguez señala que las operaciones bancarias tiene como denominador común que consisten en una serie de operaciones de crédito, que las caracteriza como las que implica una transmisión actual de propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después

¹⁶ Artículo 1. Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval, o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignent, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la Ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.

por el deudor, y define a la operación bancaria como toda aquella operación de crédito practicada por un banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares.

Por lo coherente y lógico, se puede calificar al fideicomiso como una acto de comercio que puede ser encuadrado como operación bancaria en la que la obligación de la fiduciaria deberá cumplirse con posterioridad a la celebración de un acto jurídico que es el denominado fideicomiso de garantía y además, por tener lugar dicha celebración preponderantemente con base en la confianza que la institución inspira debido a su confiabilidad para el manejo, que es una operación de crédito, lo anterior con fundamento en el artículo 75 Fracción XIV del Código de Comercio, como se profundizará más adelante.

9. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

Comenzare por indicar que las normas previstas por el derecho tienen lugar cuando se realiza el supuesto jurídico de la norma, realización que sucede por medio de un hecho, y que debido a los efectos producidos por él merece el calificativo de jurídico, por lo que se puede indicar que la norma jurídica desde un punto de vista abstracto contiene una hipótesis que al realizarse trae determinadas consecuencias que se actualizan hasta la realización antes mencionada por un hecho jurídico, por lo que en un principio podemos considerar al hecho jurídico como la realización del supuesto jurídico.

Para determinar cuales son hechos jurídicos y cuales no podemos iniciar mencionando que tanto el hecho como la norma jurídica que

confiere efectos son indispensables para que éstos deban producirse; y el hecho por si mismo no deja de ser un acontecimiento sin valor jurídico, es decir, necesita la norma jurídica para que tenga tal valor; además de que se debe considerar la posibilidad del acaecer de dos hechos, objetivamente idénticos y analizarlos en su individualidad y en relación con ellos por determinadas circunstancias sólo uno produzca consecuencias jurídicas, esto como consecuencia del singular reconocimiento llevado a cabo por la norma jurídica.

Una vez mencionado lo anterior se puede definir al hecho jurídico tomando en consideración la definición hecha por Bonnecase, quien considera al hecho jurídico en general como un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tal como el nacimiento o la filiación o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de derecho, genera situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento no haya tenido, ni podido tener el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho, mientras que para De Piña debe de entenderse como hechos jurídicos los acontecimientos de la vida que son susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación de derecho, mientras que para Rojina Villegas hace referencia al concepto derivado de la doctrina Francesa que en una concepción amplia considera al hecho jurídico *lato sensu* como: "todos aquellos acontecimientos, naturales o del hombre que originan consecuencias de

derecho"¹⁷; es bueno mencionar que los tratadistas antes mencionados hacen referencia en sus respectivos conceptos a diferentes clases de acontecimientos, es decir, de los conceptos mencionados se desprende que la causa de un hecho puede encontrarse en la naturaleza, en un animal o en un ser humano, con o sin intervención de la voluntad en su realización, y si interviene, que esto sea en diversos grados, ya sea creando consecuencias jurídicas, o simplemente aceptándolas, por encontrarse éstas previamente establecidas en determinado ordenamiento legal.

Una vez dicho lo anterior podemos hacer mención a la clasificación tradicional de los hechos jurídicos del siglo XIX que consideró en forma única la existencia de dos especies correspondientes al género hecho jurídico que son: 1. Hecho jurídico en *stricto sensu*, y 2. Acto jurídico, por lo que de acuerdo con las ideas expresadas con anterioridad, respecto al hecho jurídico en sentido amplio, las consecuencias de derecho pueden generarse por un acontecimiento puramente material, es decir, con total exclusión de la actividad humana, o por el contrario, por un suceso para cuya realización se requiera la intervención del hombre, pudiendo éste desempeñar variados papeles en su verificativo, es decir participando de manera pasiva, esto es siendo objeto de hecho y no sujeto, que con el elemento humano se cristalice la manifestación de la voluntad, tanto realizadora del acontecimiento como de las consecuencias jurídicas y ser su

¹⁷ Rojina Villegas, Rafael, op. cit., p.116
- 60 -

representación voluntaria factor fundamental para que tenga lugar el hecho más no la causa del nacimiento de las consecuencias jurídicas.

Se debe de considerar dos clases de hechos jurídicos de una forma estricta, hechos de naturaleza y hechos voluntarios, por lo que se puede señalar al hecho jurídico material o también conocido de naturaleza diciendo que es el suceso realizado sin intervención de la voluntad humana, que es creador transmisor, modificador o extintor de obligaciones y derechos, y como ejemplo se puede mencionar un terremoto; mientras que a los hechos jurídicos voluntarios podemos decir que son los acontecimientos que producen consecuencias de Derecho y en cuya realización intervienen en mayor o menor grado de voluntad, más no para la producción de tales consecuencias jurídicas que provocan; estos siguiendo a la concepción tratadista francesa, admiten dividirse en lícitos e ilícitos, así pues tenemos que los lícitos son cuasi - contratos y los ilícitos son delitos y cuasi - delitos.

Por lo que podemos mencionar que Pothier denomina al cuasi - contrato el hecho de una persona permitido por la ley, que la obliga hacia otra, sin que en ambas exista un convenio; mientras que a los delitos y cuasi - delitos son diferentes de los cuasi - contratos en que el hecho de donde resulta el cuasi - contrato esta permitido por la ley en cambio el que constituye el delito o el cuasi - delito es un hecho condenable pero los delitos y cuasi - delitos, también tienen como común denominador a la presencia de la voluntad cuando se realizan,

pero esta tampoco interviene en la creación de las consecuencias producidas.

Por lo que una vez mencionado el hecho jurídico en sentido restringido, como especie de su género hecho jurídico y respecto del cual, puede haber total exclusión de una voluntad humana, o si esta llega a intervenir, sólo será en la realización del acontecimiento pero no en la creación de consecuencias jurídicas, es pertinente comentar respecto del acto jurídico, como especie del genero mencionado, en el mismo sentido de la doctrina francesa hacen referencia en hacer distinción entre hecho en *stricto sensu* y acto jurídico, y para definirlo podemos citar a Bonnacase quien nos dice que el acto jurídico es: "una manifestación de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un efecto jurídico limitado, que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho."¹⁸ Mientras que para Ripert y Boulanger el acto jurídico lo define de la siguiente forma se llama con ese nombre (actos jurídicos) los actos que se llevan a cabo para realizar uno o varios efectos de derecho, mientras que para Borga Soriano define al acto jurídico como: " una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, op. cit., p.164.

por su actor, porque el derecho sanciona esa voluntad¹⁹ y por último cito a Rojina Villegas quien dice que: "acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico",²⁰ se indica lo anterior pues es lo que predomina en nuestro sistema jurídico a diferencia del negocio jurídico.

Pero las definiciones modernas se producen en Alemania, siendo adoptadas en el Código Civil a partir del primero de enero de mil novecientos, siendo de manera general la teoría francesa como alemana se fundamentan prácticamente en los mismos razonamientos, pero la teoría alemana contempla una categorías específica de actos jurídicos, con independencia de los distintos tipos que puedan clasificarse de éstos, esto es no especie en cuanto a que sean actos jurídicos unilaterales y bilaterales, consensuales, formales y solemnes, sino que difiere de sí el acto jurídico estrictamente hablando, debido a función que la voluntad desempeña en su realización y en la creación de los efectos de derecho deseados por el autor; es decir se trata del *negocio jurídico*.

Por lo que los hechos jurídicos en *stricto sensu* y estos pueden ser: 1. Los producidos por la naturaleza con total abstracción de toda intervención, activa o pasiva, del hombre, como por ejemplo el caso de un terremoto..., 2. Producidos por la naturaleza, pero referidos

¹⁹ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 84.

²⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p.115.

pasivamente a la persona humana, por lo cual podríamos llamarlos humanos involuntarios, como la muerte natural o el nacimiento; y C) Producidos voluntariamente ~~activamente~~ por el hombre, como el homicidio intencional, en el que si es verdad que el acontecimiento en el hecho de matar a un ser humano es realizado con plena voluntad por el autor del homicidio, sin embargo en razón de que las consecuencias que dicho acto produce en el campo del Derecho no son deseados por aquél, y que, aun en el supuesto de que las deseara, teniendo dicho acontecimiento - el hecho de matar a una persona- el carácter ilícito, el mismo queda en la categoría de hecho jurídico y jamás puede traspasar los límites de éste para convertirse, dentro de la postura de nuestro Derecho patrio, en acto...²¹

Por lo que el hecho en *stricto sensu* así como el acto jurídico, son especies del hecho jurídico *lato sensu*, el acto cuenta con dos especies que son el acto jurídico en su acepción limitada y el negocio jurídico.

Por lo que podemos entender al acto jurídico *stricto sensu* en oposición al negocio jurídico, y definiéndolo como toda manifestación de la voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el marco legal ya le ha designado consecuencias de *jure* que por su verificación se actualizará; es decir la conducta del sujeto se limita a someterse consecuentemente a una serie de consecuencias jurídicas ya establecidas en los dispositivos y con la verificación del acto, nacen *ipso jure*, esas consecuencias, siendo irrelevante para la ley que la voluntad

²¹ Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil, Parte General*, Parte General, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, pp. 245 y 246.

de quien lo otorga coincida con ellas, las haya querido total, parcialmente o inclusive se encuentre en total inconformidad con las mismas.

Respecto del negocio jurídico y la autonomía de la voluntad privada podemos indicar que de conformidad con un orden jurídico determinado, en el campo en que pueda desplazarse la autonomía de la voluntad privada pueda considerarse estrecho, o bien que abarque vastas extensiones, esto en base a si se trata de un régimen individualista la autonomía de la voluntad tendrá su máxima expresión, pero si se trata de un régimen político - jurídico en el que el individuo ya no es considerado como tal, sino como miembro de un grupo social, su facultad liberal se encuentra subordinada al interés de grupo, además de que el individuo para vivir y desarrollarse en la sociedad a necesitado y seguirá necesitando un margen de libertad que el Estado debe reconocerle, esto para permitirle crear una serie de figuras motivadoras de relaciones jurídicas las cuales regula su conducta de él hacia los demás y viceversa.

Las relaciones antes mencionadas son de carácter jurídico que las partes que lo forma le otorgan y que el objeto de dichas relaciones es cambiar, enajenar o adquirir bienes que satisfagan sus necesidades, ofrecer o solicitar servicios de otras personas, o agruparse para obtener mejores beneficios de los que se pudiera conseguir de manera individual por medio de una actividad honesta.

Por lo que la libertad para autorregularse que el Estado le confiere mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada,²² es la que da origen cuando se ejercita a la creación o aceptación de negocios jurídicos, es decir aquellos acontecimientos en los que ejerciendo la libertad antes mencionada cuando exteriorizan su intención sus creadores, no solo desean el acontecimiento sino que también desean el nacimiento de las consecuencias jurídicas; por lo que se puede decir que el negocio jurídico puede ser considerado como un acontecimiento cuya naturaleza es que el particular dicte y se dé normas así como con las personas que lo pacte.

Una vez visto lo anterior a continuación se mencionaran algunas definiciones de negocio jurídico; por ejemplo Enneccerus considera tres grupos capitales de actos jurídicos: declaraciones de voluntad, en los que considera que son actos negociables, es decir negocios jurídicos, pues la realización de los mismos implica exteriorizaciones de la voluntad del particular dirigida a un efecto jurídico; mientras que los actos de derecho, el efecto jurídico no se determina por el contenido de la voluntad, sino directamente y con carácter forzoso por la ley, pero dentro de estos últimos el mismo autor reconoce una categoría de actos de derecho semejantes a los del negocio jurídico, pues si bien es cierto que el efecto jurídico se produce *ex lege*, mientras que el último y no *ex voluntate*, su autores lo realizan con la conciencia de los de los

²² Puede entenderse de manera general por autonomía de la voluntad privada el poder de autodeterminación de la persona, es decir el poder reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea como sujeto de derecho o para crear reglas para sí y en cuanto a los demás.

efectos jurídicos a producirse e inclusive, habría ocasiones en que la voluntad tendiera a realizarlos; por lo que a este tipo el autor recomienda que sean tratados en cuanto a sus reglas generales de una manera similar a los negocios jurídicos, dicho de otra forma se le deberán de aplicar en su trato a manera de común denominador, todo lo relativo a la capacidad del autor para celebrar negocios jurídicos al error, al dolo, a la invalidez, etc.; por último considera a los actos contrarios a derecho.

Mientras que De Gasperi define al negocio jurídico como una declaración de voluntad, o complejo de declaraciones de voluntad encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y garantiza.

Y para Pugliatti habla de los actos en cuanto a la intervención de la voluntad y hace mención a tres clases que son: libres, vinculados y semivinculados, clasificando a los negocios jurídicos dentro de los primeros antes mencionados, lo anterior bajo el razonamiento de que éstos expresan plenamente la autonomía del sujeto jurídico.

A continuación haré referencia al acto en sentido estricto y al negocio jurídico que en la teoría alemana tienen características en común, como por ejemplo en que en los dos interviene la voluntad en su realización, pero es bueno mencionar que la diferencia entre estos es: que los actos en sentido estricto los efectos no son obra de la voluntad de quien lo realizó; mientras que en los negocios jurídicos son

considerados como manifestaciones de la voluntad con el objeto de crear determinadas consecuencias de índole jurídico.

Por la influencia de la doctrina francesa en la mexicana, la mayoría de los nacionales omiten el negocio jurídico, así pues Gutiérrez y González quien sólo estudia de hecho y acto jurídico, y quienes si lo mencionan son Ortiz Urquidi y Villoro Toranzo, y que considero que es importante mencionar lo citado por Ortiz Urquidi que indica que la licitud es un elemento básico, *sine qua non*, de negocio jurídico, o sea acto para los franceses, pues si las partes o el autor realizan un hecho ilícito, por más que lo hagan voluntariamente y estén de acuerdo en tal producción de efectos, ese hecho nunca tendrá el carácter de negocio por las circunstancias antes mencionadas.

Mientras que para Villoro Toranzo mencionaba que en sentido amplio la doctrina de derecho distingue tres especies de actos jurídicos en sentido amplio, que son los delitos, los actos jurídicos en sentido propio y los negocios jurídicos; los primeros o sea los delitos son verdaderos actos jurídicos, la distinción entre los dos siguientes se fundamenta en la doctrina alemana, la que diferencia los actos propiamente dichos de los negocios jurídicos ya que nacen de la intención libre y consciente del hombre, ambos producen consecuencias de derecho que se responsabilizan a sus creadores, pero sólo en los negocios jurídicos se encuentra la voluntad deliberada de crear consecuencias jurídicas que obligue a sus creadores, por lo que se

puede determinar que existe una especie de actos jurídicos que son la de los negocios jurídicos.

Pero en nuestro sistema jurídico que se inclina en opinión personal por la teoría del acto jurídico, no veo la necesidad de incorporar el negocio jurídico, cuya diferencia es la denominada autonomía de la voluntad privada, que puede ser calificado como algo subjetivo, sino determinar de una manera clara y siendo coherente con nuestro derecho, utilizar y determinar al denominado fideicomiso de garantía como un acto jurídico, con las características que más adelante se señalarán.

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO VIGENTE RESPECTO AL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1. EL FIDEICOMISO EN GENERAL.
2. EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.
3. LOS BIENES Y DERECHOS QUE SE PUEDEN
AFECTAR EN EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE
GARANTÍA.
4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.
5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.
6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.
7. DE LA EXTINCIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO
DE GARANTÍA.
8. DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN
EXTRAJUDICIAL.
9. DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL.

1. EL FIDEICOMISO EN GENERAL.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Capítulo Quinto Sección Primera de sus artículos 381 al 394. hace referencia al fideicomiso en general, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 381 de dicha ley tenemos que: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria".

Esto es por medio de esta figura una persona transmite la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos de su propiedad a una institución fiduciaria para fines determinados y que en opinión personal esta además indicar que deberán de ser lícitos, y esta de más decirlo por principio de derecho este debe de serlo, y que cuyo beneficiario ha de ser llamado como fideicomisario.

Hay que tener en cuenta que en dicha figura han de intervenir el fideicomitente, la institución fiduciaria y el fideicomisario.

Por lo que respecta al fideicomitente tenemos que con fundamento en el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tenemos que sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad legal para transmitir la propiedad o la titularidad de bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.

Mientras que respecto a las instituciones fiduciarias y con apoyo en el artículo 385 podemos decir que solamente pueden ser instituciones fiduciarias las que expresamente estén autorizadas para ello por la ley, en el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que de una forma conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones que han de seguir; y en cuanto al supuesto de renuncia o remoción de la institución fiduciaria por la que concluya el desempeño de su cargo la institución fiduciaria, deberá de designarse otra institución fiduciaria que la sustituya, y en el caso de que no fuere posible lo anterior el fideicomiso se dará por extinguido.

Dicha institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, excepto la normas o limitaciones que se establezcan para tal efecto, al constituirse el mismo o en actos que lo modifiquen con posterioridad con consentimiento de las partes y que no contravengan la ley, por lo que estará obligada a cumplir dicho fideicomiso de acuerdo a lo establecido, no podrá excusarse o renunciar su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá de obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, lo anterior con principio en el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En cuanto al fideicomisario, pueden serlo las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, este puede ser designado por el fideicomitente al momento de constituirse el fideicomiso o en un acto posterior, es pertinente mencionar que el fideicomiso será valido aunque se constituya sin determinar fideicomisario, siempre que su fin sea determinado y por principio de derecho sea lícito, y conste la aceptación de la institución fiduciaria para desempeñar dicho cargo.

Por regla general es nulo el fideicomiso que se constituye a favor de la institución fiduciaria, salvo en los fideicomisos que tengan como fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. y siendo el caso las partes deberán de convenir los términos y las condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.

Es pertinente mencionar que el fideicomitente podrá designar varios fideicomisarios para que reciban simultanea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, excepto lo dispuesto por el artículo 394 fracción II,²³ cuando sean dos o más fideicomisarios y deba consultarse su voluntad en cuanto no este previsto en el fideicomiso, las decisiones se tomarán por la mayoría de votos computados por representaciones

²³ Artículo 394.-...

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

y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar de domicilio del fiduciario; lo anterior con apoyo en los artículos 382 y 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Es de considerarse que la constitución del fideicomiso deberá de constar siempre por escrito, lo anterior con fundamento en el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo el fideicomisario tendrá además de los derechos que son concedidos al momento de la constitución de éste, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

En el caso de que no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos antes mencionados corresponderán al que ejerce la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según corresponda, lo anterior fundándose en el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Respecto al objeto del fideicomiso pueden serlo toda clase de bienes y derechos, excepto aquellos que por disposición de la ley sean estrictamente personales de su titular, por lo que los bienes que conformen al fideicomiso se consideran afectos al fin que persigue el

fideicomiso, y por consiguiente sólo podrán ejercitarse sobre ellos los derechos y acciones que se refieran a tal fin, excepto los que se reserve el fideicomitente, los que para él devienen del fideicomiso o los adquiridos legalmente sobre tales bienes con anterioridad a la constitución de fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros; por lo que la institución fiduciaria deberá de registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos de forma separada de sus activos de libre disponibilidad, puede ser atacado por nulidad por los interesados el fideicomiso constituido en fraude de terceros, lo anterior con apoyo en el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Cuando el fideicomiso sea constituido sobre bienes inmuebles, deberá de inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados, el fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en este supuesto desde la fecha de inscripción, lo anterior con fundamento el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Mientras que cuando el fideicomiso recaiga sobre bienes muebles, surtirá sus efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

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

- Si se tratase de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y haga constar en los registros del emisor en su caso.
- Si se tratase de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Lo anterior con apoyo en el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En cuanto a los fideicomisos que están prohibidos por la ley de acuerdo con el artículo 394, son los siguientes:

I.Los fideicomisos secretos;

II.Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo en el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, y

III.Aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

La motivación para establecer estos fideicomisos prohibidos, se puede entender de una forma clara.

2. EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Con fundamento en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito después del Decreto del 13 de junio de 2003 no es posible definir al denominado fideicomiso de garantía de una manera clara, pues la única referencia que se tiene es la definición de manera genérica del fideicomiso, que si bien sirve como fundamento, es pertinente mencionar que no puede ser aplicada de una manera precisa al denominado fideicomiso de garantía, pues existe un sin fin de tipos de fideicomiso en los que su única y fundamental distinción radica en la finalidad que persiguen, por lo que como se expondrán en el capítulo es necesario incorporar una definición del denominado fideicomiso de garantía a dicha ley.

En dicha ley se hace distinción del fideicomiso de garantía hasta su Título Segundo Capítulo V, Sección Segunda en su artículo 395 que dice:

“Artículo 395. Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Casas de bolsa;
- V. Sociedades financieras de objeto limitado, y

VI. Almacenes generales de depósito.

En estos fideicomisos, las instituciones fiduciarias se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.”

Artículo que nos hace referencia que: “Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía las instituciones a que se refieren las fracciones II a V del artículo 399²⁴ de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán contar con el capital mínimo adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.

Las sociedades financieras de objeto limitado que cumplan con los requisitos señalados en el párrafo anterior, sólo podrán aceptar el desempeño de fideicomisos cuyos bienes afectos, deriven de las operaciones inherentes a su objeto social.

Las sociedades a que se refieren las fracciones II a V del artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán administrar las operaciones de fideicomiso en los términos que para las instituciones de crédito señalan los artículos 79 y 80 de esta Ley.”²⁵

²⁴ Nota: Es conveniente mencionar que el artículo correcto es el 395.

²⁵ Artículo 79.- En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les

Además de los artículos mencionados hay que considerar los artículos 46, 81, 82, 83, 84 y 85 de Ley de Instituciones de Crédito²⁶.

confien, así como los incrementos o disminuciones, por los productos e gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

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

Artículo 80.- En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

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

²⁶ Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

...

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

...

Artículo 81.- Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración, se realizarán en términos de las disposiciones de esta Ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de conformidad con las reglas generales que, en su caso, emita el Banco de México oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del mercado de valores.

Las instituciones de crédito, con sujeción a las disposiciones de carácter general que expida el Banco de México, podrán realizar operaciones de reporto y préstamo de valores por cuenta de terceros, sin la intermediación de casas de bolsa.

Artículo 82.- El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso.

Sin embargo, cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia de fideicomiso.

Artículo 83.- A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos

Y tendrán prohibido con fundamento en el artículo 106 fracción II dar en garantía, incluyendo prenda, caución bursátil o fideicomiso de garantía, efectivo, derechos de crédito a su favor o los títulos o valores de su cartera, salvo que se trate de operaciones con el Banco de México, con las instituciones de banca de desarrollo, con el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario o los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico.

Y en relación con el artículo 46 y con fundamento en el mismo artículo fracción XIX indica que: En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley:

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la

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

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

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 85.- Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;

b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará en forma notoria lo dispuesto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes o derechos para su afectación fiduciaria;

c) Actuar como fiduciarias, mandatarias o comisionistas en fideicomisos, mandatos o comisiones, respectivamente, a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente, excepto tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y de

fideicomisos a través de los cuales se emitan valores que se inscriban en el Registro Nacional de Valores de conformidad con lo previsto en la Ley del Mercado de Valores;

d) Desempeñar los fideicomisos, mandatos o comisiones a que se refiere el segundo párrafo del artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión;

e) Actuar en fideicomisos, mandatos o comisiones a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras;

f) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, asimismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general, y

g) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos a la producción o fideicomisos de garantía.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los incisos anteriores, será nulo.

Respecto a las casas de bolsa y especialistas bursátiles tenemos conforme a la Ley de Mercado de Valores no cambia mucho en su esencia.²⁷

²⁷ Que con fundamento en su artículo 22 fracción IV, inciso d podrá:
"IV.- Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México:

...
d) Actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá, mediante reglas de carácter general, establecer otro tipo de fideicomisos en los que podrán actuar como fiduciarias.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, oyendo la opinión del Banco de México, podrá ordenar a las casas de bolsa la suspensión de las operaciones que infrinjan las disposiciones a que se refiere esta fracción."

El artículo 99.-"Para la constitución de la garantía sobre los valores a que se refiere el artículo 3 de esta Ley y que se encuentren depositados en una institución para el depósito de valores, podrá otorgarse mediante contrato de caución bursátil que debe constar por escrito.

Para la constitución de la caución bursátil como garantía real, bastará la celebración de un contrato de caución bursátil, así como solicitar a una institución para el depósito de los valores, la apertura o incremento de una o más cuentas en las que deberán depositarse en garantía, sin que sea necesario realizar el endoso y entrega material de los valores objeto de la caución, ni la anotación en los registros del emisor de dichos valores. Las partes podrán garantizar una o más operaciones al amparo de un mismo contrato, siempre que éstas sean del mismo tipo.

Las partes podrán pactar que la propiedad de los valores otorgados en caución se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado en su caso, a restituir al deudor otros tantos de la misma especie, siendo aplicables en este caso las prevenciones establecidas en relación con el reportador y el reportado, respectivamente, en los artículos 261 y 263, primera parte, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En este caso no serán aplicables las previsiones relativas a la apertura de cuentas establecidas en el párrafo anterior. En este supuesto la garantía se perfeccionará mediante la entrega jurídica de los títulos al acreedor, a través de los procedimientos que para la transferencia de valores le son aplicables a las instituciones para el depósito de valores.

Se podrá convenir en los contratos de caución bursátil la venta extrajudicial de los valores dados en garantía siempre que, cuando menos, se observe el siguiente procedimiento de ejecución:

I.- Que las partes designen de común acuerdo al ejecutor de la caución bursátil y, de pactarlo así, al administrador de dicha garantía, nombramientos que podrán recaer en una casa de bolsa o institución de crédito, distinta de la que intervenga en la operación que no forme parte del mismo grupo financiero al que pertenezca la casa de bolsa o institución de crédito que intervenga en la operación respectiva. El nombramiento del ejecutor podrá conferirse al administrador de la garantía.

En el contrato deberá preverse el procedimiento para la sustitución del ejecutor, para los casos en que surgiera alguna imposibilidad en su actuación o si surgiera algún conflicto de intereses entre el ejecutor y el acreedor o el deudor de la obligación garantizada;

II. Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la caución bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa el importe de la caución, o no recibe el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación, éste, por sí o a través del administrador de la garantía solicitará al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía;

III. De la petición señalada en la fracción anterior, el acreedor o, en su caso, el administrador de la garantía dará vista al otorgante de la caución, el que podrá oponerse a la venta únicamente exhibiendo el importe del adeudo o el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación o el comprobante de su entrega al acreedor o acreditando la constitución de la garantía faltante, y

IV. Si el otorgante de la garantía no exhibe el importe del adeudo o el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación o el comprobante de su entrega al acreedor o acredita la constitución de la garantía faltante, el ejecutor ordenará la venta de los valores materia de la caución y a los precios del mercado, hasta el monto necesario para cubrir el principal y accesorios pactados, los que entregará al acreedor. La venta se realizará en la bolsa de valores si éstos se cotizan en ella, o en el mercado extrabursátil en que participen los intermediarios del mercado de valores autorizados, dependiendo del lugar en el que se negocien.

En los contratos de caución bursátil podrá pactarse la facultad del otorgante de la caución, antes de que se hagan las notificaciones previstas en la fracción III de este artículo, para sustituir a satisfacción del acreedor los valores dados en garantía.

Quando el administrador de la garantía no sea acreedor de la obligación garantizada, el mismo podrá fungir como ejecutor, suscribir el contrato de caución bursátil y afectar los valores correspondientes por cuenta de sus clientes, en ejercicio del mandato que para tal efecto los mismos le otorguen, siempre que no se haya pactado con tales clientes el manejo discrecional de su cuenta.

En los estados de cuenta que deben enviar las casas de bolsa a sus clientes, se destacarán los elementos correspondientes a las cauciones bursátiles constituidas por éstos, con los datos necesarios para la identificación de los valores caucionados. El estado de cuenta servirá de resguarda de los valores, hasta la terminación del contrato de caución bursátil."

Y con fundamento en el artículo 103 respecto a los fideicomisos antes mencionados se registrarán en lo conducente por lo dispuesto en el Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debiéndose observar en todo caso lo siguiente:

I. Podrán afectarse en estos fideicomisos, cualquier clase de bienes, derechos, efectivo o valores, referidos a operaciones que estén autorizadas a celebrar las casas de bolsa en términos de esta Ley y demás disposiciones aplicables; también podrán afectarse en estos fideicomisos efectivo, bienes, derechos o valores diferentes a los señalados en el párrafo anterior, exclusivamente en los casos en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores lo determine mediante disposiciones generales;

II.- Las casas de bolsa desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

Los citados delegados fiduciarios deberán satisfacer los requisitos de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio. Cuando dichos delegados fiduciarios dejen de cumplir con los mencionados requisitos o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a la presente Ley y a las disposiciones de carácter general que de ella deriven, estarán sujetos a la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 42 de esta Ley, considerándose que carecen de honorabilidad si se ubican en alguno de los supuestos previstos en la fracción V del artículo 17 Bis 4 de esta Ley;

III.- Las casas de bolsa responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones y términos señalados en el fideicomiso o en la ley.

IV.- En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas se podrá prever la formación de un Comité Técnico, establecer las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la fiduciaria, en los términos del fideicomiso, obre ajustándose a los dictámenes y acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad.

V.- El personal que las casas de bolsa utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de las mismas, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualquier derecho que asista a dicho personal conforme a la ley, lo ejercitarán contra la casa de bolsa, la que, en su caso y para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesario, el patrimonio fiduciario.

VI. Se deroga.

VII.- Cuando la casa de bolsa, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles, o cuando sea declarada por

sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

VIII. Cuando se trate de fideicomisos que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

IX.- En los contratos de fideicomiso y en la ejecución de los mismos, a los que se refiere el presente artículo, a las casas de bolsa les estará prohibido:

a) Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos en los que la fiduciaria tenga la facultad discrecional en el manejo de dichos activos, para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o dependientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas casas de bolsa; así como aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general;

b).- Celebrar operaciones por cuenta propia, salvo las autorizadas por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses.

c) Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquirieran, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, los bienes, derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo, bienes, y demás derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido el efectivo, bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

d) Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente, excepto tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y

Respecto a las instituciones de seguros con fundamento en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, es prácticamente lo mismo.²⁸

Crédito Público y de aquéllos a través de los cuales se emitan valores que se inscriban en el Registro Nacional de Valores de conformidad con esta Ley, incluyendo la emisión de certificados de participación ordinaria, como excepción a lo dispuesto por el artículo 228-B de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como los certificados bursátiles;

e) Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras;

f) Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión;

g) Celebrar fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de determinados bienes o servicios, de los previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor, y h) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo que se trate de fideicomisos de garantía.

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en los incisos anteriores será nulo, y

X. En las operaciones de fideicomiso, las casas de bolsa abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el efectivo, bienes, derechos o valores que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de las casas de bolsa, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso, el efectivo, bienes, derechos o valores estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, o las que contra éste corresponda a terceros de acuerdo con la ley."

En su artículo 34 fracción IV, tenemos que las instituciones de seguros "sólo podrá actuar como institución fiduciaria en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias. Al efecto, se considera que están vinculados a las actividades propias de las instituciones de seguros los fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 83 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito y

bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Tratándose de instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida también se considerarán vinculados con las actividades que les son propias, los fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y de primas de antigüedad.

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de seguros fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, podrá determinar mediante reglas de carácter general otros tipos de fideicomisos en los que podrán actuar como fiduciarias las instituciones de seguros."

Y con fundamento en el artículo 35 Fracciones XVI Bis y XVII la actividad de las instituciones de seguros estará sujeta a lo siguiente:

"XVI bis.-Las operaciones de fideicomiso a que se refiere la fracción IV del artículo 34 de esta Ley, se sujetarán a lo dispuesto en esta Ley y a las siguientes bases:

a) En el desempeño de los fideicomisos, las instituciones de seguros deberán apegarse a las sanas prácticas fiduciarias. El Banco de México podrá, en caso de considerarlo necesario, emitir mediante reglas de carácter general, las características a que deberán sujetarse tales operaciones.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y oyendo la opinión del Banco de México, podrá ordenar a las instituciones de seguros la suspensión de las operaciones que infrinjan las reglas que en su caso emita el Banco de México;

b) Las instituciones de seguros podrán recibir en fideicomiso, además de dinero en efectivo derivado de las operaciones a que se refiere la fracción IV del artículo 34 de esta Ley, cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según el requerimiento del fideicomitente, o adquirir este tipo de activos con los recursos fideicomitados, siempre que tales operaciones se realicen exclusivamente en cumplimiento del objeto del fideicomiso;

b) Bis. En los fideicomisos que impliquen operaciones con el público de asesoría, promoción, compra y venta de valores, la institución fiduciaria deberá utilizar los servicios de personas físicas autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en los términos y con las limitaciones previstos en el artículo 17 Bis 7 de la Ley del Mercado de Valores.

Igualmente, en los fideicomisos a que se refiere este inciso las instituciones de seguros deberán contar con un sistema automatizado para la recepción, registro, ejecución y asignación de operaciones con valores, ajustándose a las disposiciones de carácter general que al efecto expida la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, previa opinión favorable de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores;

b) Bis 1. El personal que las instituciones de seguros utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del

personal de las mismas sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualquier derecho que asista a dicho personal conforme a la Ley, lo ejercitarán contra las instituciones de seguros, las que, en su caso y para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectarán en la medida que sea necesario, el patrimonio fiduciario;

c).-Deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero que les confíen y los demás bienes, valores o derechos con los que se incrementen los recursos originalmente afectos al fideicomiso, así como los incrementos o disminuciones correspondientes, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de seguros con las contabilidades especiales.

En ningún caso los recursos, bienes o derechos señalados estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra ellos correspondan a terceros, de acuerdo con la Ley;

d).-Las instituciones deberán desempeñar su cometido y ejercitarán sus facultades por medio de delegados fiduciarios. Las instituciones responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

Los citados delegados fiduciarios deberán de satisfacer los requisitos de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, y no deberán ubicarse en alguno de los supuestos previstos en la fracción VII Bis, numeral 3, inciso d) del artículo 29 de esta Ley.

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

e).-Cuando la institución de seguros al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los recursos dados en fideicomiso, o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

f).-Los recursos recibidos por las instituciones de seguros con cargo a contratos de fideicomiso no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que dichas instituciones deben constituir de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley, ni podrán considerarse para efecto alguno como parte de los cómputos relativos al capital mínimo de garantía previsto en el artículo 60 de esta Ley; y

g).-La Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinará mediante reglas de carácter general que emita escuchando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México, el monto máximo de recursos que

una institución de seguros podrá recibir en fideicomiso, considerando su capital pagado, su capital de garantía y cualquier otro elemento que apoye su solvencia, y

h) Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de seguros fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y

XVII. Las operaciones a que se refieren las fracciones II a III Bis y V a XIV del artículo 34 de esta Ley, se sujetarán a las reglas de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tales disposiciones deberán propiciar la consecución de cualquiera de los objetivos siguientes:

a).-El oportuno cumplimiento de las obligaciones contraídas por las instituciones;

b).-La seguridad de las operaciones;

c).-La diversificación de riesgos de los activos de las instituciones;

d).-La adecuada liquidez de las instituciones; e

e).-El uso de los recursos del sistema asegurador en actividades prioritarias y de acuerdo a los objetivos que le corresponden dentro del Sistema Financiero."

Y con fundamento en el artículo 62 fracción VI a las instituciones de seguros les estará prohibido: en las operaciones a que se refiere la fracción IV del artículo 34:

"a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, salvo aquéllas autorizadas por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses;

b) Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquirieron, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, los derechos o valores no hubieran sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con los demás bienes, derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración a la fiduciaria en el sentido de que se hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

c) Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales, se capten directa o indirectamente recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente, excepto tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

En relación a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que regula a las instituciones de fianzas, muy parecido.²³

d) Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional en el otorgamiento de dichos activos, en la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; los comisionarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; asimismo, aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general;

e) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo en los casos de fideicomisos de garantía;

f) Actuar en fideicomisos a través de los que se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras;

g) Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión, y

h) Celebrar fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de determinados bienes o servicios, de los previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor. Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en esta fracción, será nulo."

²³ En su artículo 16 fracción XV nos indica que: "puede actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitados en los mismos, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan.

Asimismo, podrán actuar como institución fiduciaria en los fideicomisos de garantía a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sujetándose a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito y bajo la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a un fiduciario sustituto para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

La operación de fideicomiso se sujetará a lo dispuesto en esta Ley y a las siguientes bases:

a) En el desempeño de los fideicomisos, las instituciones de fianzas deberán apegarse a las sanas prácticas fiduciarias. El Banco de México podrá, en caso de considerarlo necesario, emitir mediante reglas de carácter general las características a que deberán ajustarse tales operaciones.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y oyendo la opinión del Banco de México, podrá ordenar a las instituciones de fianzas la suspensión de las operaciones que infrinjan las reglas que en su caso emita el Banco de México;

b) Las instituciones de fianzas podrán recibir en fideicomiso cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según el requerimiento del fideicomitente, o adquirir ese tipo de activos con los recursos fideicomitidos, siempre que tales operaciones se realicen exclusivamente en cumplimiento del objeto del fideicomiso.

c).- Deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero que les confíen y los demás bienes, valores o derechos con los que se incrementen los recursos originalmente afectos al fideicomiso, así como los incrementos o disminuciones correspondientes, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de fianzas con las contabilidades especiales.

En ningún caso los recursos, bienes o derechos señalados estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra ellos correspondan a terceros, de acuerdo con la Ley;

d) Las instituciones de fianzas deberán desempeñar su cometido y ejercer sus facultades por medio de delegados fiduciarios, quienes deberán satisfacer los requisitos de calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, considerándose que carecen de honorabilidad si se ubican en uno de los supuestos previstos en el inciso d) del numeral 3 de la fracción VIII Bis del artículo 15 de esta Ley.

Las instituciones responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar reglas para su funcionamiento y fijar facultades. Cuando la institución opere ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad;

e).- Cuando la institución de fianzas al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles o cuando sea declarada por la sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los recursos dados en fideicomiso, o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave procederá su remoción como fiduciaria.

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

f).- Los recursos recibidos por las instituciones de fianzas con cargo a contratos de fideicomiso, no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que dichas instituciones deben constituir de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley, ni podrán considerarse para efecto alguno como parte de los cómputos relativos al requerimiento mínimo de capital base de operaciones previsto en el artículo 18 de la misma; y

g).- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México, determinará mediante reglas de carácter general el monto máximo de recursos que una institución de fianzas podrá recibir en fideicomiso, considerando su capital pagado, su requerimiento mínimo de capital base de operaciones y cualquier otro elemento que apoye su solvencia, y

h) Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo cediare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de fianzas fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."

Y con fundamento en el artículo 60 fracción VI Bis a las instituciones de fianzas les está prohibido: en las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 16 de esta Ley:

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, salvo aquellas autorizadas por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses;

b) Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquirieran, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, los derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con los demás bienes, derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

c) Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten directa o indirectamente recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente;

d) Celebrar fideicomisos en los que se administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de determinados bienes o servicios, de los previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor;

e) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento

Lo anterior es porque los artículos correspondientes son de las reformas publicadas el 13 de junio de 2003 como se observa son sólo implantes en las leyes antes citadas, es prácticamente lo mismo.

Pasando a la esencia del artículo 395 de puede indicar que para constituir un denominado fideicomiso de garantía es primordial que sea transmitida la propiedad o titularidad de los bienes o derechos objetos del mismo al fiduciario para la realización de un fin lícito y determinado, y se especifica las instituciones que pueden ser fiduciarias en los fideicomisos de garantía.

Es preciso mencionar que el denominado fideicomiso de garantía será válido, ya sea si en el mismo acto constitutivo es designado fideicomisario por el fideicomitente o lo es en acto posterior, siempre y cuando el fin del fideicomiso sea lícito y determinado, además de que conste la aceptación de cargo por el fiduciario, y que para ser considerado como fideicomisario la persona deberá de tener la capacidad necesaria para recibir los beneficios que el fideicomiso implique; lo anterior con fundamento en el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como se ha indicado.

En el mismo artículo se menciona una excepción en cuanto a las calidades de fideicomisario y fiduciario que a título personal se

con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos de garantía;

f) Actuar en fideicomisos a través de los que se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras, y

g) Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los incisos anteriores, será nulo."

considera importante retomar este punto en presente trabajo, y es que por regla general será nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, salvo en los que la institución fiduciaria tenga por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán de convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de interés, excepción que ya fue mencionada es por el alcance que pueda tener con respecto al denominado fideicomiso de garantía que se retoma.

En cuanto a la constitución del fideicomiso conforme al artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica que deberá constar siempre por escrito.

3. LOS BIENES Y DERECHOS QUE SE PUEDEN AFECTAR EN EL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Pueden ser objeto del fideicomiso de garantía derechos, bienes muebles o bienes inmuebles con la finalidad de garantizar obligaciones, o dicho de otra manera y conforme al artículo 382 párrafo último, aquellos que tengan como fin el servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, y sólo bajo el supuesto de este artículo la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria.

Con fundamento en el artículo 386 que indica que puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean necesariamente personales de su titular.

Los que se den en fideicomiso se considerarán afectados al fin que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros, se usa la palabra "afectados" pues considero que es la más pertinente. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

Y el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles deberá de inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público de lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá sus efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el registro.

Mientras que conforme el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el fideicomiso que cuyo objeto recaiga sobre bienes muebles, surtirán sus efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos:

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

- Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso, y
- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Y relacionándolo en el caso de bienes muebles con los artículos 398 y 399 que respectivamente indican:

Artículo 398. Tratándose de fideicomisos de garantía sobre bienes muebles, las partes podrán convenir que el o los fideicomitentes tendrán derecho a:

I.. Hacer uso de los bienes fideicomitados, los combinen o empleen en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso de garantía en cuestión:

II.. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y

III.. Instruir al fiduciario la enajenación de los bienes fideicomitados, sin responsabilidad para éste, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde con el curso normal de las actividades del fideicomitente. En estos casos cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el fiduciario reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

El derecho que tengan el o los fideicomitentes para instruir al fiduciario la enajenación de los bienes muebles materia del fideicomiso conforme al párrafo anterior, quedará extinguido desde el momento en que se inicie el procedimiento previsto en el artículo 403 de esta Ley, o bien cuando el fiduciario tenga conocimiento del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución previstos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio.

Artículo 399.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las partes deberán convenir desde la constitución del fideicomiso:

I.. En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos;

II.. Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos;

III.. La persona o personas a las que el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que el fiduciario deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;

IV. La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;

V. La forma de valorar los bienes fideicomitidos, y

VI. Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen su valor.

En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

Y que conforme al artículo 404 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando el fideicomiso de garantía se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil unidades de inversión, las partes deberán de ratificar sus firmas ante fedatario público.

El mismo fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultanea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo acreedor o varios, y cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto a él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá de entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba el pago. Así pues al momento en que el fiduciario reciba la notificación antes referida, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso; además de que el fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la

notificación antes mencionada, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione lo anterior de acuerdo con fundamento en el artículo 397 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En cuanto al que teniendo posesión material de los bienes que tengan por objeto el de garantizar alguna obligación por medio de un fideicomiso, transmita, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, en términos distintos a los previstos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión de hasta un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces dicho salario.

Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de diez mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de cien a ciento ochenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de diez mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, lo anterior tienen su apoyo en el artículo 406 de la ley que se comenta.

4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.

Es de considerarse al fideicomitente como la persona física o moral que transmite a una institución fiduciaria la propiedad o

titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria, a la que le encarga la realización de un fin lícito determinado, lo anterior de acuerdo con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Y respecto a la capacidad del fideicomitente y con fundamento en el artículo en el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sólo puede ser fideicomitente las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello; por lo que no pueden ser fideicomitentes las personas que se encuentren en los preceptos que a continuación se mencionan: Los menores de edad, aun cuando estén emancipados, que no cuenten con autorización judicial para transmitir por conducto de sus representantes los bienes de su propiedad y los mayores de edad privados por determinada discapacidad de carácter intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, o no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo o por algún medio que lo supla.

En cuanto a las personas físicas extranjeras, éstas pueden realizar de una manera habitual actos de comercio en el país y como consecuencia de lo anterior pueden realizar actos de dominio sobre los

bienes de su propiedad, sin que requiera autorización alguna según los artículos 147 y 148 del Reglamento de la Ley General de Población.³⁰

Por lo que se puede indicar que los extranjeros con la calidad transmigrante, estará posibilitado legalmente para realizar operaciones de fideicomiso en las que participen en calidad de fideicomitente, más no como fideicomisario.

Mientras que las personas morales o jurídicas - colectivas que pueden ser fideicomitentes las que indica el artículo 384 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que indica que sólo pueden ser fideicomitentes las personas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello y que no contravengan alguna ley.

Y que relacionándolo con Código Civil en su artículo 25 que indica las personas morales o jurídico - colectivas que a continuación

³⁰ Artículo 147. Los extranjeros y extranjeras, independientemente de su calidad migratoria, por sí o mediante apoderado podrán adquirir títulos y valores de renta fija o variable, acciones y partes sociales, activos para la realización de actividades empresariales y otras similares, realizar depósitos bancarios; adquirir bienes inmuebles urbanos y rústicos y derechos reales sobre los mismos, así como derechos de fideicomisario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Inversión Extranjera, y demás leyes y disposiciones aplicables, así como los tratados internacionales de los que México sea parte, sin que para ello requiera permiso de la Secretaría.

Todos los actos a que se refiere el párrafo anterior, podrán realizarse por el extranjero directamente o por su representante, independientemente de que aquél se encuentre o no en el país.

El transmigrante en ningún caso estará facultado para realizar los actos jurídicos a que se refiere este artículo.

Artículo 148. Los extranjeros y extranjeras podrán realizar cualquier acto, aun de dominio, sobre los bienes que les sean propios, sin requerir permiso de la Secretaría

citamos: La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; Las sociedades civiles o mercantiles; Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; las sociedades cooperativas y mutualistas; las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Por lo que para hacer referencia a las personas morales extranjeras es pertinente citar el artículo 2736 del Código Civil Federal que dice: La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se registrarán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a

las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

Por lo que las personas morales tanto nacionales como extranjeras que no se encuentren en los supuestos antes mencionados no podrán tener el carácter de fideicomitentes.

Y existe la posibilidad de que en un mismo fideicomiso puedan existir dos o más fideicomitentes, y este supuesto se puede dar: por la voluntad de las partes, es decir la existencia de una asociación de cierto número de personas físicas o jurídico - colectivas, quienes aportan diferentes bienes que pueden ser inmuebles o muebles, con la finalidad de obtener un propósito en común.

Pero puede darse el caso de que en la persona del fideicomitente se reúnan dos calidades que pueden ser las de fideicomitente y de fideicomisario, es pues en éste supuesto en el que el fideicomitente se auto designa para que pueda recibir los beneficios del fideicomiso, por lo que en el caso en del acto en que se constituye el fideicomiso el fideicomitente no designara o nombrara fideicomisario, se podría entender que es el quien asume tal calidad, mismo que conserva el derecho para instruir a la fiduciaria para disponer de los bienes en la forma y modalidades que sean las más favorables, con la única excepción de que no sean contrarias a derecho, lo anterior sin perjuicio de que por medio de un acto posterior modificatorio designe a una persona distinta a él, pero los fines del fideicomiso deben de ser

concordantes con la posterior designación del fideicomisario distinto al fideicomitente.

En el caso en que el fideicomitente falleciera sin designar algún fideicomisario, los derechos de esta naturaleza forman parte de la masa hereditaria del fideicomitente y seguirá la suerte de los demás bienes que no estaban considerados dentro del fideicomiso, lo anterior esperando la resolución judicial correspondiente para que la fiduciaria la acate en los términos que la misma señale.

Pero en el caso de que el fideicomitente falleciera y existiera fideicomisario, sus consecuencias dependerán de los propios fines del fideicomiso, por lo que de una manera generalizada podemos decir:

- Que en cuanto a los fines de garantía, en caso de incumplimiento y si no hay notificación al fideicomitente aún, la fiduciaria deberá de iniciar el procedimiento de ejecución y deberá de notificarle al representante de la sucesión; en el caso de incumplimiento y cuando se haya notificado al fideicomitente, la fiduciaria deberá de seguir con el procedimiento respectivo para la venta del o los bienes que se encontraban dentro del fideicomiso, y que el producto del mismo se aplicara en los términos del propio fideicomiso; y en caso de que quedara algún sobrante se debería de notificar al representante de la sucesión.
- En cuanto a los fines testamentarios, la fiduciaria deberá de transmitir el patrimonio objeto del fideicomiso en los términos y condiciones señalados por el fideicomitente en el acto constitutivo

del fideicomiso, estando en el supuesto de la muerte del fideicomitente, así como las condiciones en que debe de dar la entrega de los bienes objeto del fideicomiso.

El fideicomitente también puede ser fiduciario y se puede dar bajo los siguientes supuestos: en primer lugar es donde la fiduciaria adquiere tal carácter; y en segundo lugar es cuando otra institución de crédito, o con la misma fiduciaria de origen, a la que esta última transmite parte o totalidad de los bienes del fideicomiso de origen, a efecto de que la segunda fiduciaria cumpla con los fines que se hubieran pactado entre los interesados del primer fideicomiso. y que las operaciones más comunes de este tipo son en las que se garantiza con el patrimonio fideicomitado obligaciones de pago a cargo de alguna de las partes del fideicomiso original o el de los fideicomisos maestros, en donde por instrucciones dadas a la fiduciaria por una de las partes facultadas, aquella transmite a una fiduciaria distinta parte del patrimonio fideicomitado, por lo que concurre al acto de liberación parcial como fiduciaria - fideicomitente.

Por lo que si el fin del fideicomiso que es constituido por la fiduciaria por instrucciones de la parte facultada es el garantizar una obligación de pago, la fiduciaria - fideicomitente se reserva el derecho de revertirse el bien, en el caso de cumplimiento de las obligaciones del fideicomitente original; pero si es un fideicomiso traslativo de dominio la fiduciaria - fideicomitente pierde el derecho de readquirir como es el

caso de los fideicomisos mediante los cuales los extranjeros adquieren bienes inmuebles en las zonas restringidas del país.

Por lo que las operaciones en las que la fiduciaria - fideicomitente pueden realizar son:

- La existencia de dos fideicomisos.
- La participación de una o dos fiduciarias, pues la fiduciaria original puede a su vez suscribir el segundo fideicomiso; por lo que la fiduciaria original transmite como fiduciaria - fideicomitente los bienes de que se trate a otra fiduciaria o ella misma, recibéndolos como fiduciaria mediante otro fideicomiso de la misma naturaleza, por lo que se puede determinar que cada patrimonio de cada fideicomiso es autónomo entre ellos.
- Si los fines pactados en el segundo fideicomiso son diferentes a los fines del fideicomiso de origen y no se deben de contraponer entre sí.
- La fiduciaria actúa por instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario, de los dos o del comité técnico del fideicomiso original, si existiere.
- Las responsabilidades legales que se deriven de la afectación de bienes, del incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor o en general de repercusiones en el segundo fideicomiso no son asumidas por la fiduciaria, ya que actúa a favor y por terceros.
- La fiduciaria original puede conserva el derecho de reversión de los bienes que salen del patrimonio del fideicomiso original.

- Por conveniencia fiduciaria, los bienes que se transmiten al segundo fideicomiso, no deben de constituir el total del patrimonio fideicomitado del primer fideicomiso, pues se recomienda revertirlos al fideicomitente y que él mismo celebre por su propio derecho o por medio de su apoderado el nuevo fideicomiso.

En cuanto a las obligaciones del fideicomitente podemos mencionar las siguientes:

- El pagar los honorarios profesionales, incluyendo los de la fiduciaria, los gastos derechos o impuestos que se causen derivados de la constitución, administración, ejecución de fideicomiso, a menos que haya pactado lo contrario, y en cuyo caso de que se pactara en contrario la fiduciaria debe de observar que exista una persona que se responsabilice de dichos pagos.
- Notificar a la fiduciaria de cualquier acto o hecho que afecte o pueda afectar el patrimonio fideicomitado.
- Debe de responder al saneamiento para el caso de evicción.
- Debe de cumplir con lo dispuesto en el marco legal aplicable, que permita a la fiduciaria dar un justo cumplimiento a los fines del fideicomiso.
- Buscar la manera de cumplimentar los actos que se hubieran realizado por la fiduciaria en el desempeño propio de las funciones que le corresponden, para buscar alcanzar los fines del

fideicomiso, lo anterior con fundamento en la tesis aislada cuya voz reza:

FIDEICOMITENTE. OBLIGACIONES DEL.

En virtud de la relación de causahabencia establecida entre el fideicomitente y la fiduciaria, aquel esta obligado a cumplir o perfeccionar los actos que hubiese realizado la segunda en el desempeño del fideicomiso.

Amparo directo 171/66. José Refugio Dévora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela.

Quinta Época:

Suplemento al Semanario Judicial de la Federación 1956. página 237.

Amparo directo 126/53. Dolores Corral Soto. 4 de junio de 1954. Tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

- Debe de hacer entrega material a la fiduciaria o a quien él designe cuando sea procedente de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso los bienes objeto del fideicomiso.
- Designar en su caso a la institución fiduciaria que sustituya a la fiduciaria original, en el caso de que ésta renuncie, cuando sea procedente por la autoridad judicial competente o en el caso de haberse cumplido el plazo legal que establece el artículo 394 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.³¹

³¹ Artículo 394.

En cuanto a los derechos del fideicomitente se pueden señalar los siguientes:

- Reservarse en el acto constitutivo los derechos que crea convenientes.
- Podrá designar a la institución fiduciaria, pudiendo ser una o más, en forma sucesiva o de manera conjunta.
- Podrá designar a los fideicomisarios que considere pertinentes para recibir los beneficios del fideicomiso.
- Puede designarse como fideicomisario.
- El afectar bienes de su propiedad a la fiduciaria, esto para buscar un fin lícito del fideicomiso.
- Revocar el acto jurídico por medio del cual se le dio origen al fideicomiso, a menos que la finalidad del fideicomiso sea la de garantizar obligaciones de dar, hacer o no hacer.
- Puede modificar el acto jurídico por medio del cual se le dio origen al fideicomiso, a menos que la finalidad del fideicomiso sea la de garantizar obligaciones de dar, hacer o no hacer.
- El poder revocar la designación de fideicomisarios, excepto cuando los fideicomisarios lo sean en primer lugar y que tal calidad la ostente en razón de acreedores del fideicomitente en el fideicomiso.

III. Aquéllos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución beneficiaria.
Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

- Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines que se le fueron encomendados en el acto constitutivo del fideicomiso.
- El de impugnar los actos que realice la fiduciaria en su perjuicio, y que por poner un ejemplo puede ser la omisión de acatar instrucciones que sean procedentes.
- El pactar los honorarios fiduciarios.
- Dirigir a la fiduciaria para expedir cualquier tipo de poder a favor de terceros aun y cuando dichas personas no formen parte del fideicomiso, particularmente cuando se trate de tramites o gestiones ante autoridades administrativas que la fiduciaria no se obligó a realizar o para la defensa del patrimonio fideicomitado en el caso de demandas contra la fiduciaria que afecten al patrimonio, ya sea de naturaleza civil, fiscal, laboral, etc.

Pero la fiduciaria podrá abstenerse legítimamente de acatar instrucciones del fideicomitente, cuando las facultades que debe otorgar invadan la esfera del fin encomendado a la fiduciaria, y que por poner un ejemplo sería la obligación de agotar la misma fiduciaria un procedimiento convencional, lo anterior sin perjuicio de nombrar a un profesional como patrono o autorizarlo para que vigile y supervise el desarrollo del procedimiento, pues si lo designa a un tercero se considera que estaría trasladando su función a una persona distinta.

- Puede exigir a la fiduciaria la devolución de los bienes, cuando lo permita la naturaleza y fines de la operación del fideicomiso.

Pero para efectos de los fideicomisos en garantía sobre bienes muebles, y con apoyo en el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las partes deberán de convenir desde la constitución del fideicomiso:

- I. En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos;
- II. Las contraprestaciones mínimas que deberá de recibir el fiduciario por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos;
- III. La persona o personas a las que el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, podrá vender o transmitir dichos bienes, pudiendo en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que el fiduciario deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;
- IV. La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;
- V. La forma de valorar los bienes fideicomitidos, y
- VI. Los términos en que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o los bienes dados en garantía incrementen su valor.
- VII. En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

En el supuesto de que la posesión de los bienes corresponda al fideicomitente o a un tercero la posesión material de los bienes fideicomitados, la tendrá en la calidad de deposito y esta obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquel que al efecto hubiere pactado y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos, tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario.

En este caso, será por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitados, si los bienes fideicomitados se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente cuando éste sea el deudor de la obligación garantizada, la transmisión en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido; lo anterior de acuerdo con el artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.

En cuanto a la calidad de institución fiduciaria o fiduciaria respecto al fideicomiso de garantía y con fundamento en los artículos 385 y 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tenemos que:

“Artículo 385. - Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.

En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de

fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá de designarse a otra institución fiduciaria que la sustituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido.

Artículo 395. - Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Casas de bolsa;
- V. Sociedades financieras de objeto limitado, y
- VI. Almacenes generales de depósito.

En estos fideicomisos, las instituciones fiduciarias se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.

Además de que en los fideicomisos de tengan por objeto el garantizar obligaciones a su favor las instituciones antes mencionadas podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, pero las partes deberán de convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses, lo anterior con apoyo en el artículo 396

de la Ley General de Títulos Y Operaciones de Crédito, como ya se ha indicado.

En el mismo fideicomiso puede existir una o más instituciones fiduciarias y esto se puede dar ya sea por decisión del fideicomitente, ya sea por tratar de evitar de que el fideicomiso sea objeto de nulidad absoluta, o por la simple voluntad del fideicomitente, pues es derecho de este el poder designar a una o más instituciones fiduciarias para que desempeñen dicho cargo ya sea de manera conjunta o sucesivamente.

En cuanto a los derechos y obligaciones de la fiduciaria podemos mencionar de una manera genérica que tendrá todos los derechos y obligaciones que le otorgue el acto constitutivo del fideicomiso y deberá de circunscribir su actuación al mismo, sin excederse de sus facultades u obligaciones conferidas de una manera expresa; por lo que no se encuentre pactado en el acto constitutivo del fideicomiso o en los actos modificadores que se den después de su creación, no podrá realizarlo la fiduciaria.

Pero de una manera más detallada podemos mencionar que las obligaciones de la fiduciaria son:

- El ser responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa.
- Es obligación de la fiduciaria el regresar los bienes al fideicomitente para extinguir el fideicomiso si no se pacto otra

cosa en el acto constitutivo del fideicomiso o en los actos modificadores posteriores del mismo.

- Si es el caso transmitir los bienes al fideicomisario, en cuyo supuesto la fiduciaria deberá atender a las condiciones y términos que fijo el fideicomitente el acto constitutivo o en los actos modificadores del mismo, o a los herederos de alguno de ellos cuando exista de por medio un mandamiento judicial.
- La fiduciaria debe de mantener el secreto propio de su función y no podrá proporcionar información a nadie, salvo las excepciones y condiciones mencionadas en las siguientes tesis aisladas cuya voz rezan:

*SECRETO BANCARIO O FIDUCIARIO. SUPUESTOS EN QUE NO SE DA
EL.*

De una correcta interpretación de los artículos 117 y 118 en relación con el 46. fracción XV, de la Ley de Instituciones de Crédito, se aprecia que, la información sobre cualquier tipo de operación efectuada en una institución de crédito, está restringida y únicamente puede ser solicitada por la autoridad judicial en un juicio en el que el titular sea parte y sólo para fines fiscales, además que constituye responsabilidad civil o penal para la institución que viole el secreto de las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones, inclusive ante los tribunales en juicios, que no sean entablados por el fideicomitente o

fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 314/97. Manuel Camacho Téllez, Delegado Fiduciario en el Fideicomiso Denominado Fondo Bancario de Protección al Ahorro. 25 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: David Delgadillo Guerrero. Secretaria: Elsa Fernández Martínez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo IV, septiembre de 1996, tesis I.9o.C.40 C. página 721, de rubro: "SECRETO BANCARIO. SI LA INFORMACIÓN LA SOLICITA LA AUTORIDAD QUE CONOCE DEL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, NO EXISTE VIOLACIÓN AL."

FIDEICOMISO. PARA QUE SE PRODUZCA LA REVELACIÓN DEL SECRETO FIDUCIARIO ANTE TRIBUNALES O AUTORIDADES EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES, SE REQUIERE NECESARIAMENTE QUE ÉSTOS SEAN ENTABLADOS POR EL FIDEICOMITENTE O FIDEICOMISARIO, COMITENTE O MANDANTE. CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA O VICEVERSA.

De la interpretación conjunta de los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito se desprende el establecimiento de la figura conocida como el "secreto fiduciario", que impone a las instituciones de crédito la obligación de guardar reserva o sigilo sobre la información que derive las operaciones del fideicomiso a que se refiere el artículo

46, fracción XV, de la misma ley, salvo que tal información sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, las autoridades o tribunales, en juicios o reclamaciones que sean instaurados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución crediticia o viceversa, y como la figura del secreto fiduciario esta sustentada en una relación de confianza que surge entre el cliente y la institución, permitiendo a ésta la incursión al ámbito económico o patrimonial de una persona derivado de la operación de fideicomiso, de ello se concluye que no basta que un procedimiento judicial determinado, cualquier persona que no tenga previamente reconocida calidad jurídica en el contrato de fideicomiso, demande información sobre el mismo fiduciario o fideicomitente o ambos a la vez, para que se estime que no hay violación al secreto fiduciario, porque sería tanto como hacer a un lado el espíritu de la ley y admitir como legal un fraude a ésta, pues bastaría activar la función jurisdiccional e involucrar al fiduciario o fideicomitente para obtener cualquier clase de información relacionada con las operaciones bancarias a que se refiere el artículo 46 y, en particular, su fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito.

DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. 1.14°C.18C.

Amparo en revisión 71/2003. Banco Nacional de México, S.A. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdalena. 32

- Deberá de cumplir puntualmente con los fines pactados en él o los fideicomisos respectivos.
- Es su obligación llevar contabilidades separadas por cada operación fiduciaria.
- Deberá de informar al fideicomitente o fideicomisario, según lo pactado sobre la situación financiera del patrimonio fideicomitado.
- Acatar las órdenes del fideicomitente o fideicomisario.
- La fiduciaria no podrá renunciar, sino por causas graves a juicio del Juez de primera instancia del lugar de su domicilio; y podemos considera causas graves: aquellas que va en contra de un ordenamiento legal que fue creado, reformado o adicionado con posterioridad al acto constitutivo del fideicomiso, por contraposición a los intereses de los fideicomisarios con los de la institución fiduciaria, aquellas que van en contra de un interés colectivo o a un sector de la población, aquellas que van en contra de una disposición administrativa de carácter general que fue emitida por autoridades oficiales que regulan la actividad de la fiduciaria con posterioridad al acto constitutivo del fideicomiso, aquellas que se originan por la fusión de instituciones fiduciarias

³² Villagordea Lozano, José Manuel, *op. cit.* pp. 380 y 381.

por la ejecución de los fines que pongan en riesgo los intereses generales de la institución fiduciaria, aquellas que van en contra de un mandato judicial que surge después del acto constitutivo del fideicomiso, por la falta de capacidad administrativa de la institución fiduciaria respecto al manejo, operación y administración del fideicomiso, aquellas que van en contra de la política interna de la institución fiduciaria; y por revocación oficial de la autorización para que la institución actúe como fiduciaria.

Mientras que podemos señalar como derechos de la fiduciaria los siguientes:

- Tiene el derecho de que el fideicomitente cumplimente los actos que la misma fiduciaria haya hecho en cumplimiento a los fines del fideicomiso, como se ha señalado con anterioridad en la tesis aislada señalada dentro de las obligaciones del fideicomitente que se han señalado y cuya referencia es: Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, CXXVI. Página: 21, FIDEICOMITENTE, OBLIGACIONES DEL. Quinta Época: Suplemento al Semanario Judicial de la Federación 1956, página 237. Amparo directo 126/53. Dolores Corral Soto. 4 de junio de 1954. Tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.
- Al pago sus honorarios.

- A que las partes le notifiquen sobre las situaciones que en un momento determinado pudieran afectar el patrimonio del fideicomiso.
- A que si se estuviera bajo el supuesto de que se le entregue la posesión física del bien inmueble, se lleve a cabo lo anterior.
- A exigir a las partes los documentos e información relativa a los bienes fideicomitidos cuando lo requiera.
- A que las partes le notifiquen sobre la cesión de derechos del fideicomisario.

6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.

Teniendo como referencia el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se puede decir que pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, el fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior, el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación de cargo por parte del fiduciario.

Se puede definir al fiduciario como la persona física o moral o esta última también llamada jurídico - colectiva que recibe los beneficios del fideicomiso de garantía en este caso.

Es pertinente mencionar que el fideicomisario no requiere tener capacidad de ejercicio para poder tener tal calidad, y que por poner un ejemplo podríamos decir que un individuo al ser concebido adquiere la

protección de la ley, por lo que es un individuo susceptible de adquirir derechos, por lo que puede ser fideicomisario, y los derechos antes mencionados podrán ser ejercidos por quien posea la patria potestad.

El fideicomisario podrá ser removido o sustituido por otro a voluntad del fideicomitente, a menos de que éste hubiera contraído con el fideicomisario determinadas obligaciones de dar, hacer o no hacer, como pudiera ser el caso de los fideicomisos que tienen como finalidad el garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por el fideicomitente, que es el tipo de fideicomiso que se trata en el presente trabajo.

Salvo lo antes mencionado la participación del fideicomisario estará a expensas de manera general a la voluntad del fideicomitente, quien reconoce a favor del fideicomisario derechos sobre los beneficios del fideicomiso y por medio de su designación obliga a la fiduciaria al aceptar el cargo a éste mismo reconocimiento, mismo que trae como consecuencia la entrega de los beneficios reconocidos expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso o los actos modificatorios del mismo en forma y términos conforme a la voluntad del fideicomitente como se indico con anterioridad.

En general en el fideicomiso de garantía puede existir uno o más fideicomisarios, los que pueden ser designados en el acto constitutivo o en los actos modificatorios respectivos, es indispensable la descripción minuciosa de su designación así como de sus obligaciones y derechos frente a la fiduciaria, y al fideicomitente, así como de estos frente a

cada uno de ellos cuando exista más de uno, y en éste último supuesto el fideicomitente podrá designar su orden, proporción y preferencia, si son designados sobre todos los bienes fideicomitidos o únicamente sobre sus productos, pudiendo ser condicionada la designación del o los fideicomisarios a la realización de un evento cierto, posible, futuro, donde se puede designar a fideicomisarios separada o conjuntamente, entre otros supuestos.

Por lo que de una manera genérica podemos señalar como derechos del fideicomisario, sea una persona física, moral o también llamada jurídico – colectiva, nacional o extranjera, las siguientes:

- El reclamar a la fiduciaria los beneficios del fideicomiso;
- El reclamar que se le transmitan los bienes fideicomitidos si es el caso;
- El reclamar los productos del fideicomiso si es el caso;
- Puede solicitar modificar el fideicomiso cuando proceda;
- El poder exigir cuentas de la fiduciaria;
- A exigir el cumplimiento del fideicomiso a la fiduciaria;
- El negociar honorarios;
- El solicitar la sustitución de la fiduciaria;
- El impugnar los actos de la fiduciaria en perjuicio de sus intereses, sea por mala fe o por excesos de facultades;
- El reivindicar los bienes cuando hayan salido del patrimonio del fideicomiso como consecuencias de los actos señalados en el punto anterior;

- A nombrar apoderados para la defensa de su patrimonio;
- Participar para señalar los términos y condiciones que las fiduciarias están obligadas a cumplir;
- Puede señalar el fideicomisario en primer lugar a fideicomisario o fideicomisarios para el caso de su fallecimiento, pudiéndolos revocarlos en cualquier momento antes de su muerte;
- Puede solicitar a la fiduciaria que acepte su cesión de derechos en favor de terceros cuando convenga a sus intereses o cuando este incapacitado legalmente para adquirir en zona restringida.
- Y con fundamento en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su fracción V; por convenio escrito entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, el fideicomiso se podrá extinguir.
- Cuando el fideicomisario es determinado y es capaz de gozar y ejercer los derechos derivados del acto constitutivo del fideicomiso o de los actos modificatorios respectivos y con fundamento del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se puede resumir que los derechos del fideicomisario se pueden simplificar en: el exigir a la fiduciaria que su actividad sea conforme a los términos del acto constitutivo del fideicomiso o de los actos modificatorios respectivos; así como el derecho de recibir los beneficios que se deriven de mismo acto constitutivo del fideicomiso o de los actos modificatorios respectivos; además de que si el fideicomisario es

determinado y capaz, es decir tiene capacidad de goce y ejercicio, este puede nombrar personas que lo representen.

Cuando el fideicomisario existiera, pero fuera incapaz legalmente, será el que ejerce la patria potestad, el tutor o el Ministerio Público pero no podrán recibir los beneficios del fideicomiso simplemente porque no le corresponden; por lo que sólo podrán exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso, y que entre los que se pueden mencionar por poner un ejemplo el impugnar la validez de los actos de la fiduciaria que realice en perjuicio del fideicomisario sea por mala fe o exceso de facultades.

Y en el caso de que no exista un fideicomisario determinado sea porque en el del acto constitutivo del fideicomiso o de los actos modificatorios respectivos no se previó la existencia de fideicomisarios, la calidad de fideicomisario recae sobre el fideicomitente, y en este caso al presentarse el fallecimiento de este, a quienes les corresponde los beneficios del fideicomiso son a sus herederos, previa declaración judicial; y en el caso de que en el del acto constitutivo del fideicomiso o de los actos modificatorios respectivos son designados fideicomisarios pero éstos fallecen o desaparecen de la relación jurídica de fideicomiso como se puede presentar en el fideicomiso de garantía; en el primer supuesto los causahabientes del beneficio son los herederos del o los fideicomisarios que fallecieron y en el segundo supuesto quienes tienen el derecho son el fideicomitente o sus herederos.

Por lo que una vez mencionado lo anterior podemos enunciar las obligaciones del fideicomisario que son:

- No imposibilitar el cumplimiento de los fines del denominado fideicomiso de garantía;
- Notificar a la fiduciaria sobre la cesión de sus derechos a favor de terceros y formalizarlos de acuerdo con las leyes aplicables;
- Avisar a la fiduciaria de cualquier situación que afecte el patrimonio fideicomitado;
- Instruir a la fiduciaria sobre la liberación de los bienes; y
- Pagar impuestos.

Podemos indicar que de la calidad de fideicomisario se deriva un derecho personal que suele ser denominado también fideicomisario, y que se puede precisar como la relación jurídica con carácter personal que surge entre la fiduciaria y el fideicomisario, que le dan o les dan la facultad condicionada o no por el fideicomitente, para recibir los beneficios del fideicomiso.

Por lo que el alcance del derecho citado estará condicionado al alcance de los fines del mismo fideicomiso por lo que habrá ocasiones en que sólo el fideicomitente podrá ejercer dicho derecho, o que una o varias personas distintas a él lo podrán ejercer, por lo que en el primer caso el fideicomitente conservara la calidad de fideicomisario, en segundo caso perderá tal derecho fideicomisario.

7. DE LA EXTINCIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Es de mencionarse que respecto a su duración se puede establecer términos y condiciones a que este sujeto, es decir pueden estar sujetos a u término o condición suspensiva, para que comience a surtir sus efectos o se pueda precisar el momento en que comience su operación.

Y con fundamento en el artículo 392 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito el fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización de fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse este imposible;
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso, y
- VII. En el caso del párrafo final del artículo 386.³³

³³ Artículo 386.-...

Por lo que una vez extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda.

Es de considerarse que en su fracción tercera se considera que su redacción es errónea, pues en el caso de que se haga imposible el cumplimiento de una condición suspensiva a la que se encuentra sujeta, no a la vigencia del fideicomiso, sino su propia existencia, no puede extinguir el acto jurídico que aún no existe, ya que lo correcto sería hablar de una causa que ha impedido el nacimiento del fideicomiso mismo.

Para que la transmisión antes mencionada surta efectos tratándose de bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo manifieste y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

Además de que las instituciones fiduciarias indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de estos; lo anterior con apoyo en el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y si es necesario se podrá tramitar el

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

procedimiento de ejecución judicial y extrajudicial que a continuación se menciona.

8. DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.

El procedimiento de ejecución de el Fideicomiso de Garantía de manera extrajudicial se encuentra en el Título Tercero Bis, Capítulo I del Código de Comercio, al cual le corresponden los artículos 1414 Bis al 1414 Bis 6, procedimiento que a continuación se menciona:

En un principio se indica que se tramitara en esta vía el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados. Para efectos de lo anterior, el valor de los bienes podrá determinarse por cualquiera de los siguientes procedimientos: por el dictamen que rinda el perito que las partes designen para tal efecto desde la celebración del contrato o en fecha posterior, o por cualquier otro procedimiento que acuerden las partes por escrito.

Al celebrar el contrato las partes deberán establecer las bases para designar a una persona autorizada, distinta del acreedor, para que realice el avalúo de los bienes, en caso de que este no pueda llevarse a cabo, en términos de lo antes mencionado.

Por lo que procedimiento se iniciara con el requerimiento formal de entrega de la posesión de los bienes, que formule al deudor el

fiduciario o el acreedor prendario, según corresponda, mediante fedatario público.

Una vez entregada la posesión de los bienes al fiduciario o acreedor prendario, éste tendrá el carácter de depositario judicial hasta en tanto no se realice lo previsto en el artículo 1414 Bis 4.³⁴

Y se dará por concluido el procedimiento extrajudicial y quedará expedita la vía judicial en los siguientes casos:

1. Cuando se oponga el deudor a la entrega material de los bienes o al pago del crédito respectivo, o
2. Cuando no se haya producido el acuerdo a que se hace mención al principio.

Por lo que fuera de los casos antes mencionados, el fiduciario o el acreedor prendario podrá obtener la posesión de los bienes objeto de la garantía, si así se estipuló expresamente en el documento respectivo. Este acto deberá llevarse a cabo ante fedatario público, quien deberá levantar el acta correspondiente, así como el inventario pormenorizado de los bienes.

Pero en el supuesto de que el fiduciario o el acreedor prendario, según corresponda, no pueda obtener la posesión de los bienes, se seguirá el procedimiento de ejecución forzosa a que se hace referencia en el punto que a continuación sigue, además de que no será necesario agotar el procedimiento a que se que hizo referencia.

³⁴ Artículo 1414 Bis 4.- Una vez entregada la posesión de los bienes se procederá a la enajenación de éstos, en términos del artículo 1414 bis 17, fracción II.

9. DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL.

En cuanto al procedimiento judicial se encuentra contenido del artículo 1414 Bis 7 al 14141 Bis 20, y en ellos indica que se tramitara de acuerdo a este procedimiento todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito cierto, liquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que la garantía se haya otorgado mediante prenda sin transmisión de posesión, o bien, mediante fideicomiso de garantía en que no se hubiere convenido el procedimiento previsto en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para que el juicio se siga de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos antes citados, es requisito indispensable que el mencionado crédito conste en documento público o escrito privado, según corresponda, en términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que sea exigible en los términos pactados o conforme con las disposiciones legales aplicables.

Por lo que una vez presentado el escrito de demanda, acompañado del contrato respectivo y la determinación del saldo que formule el acreedor, y cuando el acreedor sea una institución de crédito, anexando la certificación de saldo que corresponda, el juez bajo su más estricta responsabilidad, si encuentra que se reúnen los requisitos mencionados, en un plazo no mayor de dos días, admitirá la misma y dictara auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago y, de no hacerlo, el propio deudor, el

depositario, o quien detente la posesión, haga entrega de la posesión material al actor o a quien este designe, de los bienes objeto de la garantía indicados en el contrato. En este último caso, el acreedor o quien este designe, tendrá el carácter de depositario judicial y deberá informar al juez sobre el lugar en el que permanecerán los bienes que le han sido entregados, en tanto no sean vendidos.

En el mismo auto mediante el cual se requiera de pago al deudor, el juez lo emplazará a juicio, en caso de que no pague o no haga entrega de la posesión material de los bienes dados en garantía al acreedor, para que dentro del término de cinco días ocurra a contestarla y a oponer, en su caso, las excepciones que se indican en el artículo 1414 bis 10.³⁵

³⁵ Artículo 1,414 Bis 10.- El demandado podrá oponer las excepciones que a su derecho convenga, pero su trámite se sujetará a las reglas siguientes:

I. Sólo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquéllas que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental;

II. Si se opone la excepción de falta de personalidad del actor y se declara procedente, el juez concederá un plazo no mayor de diez días para que dicha parte subsane los defectos del documento presentado, si fueran subsanables; igual derecho tendrá el demandado, si se impugna la personalidad de su representante. Si no se subsana la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio, y si no se subsana la del demandado, el juicio se seguirá en rebeldía.

III. Si se oponen excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo, serán declaradas improcedentes al dictarse la sentencia, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo, o bien, que éste ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito. Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de dichas excepciones resulte de diversa causa;

IV. Si se opone la excepción de litispendencia, sólo se admitirá cuando se exhiban con la contestación, las copias selladas de la demanda y la contestación a ésta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente,

y

La referida determinación de saldo podrá elaborarse a partir del último estado de cuenta que, en su caso, el deudor haya recibido y aceptado, siempre y cuando se haya pactado, o bien el acreedor esté obligado por disposición de Ley a entregar estados de cuenta al deudor. Se entenderá que el deudor ha recibido y aceptado este último estado de cuenta, si no lo objeta por escrito dentro de los 10 días hábiles siguientes de haberlo recibido o bien efectúa pagos parciales al acreedor con posterioridad a su recepción.

Por lo que la diligencia antes mencionada, no se suspenderá por ningún motivo y se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio. A fin de poner en posesión material de los bienes al demandante, el juzgador apercibirá al deudor con multa que podrá ser desde tres y hasta cuatrocientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Para la imposición de la mencionada multa, el juez deberá considerar el monto de la garantía reclamada.

Si el deudor no hiciera entrega de los bienes en la diligencia prevista, el secretario actuario lo hará constar y dará cuenta de ello al juez, quien procederá a hacer efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su

V. Si se opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor para que en un término que no exceda de tres días hábiles, la corrija.

El juez, bajo su más estricta responsabilidad, revisará la contestación de la demanda y desechará de plano todas las excepciones notoriamente improcedentes, o aquellas respecto de las cuales no se exhiba prueba documental o no se ofrezcan las pruebas directamente pertinentes a acreditarlas.

resolución en términos conducentes, al efecto podrá hacer uso de los siguientes medios de apremio:

I. El auxilio de la fuerza pública, y

II. Si fuere ineficaz el apremio por causa imputable al deudor, el juez podrá ordenar arresto administrativo en contra de éste, hasta por 36 horas.

En caso de que la garantía recaiga sobre una casa habitación, utilizada como tal por el demandado, éste será designado depositario de la misma hasta la sentencia, siempre que acepte tal encargo. Cuando conforme a la sentencia, proceda que el demandado entregue al demandante la posesión material del inmueble, el juez hará efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de la sentencia, ajustándose a lo dispuesto por el artículo 1414 Bis 9.

El allanamiento que afecte toda la demanda producirá el efecto de que el asunto pase a sentencia definitiva.

El demandado aun cuando no hubiere contestado en tiempo la demanda, tendrá en todo tiempo el derecho de ofrecer pruebas, hasta antes de que se dicte la sentencia correspondiente, y por una sola vez.

Mientras que tanto en la demanda como en la contestación a la misma, las partes tienen la obligación de ser claras y precisas. En esos mismos escritos deberán ofrecer todas sus pruebas relacionándolas con los hechos que pretendan probar y presentar todos los documentos respectivos, salvo lo indicado en el párrafo anterior.

Siempre que las pruebas ofrecidas sean contra la moral o el derecho, o no se ajusten a lo mencionado con anterioridad, o bien se refieran a hechos imposibles, notoriamente inverosímiles o no controvertidos por las partes, el juez las desechará de plano.

El juez resolverá sobre la admisión o desechamiento de pruebas en el auto que tenga por contestada o no la demanda. En el mismo auto, el juez dará vista al actor con las excepciones opuestas por el demandado, por el término de tres días y señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas alegatos y sentencia. Esta audiencia deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a aquél en que haya concluido el plazo fijado para que el actor desahogue la vista a que se hace mención.

La preparación de las pruebas quedará a cargo de las partes, por lo que deberán presentar a sus testigos, peritos, documentos públicos y privados, pliego de posiciones y demás pruebas que les hayan sido admitidas.

Cuando las partes tengan que rendir prueba testimonial o pericial para acreditar algún hecho, deberán ofrecerla en los escritos de demanda o contestación, señalando el nombre y apellidos de sus testigos y de sus peritos, en su caso, y exhibir copia de los interrogatorios al tenor de los cuales deban ser examinados los testigos o del cuestionario para los peritos.

El juez ordenará que se entregue una copia a cada una de las partes, para que al verificarse la audiencia puedan formular repreguntas por escrito o verbalmente.

La prueba de inspección ocular deberá ofrecerse con igual oportunidad que las anteriores.

Al promoverse la prueba pericial, el juez hará la designación de un perito, o de los que estimen convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar también un perito para que se asocie al nombrado por el juez o rinda dictamen por separado. La prueba pericial será calificada por el juez según prudente estimación.

Si llamado un testigo o solicitado un documento que haya sido admitido como prueba, ésta no se desahoga por causa imputable al oferente, a más tardar en la audiencia, se declarará desierta, a menos que exista una causa de fuerza mayor debidamente comprobada.

El juez debe presidir la audiencia, ordenar el desahogo de las pruebas admitidas y preparadas, y dar oportunidad a las partes para alegar lo que a su derecho convenga, por escrito o verbalmente, sin necesidad de asentarlo en autos en este último caso. Acto continuo, el juez dictará sentencia, la que será apelable únicamente en efecto devolutivo.

Por lo que obtenido el valor de avalúo de los bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1414 bis, se estará a lo siguiente:

I. Cuando el valor de los bienes sea igual al monto del adeudo condenado, quedara liquidado totalmente el crédito respectivo, sin corresponder en consecuencia acción o derecho alguno a la parte actora para ejercitar o hacer valer con posterioridad en contra del demandado, por lo que respecta al contrato base de la acción. En este caso, el acreedor o el fiduciario, según corresponda, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía;

II. Cuando el valor de los bienes sea menor al monto del adeudo condenado, el acreedor o fiduciario, según corresponda, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía y conservara las acciones que en derecho le corresponda, por la diferencia que no le haya sido cubierta, conforme lo establecen las leyes correspondientes.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior, a los créditos a la vivienda por un monto inferior a 100,000 unidades de inversión (UDIS), siempre que se haya pagado cuando menos el 50% del saldo insoluto del crédito. En este caso el valor del bien dado en garantía, actualizado a UDIS, responderá por el resto del crédito otorgado, sin corresponder en consecuencia acción o derecho alguno sobre otros bienes, títulos o derechos que no hayan sido dados en garantía a la parte actora para ejercitar o hacer valer con posterioridad en contra del deudor, por lo que respecta al contrato base de la acción.

En ningún caso y bajo ninguna forma se podrá renunciar a este derecho;

III. Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto del adeudo condenado, la parte acreedora o la fiduciaria, según se trate y una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos generados, entregara al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes.

La venta a elección del acreedor o fiduciario se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, mediante el procedimiento siguiente:

a) Se notificara personalmente al deudor, conforme a lo señalado en el Libro Quinto, Capítulo IV, del Título Primero del Código de Comercio, el día y la hora en que se efectuara la venta de los bienes a que se refiere el inciso siguiente. Dicha notificación deberá realizarse con cinco días de anticipación a la fecha de la venta;

b) Se publicara en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes por lo menos con cinco días hábiles de antelación, un aviso de venta de los mismos, en el que se señale el lugar, día y hora en que se pretenda realizar la venta señalando la descripción de los bienes, así como el precio de la venta determinado conforme al artículo 1414 bis.

En dicha publicación podrán señalarse las fechas en que se realizaran, en su caso, las ofertas sucesivas de venta de los bienes. Cada semana en la que no haya sido posible realizar la venta de los bienes, el valor mínimo de venta de los mismos, se reducirá en un 10%, pudiendo el acreedor, a su elección, obtener la propiedad plena de los

mismos cuando el precio de dichos bienes este en alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones I o II antes mencionados.

El deudor que desee que se realicen mas publicaciones relativas a la venta de los bienes podrá hacerlo directamente a su costa, y

c) Realizada la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuera superior al monto del adeudo, el acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos incurridos para la venta, en efectivo, cheque de caja o mediante billete de deposito a favor del deudor a través del fedatario; lo anterior con fundamento en el artículo 1414 Bis 17.

En caso de incumplimiento de la parte actora a lo señalado en la fracción III, inciso c), el juez lo apercibirá con las medidas de apremio antes mencionadas, y le ordenara pagar una pena equivalente de cien y hasta tres mil veces, el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal en las fechas de incumplimiento, por día transcurrido, mientras subsista el incumplimiento, lo anterior de acuerdo con el artículo 1414 Bis 18.

Y con fundamento en el artículo 1414 Bis 19, el acreedor o fiduciario, en tanto no realice la entrega al deudor del remanente de recursos que proceda en términos antes citados por la venta de los bienes objeto de la garantía, cubrirá a este, por todo el tiempo que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a dos veces el costo

de captación a plazo de pasivos denominados en moneda nacional (CCP), que mensualmente da a conocer el Banco de México, mediante publicaciones en el Diario Oficial de la Federación.

Por último el artículo 1414 Bis 20 nos indica que en los procedimientos que se ventilen conforme a lo señalado en el Capítulo que hace referencia al Procedimiento Judicial de Ejecución, no se admitirán incidentes y las resoluciones que se dicten podrán ser apeladas sólo en efecto devolutivo, por lo que en ningún caso podrá suspenderse el procedimiento, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo 1414 bis 10.³⁶

Además de que en todo lo no previsto en este Capítulo serán aplicables las disposiciones contenidas en el Título III del Libro V, del Código de Comercio.

³⁶ Artículo 1414 BIS 10.-...

El juez, bajo su más estricta responsabilidad, revisará la contestación de la demanda y desechará de plano todas las excepciones notoriamente improcedentes, o aquéllas respecto de las cuales no se exhiba prueba documental o no se ofrezcan las pruebas directamente pertinentes a acreditarlas.

CAPITULO IV

OBSERVACIONES DEL MARCO LEGAL RESPECTO AL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1. DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

1.1 PROPUESTA DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE
GARANTÍA COMO ACTO JURÍDICO.

2. RESPECTO AL PERFECCIONAMIENTO DEL DENOMINADO
FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

2.1 PROPUESTA RESPECTO AL PERFECCIONAMIENTO DEL
DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

3. RESPECTO AL REGISTRO DEL DENOMINADO
FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

3.1 PROPUESTA RESPECTO AL REGISTRO DEL DENOMINADO
FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

4. RESPECTO A LA GRADUACIÓN Y PRELACIÓN DEL
DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

4.1 PROPUESTA RESPECTO A LA GRADUACIÓN Y
PRELACIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE
GARANTÍA.

1. DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Como se ha mencionado en el presente trabajo, la magnitud del denominado fideicomiso de garantía es muy amplia, por lo que en el presente trabajo se pretende abordar sólo algunos puntos sobre esta figura: es por lo que se comenzara citando algunas definiciones existentes del denominado fideicomiso de garantía, en un principio ha de considerarse al denominado fideicomiso de garantía de la siguiente manera:

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se contempla sólo al fideicomiso en general en su Título Segundo, Capítulo Quinto Sección Primera, como se ha hecho referencia en el capítulo anterior, por lo que de una manera más particularizada respecto al denominado fideicomiso de garantía, es de procederse a mencionar las acepciones que hacen por una parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la que alguna vez realizó la Comisión Nacional Bancaria de Valores, en donde la Comisión Nacional Bancaria de Valores los define como: "Los fideicomisos de Garantía son aquellos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero"³⁷; mientras que respecto al denominado fideicomiso de garantía tenemos las siguientes tesis aisladas que nos indican:

FIDEICOMISO, CONCEPTO DE.

³⁷ Ortiz Soltero, Sergio Monserrat, *op. cit.*, p. 165.

El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto válido en sentido diverso.

Séptima Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 97-102 Séptima Parte

Página: 71

Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Rogelio Camarena Cortés:

FIDEICOMISOS DE GARANTÍA.

La circunstancia de que, en opinión del tratadista Rodolfo Batiza, el fideicomiso de garantía se haya empleado inicialmente para el efecto de garantizar préstamos concedidos por las propias Instituciones fiduciarias, hasta que la Ley prohibió tal procedimiento, no significa, ni puede significar, que todo crédito garantizado por un fideicomiso deba presumirse procedente de una operación de mutuo, ya que esa figura jurídica, al igual que la letra de cambio, puede emplearse para las más diversas y heterogéneas finalidades:

Sexta Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LI, Tercera Parte

Página: 57

Revisión fiscal 232/61. Oreste Villa y Piera Canale de Villa. 4 de septiembre de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

De las tesis aisladas antes mencionadas hay que considerar que si bien es cierto sobre el fideicomiso en general y respecto al denominado fideicomiso de garantía no existe hasta la fecha de elaboración del presente trabajo una jurisprudencia que indique el criterio a seguir respecto a las figuras antes mencionadas; pues sólo existen tesis aisladas, y como consecuencia no existe un criterio uniforme entre estas; es por lo que se presentan en este trabajo las que de alguna forma están acorde a la propuesta que se presenta, de las tesis antes

presentadas es de mencionarse en cuanto a la primera que la esencia del denominado fideicomiso de garantía se mantiene pero es de resaltarse que se habla de la titularidad, la segunda tesis se contempla la diversidad de la figura que se comenta tiene, y de ahí la necesidad de ir puliendo su naturaleza y principios fundamentales de esta.

En cuanto a su naturaleza es de mencionarse que se ha considerado al denominado fideicomiso de garantía como un negocio jurídico, esto con fundamento en las reformas del 13 de junio del 2003, tal como se menciona en los antecedentes del dictamen de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público.³⁸

38

No. 99 Año 2003Martes

15

de

Abril

3º Año de

Ejercicio. Segundo Periodo Ordinario

DE LAS COMISIONES UNIDAS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, EL QUE CONTIENE PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES, DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS, DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS Y DE LA LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO.

COMISIONES UNIDAS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS

HONORABLE ASAMBLEA:

A las comisiones que suscriben, fue turnada para su estudio y dictamen, la minuta con proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, aprobada por la Honorable Cámara de Diputados, en términos de lo dispuesto por el artículo 72, inciso e), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los CC. Senadores integrantes de estas Comisiones realizaron diversos trabajos a efecto de revisar el contenido de la minuta, con el objeto

expresar sus observaciones y comentarios a la misma e integrar el presente Dictamen.

Con base en las referidas actividades y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 86 y 94 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 87 y 88 del Reglamento para el Gobierno Interior del propio Congreso, estas Comisiones someten a la consideración de esta Honorable Asamblea el siguiente

D I C T A M E N

I. Antecedentes.

La minuta corresponde a la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal durante el mes de mayo de 2002, y que fue dictaminada por estas mismas comisiones, aprobándose el dictamen correspondiente el día 3 de diciembre de 2002.

La Cámara de Diputados, en su carácter de cámara revisora, decidió efectuar algunas modificaciones a la minuta de mérito, razón por la cual ha sido turnada para efectos de lo dispuesto por el inciso e), del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. Consideraciones generales.

1. Las modificaciones legales a diversos ordenamientos de índole financiero y mercantil, que tienen como finalidad establecer un marco jurídico confiable y seguro que incentive el otorgamiento del crédito.

2. Las reformas propuestas en la minuta de mérito, tratan, principalmente, de perfeccionar dos figuras jurídicas: la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía.

3. No obstante, la Colegisladora consideró pertinente eliminar la reforma al artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, relativa a la exigibilidad de los créditos garantizados con prenda sin transmisión de posesión en caso de concurso mercantil, situación que ya está prevista en la ley específica.

4. En los artículos 381 y 382 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se propone conservar la naturaleza del fideicomiso como negocio jurídico y, por ende, no calificarlo como contrato.

5. Se suprimen las modificaciones y adiciones a los artículos 1410, 1410 Bis y 1410 Bis 1 del Código de Comercio, relativas a la incorporación de normas relativas a la preparación del remate y venta judicial de inmuebles, permitiendo al juez ordenar al ejecutado que desocupe y entregue los bienes correspondientes, a efecto de que el procedimiento de remate se rija por las disposiciones generales previstas en el Código de Comercio y en los Códigos de Procedimientos Civiles respectivos.

6. Se realizan ajustes menores a los artículos relativos al procedimiento de ejecución y se especifica en una disposición transitoria que las modificaciones objeto del presente dictamen no implican una aplicación retroactiva de la ley, al señalar que no se aplicará a los contratos celebrados con anterioridad al inicio de su vigencia.

7. Las Comisiones dictaminadoras expresan su conformidad con los motivos aducidos por la Colegisladora en relación con las modificaciones por ella realizadas y tienen por reproducidas en el presente, las consideraciones vertidas en el dictamen aprobado por este Senado de la República el día 3 de diciembre de 2002, relativo a la minuta objeto del presente.

Pero considero que lo anterior es inadecuado, en primer lugar porque a título personal creo que nuestra legislación se inclina por la teoría francesa, es decir en la que se consideran al acto jurídico, y la alemana es la que considera al negocio jurídico, por lo que si en nuestro país se esta por la teoría francesa, de donde ha de aplicarse se mencionado negocio jurídico, no se ve la intención de utilizarlo para determinar al denominado fideicomiso de garantía.

Respecto al denominado fideicomiso de garantía es de considerarse como un acto jurídico por los siguientes puntos a tratar:

La teoría francesa considera a los hechos jurídicos *latu sensu* hechos jurídico *strictu sensu* y a los actos jurídicos.

La clasificación tradicional de los hechos jurídicos del siglo XIX que consideró en forma única la existencia de dos especies correspondientes al género hecho jurídico que son: 1. Hecho jurídico en *stricto sensu*, y 2. Acto jurídico, y respecto al hecho jurídico en sentido amplio, las consecuencias de derecho pueden generarse por un acontecimiento puramente material, es decir, con total exclusión de la actividad humana, o por el contrario, por un suceso para cuya realización se requiera la intervención del hombre, pudiendo éste

8. En consecuencia, y toda vez que por virtud de las modificaciones legales contenidas en la minuta que se dictamina se pretende perfeccionar los mecanismos jurídicos que incentiven el otorgamiento del crédito en beneficio del propio desarrollo económico nacional, estas Comisiones estiman que el presente dictamen debe de ser aprobado en sus términos.

Por lo anterior, y con fundamento en los artículos 86 y 94 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 87 y 88 del Reglamento para el Gobierno Interior del propio Congreso, las Comisiones se permiten someter a la consideración del Honorable Senado de la República, la aprobación del siguiente dictamen con proyecto de: ...

FUENTE: Pagina de Internet de la Cámara de Senadores: www.senado.gob.mx.

desempeñar variados papeles en su verificativo, es decir participando de manera pasiva, esto es siendo objeto de hecho y no sujeto, que con el elemento humano se cristalice la manifestación de la voluntad, tanto realizadora del acontecimiento como resultado de las consecuencias jurídicas y ser su representación voluntaria factor fundamental para que tenga lugar el hecho más no la causa del nacimiento de las consecuencias jurídicas.

Se debe de considerar dos clases de hechos jurídicos de una forma estricta, hechos de naturaleza y hechos voluntarios, por lo que se puede precisar al hecho jurídico material o también conocido de naturaleza diciendo que es el suceso realizado sin intervención de la voluntad humana, que es creador transmisor, modificador o extintor de obligaciones y derechos, y como ejemplo se puede mencionar un terremoto; mientras que a los hechos jurídicos voluntarios podemos definirlos diciendo que son los acontecimientos que producen consecuencias de derecho y en cuya realización intervienen en mayor o menor grado de voluntad, más no para la producción de tales consecuencias jurídicas que provocan; estos siguiendo a la concepción tratadista francesa, admiten dividirse en lícitos e ilícitos, así pues tenemos que los lícitos son cuasi - contratos y los ilícitos son delitos y cuasi - delitos.

Por lo que podemos mencionar que Pothier denomina al cuasi - contrato el hecho de una persona permitido por la ley, que la obliga hacia otra, sin que en ambas exista un convenio; mientras que a los

delitos y cuasi - delitos son diferentes de los cuasi - contratos en que el hecho de donde resulta el cuasi - contrato esta permitido por la ley en cambio el que constituye el delito o el cuasi - delito es un hecho condenable³⁹, los delitos y cuasi - delitos, también tienen como común denominador a la presencia de la voluntad cuando se realizan, pero esta tampoco interviene en la creación de las consecuencias producidas.

Una vez mencionado el hecho jurídico en sentido restringido, como especie de su género hecho jurídico y respecto del cual puede haber total exclusión de una voluntad humana, o si esta llega a intervenir, sólo será en la realización del acontecimiento pero no en la creación de consecuencias jurídicas, así pues es pertinente comentar respecto del acto jurídico como especie del genero mencionado, en el mismo sentido de la doctrina francesa hacen referencia en hacer distinción entre hecho en stricto sensu y acto jurídico y para definirlo podemos citar a Bonnetcase quien nos dice que el acto jurídico es: una manifestación de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un efecto jurídico limitado, que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho. Mientras que para Ripert y Boulanger el acto jurídico lo define: "se llama con ese nombre (actos jurídicos) los actos que se llevan a cabo para realizar uno o varios

³⁹ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 53ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 184 y ss.

efectos de derecho" 40, mientras que retomamos a Borja Soriano que indica que el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su actor, porque el derecho sanciona esa voluntad y por último retomo a Rojina Villegas quien dice que acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Respecto a la teoría alemana tiene una categoría específica de actos jurídicos, con independencia de los distintos tipos que puedan clasificarse de éstos, esto es no especie en cuanto a que sean actos jurídicos unilaterales y bilaterales, consensuales, formales y solemnes, sino que difiere de sí el acto jurídico estrictamente hablando debido a función que la voluntad desempeña en su realización y en la creación de los efectos de derecho deseados por el autor: es decir se trata del *negocio jurídico*.

Por lo que los hechos jurídicos en *stricto sensu* pueden ser: 1. Los producidos por la naturaleza con total abstracción de toda intervención, activa o pasiva, del hombre, como por ejemplo el caso de un terremoto..., 2. Producidos por la naturaleza, pero referidos pasivamente a la persona humana, por lo cual podríamos llamarlos humanos involuntarios, como la muerte natural o el nacimiento; y C)

40 Apud Ripert y Boulanger, Tratado de Derecho Civil, Trad. Esp. , EDS La Ley Buenos Aires, 1963, T. I, p. 415, Citado por el Doctor en Derecho Jorge Alfredo Domínguez Martínez, en su obra *El Fideicomiso*, Editorial Porrúa, 9ª Edición, México, 2001, página 14.

Producidos voluntariamente – activamente - por el hombre, como el homicidio intencional, en el que si es verdad que el acontecimiento en el hecho de matar a un ser humano es realizado con plena voluntad por el autor del homicidio, sin embargo en razón de que las consecuencias que dicho acto produce en el campo del derecho no son deseados por aquél, y que aun en el supuesto de que las deseara, teniendo dicho acontecimiento – el hecho de matar a una persona- el carácter ilícito.

Podemos entender al acto jurídico stricto sensu en oposición al negocio jurídico, y definiéndolo como toda manifestación de la voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el marco legal ya le ha designado consecuencias de *jure* que por su verificación se actualizará; es decir la conducta del sujeto se limita a someterse conscientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya establecidas en los dispositivos y con la verificación del acto, nacen *ipso jure*, esas consecuencias, con la voluntad de crear transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, llegando al punto en que la voluntad pueda ser irrelevante para la producción de las consecuencias de derecho (delito).

Respecto del negocio jurídico retomando la exposición en el Capítulo II y la autonomía de la voluntad privada podemos indicar que de conformidad con un orden jurídico determinado, en el campo en que pueda desplazarse la autonomía de la voluntad privada pueda considerarse estrecho, o bien que abarque vastas extensiones, esto es ya

sea en un régimen individualista la autonomía de la voluntad tendrá su máxima expresión, pero si se trata de un régimen político - jurídico en el que el individuo ya no es considerado como tal, sino como miembro de un grupo social, su facultad liberal se encuentra subordinada al interés de grupo, además de que el individuo para vivir y desarrollarse en la sociedad a necesitado y seguirá necesitando un margen de libertad que el Estado debe reconocerle, esto para permitirle crear una serie de figuras motivadoras de relaciones jurídicas las cuales regula su conducta de él hacia los demás y viceversa.

Las relaciones antes mencionadas son de carácter jurídico que las partes que lo forman le otorgan y que el objeto de dichas relaciones es cambiar, enajenar o adquirir bienes que satisfagan sus necesidades, ofrecer o solicitar servicios de otras personas, o agruparse para obtener mejores beneficios de los que se pudiera conseguir de manera individual por medio de una actividad honesta.

La libertad para autorregularse que el Estado le confiere mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, es la que da origen cuando se ejercita a la creación o aceptación de negocios jurídicos, es decir aquellos acontecimientos en los que ejerciendo la libertad antes mencionada cuando exteriorizan su intención sus creadores no solo desean el acontecimiento sino que también desean el nacimiento de las consecuencias jurídicas; por lo que se puede decir que el negocio jurídico puede ser considerado como un

acontecimiento cuya naturaleza es que el particular dicte y se dé normas así como con las personas que lo pacte.

Una vez visto lo anterior a continuación retomaremos algunas definiciones de negocio jurídico que a continuación se citan; por ejemplo Enneccerus considera tres grupos capitales de actos jurídicos: declaraciones de voluntad, en los que considera que son actos negociables, es decir negocios jurídicos, pues la realización de los mismos implica exteriorizaciones de la voluntad del particular dirigida a un efecto jurídico; mientras que los actos de derecho, el efecto jurídico no se determina por el contenido de la voluntad sino directamente y con carácter forzoso por la ley, pero dentro de estos últimos el mismo autor reconoce una categoría de actos de derecho semejantes a los del negocio jurídico, pues si bien es cierto que el efecto jurídico se produce *ex lege* y no *ex voluntate*, su autores lo realizan con la conciencia de los efectos jurídicos a producirse e inclusive habría ocasiones en que la voluntad tendiera a realizarlos; por lo que a este tipo el autor recomienda que sean tratados en cuanto a sus regla generales de una manera similar a los negocios jurídicos, dicho de otra forma se le deberán de aplicar en su trato a manera de común denominador, todo lo relativo a la capacidad del autor para celebrar negocios jurídicos al error, al dolo, a la invalidez, etc.; por último considera a los actos contrarios a derecho.

Mientras que De Gasperi define al negocio jurídico como una declaración de voluntad, o complejo de declaraciones de voluntad

encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y garantiza.

Mientras que para Pugliatti habla de los actos en cuanto a la intervención de la voluntad y hace mención a tres clases que son: libres, vinculados y semivinculados, clasificando a los negocios jurídicos dentro de los primeros, lo anterior bajo el razonamiento de que éstos expresan planamente la autonomía del sujeto jurídico.

Por lo que de lo expuesto con anterioridad los que están a favor del negocio jurídico hacen referencia al acto en sentido estricto y al negocio jurídico que tienen características en común, como por ejemplo que en los dos interviene la voluntad en su realización, pero es bueno mencionar que la diferencia que sustentan entre estos: que los actos en sentido estricto los efectos no son obra de la voluntad de quien lo realizó; mientras que en los negocios jurídicos son considerados como manifestaciones de la voluntad con el objeto de crear determinadas consecuencias de índole jurídico; y es de considerar que por la influencia de la doctrina francesa en la mexicana la mayoría de los nacionales omiten el negocio jurídico.

Mientras que Villoro Toranzo mencionaba que en sentido amplio la doctrina de derecho distingue tres especies de actos jurídicos en sentido amplio, que son los delitos, los actos jurídicos en sentido propio y los negocios jurídicos; los primeros o sea los delitos son verdaderos actos jurídicos, la distinción entre los dos siguientes se fundamenta en la doctrina alemana, la que diferencia los actos propiamente dichos de

los negocios jurídicos ya que nacen de la intención libre y consciente del hombre, ambos producen consecuencias de derecho que se responsabilizan a sus creadores, pero sólo en los negocios jurídicos se encuentra la voluntad deliberada de crear consecuencias jurídicas que obligue a sus creadores, por lo que determina que existe una especie de actos jurídicos que son la de los negocios jurídicos.

Como puede apreciarse una vez mencionadas las dos posturas a favor del negocio jurídico o del acto jurídico, se puede concluir que la principal diferencia teórica entre ambos es la "autonomía de la voluntad privada" a que se ha hecho mención, pero creo que la determinación del denominado fideicomiso de garantía como negocio jurídico no es adecuado; en primer lugar por la influencia francesa a que se ha hecho referencia en el presente trabajo sobre nuestro sistema jurídico existente, con la que no creo que existiera problema alguno; en segundo lugar no creo que la teoría del negocio jurídico aporte algo a nuestro sistema, en primer punto porque considero que esencialmente son lo mismo su diferencia puede ser doctrinal, esto es por la teoría que se incline uno u otro, es por lo que en el presente trabajo se presenta una postura por unificar el criterio con la teoría que ha prevalecido y que como se ha mencionado ha sido acorde a nuestras necesidades, siendo perfectible como todo, e incluso se puede retomar respecto a la teoría francesa que considera a los hechos jurídicos *latu sensu*, hechos jurídico *strictu sensu* y a los actos jurídicos, por lo que a de entenderse por hechos jurídicos *latu sensu*

que "es el acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de derecho."⁴¹

Mientras que por hechos jurídico *strictu sensu* ha de entenderse "es una manifestación de la voluntad que genera efectos de Derecho independientemente de la intención del actor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos."⁴²

Y respecto a los actos jurídicos, estos pueden ser considerados de la siguiente forma "una manifestación externa de la voluntad de un sujeto de derecho, que: crea, modifica transmite, declara o extingue derechos u obligaciones."⁴³

Mientras que respecto al negocio jurídico se puede definir retomando lo dicho por De Gasperi quien lo define: como una declaración de voluntad, o complejo de declaraciones de voluntad encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y garantiza.

Por lo que después de que se ha mencionado que la supuesta diferencia entre una o otra es la "autonomía de la voluntad privada", luego entonces, porque crear una confusión entre estos conceptos, un análisis similar se podría hacer en la diferencia existente entre

⁴¹ Galindo Grafías, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso*, Editorial Porrúa, 9ª. Edición, México, 1989, p. 204.

⁴² Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, 8ª. Edición, México, 1991, p. 125.

⁴³ Acosta Romero, Miguel y Martínez Arroyo, Laura, *Teoría General del Acto Jurídico y Obligaciones*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 19.

contrato y convenio atendiendo a la redacción del los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, ya que de la literalidad de los artículos antes mencionados ha de determinarse que un contrato es un convenio, es una especie del genero que se diferencia por el alcance que uno pueda tener en comparación al otro, con lo anterior se busca simplificar el sistema jurídico mexicano para su aplicación; por lo que pienso que se ha de considerar que la naturaleza del denominado fideicomiso de garantía es un acto jurídico. es decir se puede considerar una que existe una diferencia teórica más que practica entre acto jurídico y negocio jurídico, más que nada referente a como se le llama a los conceptos.

Es por lo que el utilizar el acto jurídico por coherencia y simplificación de nuestro sistema jurídico es de concluirse que en nuestra legislación sólo el Código Civil de la Entidad Federativa de Quintana Roo contempla al negocio jurídico como tal.⁴⁴

Es por lo que considero que ha de considerarse al denominado fideicomiso de garantía como un acto jurídico en primer lugar.

Mientras que tomando como referencia el marco jurídico actual no existe una definición propia del denominado fideicomiso de garantía que delimite sus características y alcances, por lo que tomando en consideración la definición actual que de acuerdo con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tenemos que la definición del fideicomiso en general es: "En virtud del fideicomiso, el

⁴⁴ V. Código Civil de Quintana Roo, en su Libro Primero, Parte General, Título Tercero respectivamente.

fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

De la definición anterior me permito cuestionar si tal cual ha de ser correcto aplicarse al denominado fideicomiso de garantía, ya que por su importancia tiene una sección independiente del fideicomiso general en la mencionada ley, y si bien es cierto que con lo que propongo a continuación no se pretenda creer que se quiera extraer del la generalidad al denominado fideicomiso de garantía si determinar algunos puntos que por su finalidad considero pudieran atribuirle en la sección antes referida, a parte de determinar su naturaleza.

Lo que planteo es referente a los bienes objeto del denominado fideicomiso de garantía, partiendo de la determinación del denominado fideicomiso de garantía como acto jurídico, de la definición antes mencionada creo que no es propio el indicar que se “transmite”, pues considero que más bien se “afectan” dichos bienes en las condiciones que se establecen en el denominado fideicomiso de garantía, es decir los bienes objeto del denominado fideicomiso de garantía se destinan a un fin determinado y por obvias razones debe de ser lícito, es decir no considero que se cree un patrimonio, en primer lugar quien será en titular de éste, no considero que pueda existir un patrimonio sin titular pues la mayoría de los juristas y que por poner un ejemplo a

García Máynez hace resaltar la necesidad de la presencia de éste para la existencia de aquel.

Y en dado caso en el supuesto de que existiese una transmisión de la propiedad a la fiduciaria, ha de comentarse lo siguiente, de conformidad con los artículos 1858 y 1859 del Código Civil aplicados de manera supletoria al denominado fideicomiso de garantía, es de considerarse que con respecto a la fiduciaria y los bienes considero que el denominado fideicomiso de garantía si tiene determinados matices del mandato, pero no considero al denominado fideicomiso de garantía como un mandato, lo anterior es porque en el denominado fideicomiso de garantía es constituido para garantizar obligaciones del fideicomitente, quien se encarga de ejecutarlo es la institución fiduciaria a petición del fideicomitente, luego entonces se "afectan" bienes para un fin lícito y determinado, el garantizar, el cual es ejecutado por la institución fiduciaria, y su función es limitada de acuerdo al fin del fideicomiso de garantía, pero si partimos de la idea de que el denominado fideicomiso de garantía es un acto jurídico, y con la idea antes propuesta es aplicable el razonamiento de Sánchez Medal, de que en el denominado fideicomiso de garantía se dan obligaciones análogas a las de un mandatario ya que el fiduciario debe de realizar determinados actos jurídicos en interés de otra persona y debe igualmente rendir cuentas de su actuación, además de que se advierte una "función instrumental", pues no se agota la finalidad o contenido

de éste con su celebración, sino que se prepara una situación jurídica para actos posteriores.⁴⁵

Es por lo que en el denominado fideicomiso de garantía no debería de haber transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino sólo se le confiere a ella de legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del denominado fideicomiso de garantía.⁴⁶

Así siguiendo la línea establecida también hay en el denominado fideicomiso de garantía características del depósito cuando los bienes estén a su cargo e incluso de arrendamiento, lo anterior tomando como referencia los derechos y obligaciones de la institución fiduciaria.

Es decir el ser responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa, dado el caso de que se encuentren con él, es decir en depósito; es obligación de la fiduciaria el regresar los bienes al fideicomitente para extinguir el fideicomiso si no se pacto otra cosa en el acto constitutivo del denominado fideicomiso de garantía o en los actos modificadores posteriores del mismo, es decir se le transmiten algo que no es de su propiedad, para garantizar obligaciones que no son de él, claro la idea de la transmisión es manifestada para agilizar el proceso en caso de incumplimiento, pero que a caso no existen establecidos en el Código de Comercio procesos de ejecución, por lo que deberá de cumplir puntualmente con los fines pactados en él o los

⁴⁵ Sánchez Medal Ramón, *De Los Contratos Civiles*, 18ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 589.

⁴⁶ Sánchez Medal Ramón, *op. cit.* p.600

fideicomisos respectivos, es decir, como se indico antes, tiene características de mandatario, deberá de informar al fideicomitente o fideicomisario, según lo pactado sobre la situación financiera del patrimonio fideicomitado, aspecto del mandato

Además de ser considerado al denominado fideicomiso de garantía como un acto jurídico en el que se afectan los bienes, puede ser considerado también como un acto de comercio ya que como se indico el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y con fundamento en el Código de Comercio en su artículo 1, puede indicarse que es un acto de comercio y relacionándolo con el artículo 75 Fracciones XIV y XXIV por lo que se puede indicar que la operación de crédito es aquella en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la confianza que inspira o en la solvencia de que goza, y se puede considerar a la operación bancaria como cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene ya sea como parte principal o accesoria; esto es que las operaciones bancarias tiene como denominador común que consisten en una serie de operaciones de crédito, que las caracteriza como las que implica una afectación actual de propiedad bienes o derechos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor. esto es la operación bancaria es aquella operación de crédito practicada por un

banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares.

Respecto a la fracción XXIV esta clara su redacción, esto es que la ley reputa actos de comercio a las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos Y Operaciones de Crédito, por lo que se puede calificar al fideicomiso como una acto de comercio que puede ser encuadrado como operación bancaria en la que la obligación de la fiduciaria deberá cumplirse con posterioridad a la celebración de un acto jurídico que es el denominado fideicomiso de garantía y además, por tener lugar dicha celebración preponderantemente con base en la confianza que la institución inspira debido a su confiabilidad para el manejo, esto es, se habla de una operación de crédito, y además he de comentar que en el denominado fideicomiso de garantía existe derecho preponderantemente real, reconociendo un derecho personal existente, con esto no se quiere decir que el derecho personal se convierta en real sino que subsistiendo, se añade un derecho real de garantía.

1.1 PROPUESTA DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO ACTO JURÍDICO.

Si bien el denominado fideicomiso de garantía es una especie respecto al fideicomiso en general, es de considerar que dentro de la definición que se propone ha de resaltarse los siguientes puntos:

1) Si bien es cierto que el denominado fideicomiso de garantía es propuesto como un acto jurídico, por lo anterior creo pertinente mencionar que puede ser considerado como un acto de comercio con

fundamento en el artículo 75 del Código de Comercio, en su fracción XIV que hace referencia a las operaciones bancarias, es decir tomando en consideración cuando la institución fiduciaria es un banco, ya que en opinión personal creo que éste es la institución fiduciaria por excelencia, pues indica que el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y además he de comentar que en el denominado fideicomiso de garantía existe derecho preponderantemente real, reconociendo un derecho personal existente, con esto no se quiere decir que el derecho personal se convierta en real, sino que subsistiendo, se añade un derecho real de garantía.

2) Respecto a los bienes es de considerarse que no se han de dar propiedad, sino se han de afectar y la propiedad seguirá siendo del fideicomitente, criterio que comparte el Doctor en Derecho Domínguez Martínez Jorge Alfredo,⁴⁷ es aquí donde se considera que existe dentro del denominado fideicomiso de garantía respecto a la institución fiduciaria con los bienes una relación que contiene características de mandato, arrendamiento y depósito por mencionar algunos con fundamento en los artículos 1858 y 1859 del Código Civil.

Se propone las reformas, adiciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Título Segundo Capítulo Quinto Sección

⁴⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Dos Aspectos de la Esencias del Fideicomiso Mexicano*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 19 y 20.

Segunda referente al denominado Fideicomiso de Garantía, quedando las modificaciones como se citan a continuación:

En la Sección Segunda del Capítulo Quinto del Título Segundo de la Ley de Títulos y operaciones de Crédito de la forma siguiente:

El artículo 395 reformarlo, correr su texto original a un artículo 395 Bis y quedar:

“Artículo 395.- El fideicomiso de garantía en un acto jurídico en virtud del cual el fideicomitente afecta a favor de una institución fiduciaria uno o más bienes o derechos, según sea el caso, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una o varias obligaciones y su preferencia en el pago; el importe podrá ser una cantidad determinada al momento de la constitución de la garantía o determinable al momento de su ejecución.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del acto que constituya al fideicomiso de garantía.

Por lo que desde el momento mismo de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá de designar a la institución que fungirá como fiduciaria y esta manifestar su aceptación a dicho cargo, para la existencia del fideicomiso.

Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones, de los denominados fideicomisos de garantía a que refiere esta ley, deberán ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad en el caso de bienes inmuebles además Registro Público de Comercio del lugar o lugares en

los cuales se encuentren ubicados los bienes o, en los casos que proceda, en el Registro Especial que corresponda según su naturaleza.”

2. RESPECTO AL PERFECCIONAMIENTO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

La constitución del denominado fideicomiso de garantía, como ya se ha mencionado deberá de realizarse por escrito según el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y pueden ser objeto del denominado fideicomiso de garantía bienes muebles e inmuebles, respectivamente, así tenemos que:

Cuando el fideicomiso sea constituido sobre bienes inmuebles, deberá de inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados, el fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en este supuesto desde la fecha de inscripción, lo anterior con fundamento el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Mientras que cuando el fideicomiso recaiga sobre bienes muebles, surtirá sus efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

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

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

3. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Lo anterior con apoyo en el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Y relacionándolo en el caso de bienes muebles con los artículos 398 y 399 que respectivamente indican:

Artículo 398

Tratándose de fideicomisos de garantía sobre bienes muebles, las partes podrán convenir que el o los fideicomitentes tendrán derecho a:

I. Hacer uso de los bienes fideicomitados, los combinen o empleen en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso de garantía en cuestión:

II. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y

III. Instruir al fiduciario la enajenación de los bienes fideicomitados, sin responsabilidad para éste, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde con el curso normal de las actividades del fideicomitente. En estos casos cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el fiduciario reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

El derecho que tengan el o los fideicomitentes para instruir al fiduciario la enajenación de los bienes muebles materia del fideicomiso conforme al párrafo anterior, quedará extinguido desde el momento en que se inicie el procedimiento previsto en el artículo 403 de esta Ley, o bien cuando el fiduciario tenga conocimiento del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución previstos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio.

Artículo 399. Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las partes deberán convenir desde la constitución del fideicomiso:

I.En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos;

II.Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos;

III.La persona o personas a las que el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que el fiduciario deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;

IV.La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;

V.La forma de valorar los bienes fideicomitidos, y

VI. Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen su valor.

En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

Y que conforme al artículo 404 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando el fideicomiso de garantía se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil unidades de inversión, las partes deberán de ratificar sus firmas ante fedatario público

Artículos que de alguna manera se habían tocado en el Capítulo II de presente trabajo, pero es pertinente señalar que considero que es oportuno que cuando se afecten en fideicomiso bienes muebles, los bienes que constituyan la deberán identificarse pormenorizadamente, independientemente de que el fideicomitente afecte en el fideicomiso todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante, lo anterior para dar más certeza de los bienes que son objeto del denominado fideicomiso de garantía, toda vez para llevar un mejor control del movimiento del fideicomiso, situación de los bienes y facilitar el inventario que deberá de realizar la institución fiduciaria y en general el determinar las obligaciones referentes a ellos.

Además de que en caso de conflicto sobre estos poder determinar su situación de una forma más precisa y en el caso de prelación y

graduación de los créditos el orden que se deberán de seguirse sobre los bienes ya que el denominado fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultáneamente diferentes obligaciones del fideicomitente contraiga con uno o distintos acreedores, lo anterior con fundamento en el artículo 397 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente.

2.1 PROPUESTA RESPECTO AL PERFECCIONAMIENTO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

En la Sección Segunda del Capítulo Quinto del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito adicionar al artículo 399 la fracción que vendía a ser la VII como se indica a continuación:

“Artículo 399.-...

VII. Los bienes que constituyan la garantía deberán identificarse pormenorizadamente, independientemente de que el fideicomitente afecte en fideicomiso todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante.”

Lo anterior para dar más certeza de los bienes que son objeto del denominado fideicomiso de garantía, esto es para llevar un mejor control del movimiento del fideicomiso, además de que como ya se ha mencionado de que en caso de conflicto sobre estos poder determinar su situación de una forma más precisa y en el caso de prelación y graduación de los créditos el orden que se deberán de seguirse sobre los bienes ya que el denominado fideicomiso de garantía podrá ser

utilizado para garantizar simultáneamente diferentes obligaciones del fideicomitente contraiga con uno o distintos acreedores. lo anterior con fundamento en el artículo 397 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente.

3. RESPECTO AL REGISTRO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Al considerar al denominado fideicomiso de garantía como un acto de comercio y una operación bancaria con fundamento en la fracción XIV del artículo 75 y reforzada con la fracción XXIV. e igualmente de considerar que no existe una transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitados, sino una afectación ha de inscribirse en el Registro Público de Comercio.

En primer punto ha de definirse al Registro Público de Comercio que en su reglamento en su artículo 1 lo define de la siguiente manera:

“El Registro Público de Comercio es la institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar publicidad a los hechos y actos jurídicos que, realizados por empresas mercantiles o en relación con ellas, precisan de ese requisito para surtir efectos contra terceros.”

48

Por lo que ha de determinarse que la finalidad del Registro Público de Comercio es proporcionar seguridad jurídica por medio de la publicidad sobre la existencia, capacidad y responsabilidad de los

48 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Registral, 8ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 182.

comerciantes, buscando su protección o la de terceros, lo anterior esta fundamentado en la importancia de dar certeza jurídica sobre las operaciones mercantiles; por lo que son objetivo de la inscripción en el Registro Público de Comercio, los comerciantes individuales, las Sociedades Mercantiles así como los actos y hechos mercantiles que se relacionen con ellos.

Por lo que se refiere a nuestro Registro Público de Comercio los efectos que produce la inscripción, y en base a nuestro Código de Comercio vigente sigue el sistema declarativo pues los comerciantes tanto individuales como colectivos tienen personalidad jurídica independientemente de su inscripción en el Registro Público de Comercio con fundamento en el artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y que por poner un ejemplo se llaman sociedades irregulares a las que una vez constituidas no han hecho su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Respecto a los principios que han de regir al Registro podemos mencionar:

- Principio de Publicidad.- Puede verse desde dos puntos de vista, el formal y el material, por lo que respecta a la publicidad formal se refiere a que cualquier persona pueda solicitar las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones, teniendo en cuenta el secreto fiduciario, además de consultar los folios o las bases de datos personalmente; respecto a la publicidad material, esta tienen dos aspectos: el positivo y el negativo, por lo que respecta

al aspecto positivo consiste en que la publicidad registral hace presumir que todo derecho inscrito existe y es conocido *erga omnes*, mientras que el aspecto negativo consta de que el principio de publicidad hace presumir que los derechos no inscritos en el Registro no existen, por lo que no surten sus efectos contra terceros.

- Principio de Calificación.- Es también denominado de legalidad, significa que todo documento que ingresa al Registro dentro del procedimiento de inscripción debe ser analizado en sus elementos intrínsecos como extrínsecos, para saber si cumple con todos los requisitos legales que para su eficacia se establece, es por lo que respecto a los elementos intrínsecos, la calificación concurre con la notarial.
- Principio de Inscripción.- Este registro es documental, esto es para que un acto jurídico produzca sus efectos, debe de estar digitalizado en el folio electrónico mercantil, o en los libros según el sistema que se adoptara, respecto a los efectos de inscripción son declarativos.
- Principio de Rogación y de Consentimiento.- Estos principios van relacionados, pues la inscripción se da por un acto rogado, y por otro lado es necesario el consentimiento del titular, sea un comerciante individual, colectivo o personas que realicen actos de comercio, esto es de acuerdo con el principio de consentimiento, nadie puede ser privado de su inscripción o modificar ésta sin su

consentimiento expreso o tácito, principio que en materia comercial es más flexible pues las personas que pueden solicitar la inscripción o modificación de un asiento se amplía a los representante legales por mencionar un ejemplo.

- Principio de Tracto sucesivo.- Una vez in matriculados los comerciantes individuales, colectivos o personas que realicen actos de comercio, pueden inscribir todos aquellos actos que realicen y que modifiquen sus estatutos o que graven al comerciante, y por poner un ejemplo se puede mencionar los arrendamientos financieros, los embargos, litigios, etc.
- Principio de Prioridad.- La prioridad consiste en la preferencia de un derecho frente a otro por la fecha de su presentación en el Registro Público de Comercio, dicha prioridad la da el número de control.

Respecto a las criticas que se pudieran realizar a sistema establecido es de mencionarse las siguientes:

- El registro de los comerciantes individuales es potestativo y no obligatorio.
- La organización del Registro Público de Comercio esta organizado de una forma local y no nacional obstaculizando la consecución de su objetivo.
- Hay una coexistencia en el Registro Público de Comercio de registros que de alguna manera crean una competencia que en determinado momento pudieran debilitar su función publicitaria

frente a terceros y que por mencionar un ejemplo se citan: Registro Nacional de Transferencia de tecnología, Registro Nacional de Exportaciones e Importaciones, etc.

Por lo que una vez establecido las bases del Registro Público de Comercio y mostrando un panorama general de este, considero de notable importancia que los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones, de los denominados fideicomisos de garantía deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar o lugares en los cuales se encuentren ubicados los bienes o, en los casos que proceda, en el Registro Especial que corresponda según su naturaleza.

Tratándose de obligaciones garantizadas cuyo importe sea determinable al momento de la ejecución de la garantía, procederá su registro aún cuando no se fije la cantidad máxima que garantice el gravamen, esto es para dar de una forma más pronta garantía al acreedor.

3.1 PROPUESTA RESPECTO AL REGISTRO DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

En la sección Segunda del Capítulo Quinto de del Título Segundo de la Ley de General de Títulos y Operaciones de Crédito quedando el artículo 395 como se ha indicado en la propuesta respecto al denominado fideicomiso de garantía como acto jurídico que a continuación se transcribe:

“Artículo 395.-...

Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones, de los denominados fideicomisos de garantía a que refiere la Ley General de Títulos Y Operaciones de Crédito, además deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar o lugares en los cuales se encuentren ubicados los bienes o, en los casos que proceda, en el Registro Especial que corresponda según su naturaleza.”

4. RESPECTO A LA GRADUACIÓN Y PRELACIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Respeto a la prelación y Graduación del denominado fideicomiso de garantía la Ley General de Títulos y Operaciones no señala nada al respecto.

Por lo que el punto de referencia próximo es la Ley de Concursos Mercantiles la cual nos indica:

Artículo 217.- Los acreedores se clasificarán en los grados siguientes, según la naturaleza de sus créditos:

- I. Acreedores singularmente privilegiados;
- II. Acreedores con garantía real;
- III. Acreedores con privilegio especial, y
- IV. Acreedores comunes.

Artículo 219.- Para los efectos de esta Ley, son acreedores con garantía real, siempre que sus garantías estén debidamente

constituidas conforme a las disposiciones que resulten aplicables, los siguientes:

I. Los hipotecarios, y

II. Los provistos de garantía prendaria.

Los acreedores con garantía real percibirán el pago de sus créditos del producto de los bienes afectos a la garantía, con exclusión absoluta de los acreedores a los que hacen referencia las fracciones III y IV del artículo 217 de esta ley y con sujeción al orden que se determine con arreglo a las disposiciones aplicables en relación con la fecha de registro.

Artículo 222.- Son acreedores comunes todos aquellos que no estén considerados en los artículos 218 al 221 y 224 de este ordenamiento y cobrarán a prorrata sin distinción de fechas.

Pero que pasa en el supuesto de que se trate de un pequeño comerciante que no acepte voluntariamente y por escrito someterse a dicha ley, o no se reúnan los supuestos establecidos en dicha ley; es decir, cuando se esta frente a actos cuya mercantilidad es relativa,⁴⁹ ¿que orden han de seguirse?, es necesario determinar en la propia Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Título Segundo, Capítulo Quinto Sección Segunda, la prelación y graduación del denominado fideicomiso de Garantía, entendiéndose como prelación la ventaja primacía o antelación que se le da a un competidor (acreedor) sobre otro, esto es entre clase y clase y por graduación ha de entenderse la ventaja

⁴⁹ Mantilla Molina Roberto L., *Derecho Mercantil*, pp. 50 y ss.

primacia o antelación que se le da a un competidor (acreedor) sobre otro dentro de la misma clase.

El orden que se propone respecto al denominado fideicomiso de garantía es el siguiente:

Los acreedores del fideicomiso de garantía tendrán preferencia sobre:

- I. Los créditos quirografarios;
- II. Los créditos con garantía real no registrados, y
- III. Los gravámenes judiciales preexistentes no registrados.

La graduación entre las garantías que no hayan sido inscritas, se determinara por el orden cronológico de los respectivos.

La prestación que se establece a favor de los acreedores garantizados conforme a esta Ley, puede ser modificada mediante convenio suscrito por el acreedor afectado.

La nueva prelación establecida por las partes, surtirá efectos a partir de inscripción.

Se pudiera pensar que son criterios ya sabidos y que no hay necesidad de lo propuesto pero ante la importancia que se le da en el presente trabajo al denominado fideicomiso de garantía es por lo que insisto en la necesidad de que se determinen expresamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos en su Título Segundo, Capítulo Quinto Sección Segunda, por ser una ley que determina los principios por los que se han de regir las leyes que le conciernen los procedimientos, no se abunda mucho sobre el tema pues considero que

sobre los puntos vertidos no exista conflicto alguno en el orden presentado.

Además cabe mencionar que antes de la reformas hechas en el año del dos mil tres, por medio de la legislación se le quiso vincular al denominado fideicomiso de garantía con la prenda sin posesión buscando aplicar algunos términos a las mismas figuras, y que en opinión personal no son iguales, por las características inherentes a dichas figuras, a pesar de que las dos tienen como finalidad el garantizar.

4.1 PROPUESTA RESPECTO A LA GRADUACIÓN Y PRELACIÓN DEL DENOMINADO FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

En la Sección Segunda del Capítulo Quinto, del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito incluir la graduación y prelación en el artículo 400 y el texto actual sería el artículo 400 Bis quedando:

“Artículo 400.-los acreedores del fideicomiso de garantía tendrán preferencia sobre:

- I. Los créditos quirografarios;
- II. Los créditos con garantía real no registrados, y
- III. Los gravámenes judiciales preexistentes no registrados.

La graduación entre las garantías que no hayan sido inscritas, se determinara por el orden cronológico de los respectivos.

La prestación que se establece a favor de los acreedores garantizados conforme a esta Ley, puede ser modificada mediante convenio suscrito por el acreedor afectado.

La nueva prelación establecida por las partes, surtirá efectos a partir de inscripción.”

Por lo que se puede concluir que con las presentes modificaciones se da un punto de vista sobre el marco jurídico respecto al denominado fideicomiso de garantía y establecer de una manera pertinente los puntos tratados para su mejor funcionamiento.

CONCLUSIONES

- I. Es de considerarse como los antecedentes principales del denominado fideicomiso de garantía en Roma a la *fiducia* y *fideicomiso testamentario*, en Inglaterra el *uso* y con posterioridad el *trust*, el *trust* de los Estados Unidos de Norteamérica, figura que se utilizó para la reactivación de los Ferrocarriles Nacionales, que en la actualidad no opera por el camino que ha seguido Ferrocarriles Nacionales.
- II. Ha de calificarse al fideicomiso como una figura amplia y flexible de nuestro sistema jurídico actual por el que se pueden buscar la consecución de un fin de propósitos, y que sin embargo no es explotada adecuadamente, en principio porque no se ha determinado con claridad su naturaleza, pues a través de tiempo ésta ha variado, además de que no hay jurisprudencia que nos indique tal, y mucho menos alguna tesis aislada.
- III. El denominado fideicomiso de garantía ha de apreciarse como un acto jurídico y no como un negocio jurídico como lo determina el Dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, lo anterior con fundamento en que el negocio jurídico de la teoría alemana es similar a lo que corresponde al acto jurídico de la teoría Francesa, la cual es base para nuestra legislación, como se ha expuesto en el presente trabajo, tan es así

que las legislaciones de las Entidades Federativas no contemplan al negocio jurídico, sólo el Código Civil de Quintana Roo.

IV. Es importante el establecer en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no hay una definición apropiada del denominado fideicomiso de garantía, la siguiente definición:

“Artículo 395. El fideicomiso de garantía en un acto jurídico en virtud del cual el fideicomitente afecta a favor de una institución fiduciaria uno o más bienes o derechos, según sea el caso, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una o varias obligaciones y su preferencia en el pago; el importe podrá ser una cantidad determinada al momento de la constitución de la garantía o determinable al momento de su ejecución.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del acto que constituya al fideicomiso de garantía.

Por lo que desde el momento mismo de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá de designar a la institución que fungirá como fiduciaria y esta manifestar su aceptación a dicho cargo, para la existencia del fideicomiso.

Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones, de los denominados fideicomisos de garantía a que refiere esta ley, deberán ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad en el caso de bienes inmuebles además Registro Público de Comercio del lugar o lugares en los cuales se encuentren ubicados los bienes o,

en los casos que proceda, en el Registro Especial que corresponda según su naturaleza.”

V. Es de considerarse que los bienes objeto del fideicomiso de garantía como una “afectación” de dichos bienes o derechos por medio de los cuales se busca el logro establecido en el denominado fideicomiso de garantía, no así la transmisión de la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos, como se contempla actualmente.

VI. Respecto al perfeccionamiento del denominado fideicomiso de garantía, es referente a los bienes objeto de dicho fideicomiso, la propuesta a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es a parte de lo incluido en la definición antes citada, adicionarle al artículo 399 una fracción que vendría a ser la VII como se indica a continuación:

“Artículo 399.-...

VII. Los bienes que constituyan la garantía deberán identificarse pormenorizadamente, independientemente de que el fideicomitente afecte en fideicomiso todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante.”

Lo anterior para dar mayor certeza en cuanto al manejo de los mismos.

VII. En cuanto al registro del denominado fideicomiso de garantía tiene relación con la conclusión anterior, ya que se debe de especificar los bienes que son objeto del fideicomiso de garantía,

además de ser registrado en el Registro Público de Comercio, en términos del último párrafo del artículo 395 ya aquí presentado, para evitar posibles contratiempos para su extinción o para que proceda su ejecución, es decir dar más certeza.

VIII. Respecto a la institución fiduciaria en relación con los bienes objeto del fideicomiso, es de considerarse que tiene matices del mandato, arrendamiento y depósito, por poner un ejemplo, con fundamento en los artículos 1858 y 1859 del Código Civil, pero veamos, tienen matices de mandato, esto es porque el fideicomitente le "encarga la realización de determinadas conductas a la fiduciaria, en beneficio de una tercera llamada fideicomisario" esto es la institución fiduciaria no obra por cuenta propia sino por encargo; de depósito, es el estado en que realmente se conservan los bienes, ya sea por la fiduciaria, o la persona que se convenga en ello en el acto constitutivo del denominado fideicomiso de garantía o en actos que lo modifiquen con posterioridad, ver las obligaciones y derechos de las partes.

IX. Es importante que en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establezca la graduación y prelación del denominado fideicomiso de garantía, por la importancia de esta figura, por lo que se ve pertinente la propuesta de modificar el artículo 400 de dicha ley, quedando:

"Artículo 400. los acreedores del fideicomiso de garantía tendrán preferencia sobre:

I. Los créditos quirografarios;

II. Los créditos con garantía real no registrados, y

III. Los gravámenes judiciales preexistentes no registrados.

La graduación entre las garantías que no hayan sido inscritas, se determinara por el orden cronológico de los contratos respectivos.

La prestación que se establece a favor de los acreedores garantizados conforme a esta ley, puede ser modificada mediante convenio suscrito por el acreedor afectado.

La nueva prelación establecida por las partes, surtirá efectos a partir de inscripción."Ya se ha fundamentado la motivación de esta conclusión.

X. Nuestro sistema jurídico se inclina en opinión personal por la teoría del acto jurídico, no veo la necesidad de incorporar el negocio jurídico, cuya diferencia es la denominada autonomía de la voluntad privada, que puede ser calificada como algo subjetivo, una diferencia doctrinal, por lo anterior y lo expuesto en este trabajo es de establecer al denominado fideicomiso de garantía como un acto jurídico, para determinar de una manera clara y siendo coherente con nuestro sistema jurídico, y evitar confusiones innecesarias, un análisis similar se podría hacer en la diferencia existente entre contrato y convenio atendiendo a la redacción del los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, ya que de la literalidad de los artículos antes mencionados ha de establecerse que un contrato es un convenio, esto es una especie del genero

que se diferencia por el alcance que uno pueda tener en comparación al otro.

XI. Es por lo que ha de considerarse al denominado fideicomiso de garantía como una figura de gran utilidad, flexibilidad, manejo, para ser aplicado en nuestra vida diaria, e incluso sobre otras figuras que en la actualidad en nuestro sistema legal tienen preferencia, es por lo que con el presente trabajo se busca aportar de manera humilde criterios para determinar a denominado fideicomiso de garantía de la siguiente forma: es de considerarse como un acto jurídico, siendo un acto de comercio, teniendo características de operación bancaria, en el caso de que la institución fiduciaria sea un banco, y siendo un derecho preponderantemente real, reconociendo un derecho personal, es decir, no se afirma que el derecho personal se convierta en real, sino que subsistiendo, se añade un derecho real de garantía.

BIBLIOGRAFÍA

- I. Acosta Romero, Miguel y Martínez Arroyo, *Laura, Teoría General del Acto Jurídico y Obligaciones*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- II. Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- III. Casillas Carlos, *Características del trust en el derecho anglosajón*, en Revista El Fideicomiso y los Proyectos de Infraestructura, Responsable de Edición Héctor Curiel García, Formación en Computadora: Juan Becerril Gallardo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E: Varios, Núm. 74, México 1996.
- IV. De los Representantes de la Asociación Banquera de México con los Abogados y Funcionarios de la Mercantile – Commerce Bank and Trust Company, *Primer Conclave sobre el Fideicomiso*, St. Louis, Missouri, 8, 9, 10 de noviembre de 1943.
- V. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Dos Aspectos de la Esencias del Fideicomiso Mexicano*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- VI. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*. 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
- VII. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso*, editorial Porrúa, 9ª. Edición, México, 1989.

- VIII. García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 53ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- IX. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, 8ª. Edición, México, 1991.
- X. Lepaulle Pierre, *Tratado Teórico y Práctico de los Trust*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1975.
- XI. Mantilla Molina Roberto L., *Derecho Mercantil*, 29ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- XII. Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *El Fideicomiso Mexicano*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- XIII. Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil, Parte General*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- XIV. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Registral*, 8ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- XV. Quintana Adriano, Elvia Argelia, Coordinador, *Diccionario de Derecho Mercantil*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- XVI. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Mexicano II*, 34ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- XVII. Sánchez Medal Ramón, *De Los Contratos Civiles*, 18ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- XVIII. Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, 18ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- XIX. Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

LEGISLACIÓN.

- I. Código Civil de Quintana Roo.
- II. Código Civil Federal.
- III. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- IV. Ley de Concursos Mercantiles.
- V. Ley de Instituciones de Crédito.
- VI. Ley de Mercado de Valores.
- VII. Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- VIII. Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- IX. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- X. Reglamentó de la Ley General de Población.
- XI. Reglamento del Registro Público de Comercio.

INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS

- I. COMPILA VII, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.
- II. IUS 2003, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003..
- III. Pagina Oficial de la Cámara de Senadores, www.senado.gob.mx.