



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

"EL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCION EN
EL FIDEICOMISO DE GARANTIA",

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LAURA ELIZABETH MORALES MARTINEZ



ASESOR: DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO

MEXICO, D. F.



2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Este trabajo esta dedicado a mi madre, por ser una mujer maravillosa y porque gracias a ti, Dios me ha dado la oportunidad de vivir y la tarea de ser alguien importante en la vida. Gracias te doy por haberme impulsado, por tu amor y por la enorme dicha de ser tú hija. TE AMO.

LAURA MARTINEZ SOTO.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

Por ser siempre mi guía y mi luz
en todo camino.

A MIS HERMANOS, LILIANA E ISMAEL.

Por su apoyo y comprensión. Los quiero.

A MIS ABUELOS.

Por su amor, dedicación y consejos.

Y por haber sembrado en mí, el espíritu de
lucha y perseverancia. Los recordaré siempre.

A MI FAMILIA.

A mis tíos y primos, por sus consejos y la fe
depositada en mí, y por darme todo sin esperar
a cambio más que el orgullo de hacer en mí una
profesionista.

A MI PADRE.

A pesar de todo.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO, A LA FACULTAD DE DERECHO Y
SUS PROFESORES.

Por el honor de formar parte de dos instituciones
tan grandiosas y por la oportunidad de formarme
como profesionista, y a quienes desarrollan una
gran labor para sembrar en cada universitario el
espíritu de lucha, superación y excelencia.

AL DR.P FABIAN MONDRAGON PEDRERO.

Por el esfuerzo y dedicación que me ha brindado
A lo largo de todo éste tiempo en la supervisión
De este trabajo, por haber creído en él, ya que no
Sólo constituía su desarrollo un reto, sino también
La realización de un sueño.

A LOS LICENCIADOS GUILLERMO M-CASTRO AVILA
Y HUGO MUÑIZ ARREOLA.

Porque gracias a sus conocimientos, esfuerzo y apoyo, me han
inspirado confianza impulsándome a obtener uno de mis
principales objetivos.
Con cariño, admiración y respeto.

A TI.

Por haber llegado a mi vida.

Por tu paciencia, amor y comprensión.

Porque no hay palabras para describir

lo que tú amor representa para mí.

Te quiero RANA ¡ LO LOGRAMOS!

A todas aquellas personas que en todo momento me han brindado su amor, apoyo, confianza y amistad, sin importar el tiempo y la distancia., en especial a Edith Zamora, Karen García, Lucia Iriarte, Norma, Silvia y Laura Morales, Nitze Ávila, así como a los licenciados José T. Villaseñor Méndez y Mario Curiel Pavia, por creer en mí y con los cuales estaré siempre agradecida.

¡MIL GRACIAS!

EL PROCESO JUDICIAL DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

INTRODUCCION	I
CAPITULO PRIMERO	4
EL FIDEICOMISO.....	4
GENERALIDADES.....	4
ANTECEDENTES EXTRANJEROS	4
1.- DERECHO ROMANO.	4
1.1. Fideicommissum.....	5
1.2 Fiducia o Pactum Fiduciaie.	6
2.-ALEMANIA.	7
3.-INGLATERRA.	10
4.-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	12
4.1.El Use.....	12
4.2.El trust.....	13
5.-MÉXICO.	16
6.-CONCEPTO DE FIDEICOMISO.	22
6.1. Naturaleza Jurídica.....	24
6.2 .Negocio Jurídico.	29
7.- ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.	31
7.1.Fideicomitente.	32
7.2.Fiduciario.	36
7.3.Fideicomisario	41
8.-ELEMENTOS REALES.....	43
8.1 Patrimonio Fiduciario.....	43
8.2. Fines del Fideicomiso	47
9.-ELEMENTOS FORMALES.	48
9.1. Duración del Fideicomiso.	50
9.2 Prohibiciones	50
9.3. Extinción del Fideicomiso.....	51
10.-CLASIFICACIÓN Y MODALIDADES DEL FIDEICOMISO.....	53
10.1 .Administrativo o de Administración	53
10.2. De Inversión.....	53

10.3. Testamentario.....	54
10.4. Condicional.....	54
10.5.Revocable e irrevocable.....	54
10.6Oneroso y Gratuito.....	54
10.7. Público y Privado.....	55
10.8.De Garantía.....	55
11.- DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS.....	56
11.1. Con el Mandato.....	56
11.2. Con el Depósito.....	57
11.3. Con la Estipulación a Favor de Terceros.....	59
11.4. Con la Donación.....	59
CAPÍTULO SEGUNDO.....	61
EL FIDEICOMISO DE GARANTIA.....	61
GENERALIDADES.....	61
12.- CONCEPTO.....	66
13.-CONTRATOS DE GARANTIA.....	68
13.1. Contrato de Fianza.....	68
13.2 Contrato de Prenda.....	71
13.3 Contrato de Hipoteca.....	74
14.-CARACTERISTICAS.....	76
15. ELEMENTOS PERSONALES.....	81
15.1 Fideicomitente.....	82
15.2. Instituciones Fiduciarias.....	85
15.2.1. Instituciones de Crédito.....	86
15.2.2. Instituciones de Seguros.....	86
15.2.3 Instituciones de Fianzas.....	89
15.2.4 Casas de Bolsa.....	92
15.2.5 Sociedades Financieras de Objeto Limitado.....	94
15.2.6 Almacenes Generales de Depósito.....	95
15.3 Fideicomisario.....	96
16.- OBJETO.....	98
17.- FINES.....	102
18.-FORMA.....	104
20.- CONVENIOS DENTRO DEL FIDEICOMISO.....	107
a) Procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía.....	110

b) Procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía.	113
21.- VENCIMIENTO.....	116
22.- PRESCRIPCIÓN.....	118
23.- SANCIONES.....	119
CAPITULO TERCERO.....	121
LA EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA	121
GENERALIDADES.....	121
22.- CONCEPTO DE EJECUCIÓN.....	124
23.- ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA EJECUCIÓN.....	126
23.1. Resolución Judicial	127
23.1.1 Sentencia	127
23.1.2.Sentencia Ejecutoriada.....	128
23.2 Convenio	131
24.- LA EJECUCION POR MEDIO DE LA FIDUCIARIA.	132
A) Procedimiento Convencional de Ejecución.....	133
B) Ejecución del Fideicomiso de Garantía con base en el Artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito anterior a las reformas de mayo de 2000.....	140
C) Procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio a Petición del Fiduciario.	145
25.- LA EJECUCIÓN VÍA JUDICIAL.....	148
25.1. Juicio Ordinario Mercantil.	148
25.2 Ejecutivo Mercantil.....	155
26.1 Preparación de Remate.....	161
26.3 Fincación del Remate.....	168
27.- ¿CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN POR LA FIDUCIARIA?	
.....	169
PROPUESTA	183
CONCLUSIONES.....	188
BIBLIOGRAFÍA.....	193

INTRODUCCION

El fideicomiso es un contrato mercantil regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que surgió de la práctica anglosajona, pero que a diferencia del trust, el fideicomiso en general ha tenido una mayor transformación y desarrollo debido a que nuestra legislación le otorga un alcance y funcionalidad distinta de aquel que se rige bajo los principios del derecho inglés.

Desde la incorporación del contrato de fideicomiso a nuestra legislación cambiaria, se le ha considerado como un negocio jurídico relevante en el sector público y privado, ya que a través de él se pueden perseguir diversos fines con la única limitante de que sean lícitos; sin embargo, actualmente con las reformas y adiciones que sobre ésta figura se ha producido, se le considera un contrato que provoca entre sus otorgantes ciertos riesgos por el desconocimiento en cuanto a su aplicación y alcance para llegar a su cabal cumplimiento; es decir, la estructura y funcionalidad del contrato de fideicomiso en general, y especialmente aquel con fines de garantía, es poco afortunada e incompatible con diversas disposiciones de orden público, ya que existen recovecos que no han sido subsanados en su normatividad para hacerlo más comprensible en la práctica, provocando serios inconvenientes de interpretación y aplicación entre los doctrinarios, juzgadores y juristas.

En efecto, la estructura y regulación que sobre el fideicomiso ha realizado el legislador, ha provocado confusión entre sus otorgantes, ya que actualmente sigue inconcluso el determinar de manera clara y precisa la naturaleza jurídica que tiene dicha figura en el nuestro ordenamiento jurídico. Aún cuando en la práctica se entiende como un contrato de naturaleza mercantil, y con mayor énfasis en el sector financiero, la incorporación de la modalidad del fideicomiso de garantía en dicho sector, ha provocado serios efectos negativos a los fines que se persiguen, ya que sin ninguna razón válida que lo justifique, se permite la posibilidad de que un fideicomiso se constituya a favor de la propia institución fiduciaria aún cuando se limita exclusivamente aquellos que sirvan como instrumento de pago de obligaciones incumplidas a su favor, trayendo a los deudores un mayor grado de inseguridad jurídica y provocando que con justificación o sin ella, sea uno

de los contratos más impugnados con el fin de eludir o diferir el pago de créditos, ya que es en este aspecto donde se da el conflicto de intereses, la restricción al derecho de defensa para el deudor y la aplicación de la justicia por propia mano de la fiduciaria prevalece para hacer cumplir las obligaciones signadas en el contrato de fideicomiso con fines de garantía.

Por esos, uno de los puntos que mayor discusión y discrepancia produce entre los conocedores de la materia es el referente a la ejecución extrajudicial que para hacer cumplir las obligaciones contraídas por el fideicomitente realiza la propia institución fiduciaria, pues sin dilucidar previamente sobre la exigibilidad del pago o cumplimiento de la obligación garantizada, procede a la ejecución en contravención a las garantías de previa audiencia y de legalidad que contempla los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En éste orden de ideas, el objetivo de esta tesis es efectuar un análisis jurídico que sobre el fideicomiso de garantía existe, destacando aquellas inexactitudes que sobre esta figura existe, en especial en su proceso de ejecución que de manera contraventora realiza la propia institución fiduciaria, contemplando y sugiriendo una serie de reformas o modificaciones para la regulación del fideicomiso de garantía, principalmente de aquellas disposiciones que de manera ilegal permiten o facultan la ejecución extrajudicial a la propia institución fiduciaria, en aras del cumplimiento del contrato suscrito por el fideicomitente y fideicomisario cuando no se ha acreditado mediante juicio el incumplimiento del deudor a sus obligaciones de pago.

CAPITULO PRIMERO

EL FIDEICOMISO

GENERALIDADES.

El Fideicomiso es una institución jurídica compleja, cuya evolución a lo largo del tiempo ha ido adecuándose a las necesidades de cada nación, adquiriendo inclusive un determinante arraigo en el ámbito financiero comercial, como una forma jurídica dúctil, maleable y versátil; adaptable no solo a las circunstancias personales de administración o salvaguarda de un patrimonio privado, sino persiguiendo también una mera finalidad de garantía.

La figura del fideicomiso no es reciente, surgen antecedentes en el derecho romano, y desde entonces hasta ahora, dentro del marco de su regulación, ha conseguido una transformación e importancia en su aplicatoriedad y alcance, que no hay campo de la actividad del hombre que no se aplique; el fideicomiso, como negocio jurídico, se ha afianzado a tal grado que se ha convertido en uno de los pilares de la economía moderna, tanto del sector público como del privado, y no es arriesgado decir que por ahora constituye una de las herramientas legales mas útiles del poder ejecutivo en sus distintas áreas de acción; he ahí la importancia de recurrir hasta sus orígenes para comprender su verdadero significado.

ANTECEDENTES EXTRANJEROS

1.- DERECHO ROMANO.

Es indiscutible la importancia del estudio del sistema jurídico romano, porque no sólo es el antecedente del derecho civil, sino es fuente también de diversos sistemas legales regulados en el mundo; porque enseña, como ninguna otra legislación, el

nacimiento de diversas instituciones jurídicas, su crecimiento y su perfeccionamiento, hasta alcanzar la forma en que las conocemos actualmente en virtud del estudio que diversos y variados autores han hecho de la compilación de Justiniano. Una de estas figuras es precisamente el fideicomiso. En efecto, el fideicomiso nació y se aplicó en el terreno sucesorio, en lo que se conoce como el testamento romano, y como la de un negocio jurídico, denominado “pactum fiduciae”, que a la vez se subdividió en la “fiducia cum amico” y la “fiducia cum creditore”, con las características que sobre cada una de ellas se anotan mas adelante.

1.1. Fideicommissum.

Esta palabra proviene de los vocablos del latín fides, que quiere decir fe, y commissum, confiado, encargo, comisión o encomienda.

El profesor Guillermo Florís Margadant señala que para el derecho romano el fideicomiso era: “Una súplica dirigida por el fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso mortis causa, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o el legatario; y el fideicomisario un tercero.”¹

Es lo que se conoció en Roma como fideicomiso testamentario, por medio del cual el testador efectuaba la libre disposición de sus bienes o parte de ellos, haciéndolos llegar a ciertas personas que en el momento del fallecimiento del autor de la sucesión, carecían de capacidad para heredar u obtener un legado, pero a las que se pretendía asegurar una transmisión, representando así una forma de eludir las restricciones que en materia de sucesiones imperó en las leyes romanas. El fideicomiso testamentario romano fue, pues, la última manifestación de voluntad del testador, en donde él, como

¹ Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano; 6ª Edición; Ed. Esfinge. México, 1975.pág.501.

propietario o titular de los derechos que ejercía sobre sus bienes, encargaba para después de su muerte a su heredero o legatario la realización o ejecución de determinados actos fuera de su testamento. De hecho, era un encargo o una comisión de confianza que recaía en la honradez y la buena fe de quien dependía la ejecución o encargo que se le confiaba, ya se tratara del heredero, legatario, o en ocasiones de un tercero que gozaba de la confianza del testador.

1.2 Fiducia o Pactum Fiduciae.

Como se expresó anteriormente, otra forma de fideicomiso diverso al testamentario fue el denominado “fiducia” o “pactum fiduciae”, que era un negocio jurídico basado en la “fides bona”, o sea en la buena fe; esta figura, sin duda alguna, constituye el antecedente primigenio de la garantía real que conocemos ahora; y su objetivo era el de garantizar una obligación mediante la entrega de un bien, que el deudor (fideicomitente), hacia a su acreedor (fiduciario), existiendo el compromiso de restituir el bien una vez cumplida la obligación o finalidad para la que se creaba. Esta “fiducia” o “pactum fiduciae” presentó dos modalidades: la “fiducia cum amico” y la “fiducia cum creditore”.

La “fiducia cum amico” era utilizada por los romanos para salvaguardar su patrimonio contra actos tendientes a su confiscación, así el propietario de un bien lo cedía a través de la “mancipatio fiducie causa” (forma de transmisión de propiedad) a una tercera persona para su uso o para la simple custodia del bien, con el pacto de restitución.

La entrega de la cosa se efectuaba siempre en interés propio del fiduciante, y el fiduciario sólo tenía la custodia o administración de los bienes, pero la finalidad propia de este negocio consistió en que, frente a terceros, él era el propietario del bien, permaneciendo oculta la limitación de sus atribuciones que detentaba, por lo que, en esencia, era un negocio de confianza.

La “fiducia cum creditore” tenía como finalidad el de ofrecer una seguridad de pago al acreedor, mediante una garantía que le ofrecía el deudor, otorgándole la potestad del bien que recibía hasta en tanto el deudor diera cumplimiento a su obligación, en cuyo caso se le restituía el bien; caso contrario, si el deudor no cumplía con su obligación, el acreedor hacía uso de su facultad adquirida en la “pactum fiducie” de resarcirse de la deuda mediante la venta del bien que se le había entregado en garantía.

Tanto la “fiducia cum amico” como la “fiducia cum creditore” estuvieron sujetas a la buena fe del que recibía el encargo o encomienda, por lo que durante su desempeño se produjeron abusos, en atención a que el desempeño y funcionamiento de los negocios confiados carecían de protección legal. Esta situación cambió durante el imperio de Augusto, apremiando al fiduciario a dar fiel cumplimiento a las obligaciones contraídas, produciendo con ello que los pactos quedaran sujetos a la intervención de los cónsules, y posteriormente al pretor fideicommissarium.

Por último, cabe decir que ambas figuras, después de la Compilación de Justiniano, fueron suprimidas, en virtud de que la primera de ellas, como se ha señalado, se sustentó siempre en la buena fé del fiduciario, el cual asumía una mera obligación personal, sin que ofreciera una seguridad para salvaguardar los intereses del fiduciante. Por otra parte, la “cum creditore”, poco a poco fue sustituida por otras instituciones que representaron una mayor utilidad y consistencia en su función de garantizar obligaciones, lo que provocó su desuso.

2.-ALEMANIA.

El reconocimiento legislativo del fideicomiso en el derecho alemán no se ha obtenido de manera satisfactoria, ni el acomodo y alcance que en otros regímenes se han logrado; sin embargo, dentro de su propio sistema jurídico se encuentra el

antecedente directo de esta figura, como es la prenda inmobiliaria, el “manus fidelis” y el “treuhand” o conocido también como “salman”.

La prenda inmobiliaria consistía, como su nombre lo indica, en la entrega de un bien inmueble que el deudor transmitía en garantía al acreedor mientras subsistía su crédito. Esta entrega revestía una formalidad: se efectuaba entregando una carta “veditionis”; al recibirla el acreedor, a sus vez, con una contracarta dirigida al deudor, se comprometía a devolver el inmueble transmitido en caso de que el deudor de manera exacta diera cumplimiento a su obligación contraída.

Aunque la institución germana del fideicomiso encuentra similitud a la “fiducia cum creditore” romano, reviste características propias que lo distinguen, como, por ejemplo, en la prenda inmobiliaria, en que el fideicomiso se constituía sobre bienes inmuebles y cubría una formalidad la entrega del bien que era objeto de garantía. Es decir, que si bien el sistema alemán guarda semejanza con la “fiducia cum creditore” romano, la prenda inmobiliaria germánica se refirió sólo a garantías sobre bienes inmuebles, así como en la entrega de la carta “venditionis” y la contracarta que se acompañaba a la entrega del inmueble en que consistía la garantía correspondiente; circunstancias estas que no se daban en la Roma de aquel entonces.

Por su parte, la “manus fidelis”, servía para evadir las restricciones y prohibiciones imperantes que en materia de sucesiones existía en la legislación en comento, para la determinación de la calidad de heredero legítimo. Ante lo cual el propietario de un bien, a través de la donación, transmitía al “manus fidelis” el bien objeto de la misma, el donante (fideicomitente) se reservaba sus derechos de goce que ejercía sobre el bien donado mediante la carta “venditionis”, obligándose el “manus fidelis” a retransmitir la cosa que se le entregó en donación.

Su peculiaridad recae en el hecho de que el manus fidelis lo desempeñó una persona perteneciente al clero, aunado a que el contenido de la carta “venditionis” que se

le entregaba, le concedía una amplia e ilimitada serie de facultades, inclusive de disponer de los bienes transmitidos a su propio beneficio.

El “salma” o “treuhand” era la persona que desempeña el cargo de fiduciario, fungía como intermediario y actuaba dentro de las facultades que le eran otorgadas por el propietario del bien (enajenante), obligándose en forma solemne a efectuar la transmisión de los bienes, o tierras al tercero destinatario.

El poder que se le atribuye al fiduciario (treuhander) es limitado, en relación a su propia finalidad, en virtud de que la transmisión que se hace se realiza bajo una condición resolutoria, trayendo consigo una transferencia limitada que se tiene hacia la propiedad del bien, ello a la retransmisión que de manera inmediata se debe hacer a favor del fiduciante, que como titular del bien tiene, le permite incluso reivindicar el bien de cualquier tercero que lo detente.

El “salma” o “treuhand” alemán equivale para lo que fue en el derecho inglés la figura del “feoffee to use”, de la temprana estructura del “use”.

Esta figura de “salma” o “treuhand” no tuvo la evolución, ni utilización que desarrolló el “use” en Estados Unidos de América, sin embargo, si en su inicio el “salma” adquiría el compromiso con el enajenante de transmitir los bienes al tercero, posteriormente en su desarrollo adquirió su compromiso para el adquirente del bien, no así para el enajenante.

En conclusión dice el autor Lisoprawski: “la estructura de la fiducia de tipo germánico conduce a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material

corresponde al fiduciante. Se fracciona el derecho de propiedad en dominium legitimum y dominium material”²

3.-INGLATERRA.

Como es sabido, el régimen legal inglés se integra por el derecho consuetudinario (equity) y el “common law” (derecho escrito). Constituye la fuente de donde emana el verdadero antecedente de la figura de lo que hoy conocemos como fideicomiso; su origen versa en el “use”, y consistía en la “transmisión de tierras realizada por actos entre vivos o por testamento a favor de un prestanombres, quien las poseería en provecho del beneficiario o cestui que use.”³

El “use” tiene su aparición en la Edad Media como una alternativa o instrumento creado por el pueblo para defenderse de las cargas tributarias a las que eran sometidos por el sistema feudal, en su calidad de vasallos, y también como una forma de mofarse del régimen opresor y autoritario de aquella época que regía contra las congregaciones religiosas, al aplicarse con rigor el “statute of mortmains” o Ley de Manos Muertas, que les prohibía ser tenedoras o propietarias de bienes inmuebles.

Según Maitland, la palabra “use” deriva del latín bárbaro o vulgar ad opus, que significa “en su representación”; descartándose así que el Fideicommissum romano sea el antecedente u origen del uso.

El “use” consistió en que una persona propietaria de tierras, a la que se denominó “settlor”, traspasaba a otra, mediante un convenio verbal (feoffe to use), el dominio de ellas para su custodia, con el compromiso entre las partes que, aun cuando el que

² Lisoprawski, Silvio V. y Claudio M. Kiper, Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización; Ed. Delma. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág.96.

³ Roalandini Jesús, El Fideicomiso Mexicano, Retrospectiva, Aspectos Jurídicos y su Patrimonio; Ed. Bancomer, S.A.México,1998 .pág.32.

transmitía la propiedad era legítimo propietario de la cosa, una tercera persona (cestui que use) tenía el derecho de gozar y disfrutar de los beneficios, prerrogativas y utilidades del verdadero propietario. Así mismo, en virtud de la relación jurídica que se constituía entre el “settlor” y el prestanombres, en ocasiones no se requería la intervención de un tercero que se beneficiara del “use”, toda vez que al momento de constituirse dicha relación, el propietario podía instituir o declarar que dicha propiedad se poseía en su propio beneficio, por lo que originaba la intervención de sólo dos personas.

Mediante el uso se lograba cumplir diversos fines, ya fueran investidos de licitud o de actos fraudulentos; en su aplicación original se da como una obligación moral que adquiría el “feoffe to use”, basado en su buena fe, pues al recibir la plena propiedad de la cosa, no lo hacía en su propio beneficio, sino que su entrega y desempeño versaba sobre el encargo confiado, de que poseía para el uso exclusivo del “cestui que use”, que podía ser el propio “settlor” o un tercero que este último designaba.

En ocasiones el “use” también solía utilizarse de una manera fraudulenta, en el sentido de que dicha transmisión que efectuaba el “settlor”, lo hacía en fraude de acreedores, simulando con ello una supuesta insolvencia, como para burlas acciones reivindicatorias; efectuando la transmisión de sus bienes a un fiduciario, “feoffe to use”, con la finalidad de que poseyera en su propio beneficio. Otra forma de efectuarse el uso en su aspecto de ilicitud, se vio en la evasión de las Leyes de Manos Muertas, a través de donaciones de tierras a las congregaciones eclesiásticas, resultando así el medio idóneo para que éstas obtuvieran el beneficio de la propiedad de la tierra, con una mayor libertad de disposición de las mismas, lográndose una inobservancia de las disposiciones legales que las reglamentaban.

Al igual que las anteriores, esta figura descansó sobre los principios de confianza y honestidad que regía al “feoffe to use”; sin embargo, al carecer de acción el “settlor” contra el prestanombres, dio origen a su regulación, pero como se sustentaba en la confianza, conocían de esta relación fiduciaria los tribunales de equidad, originándose

desde entonces que dicho cumplimiento no se fundara necesariamente sólo en la confianza del prestanombres, sino que comprendió que la chancillería exigiera también el cumplimiento de las obligaciones al “feoffe to use”, cuyo incumplimiento se sancionaba a raíz de la utilización del use. Tal vez de aquí provenga lo que actualmente conocemos como sistema de justicia de equidad, que se sustenta en las normas consuetudinarias, cuya aplicación de la justicia es menos rígida y formal.

Como puede apreciarse, en el “use” la propiedad siempre la ostentaba el legítimo propietario y no el “feoffe to use” o prestanombre, ya que no implicaba una transmisión propiamente dicha de la propiedad así regulada por el common law.

Aún cuando los usos son los precedentes del trust, este último representa la transformación de una obligación que de netamente moral, se convirtió en un acto con efectos jurídicos, creado y desarrollado por el derecho de equidad, llevado a la jurisdicción de los jueces, cuya modalidad recayó en materia de propiedad la establecida por el derecho Common Law.

4.-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Es en el derecho norteamericano donde la figura del fideicomiso, con el nombre de trust, ha sido desarrollado y aplicado con más amplitud y diversidad, principalmente en el ámbito financiero comercial, cuya institución es su aspecto jurídico ha sido entendida como una obligación de equidad, por la que una persona llamada “trustee” (fiduciario) debe usar una propiedad sometida a su control (que es nombrada “trusts property”), para el beneficio de personas llamadas “cesti que trustee”, con las características y particularidades que más adelante se tratan.

4.1.El Use

Como ya se expresó al tratar el sistema inglés, el “use” consistía en una transmisión de tierras entre vivos o en forma testamentaria a favor de un prestanombre,

quién las poseía en provecho del beneficiario; y se le tiene como el precedente inmediato de lo que ahora se conoce con el nombre de trust.

4.2.El trust.

El “trust” es la institución jurídica americana de mayor trascendencia y aportación que ha hecho el sistema angloamericano al ámbito del derecho; su nombre lo recibió como sinónimo de lo que fue el “use” inglés, a raíz de la aplicación de la ley de “statute use”, que pretendía la eliminación de dicha figura, provocando sólo la mutación de la misma, adquiriendo una mayor fuerza a través de los tiempos.

El trust tiene en común con sus antecesoras, el de ser un negocio fiduciario basado en la confianza; pero también se distingue de ellas porque otorga una propiedad formal o legal al fiduciario (trustee) y una propiedad material o de equidad al beneficiario (beneficiary), provocando un desdoblamiento de la propiedad protegida por el derecho estricto y equitativo que da ese sistema jurídico.

Señalar con precisión, mediante una definición, qué es el trust, resulta una tarea ardua y difícil de emprender, en virtud de su compleja naturaleza jurídica, como de su esencia y finalidad, por lo que sólo puede efectuarse una descripción de lo que es en función de los elementos que lo conforman y las características que lo integran.

Sin embargo, el trust para Scott es definido como “Una forma de disposición de bienes a través de la cual las obligaciones y facultades del trustee(fiduciario) podrán ser las que determine el settlor (fideicomitente), y los derechos del cestui que trust(fideicomisario) aquellos que desee concederle, subordinándolos,si así lo requiere, a la decisión discrecional del trustee”.⁴

⁴ Citado por Batiza Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria Ed.Porrúa,1985.pág 17

Por su parte, Rodolfo Batiza indica: “el trust consiste en su conjunto, en el instrumento o mecanismo jurídico, en la relación que liga a las partes con referencia a los bienes determinados que son su objeto y que comprende, no tan sólo obligaciones del trustee frente al beneficiario y frente a terceros, sino también los derechos y privilegios, las facultades e inmunidades del beneficiario frente al trustee y a terceros.”⁵

De los conceptos señalados, se obtiene que el “trust” es un acto o negocio fiduciario, en virtud del cual una persona denominada “settlor” transmite la propiedad de sus bienes a un fiduciario (trustee) para la realización de un fin determinado, quedando sujeto éste último a las instrucciones que le sean otorgadas en el acto constitutivo por el “settlor”, en beneficio de un tercero llamado “beneficiary o cestui to trust”, o incluso a favor del propio “settlor”, cuya consecuencia inmediata es el desdoblamiento de un derecho de propiedad, originando una dualidad en la titularidad del bien que se cede en “trust”.

El “trust” crea una relación jurídica integrada por tres elementos personales que son: el “settlor”, “trustee” y “el beneficiary o cestui que trust”, pudiendo coexistir a la vida jurídica con la intervención de dos de ellos.

El “settlor”, o fideicomitente, es la persona que transmite la titularidad de sus bienes para la realización de un fin determinado al “trustee”(fiduciario), cuya encomienda queda sujeta a las disposiciones contenidas por el propio “settlor” o por las derivadas de la ley.

Generalmente en el acto constitutivo del trust, el “settlor” puede desaparecer de la relación fiduciaria, salvo que se constituya como beneficiario, o bien puede omitir instrucción respecto del nombre de la persona que fungirá como “trustee”, en cuyo caso, dicha facultad correrá a cargo del tribunal competente en su momento, o si así lo desea, puede él designarse como “trustee”, en cuyo caso no existirá una transmisión de los

⁵ Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica 8ª ed., Ed. Jus S.A. de C. V .México 2001 Pág.41.

bienes o derechos dados en “trust”; sino una separación de aquéllos dentro de su patrimonio personal (settlor-trustee), creándose un patrimonio propio del “trust”.

Entre otras facultades que tiene el “settlor”, se menciona el derecho de revocar o modificar el “trust”, así como el de desconocer al “trustee” en su función.

El “ trustee”, es la persona quién recibe el dominio legal de los bienes, el cual adquiere el compromiso de realizar su gestión en los términos y condiciones estipuladas en el acto de creación del “trust”, o por las que le concede el propio “settlor” para dar cumplimiento al fin determinado.

Una característica destacable es que, en sus inicios, el “trustee” o fiduciario fue desempeñado por una persona física; ahora su trascendencia radica en que su función ha sido profesionalizada, desempeñándose incluso por personas morales, como las “trust companies” y los bancos de fideicomiso, representando así el antecedente directo del porqué en el fideicomiso mexicano la función del fiduciario es única y exclusivamente desempeñado por la instituciones de crédito, ya sea múltiple o de desarrollo, pero sin que en la actualidad esta función sea abordada por instituciones especializadas en la actividad fiduciaria, como acontece en aquella nación

Por último, el “beneficiary o cestui to trust” es la persona quién recibe el provecho del “trust”; puede recaer este beneficio en personas físicas, personas morales o incluso el propio “settlor”, circunstancia análoga al fideicomiso regulado por nuestra legislación; así mismo, el “beneficiary”, para hacer cumplir las obligaciones contraídas por el “trustee” y lograr la realización del fin determinado, se encuentra facultado de ejercer sobre el “trustee” todas aquellas acciones que le son conferidas al momento de crearse el “trust”.

5.-MÉXICO.

El fideicomiso en nuestro país fue importado del derecho norteamericano con la intención de perfeccionar el sistema bancario mexicano. Su antecedente inmediato es el “trust” de los Estados Unidos y fue adoptado parcialmente por el legislador mexicano de acuerdo a nuestro medio y a nuestras propias necesidades, dando como resultado una institución completamente diversa al “trust” con sus propias características. Su adaptación, como figura moderna en nuestra legislación, produjo que su regulación fuera confusa, tanto en su objeto como en su fin a aquella figura anglosajona.

Sin duda, el legislador de aquel entonces sabía que estaba legalizando una institución jurídica que se practicaba en otros países desde tiempo atrás, por lo que su arraigo sólo dependía del tiempo para que produjera resultados positivos, no sin antes tener presente también la necesidad de ir introduciendo reformas que la practica cotidiana sugiriera.

El fideicomiso como hoy se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es resultado de una ardua labor legislativa que se dio en sus intentos de trasladar una figura nueva, diferente y sin precedente legislativo en nuestro derecho, sin embargo, el primer intento para establecer un régimen legal del fideicomiso ocurre en el año de 1905 con el proyecto Limantour, ideado por el entonces Secretario de Hacienda José Yves Limantour, mediante el cual trató de regular a las instituciones comerciales, cuya labor era la de ejercer funciones de agentes fideicomisarias.

En este proyecto se sostenía que el fideicomiso implicaba un derecho real sobre los bienes otorgados en fideicomiso, donde su finalidad era la de ejecutar actos u operaciones lícitas respecto de los bienes que se recibían en beneficio de un tercero o incluso de las partes que intervenían en la formación del fideicomiso; pero su proyecto no tuvo la aceptación legislativa que su creador hubiera deseado, tal vez por el momento crucial que atravesaba nuestra nación en vísperas de una revolución.

En el año de 1924, Enrique Creel presenta un proyecto mediante el cual pretendía establecer una regulación sobre las Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, que no era otra cosa que la traslación de la figura de las “trust companies” que operaban en Estados Unidos de América, sentando bases para la regulación del fideicomiso de propiedad, de hipotecas, de bonos de compañías ferrocarrileras, así como el de recibir bienes de viudas, huérfanos y niño para tal fin. Su mayor pretensión fue la de que se expidiera una ley que detallara con precisión la operatividad de las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro. Tampoco tuvo el resultado deseado, pero sirvió para lo que fue poco tiempo después la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que se expidió al finalizar en ese mismo año de 1924.

Esta ley alude por primera vez a los Bancos de Fideicomiso, disponiendo que sus funciones principales serían la administración de capitales y su intervención como representante común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos estos o durante el tiempo de su vigencia (artículos 73 y 74).

En 1926, Jorge Vera Estañol presenta el proyecto de la Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, que básicamente representó una réplica de las ideas de Limantour de 1905, diferenciándose sólo porque detallaba disposiciones en cuanto a la función de las operaciones fideicomisarias e indicaba que los derechos y obligaciones que adquiriría el fideicomisario se regían bajo el marco constitutivo del contrato de mandato, y que cuando éstos no se hubieran precisado con claridad, se aplicaría de manera supletoria lo que para esa figura regulaba el Código Civil de ese entonces.

Pero es en este año de 1926 cuando realmente se presenta un avance significativo para establecer la estructura y lineamientos del fideicomiso mexicano, con la promulgación de la Ley de Bancos de Fideicomisos de 30 de junio de ese año, la cual reflejaba en su estructura y contenido las ideas del jurista panameño Ricardo Alfaro y las de Enrique Creel. Este ordenamiento concibió al fideicomiso como un mandato de

carácter irrevocable, prescribió a los bancos de fideicomiso como verdaderas instituciones de crédito, otorgándoles reales efectos de servicio de operación para el sistema bancario.

A pesar del avance que generó esta ley en la estructura y funcionalidad del fideicomiso, fue abrogada por la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1932; dicho ordenamiento no trascendió en virtud de que su contenido era similar a la ley de 1926; lo dable de la misma es que durante su vigencia se otorgan los primeros fideicomisos de garantía.

En 1932 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito, la cual en su exposición de motivos estableció que el carácter sustantivo del fideicomiso era materia de regulación y competencia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; determinándose así que el fideicomiso implicaba una operación de crédito sujeta a un régimen de autorización y constitución de conformidad a dicho ordenamiento; así mismo, el ordenamiento en comento determinó que la figura del fiduciario sería desempeñado únicamente por una institución sujeta a la vigilancia del Estado; reiteró las prohibiciones de constituir un fideicomiso cuando se otorgará contra actos tendientes a la constitución de patrimonios alejados a los fines propios del fideicomiso, así como de las substitutiones indebidas para cubrir los objetivos del fideicomiso.

Esta ley, contempló a las sociedades mexicanas como instituciones de crédito, siempre y cuando entre su objeto fuera la práctica de operaciones activas de crédito, y estableció de manera expresa la prohibición a los bancos o instituciones de crédito del extranjero para que intervinieran como fideicomisarias en los fideicomisos constituidos en nuestro territorio.

Así, en este mismo año se aprueba la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que actualmente nos rige, que como complemento a la Ley General de Instituciones de Crédito, establece las normas legales que determinan el objeto, alcance

y fin del fideicomiso, estructurándose en sus disposiciones una figura nueva, propia y versátil, alejada de la fisonomía y estructura de la figura extranjera que la inspiró.

Para el año de 1941 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito; su vigencia fue de más de 40 años, abrogó a su antecesora de 1932; esta ley ordenó de manera obligatoria la notificación que debía realizarse a los interesados o partes del fideicomiso de las operaciones efectuadas en cumplimiento del propio fideicomiso; de igual forma, estableció un mecanismo de identificación de los bienes que eran destinados en fideicomiso, ello con la finalidad de que las instituciones fiduciarias asumieran una responsabilidad real en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en este contrato.

Sin duda, la relevancia de esta ley fue el hecho de que confirió atribuciones al Banco de México para determinar instrucciones en los fideicomisos, cuando éstas no fueran precisas en el acto constitutivo o bien se hubieran dejado a la discreción de las instituciones fiduciarias; así también, con el decreto de 22 de diciembre de 1978 sobre la banca múltiple, se da un vuelco en las leyes administrativas elaboradas por la Secretaría de Hacienda que introdujo importantes acepciones en el concepto tradicional de la banca especializada.

Con motivo de establecer un nuevo marco jurídico del sistema bancario, en 1982 se da la denominada nacionalización de la banca argumentándose en beneficio de la propia nación, depurando diversas disposiciones en general y reordenando el cuerpo de normas existentes, dirigidas a reglamentar la función institucional del fideicomiso, sancionándose la ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de ese mismo año; ordenamiento de carácter transitorio, hasta en tanto se diera una adecuada normatividad al ejercicio de la Banca; dicha ley coexistió con la Ley de Instituciones de Crédito en 1941, hasta que fue promulgada la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en 1985, derogando las dos primeras y regulándose así de manera integral la actividad bancaria.

Este último ordenamiento reconoció dos tipos de instituciones de crédito a saber: la banca múltiple y la banca de desarrollo, preceptuando que ambas pueden realizar operaciones de fideicomiso como operación de servicio que dichas instituciones prestan, establece de igual forma reglas de funcionalidad, mecanismos de negociación que pueden hacer valer los fideicomitentes o fideicomisarios contra los fiduciarios, se introducen las facultades del Consejo Directivo de la institución fiduciaria de designar delegados fiduciarios. Como una novedad, esta ley establece que para la ejecución de los fideicomisos de garantía, debe seguirse el procedimiento establecido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 341 que a la letra establece:

“El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada...”

El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de quince días, contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez resolverá en un plazo no mayor de diez días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.

El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ella al acreedor.

El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.”

Sin ser tema a tratar en éste apartado, como simple observación, debe decirse que actualmente la ley marca diversos procedimientos para llevar a cabo la ejecución de los fideicomisos de garantía, contemplándose el convencional establecido por las partes en el acto constitutivo del fideicomiso, como aquellos llevados de la mano con la intervención del órgano jurisdiccional, evitando con ello transgredir y dejar en estado de indefensión a las partes que intervienen en la ejecución.

Por ese entonces, el servicio de banca era regido por instituciones nacionales de crédito, hasta que en 1990, el entonces presidente de la república Carlos Salinas de Gortari, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de privatización de la banca, buscando con ello restablecer el régimen mixto de la actividad bancaria, con el objeto de

ampliar el acceso y mejoramiento de la calidad del servicio que se prestaba, frenando así los abusos y privilegios que imperaban en estas instituciones.

Así, la aprobación de esta iniciativa trajo para el gobierno federal la tarea de establecer los mecanismos jurídicos para transformar las sociedades nacionales de crédito a instituciones de banca múltiple, para lo cual determinó que mediante el fideicomiso de inversión y de administración se daría la suscripción de los capitales requeridos para hacer posible la reprivatización del servicio de la banca.

Durante ésta transición, nuevamente se da una reorganización de las normas jurídicas imperantes sobre la materia, dándose una reforma a los artículos 28 y 123 constitucionales, en donde se establece la rectoría del Estado en la prestación del servicio bancario, determinándose con exactitud de igual forma el régimen mixto del servicio de la banca, culminándose dicha tarea con la aprobación de la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, mediante la cual se regula el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas puedan realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.(Artículo Primero de la Ley de instituciones de Crédito).

Así pues, de los antecedentes del fideicomiso se deduce que en el fondo es el resultado de nuestra adaptación al “trust” anglosajón, que como negocio fiduciario de la misma clase lo fue el “treuhand” o “salma” en el derecho germánico; esta implantación trajo para nuestro sistema de tradición romanista, la creación de una figura jurídica nueva y novedosa sin antecedentes legislativos en nuestro país, provocando un matiz distinto de contratación para la consecución de fines distintos e incomprensibles en materia financiera- comercial.

6.-CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

Se ha dicho, no sin razón, que el fideicomiso es el concepto jurídico mercantil mas fácil de entender y de explicar pero, al mismo tiempo, es la figura mas difícil de encuadrar técnicamente dentro de los esquemas legales tradicionales, por toda la infinita variedad de problemas concretos que en la práctica diaria nos encontramos; por eso, saber exactamente qué es un fideicomiso, atendiendo a la ley, la jurisprudencia e incluso la doctrina mexicana, es un problema irresuelto hasta ahora.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 381, dispone:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente 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”.

Sin embargo, de la definición que la ley proporciona se infiere una idea reducida sobre lo que implica el fideicomiso, toda vez que sólo describe el objeto y fin para lo cual se constituye, sin que precise de una forma clara qué es lo que realmente debemos entender por fideicomiso, por lo que es preciso acudir a la doctrina a efecto de encontrar mayores bases para determinar su esencia y naturaleza jurídica.

Para el maestro Raúl Cervantes Ahumada, el fideicomiso es definido como: “un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado.”⁶

Por su parte, Jorge Alfredo Domínguez Martínez dice : “aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y

⁶ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito;15ª edición, Ed. Porrúa, México 2002 pág.289

éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello tuvo el primero”.⁷

Por otro lado, Jesús de la Fuente Rodríguez establece : “el fideicomiso es un contrato por medio del cual una persona física o moral (fideicomitente), transmite a una institución bancaria o una entidad financiera autorizada para ello,(fiduciario), la titularidad de bienes o derechos,(salvo aquellos que conforme a las leyes sean estrictamente personales de su titular), para que dicha entidad realice un fin lícito, determinado y posible en beneficio del propio fideicomitente o de terceras personas designadas por el mismo y a quien se conoce como fideicomisarios”.⁸

De las definiciones mencionadas se aprecia que cada autor trata de explicar de una manera sencilla y clara los alcances del fideicomiso y buscan determinar las funciones que ejercen las partes que intervienen en el mismo; sin embargo, la definición que debe prevalecer, por considerarla la más completa, es la que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una de sus ejecutorias, que al respecto señala:“El fideicomiso es un contrato mercantil, por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye a la fiduciaria, paralización de un fin determinado; de la interpretación armónica de los artículos que componen el capítulo V del título segundo, LGTOC, se deduce que el fideicomiso es un acto jurídico que participa de la naturaleza de un contrato, en el que intervienen diversas personas para la realización de un determinado fin. Dichos contratantes, serán el fideicomitente, la fiduciaria y una tercera, designada como fideicomisario que aunque no interviene en la elaboración del contrato, será quien reciba el beneficio derivado del citado fideicomiso. En estas condiciones, es claro que un fideicomiso simplemente es un contrato y por ende, no puede considerarse como un ente jurídico; de ahí que si no es una persona distinta sino sólo un contrato, es patente que no tienen el carácter de

⁷ Domínguez Martínez, Jorge. El Fideicomiso, Ed. Porrúa, México 1994.pág.167.

⁸ De la Fuente Rodríguez Jesús. Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito. Exposición de Motivos; disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM ,Tomo II,2^a .ed, Editorial Porrúa, México,2003.pág.767.

autoridad, lo que es improcedente el juicio de garantías contra los actos del aludido Procalle.”⁹

Esta resolución resuelve de manera más detallada y precisa lo que es el fideicomiso, en virtud de que alude a los elementos que integran la relación jurídica que se crea entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, al igual que establece los efectos que se producen al efectuarse la transmisión de los bienes o derechos de los que es propietario el fideicomitente, como las limitaciones a las que queda sujeta la fiduciaria en el negocio que se celebra.

6.1. Naturaleza Jurídica.

Dada la importación de esta figura en nuestro derecho, ha traído para legisladores y doctrinarios mexicanos la ardua tarea de determinar de manera clara la naturaleza del fideicomiso, surgiendo así diversas teorías que con mayor o menor énfasis tratan de explicar este tópico. Entre las más nombradas destacan la de entender al fideicomiso como un mandato; la que lo tiene como un patrimonio de afectación; otros sostienen que se trata de un contrato; o de que es un desdoblamiento de la propiedad; los lo ven como una declaración unilateral de voluntad o como un negocio jurídico; y no falta quienes lo cataloguen como una simple operación bancaria, por la solvencia de los bancos y por la vigilancia que sobre ellos ejercía el Estado.

A continuación se hace un somero bosquejo de cada uno de estos puntos de vista, según los autores que los postulan.

⁹ AUTORIDAD NO TIENEN TAL CARÁCTER EL FIDEICOMISO PROCALLE DEL AYUNTAMIENTO DEL MUNICIPIO DE PUEBLA. Octava Época, Tribunales Colegiados, S.J. de la F. t. VI, Segunda Parte -2,p.466,A.R 49/90 Inmobiliaria Matecar, S.A de C.V.29 de marzo de 1990.Unanimidad de votos .Ponente:Oscar Vásquez Marín. Secretario: José Ignacio Valle Oropeza.

Así, por ejemplo, desde la segunda mitad del siglo pasado, el jurista panameño Ricardo Alfaro consideró al fideicomiso como una especie de mandato irrevocable, en virtud de que se transmiten ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, para que hiciera con ellos lo que le ordenaba otro sujeto llamado fideicomitente, siempre a beneficio de otro mas llamado fideicomisario.

Sergio M. Ortiz Soltero indica que el legislador mexicano de 1932 adoptó la teoría del patrimonio de afectación, la que plasmó en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de ese año, teoría creada originalmente por el francés Pierre Lepaulle, quien, refiriéndose a “trust”, sostiene que es una afectación de bienes garantizados por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación. Villagordoa, recurriendo a Juan Lauderreche Obregón, manifiesta que éste último, al estudiar la naturaleza jurídica del fideicomiso fundada en la teoría del patrimonio de afectación, lo cita así: “El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes. Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición, la que de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata. Los elementos esenciales del fideicomiso son pues, un fin lícito que alcanzan y la destinación de ciertos bienes a su realización, para lo cual se requiere como condición que una persona maneje el patrimonio así formado y disponga de él para dicho objeto,

persona que, en nuestro derecho, debe ser una institución fiduciaria”¹⁰. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recogido también en algunas ejecutorias esta teoría del patrimonio de afectación en algunas ejecutorias.¹¹

Para el profesor Raúl Cervantes Ahumada” el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad, la ley dice que puede constituirse por acto intervivos o por testamento (artículo 352), con tal de que conste siempre por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente.”¹²

Por su parte, Jorge Barrera Graf es del criterio que el fideicomiso es un negocio fiduciario, porque “en virtud del negocio el fiduciante (que corresponde al fideicomitente, en nuestro fideicomiso) transmite la propiedad de ciertos bienes o la titularidad de determinados derechos al fiduciario. Dicha transmisión a favor del fiduciario es erga omnes; válida frente a todos incluso frente al fiduciante, quién jurídicamente pierde la propiedad o la titularidad a favor del fiduciario”.¹³

¹⁰ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. El Fideicomiso Mexicano, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 2001, págs 80-81.

¹¹ Amparo directo 439/69. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968. Banco Hipotecario. Fiduciario y de Ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Seminario Judicial de la Federación, sexta época, vol. CXXXV, cuarta parte, pág. 77.

¹² Cervantes Ahumada Raúl. Op. Cit. pág. 289.

¹³ Barrera Graf Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. Derecho Bancario, Derecho Industrial. Editorial Porrúa, México 1958. Pág. 318 y ss.

Agrega que mediante esta figura se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio, sobre el cual existe un mayor o menor grado la potestad de abuso por parte de aquél a quien se encarga la comisión; dice además que de no aceptarse la explicación del negocio fiduciario, se tendría que admitir que el fideicomiso en un negocio sui géneris, o sea, es la forma de adecuar una figura que tuvo origen en un derecho diferente al mexicano, en el que no es posible un desdoblamiento de la propiedad que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad.

Escritores como Rodolfo Batiza, Ortiz Soltero, entiende al fideicomiso como un contrato. El primero sostiene que más que en construcciones doctrinarias, el fideicomiso debe encuadrarse dentro de las categorías reconocidas por el derecho positivo; que de la lectura de la ley sustantiva resulta claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos; que jurídicamente, el fideicomiso es una obligación; que la naturaleza contractual del fideicomiso, incluso como contrato bilateral, sinalagmático perfecto, recibe conformación adicional por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual en términos del artículo 1949 del Código Civil Federal opera en los contratos bilaterales como lo es el fideicomiso, del cual si uno de los contratantes falta a su obligación (fideicomitente, fideicomisario o la institución fiduciaria), puede pedir cualquiera de ellos el cumplimiento o el resarcimiento de los daños y perjuicios que le genere por el incumplimiento a su obligación contraída. Como se desprende de la acción o facultad que el fideicomisario o fideicomitente (si éste último se reservo el derecho) el de exigir su cumplimiento a la fiduciaria de su obligación, así como el de atacar la validez de los actos que cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del contrato o de la ley le corresponden. (Artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).¹⁴

¹⁴ Cfr. Batiza Rodolfo. Op. Cit. pág. 39

El segundo de dichos escritores dice que la operación a que se refiere el artículo 381 de la Ley de la materia presenta características propias que son esenciales para la existencia del fideicomiso y que solo pueden generarse mediante la celebración de un contrato; abunda que los elementos personales indispensables que intervienen en la operación fiduciaria deben ser el fideicomitente y la fiduciaria y que no se puede hablar de que existe fideicomiso cuando el acto jurídico carece de alguno de ellos, que como sujetos de la relación jurídica le dan existencia al acto; insistiendo en que la única fuente de las obligaciones que jurídicamente es útil para conseguir los fines que se persiguen en las operaciones fiduciarias, se encuentran en lo dispuesto por el artículo 1792 del Código Civil, donde se define al convenio como el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, siendo contratos, en sentido estricto, los que los producen y transfieren, que para su existencia se requiere el consentimiento y del objeto del contrato.¹⁵

Por último, para el profesor L. Carlos Dávalos Mejía “el fideicomiso es:

- un contrato, porque para su perfeccionamiento necesariamente debe presentar una forma coincidente con la teoría general de los contratos;
- un contrato mercantil en virtud de que así lo señala la ley (Art. 1º, segundo párrafo, LGTOC);
- un contrato mercantil de crédito o fiduciario, puesto que su mecánica fundamental descansa en la transmisión de buena fe que se hace al fiduciario, de parte de los bienes del fideicomitente, de lo que, en principio, se beneficiará un tercero;
- un contrato mercantil de crédito fiduciario, institucionalmente bancario, ya que para su legal perfeccionamiento, es indispensable la participación de una institución de crédito autorizada para fungir como fiduciaria;

¹⁵ Cfr. Ortiz Soltero, Sergio M, Op. Cit. págs 95-96.

- resumiendo, el fideicomiso es un contrato mercantil, de crédito y bancario.”¹⁶

6.2 .Negocio Jurídico.

Mención especial merece la corriente que enfoca la naturaleza del fideicomiso como un negocio jurídico.

Pero, antes de abundar sobre este punto, no está por demás precisar que dentro de la teoría del acto jurídico, se reconoce a los hechos y actos jurídicos como únicas fuentes generadoras de derechos y obligaciones para crear, transmitir, modificar o extinguirlas; sin embargo, existe otra categoría que sin ser debidamente reconocida en diversas legislaciones, produce o genera también consecuencias de derechos entre las partes: se trata del negocio jurídico.

La doctrina mexicana no contempla la figura del negocio jurídico dentro de la teoría general de los actos y hechos jurídicos tradicionales, no obstante, existen autores como Ortiz Urquidi y Villoro Toranzo que sí establecen una división tripartita entre el hecho, acto y negocio jurídico, argumentando éste último “ que la doctrina del derecho distingue tres especies de actos jurídicos en sentido amplio: los delitos, los actos jurídicos en sentido propio y los negocios jurídicos. La primera especie está constituida por los delitos que son verdaderos actos jurídicos; indicando que la distinción entre las dos otras especies se debe a la doctrina alemana la cual diferencia los actos propiamente dichos de los negocios jurídicos. Unos y otros nacen de la intención libre y consciente del hombre; ambos producen de hecho consecuencias jurídicas, que se imputan a los autores; pero sólo en los negocios jurídicos se encuentra la voluntad de liberada de crear

¹⁶ Dávalos Mejía Carlos L. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras; Colección Textos Jurídicos Universitarios. México,2001;pág.431.

consecuencias jurídicas que obliguen a sus autores; por lo que reitera que bástenos comprobar que existe una especie de actos jurídicos, la de negocio jurídico.”¹⁷

Ahora bien, uno de los escritores mas serios que sostiene este punto de vista es el maestro Jorge Domínguez Martínez¹⁸, quien aduce la necesidad de analizar la naturaleza del fideicomiso como un acontecimiento dotado de juridicidad propia y no aislando su origen o efecto para analizarlo con la pretensión de agotar en el análisis de uno u otro el estudio del fideicomiso, por lo que debe entenderse como un negocio jurídico de tipología compleja no agotable con el uso en su definición de uno solo de los tipos jurídico-legales organizados por nuestro derecho. Argumenta este autor que el fideicomiso implica un negocio unilateral en su constitución, pero que respecto de su ejecución, implica un acto de naturaleza contractual. Dice que el primer paso en el perfeccionamiento del fideicomiso es una declaratoria unilateral de voluntad, y acto seguido, un contrato ciertamente innominado pero asimilable a la teoría general; que la consecuencia patrimonial del contrato del fideicomiso es la transmisión del derecho de disposición de los bienes afectados, pero no por ello la transmisión del derecho de propiedad, la cual se conserva totalmente, pero en estado latente a favor del fideicomitente.

Nuestro más Alto Tribunal en distintas ejecutorias ha sostenido esta teoría de que la naturaleza del fideicomiso debe entenderse como la de un negocio jurídico¹⁹ siendo una de las mas completas la contenida en la siguiente resolución: “FIDEICOMISO. NATURALEZA DEL.- ...Atendiendo a su naturaleza jurídica, mediante el fideicomiso

¹⁷ Cfr. Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, 11ª edición, Ed. Porrúa, 1994, Pág. 362 ss

¹⁸ Cfr. Domínguez Martínez Jorge Alfredo. El Fideicomiso Mexicano, Ed. Porrúa, México .2001 Pág. 186.

¹⁹ Amparo en revisión 769/84.-Unitas, S.A. de C. V.- 26 de agosto de 1986.- Pleno, H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Informe 1986, Parte I, pág. 675.- Amparo Directo 5567/74.-Banco Internacional Inmobiliario, S. A.- 15 de junio de 1979.- Mayoría de 3 votos:- Ponente: José Alfonso Abitia Arrápalo.- Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 121-126, pág. 43.

según el artículo 346 ²⁰ de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria. Y conforme al artículo 351 ²¹ de la misma Ley, los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectados al fin a que se destinan y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, 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 los terceros. Por lo tanto, puede establecerse que **el fideicomiso en un negocio jurídico** en virtud del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Dicho patrimonio es autónomo porque es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de ellos tres puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitados, ya que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado. El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de inmuebles, deben transmitírseles en la misma forma en que se transmite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356²² de la Ley de referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.” ²³

7.- ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.

De la lectura e interpretación de los artículos 381 y 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se obtiene que en el fideicomiso concurren como

²⁰ Actualmente artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²¹ Actualmente artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²² Actualmente artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²³ Amparo directo 3176/65/2ª. Elvira Rascón de Macín y Coag. 22 de septiembre de 1970. 5 votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra.- Srio: Rodolfo Carrillo Barragán.- Informe 1970.- Sala Auxiliar.pág.205

elementos personales el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, aunque el segundo de los preceptos citados dispone que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario.

7.1.Fideicomitente.

El fideicomitente es toda persona física o moral que destina ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria para la consecución de un fin lícito y determinado.

En términos de lo dispuesto por el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sólo podrán ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos objeto del fideicomiso, así como las autoridades judiciales o administrativas facultadas para ello.

La persona física, aunque no es definida exactamente por el Código Civil Federal, “es todo ser humano, sin distinción de edad, color, nacionalidad, religión, preparación o sexo, susceptible de derechos y obligaciones, que reúne los atributos de capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad, que en su conjunto conforman su personalidad jurídica “. ²⁴

Respecto de las personas morales, el artículo 25 del mismo Código de Civil Federal establece que es persona moral:

- I.- La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;
- II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III.- Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

²⁴ Rojina Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia; 12º Edición; Edit. Porrúa; México, 1976. pág.154

V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas;

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

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

En tal virtud, las personas morales indicadas pueden adquirir la calidad de fideicomitentes y celebrar contratos de fideicomiso siempre y cuando, en ejercicio de sus atribuciones, estén facultadas para efectuar la transmisión de bienes o derechos a una institución fiduciaria para el cumplimiento y consecución de un fin lícito y determinado.

La persona moral extranjera también puede ser fideicomitente cuando cumplan con los requisitos que impongan las leyes mexicanas, previo el permiso respectivo que les expida la Secretaría de Relaciones Exteriores, además de comprobar que están constituidas conforme a las leyes de su país, que sus estatutos no contengan nada que sea contrario a las leyes mexicanas de orden público; que tenga representante domiciliado en el lugar donde opere el fideicomiso, debidamente expensado y que inscriba sus estatutos en el Registro Público de la Propiedad, entro otros requisitos.

El fideicomitente como persona física o moral, administrativa o judicial, ha de contar con la capacidad necesaria para realizar la transmisión de bienes o derechos que serán afectos al fideicomiso, entendiéndose que la capacidad a la que alude la ley, es la capacidad de ejercicio que, en éste caso, se traduce en la transmisión de la propiedad de los bienes o la titularidad de derechos al fiduciario para el cumplimiento de los fines para lo que se constituye el fideicomiso.

En ocasiones esta capacidad de ejercicio puede estar restringida, ya sea de manera natural o legal, en cuyo caso dicho ejercicio será ejecutado por aquellas personas

que con arreglo a la ley puedan intervenir en la celebración de dicho contrato en representación o mandato de las titulares de ese derecho.

La ley establece que para ser fideicomitente es necesario ser titular de los bienes o derechos sobre los cuales se realiza la afectación de los mismos, titularidad que sin duda es un requisito que, junto con la capacidad, es indispensable para que dicha transmisión surta sus efectos legales a favor del fiduciario, quién será el titular o propietario del patrimonio fideicomitado.

Como ya se expresó asentado en párrafos anteriores, también podrán ser fideicomitentes las autoridades administrativas o judiciales, si a través de este contrato alcanzan u otorgan un cumplimiento mejor del encargo conferido o realizar de una manera más idónea los fines encomendados.

Es de todos sabido que las partes que intervienen en la celebración de un acto jurídico, cualquiera que sea su clase o naturaleza, produce para los contratantes una serie de derechos y obligaciones que la ley establece o que son consecuencias necesarias de su clase, atendiendo al principio de que cada una se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse. Bajo esta tesis, y por lo que se refiere al contrato de fideicomiso, el fideicomitente adquiere al momento de su celebración derechos y facultades que la ley reconoce y protege, dentro de los cuales se encuentran entre los siguientes:

- Señalar los fines lícitos y determinados sobre los que versa el contrato de fideicomiso.
- Designar al fideicomisario o fideicomisarios, ya sea en el acto constitutivo o en un acto posterior.
- Si así lo considera, reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.
- Autodesignarse como fideicomisario.

- Conformar en el acto constitutivo un Comité Técnico que como órgano de vigilancia del fideicomiso, se rija a través de los lineamientos y facultades que el mismo le confiera.
- Exigir del fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas las de rendición de cuentas de la gestión encomendada, o solicitar su remoción, siempre y cuando esta facultad se encuentre reservada para que el fideicomitente la ejercite en contra de la responsable.
- Exigir del fideicomisario la contraprestación a la que tenga derecho el fideicomitente, cuando el contrato se haya conformado en su modalidad de fideicomiso oneroso.
- Exigir de la fiduciaria el pago de una indemnización cuando ésta haya actuado en exceso de sus facultades o por mala fe en la ejecución del fideicomiso y que redunde en perjuicio del fideicomitente.
- Puede reservarse en el acto constitutivo el derecho de revocación del fideicomiso.
- Transmitir la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos a la institución fiduciaria, condicionando la realización de ese fin lícito y determinado al cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria
- Exigir a la fiduciaria la devolución de los bienes, cuando sea procedente de acuerdo a la naturaleza y consecuencias de la operación.

Ahora, en contraposición a esos derechos que ejercita el fideicomitente, también le surgen obligaciones, ya sea por disposición de la ley o como consecuencias del contrato mismo, siendo la principal la transmitir al fiduciario la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos objeto del fideicomiso; pagar los honorarios profesionales, incluyendo los de la fiduciaria, los gastos, impuestos o derechos que se causen con motivo de la constitución, administración y ejecución del fideicomiso; notificar a la fiduciaria de cualquier hecho o acto que afecte o pudiera afectar al patrimonio fideicomitado; entregar la posesión material a la fiduciaria o a quien ella

designe cuando sea procedente de acuerdo al contrato de fideicomiso; además de aquellas otras que se fijen o se estipulen al momento de la celebración del contrato.

Por otro lado, aunque la ley no dice nada al respecto, existe la posibilidad de que concurren dos o más fideicomitentes en un mismo contrato u operación de fideicomiso, cuando se da por voluntad de los contratantes o por el régimen legal al que esté sujeto el bien destinado al fideicomiso. Ejemplo del primero son los casos de copropiedad o de la sociedad conyugal, por tener derechos que les son comunes sobre dichos bienes; de los segundos, cuando cierto número de personas aportan diferentes bienes para lograr un mismo propósito.

Finalmente, no está por demás decir que en la persona del fideicomitente pueden reunirse a su vez dos calidades: la de fideicomitente y la de fideicomisario. Este supuesto se da cuando es el mismo fideicomitente quien se autodesigna para recibir los beneficios del fideicomiso. Si en el acto constitutivo el fideicomitente omite nombrar o designar al fideicomisario, debe entenderse que él es quien asume esa calidad y quien conserva el derecho de instruir a la fiduciaria para disponer de los bienes en la forma y con las modalidades que mejor le convenga.

Si el fideicomitente fallece sin designar fideicomisario, los derechos de esta naturaleza formarán parte de la masa hereditaria. Si fue nombrado el fideicomisario, sus consecuencias se sujetarán a los fines del fideicomiso.

7.2.Fiduciario.

Otro de los elementos personales con el que se configura y perfecciona el contrato de fideicomiso es sin duda el fiduciario. Por disposición de la ley, esta función se le confiere a una institución de crédito debidamente constituida conforme a las disposiciones legales de la materia.

El fiduciario es la institución a quién el fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes o la titularidad de sus derechos para que ésta, en ejercicio de las facultades conferidas, realice el fin para lo cual se constituye el fideicomiso, debiendo actuar siempre como un buen padre de familia, que nos es otra cosa que realizar y llevar a cabo la encomienda requerida por el fideicomitente.

Uno de los efectos que produce la transmisión que realiza el fideicomitente de la propiedad de sus bienes o la titularidad de sus derechos, es que la institución fiduciaria adquiere la titularidad de los bienes fideicomitados, convirtiéndose en propietario de los mismos, para destinarlos al fin encomendado.

Conforme al artículo 381 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por regla general, la función del fiduciario es única y exclusivamente desempeñado por instituciones de crédito expresamente autorizadas para tal efecto. Por su parte, el artículo 2° de la Ley de Instituciones de Crédito, señala que las instituciones de crédito serán instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo, facultándolas para la realización de todo tipo de operaciones de fideicomiso; sin embargo, como regla específica, también podrán ser fiduciarios las instituciones de seguros, instituciones de fianzas, casas de bolsa, sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes nacionales de depósito, cuando se trata de dar cumplimiento a los fideicomiso de garantía.

No está por demás decir que banca múltiple es: “aquella institución estructurada como sociedad anónima de capital fijo, que tiene como principal objetivo la intermediación financiera de carácter bancario-comercial, cuya función es la de captar recursos de ahorradores e inversionistas que canaliza en forma eficiente y rentable en forma crediticia a través de otros mecanismos autorizados por la ley.”²⁵

²⁵ CD. Diccionario Jurídico, letra B, 2000.

En términos del artículo 30 de la Ley de instituciones de Crédito por Banca de Desarrollo se entiende “aquellas entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito.” o bien, aquel intermediario financiero que tiene por objeto optimizar la asignación de recursos financieros y técnicas para el apoyo de áreas o sectores de la economía que el Estado considera estratégicas o prioritarias en el proceso de desarrollo del país.²⁶

Ambas instituciones se encuentran debidamente facultadas para fungir como fiduciarias en los fideicomisos creados para la consecución de cualquier fin lícito y determinado, en virtud de que cuentan con la autorización requerida para realizar dentro de sus operaciones las de fideicomiso.

La función de fiduciaria puede ser desempeñada de manera conjunta o sucesivamente por dos o más instituciones de crédito o fiduciarias, siempre y cuando se encuentre previsto debidamente el orden y las condiciones en las que cada una de ellas entrará a desempeñar dicha función.

Por otra parte, salvo disposición prevista en el fideicomiso cuando por renuncia o remoción la fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución que la substituya, pero si esto no fuera posible el fideicomiso se dará por extinguido.

Entre los derechos y obligaciones a las que ésta sujeta la institución fiduciaria se pueden mencionar las contenidas en los artículos 385, 386 y 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, así como las señaladas en los artículos 46 fracción XV y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, sin contar con aquellas que de manera voluntaria son otorgadas por las partes en el momento de constitución del fideicomiso, que pueden

²⁶ Idem.

ampliarse o limitarse de conformidad a los fines propios que ha de cubrir el fin del contrato. Estos derechos y obligaciones pueden ser, entre otros:

- Deben determinar su actuar dentro de los términos o lineamientos del contrato de fideicomiso, para dar cumplimiento al fin respectivo.
- Conservar los bienes transmitidos en fideicomiso.
- Elaborar una contabilidad por separado de cada fideicomiso en la cual funja como fiduciaria.
- Realizar sus actividades a través de los delegados fiduciarios.
- Guardar el secreto bancario.
- Rendir cuentas de su gestión, ya sea le competa al fideicomitente o bine al fiduciario.
- En caso de que en el acto constitutivo del fideicomiso el fideicomitente haya creado un comité técnico, acatar las disposiciones o instrucciones que del mismo emane para la consecución del fin propuesto.
- Responder de los daños y perjuicio que en exceso de las facultades concedidas, dolo o mala fé le ocasione al fideicomitente o al fideicomisario.

No obstante que estas facultades en principio son exclusivas para las instituciones fiduciarias, éstas pueden, por disposición de la ley, encomendarlas a delegados fiduciarios, que la mayoría de las veces es personal que labora en la propia institución, que se convierten en auxiliares para llevar a cabo las finalidades del fideicomiso, sin embargo, las funciones que estos delegados fiduciarios pueden desempeñar no deben recaer sobre actividades o funciones de mando, decisión o actos discrecionales, que son competencia exclusiva de la institución fiduciaria.

Otro órgano que participa para que las facultades y obligaciones que tiene la institución fiduciaria pueda llevar a cabo los fines del fideicomiso, es el Comité Técnico.

El Comité Técnico puede o no existir en los contratos de fideicomiso, toda vez que es facultad discrecional del fideicomitente o del fideicomisario su creación en el acto constitutivo del fideicomiso, o bien en un acto posterior de modificación que pueda sufrir el mismo.

Para el profesor Ernesto Galindo Sifuentes, el Comité Técnico es “un órgano colegiado cuyos miembros pueden ser designados por el fideicomitente y el fideicomisario pudiendo ser miembros ellos mismos, quienes se encargan de instruir al fiduciario sobre la forma de distribución de los bienes fideicomitados.”²⁷

El fundamento legal de éste órgano se encuentra en el artículo 80, tercer párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito, y su función principal es fijar los lineamientos a los que debe sujetarse la institución fiduciaria para la consecución del fin del fideicomiso, es decir, la libera de toda responsabilidad frente a los demás elementos personales que intervienen en la constitución del fideicomiso; tan es así que cuando la fiduciaria se niegue a ejecutar o dar cumplimiento a lo manifestado por el comité técnico, no implicará ninguna responsabilidad para la misma, y el comité técnico no cuenta ni tiene facultad coercitiva alguna para hacer cumplir sus determinaciones, atendiendo al principio toral de que la fiduciaria en todo momento debe ceñir sus facultades y actividades como un buen padre de familia y de acuerdo a la indicaciones recibidas por el propio fideicomitente o por el fideicomisario, evitando en todo momento excederse de lo pactado.

Independientemente de lo anterior, hay ocasiones en que la institución fiduciaria puede tener a la vez el carácter de fiduciaria y la de fideicomitente. Para que se de esta modalidad, es necesario la celebración de dos contratos de fideicomiso, en donde, en el primero, la fiduciaria adquirió tal carácter, y en el segundo, la fiduciaria de origen transmite como fideicomitente parte o la totalidad de los bienes del fideicomiso de

²⁷ Galindo Sifuentes, Ernesto: Derecho Mercantil, Comercial, Comercio Electrónico, Contratos Mercantiles y Sociedades Mercantiles; Ed. Porrúa, México 2004, pág. 135.

origen a la segunda fiduciaria. Esta concurrencia la encontramos por lo regular en los fideicomisos en garantía, en donde se garantizan con el patrimonio fideicomitado obligaciones de pago a cargo de alguna de las partes del fideicomiso original en donde por instrucciones dadas a la fiduciaria por el Comité Técnico o 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.

7.3.Fideicomisario.

Constituye el tercer elemento personal que interviene en la relación jurídica creada por el fideicomitente y el fiduciario en el contrato de fideicomiso.

El fideicomisario es aquella persona, física o jurídica, que ha de recibir el beneficio que se genere por la realización del fin lícito y determinado que se fije en el fideicomiso, debiendo tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que este contrato implica, atento a lo dispuesto por el artículo 382 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; sin embargo, la existencia del fideicomisario no es indispensable para que se perfeccione el fideicomiso y surta sus efectos jurídicos en la vida fáctica, toda vez que con la simple manifestación de voluntad que haga el fideicomitente y la aceptación por parte de la fiduciaria queda perfeccionado el contrato, pudiéndose nombrar con posterioridad dicho fideicomisario.

Como ya se expresó, puede ser fideicomisario el propio fideicomitente ello cuando así quede determinado o cuando se omita el nombramiento expreso de este beneficiario, estando atentos que no resulten lesionados derechos de terceros.

De igual forma, puede ser fideicomisario la propia institución fiduciaria cuando el beneficio que recibe lo hace como producto o instrumento de pago que realiza el fideicomitente por el incumplimiento de sus obligaciones que se deriven de los créditos otorgados por la propia institución fiduciaria para el ejercicio de actividades

empresariales. En este supuesto, indicarán con precisión los términos y condiciones a las que quedan sujetos, para evitar posibles conflictos de intereses en cuanto a su cumplimiento.

Se ha hecho mención que el fideicomitente puede designar fideicomisario ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso o bien en acto posterior, y en ejercicio de esta facultad, puede designar un sólo beneficiario o incluso puede estipular que el provecho derivado de propio fideicomiso ha de ser recibido simultánea o sucesivamente por varios fideicomisarios, en cuyo caso deberán quedar debidamente identificados, así como los derechos y obligaciones a los que son acreedores por virtud del fideicomiso.

Por otro lado, cuando no exista fideicomisario determinado o cuando quién ha de recibir el beneficio del fideicomiso sea un incapaz, los derechos y obligaciones a los que es acreedor corresponderán ser ejercidos por el que ejerza la patria potestad, o por su tutor o bien por el Ministerio Público como representante social, según corresponda.

El fideicomisario, al igual que el fideicomitente y el fiduciario, adquiere por la ley o por el propio fideicomiso una gama de derechos y obligaciones, entre las que se destacan:

- Recibir los beneficios del fideicomiso.
- Exigir del fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones
- Atacar la validez de los actos que realiza la Institución fiduciaria, cuando éstos sean realizados en perjuicio del mismo.
- Cuando le competa la acción, reivindicar los bienes transmitidos en fideicomiso, cuando por exceso de las facultades concedidas a la fiduciaria o mala fé, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.
- Ceder sus derechos de fideicomisario.
- Externar su voluntad a través de la toma de decisiones en todo aquello que no este previsto en el contrato de fideicomiso.

8.-ELEMENTOS REALES.

El fideicomiso, como ya se expresó, no sólo requiere para su existencia de la integración del consentimiento de las partes para ser sujetos de derechos y obligaciones en los términos convenidos, sino también requiere de un objeto, para crear o transferir derechos y obligaciones vinculado con obligaciones de dar, hacer o no hacer; independientemente que su motivo y fin han de ser lícitos y determinados.

Así, en el fideicomiso, como cualquier otro contrato, encontramos un doble objeto, es decir, un objeto directo e inmediato que consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, que se traduce en la transmisión de la propiedad del bien o la titularidad del derecho del fideicomitente a favor de la fiduciaria, creando con ello una situación jurídica distinta, es decir, la formación de lo que será el patrimonio fiduciario; y un objeto indirecto o mediato, que puede ser o la prestación de una cosa o la cosa misma, o bien, la prestación de un hecho o el hecho mismo, que a la vez consiste en la cosa o la titularidad del derecho que la institución fiduciaria recibe para destinarlo al fin lícito y determinado fijado en el contrato, y que consistirá en una obligación de dar, hacer o de no hacer. En el fideicomiso únicamente las cosas pueden ser objeto, mientras que en los contratos en general también los hechos pueden serlo.

De lo anterior, se colige que los elementos reales del fideicomiso lo constituyen el patrimonio fiduciario y los fines del fideicomiso.

8.1 Patrimonio Fiduciario.

Este se integra por los bienes muebles e inmuebles o con los derechos²⁸ del que es propietario o titular el fideicomitente y que transmite a la institución fiduciaria,

²⁸ Derecho de usufructo, derechos reales, derechos de propiedad, derechos personales, patentes y marcas, derechos de autor, derechos fideicomisarios de un contrato de fideicomiso previo, derecho al cobro u obtención de rentas, productos, frutos, derechos de concesión cuando la ley lo permita, derechos litigiosos, derechos del acreedor, derechos corporativos o patrimoniales derivados de acciones sociales, derechos que deriven de cualquier especie de contrato y puedan ser ejercidos por la fiduciaria, derechos sobre herencias o legados, derechos derivados del cobro de la suma aseguradora, entre otros.

siempre y cuando no se trate de los que la ley denomina como de carácter estrictamente personal²⁹ del fideicomitente, para la obtención del fin objeto del fideicomiso.

Ahora, atento al contenido del artículo 1825 del Código Civil, la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio; y de acuerdo al artículo 1827 el hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser posible y lícito.

Sentado lo anterior, debe decirse que, en términos generales, patrimonio es “el conjunto de derechos y obligaciones valorizables en dinero, constitutivo de una universalidad de derechos que tiene como titular una persona jurídica.”³⁰ Siguiendo esta idea, el patrimonio fiduciario es entonces el conjunto de derechos u obligaciones del que es titular la institución fiduciaria sobre los bienes o derechos que le son transmitidos por el fideicomitente, para ejercer sobre ellos las facultades propias que la ley le confiere como propietaria, para llevar a cabo la realización de los fines propio del fideicomiso.

El patrimonio fiduciario queda sujeto a reglas especiales y a un régimen específico, formando un patrimonio autónomo, tanto para el fideicomitente como para la fiduciaria, cuyo destino no puede ser otro que el señalado por el fideicomitente en el contrato; constituye una universalidad patrimonial; es un patrimonio independiente que está condicionado y sometido a la dirección y desarrollo de una institución que, por ser una persona moral, lo ejerce a través de una persona física con facultades y poderes específicos para hacerlo, como es el Delegado Fiduciario; que si bien es cierto que hay una transmisión de propiedad en dicho patrimonio, también lo es que ésta queda sujeta a las reglas especiales de la propiedad fiduciaria. En fin, que el patrimonio que se crea por el desprendimiento voluntario que hace el fideicomitente, implica una transmisión de la propiedad, pero no en términos que establece el derecho común, sino fiduciario, o sea,

²⁹ Derechos de carácter personal: el uso, habitación, autorizaciones administrativas de carácter intransferible, aquellos derivados del patrimonio familiar.

³⁰ CD.Diccionario Jurídico Op.cit, letra “P”

que el interés de dicha transmisión no es la transmisión en sí misma, sino para la consecución de un fin posterior.

Un aspecto que es objeto de discrepancia entre los estudiosos del tema, es la determinación de la situación jurídica de los bienes que integran el patrimonio fiduciario, toda vez que se discute acerca de la titularidad de los mismos y de los efectos que produce la transmisión que realiza el fideicomitente para con la fiduciaria, indicando si con ello se da un cambio de propietario para la institución fiduciaria o para con el fideicomisario.

Al respecto se discute que cuando el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes o la titularidad de sus derechos a la institución fiduciaria, lo hace para que ésta realice o alcance los fines lícitos que expresamente se determinen en el contrato de fideicomiso, y para que la fiduciaria dé cumplimiento a esta encomienda, es necesario forzosamente que ese destino lo realice a través de una transmisión de la propiedad a la fiduciaria, quién se convierte en titular de los mismos para ejercer sobre ellos todos los derechos y acciones necesarios para dar cumplimiento a los fines del fideicomiso; sin que esto implique necesariamente que el fideicomitente ha dejado de ser propietario de los bienes fideicomitados.

En efecto, mediante el fideicomiso la institución fiduciaria se convierte en titular de un patrimonio autónomo, pero ser titular de un patrimonio fideicomitado no implica otra cosa que no sea, exclusivamente, detentar todos los derechos y acciones que se requieran para lograr el cumplimiento de los fines del fideicomiso, como podría ser la de administrar, hipotecar y aun vender la cosa cuando ello sea necesario, y la manera mas indicada de obtener una mayor eficiencia en esa titularidad es transmitir la propiedad a la fiduciaria, pero no una transmisión absoluta entendida en términos del Código Civil Federal, sino justamente una propiedad de tipo fiduciario, que queda definitivamente limitada por las normas y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo; este

derecho es inembargable, oponible a terceros y es inscribible en el Registro Público de la Propiedad.

El profesor J. Fernando Ojesto Martínez, indica:“el derecho de propiedad que ostenta el fiduciario no se parece al derecho de propiedad normal puesto que el fiduciario tienen obligaciones frente al fideicomitente o fideicomisario, por lo que cuando ejercita ese derecho, no lo hace como si fuera propio, sino más bien cumpliendo con un deber, toda vez que el fiduciario actúa como propietario por que lo es jurídicamente; pero no lo ejercita como si fuera potestativo”³¹

Otros sostienen que la propiedad de los bienes fideicomitidos corresponde al fideicomitente, pero que al destinarlos a la consecución de un fin lícito y determinado, transmite para la fiduciaria la titularidad de los mismos, la cual sólo puede ejercitar sobre los mismos todas aquellas facultades y acciones concedidas por la ley y por el acto constitutivo del fideicomiso, y sólo será responsable de los daños y perjuicio que llegará a causar al fideicomitente o fideicomisario por el incumplimiento de sus obligaciones.³²

En conclusión: “el patrimonio de un fideicomiso es autónomo, independiente jurídicamente de cualquier otro, que se encuentra bajo la titularidad y dirección exclusiva del fiduciario, a quien se le transmitió la propiedad del mismo con la sola intención de buscar un fin ulterior. La transmisión de propiedad es sólo un medio para llegar a un fin.”³³

³¹ Ojesto Martínez Porcayo, José F. “Análisis Lógico- Jurídico sobre algunos Aspectos del Fideicomiso” Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, número 169, 170, 171. México, Enero- Junio de 1990, pág. 217.

³² Cfr. Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Op Cit. Pág.172

³³ Dávalos Mejía Carlos , Op.Cit. pág 437.

8.2. Fines del Fideicomiso.

Desde luego que no debe confundirse el objeto del contrato de fideicomiso con el fin lícito al que deberán destinarse los bienes que lo constituyen.

El objeto, atento a lo dispuesto por el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son toda clase de bienes o derechos que se hayan afectado; esto es, que el objeto del fideicomiso son los bienes que el fideicomitente decide afectar o transmitir a la fiduciaria, los cuales no deben ser los estrictamente personales de su titular, que existan en la naturaleza, que sean determinados o determinables en cuanto a su especie y que se encuentren en el comercio.

Por su parte, el fin del fideicomiso es el destino que el fideicomitente ha decidido darle al objeto del fideicomiso. Este fin debe ser lícito y que esté claramente determinado. La contravención o inobservancia de estos requisitos traerá como consecuencia que el fideicomiso pueda ser atacado de nulidad, ya absoluta, ya relativa.

El fin o motivo del contrato, es definido por Gutiérrez y González como: “la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico.”³⁴. En el caso concreto, el resultado que se persigue a través del fideicomiso tiene que ser lícito.

La licitud se traduce en el hecho de que el fin se encuentre ajustado a las leyes y a las buenas costumbres, así como a las disposiciones de orden público.³⁵

³⁴ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 14ª edición Editorial Porrúa, México, 2002 pág.349-350

³⁵ Leyes del Orden Público: son aquellas que se encuentran dentro del derecho público, cuya observancia se impone aún en contra de la voluntad de las particulares, es decir no se puede renunciar, y en todo tiempo y lugar deben cumplirse.

Otra característica del fin en el fideicomiso, es que debe ser posible, es decir, que para la consecución del mismo la institución fiduciaria no se encuentre obstaculizada para realizar el fin propuesto y definido en el fideicomiso, toda vez que el impedimento en su logro devendrá en una causa de extinción del fideicomiso, por convertirse imposible la realización del fin propuesto.

La determinación del fin se refiere al tipo de prestaciones que ha de cubrir la institución fiduciaria para con el fideicomitente o fideicomisario, esto es, en cuanto a su especie, calidad y cantidad de las mismas.

Por último, debe decirse que los fines del fideicomiso son tan diversos y tan variados, que dependen de los alcances y objetivos que en cada caso pretenda cubrir o satisfacer cada fideicomitente en particular con el fideicomiso; los fines del fideicomiso condicionan la actividad fiduciaria al cumplimiento de los mismos, por eso, puede asegurarse que en atención a sus fines y patrimonio, la figura del fideicomiso nos lleva a tener una relación con prácticamente todos los ordenamientos jurídicos vigentes en nuestro derecho.

9.-ELEMENTOS FORMALES.

Si bien para el perfeccionamiento de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, se requiere de la simple manifestación de voluntad de las partes, sin que para ello sea menester revestir alguna formalidad, dado que las partes se obligan en los términos y condiciones que aparezcan que quisieron obligarse, sin que para la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados(Artículo 78 del Código de Comercio) , existen, sin embargo, actos jurídicos que por su naturaleza la ley les exige la formalidad que deben revestir, en virtud de la certeza jurídica que requieren los contratantes de probar de manera fehaciente la existencia del acto.

Así, en el contrato de fideicomiso la voluntad de las partes contratantes que intervienen debe constar siempre por escrito, ya sea en instrumento público o privado, atendiendo a la naturaleza de los bienes o derechos que transmite el fideicomitente a la institución fiduciaria, ajustándose a la legislación común sobre transmisión de derechos, o de propiedad, de las cosas que se den en fideicomiso.

De conformidad a lo establecido por el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; cuando se trate de bienes muebles, el fideicomiso debe constar en instrumento privado y surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos:

- I.- Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso se notifique al deudor.
- II.- Si es un título nominativo, desde que éste haya sido debidamente endosado a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor;
- III.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Si la transmisión recae sobre bienes inmuebles, la formalidad que deberá revestir este contrato es la de otorgarse en instrumento público, tildado bajo la fe de un fedatario, debiendo inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del domicilio donde se encuentran ubicados los bienes inmuebles fideicomitados y surtirá efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción (Artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

Tratándose de fideicomisos de garantía, deberán constar por escrito y cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientos cincuenta mil Unidades de Inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario.(Artículo 404 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

9.1. Duración del Fideicomiso.

Por regla general, no toda obligación contraída por las partes en el contrato de fideicomiso es permanente y continua, ya que los contratantes pueden establecer un plazo al que quedarán sujetos sus facultades y obligaciones contraídas para la consecución del fin propuesto.

Por disposición de la ley, el plazo del fideicomiso puede ser hasta de 50 años, salvo si se trata de personas morales que son del orden público o instituciones de beneficencia, o cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tienen fines de lucro, en cuyo caso no se señala un término o plazo específico.

Otra excepción a esta duración es la contenida en el artículo 13 de la Ley de Inversiones Extranjeras, que dispone que la duración de los fideicomisos que se constituyan por las instituciones de crédito, para adquirir como fiduciarias derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida para la utilización de personas físicas o morales extranjeras, será por un período máximo de 50 años, mismo que puede ser prorrogable.

Independiente del plazo que como máximo fija la ley, no existe impedimento alguno para que los contratantes no señalen en la constitución del fideicomiso un plazo convencional que no rebase el legal, y esto es factible cuando, por ejemplo, se estipule que el plazo será el necesario para el cumplimiento de sus fines.

9.2 Prohibiciones

Si bien existe la libre voluntad de las partes para contraer derechos y obligaciones en los términos y condiciones que mejor convenga a sus intereses, cierto también es que la ley delimita su actuar, estableciendo una serie de actos o lineamientos bajo los cuales ha de estar sometido su voluntad; es decir, establece disposiciones y prohibiciones bajo los cuales las partes no pueden contratar.

En el fideicomiso, las partes otorgantes no pueden celebrar este tipo de contratos cuando estos por su esencia o finalidad deban de permanecer secretos ante terceras personas ajenas a la relación jurídica, es lo que la ley denomina fideicomisos secretos.

Así mismo, se prohíbe el fideicomiso que otorgue beneficios a diversas personas que sucesivamente deban substituirse por muerte de la anterior; es decir, que se encuentre supeditado el recibir ese beneficio por la muerte del predecesor en la lista de beneficiarios encontrándose aún con vida el fideicomitente, salvo que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte de dicho otorgante.

Por último, existe prohibición de constituir fideicomisos con un plazo de vigencia superior al de 50 años, a menos que se haya constituido para el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico y cuyo fin no es la obtención de un lucro. (Artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

9.3. Extinción del Fideicomiso.

El artículo 392 de la Ley de la materia, establece que el fideicomiso se extingue:

1. Por la realización del fin para el cual fue constituido; es decir, si la institución fiduciaria da pleno cumplimiento al fin señalado en el fideicomiso, éste se extingue por haberse cubierto las finalidades del mismo.
2. Pero, si por el contrario el fin del fideicomiso se hace imposible, origina que el fideicomiso se extinga, toda vez que la fiduciaria se encuentra impedida para dar cumplimiento a la obligación contraída en el acto constitutivo, que es la realización del fin del fideicomiso.
3. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte

años siguientes a su constitución, o sea, si no se concretiza el acontecimiento futuro e incierto al que quedo sujeto las obligaciones contraídas por las partes en el fideicomiso durante un plazo de 20 años, el fideicomiso se extingue, produciendo entre las partes que los efectos se retrotraigan como si nunca hubiera sucedido nada.

4. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que se haya sujeto; al igual que la anterior, se refiere a la obligación condicional a la que se sujetarán las partes, pero en éste caso, al realizarse el acontecimiento futuro e incierto bajo el cual quedo sujeto el cumplimiento del fideicomiso, se extingue el fideicomiso.
5. Por convenio escrito entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.
6. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
7. Cuando el contrato se haya constituido por fraude a terceros.

Al extinguirse el fideicomiso por cualquiera de las circunstancias descritas, produce entre las partes una serie de efectos, dentro de los cuales se encuentra la devolución de los bienes que fueron fideicomitados, pero ahora ésta es realizada por la institución fiduciaria hacia el fideicomitente o el fideicomisario, según corresponda o se haya establecido así en el contrato constitutivo, o en su defecto por la determinación realizada por el juez competente que haya conocido de la controversia.

Con lo anterior se refuerza que la institución fiduciaria nunca adquiere durante la vigencia del fideicomiso la propiedad lisa y llana de los bienes fideicomitados, sino que lo único que ejerce es la titularidad de los mismos para la realización del fin propuesto en el fideicomiso, que cuando éste se cumple, la fiduciaria se encuentra obligada a devolver los bienes; tratándose de inmuebles, basta con la manifestación que realice la fiduciaria y así lo haga saber al Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

10.-CLASIFICACIÓN Y MODALIDADES DEL FIDEICOMISO.

Como en todo contrato, se encuentra una clasificación doctrinaria y en ocasiones también jurídica de la regulación de las modalidades que pueda revestir dicho acto, así el contrato de fideicomiso encuentra una serie de modalidades en atención al objeto, motivo o fin de su constitución, clasificándose en distintos tipos de fideicomiso, como son, por ejemplo, el fideicomiso público, privado, de administración, de inversión y desde luego el de garantía, entre otros.

10.1 .Administrativo o de Administración

Este tipo de fideicomiso alude a satisfacer finalidades de control y manejo de los bienes fideicomitidos, realizando la fiduciaria actos tendientes a obtener una utilidad para con el fideicomitente o bien para el fideicomisario, según sea el caso; ejemplo: que la fiduciaria celebre contratos de arrendamiento, o bien realice cobros de rentas, o el pago de impuestos, etc., en beneficio de aquellos que han de recibir el provecho.

10.2. De Inversión.

Como su nombre lo indica, “es aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto”.³⁶

En los fideicomisos de inversión, los bienes o derechos que transmite el fideicomitente a favor de la fiduciaria, generalmente son sumas de dinero u otros documentos valor, ésta los destina para la inversión o actividades económicas provechosas, y cuyo beneficio generalmente es para el fideicomitente, no negando la posibilidad que se instituya como beneficiario a un fideicomisario.

³⁶ Batiza Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Op. Cit. pág 139.

10.3. Testamentario.

Esta modalidad de constituir fideicomiso se encontraba regulada en el artículo 387 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, a través del cual el testador manifiesta su voluntad de constituir o destinar determinados bienes, o en su caso la totalidad de los mismos, para la constitución de un fin lícito y determinado; surgiendo a la vida jurídica cuando el autor de la sucesión fallezca, quedando obligada la fiduciaria en los términos y condiciones establecidas por el propio testador.

10.4. Condicional.

Esta modalidad deviene como una forma de extinguir el fideicomiso y se encuentra relacionada con el tipo de obligaciones a las que quedan condicionadas las partes contratantes del fideicomiso, que como ya se expresó, se refiere a la obligación condicional resolutoria o suspensiva de la que depende el cumplimiento o la extinción de los efectos del contrato de fideicomiso.

10.5 Revocable e Irrevocable.

Esta especie de fideicomiso versa en atención a la naturaleza propia del fin a que se encuentra destinado, toda vez que de ello dependerá que el fideicomitente se reserve el derecho de revocar el fideicomiso o se establezca que será de manera irrevocable la constitución del mismo. Ejemplo de estos fideicomisos, atendiendo a su fin, son los de garantía y los de inversión.

10.6. Oneroso y Gratuito.

Dependiendo de la gratuidad u onerosidad al que quede sujeto el contrato de fideicomiso, dependerá también el tipo de prestaciones que se otorguen las partes, sin embargo, ésta modalidad confirma la naturaleza contractual que ostenta el fideicomiso, toda vez que lo gratuito o lo oneroso se refleja en el pago que ha de realizar el fideicomisario cuando se estipule que a él se le transmitan los bienes fideicomitados, o

cuando tenga que ejercitar la reivindicación de los mismos, por los actos que de manera dolosa haya realizado la institución fiduciaria.

10.7. Público y Privado.

El fideicomiso público es “aquel contrato a través del cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente único de la administración pública centralizada, entrega a un banco de desarrollo los recursos que han de conformar el patrimonio mediante el cual se cumplan los fines para los cuales fueron proporcionados, constituyéndose así una entidad auxiliar del Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, contando para ello con una estructura administrativa propia y un comité técnico”.³⁷

Es decir, cuando el gobierno federal, a través de estos fideicomisos, se coadyuva o se auxilia en el ejercicio de sus funciones, cubriendo o impulsando todas aquellas áreas de interés nacional y social, que se traducen en dar cumplimiento a todas las necesidades de carácter prioritario y social.

A la inversa, se entiende fideicomisos privados a aquellos que se constituyen en contraposición a las finalidades que cubre los constituidos por el gobierno federal.

10.8. De Garantía.

Esta modalidad de fideicomiso se encuentra regulada en el artículo 395 de la Ley de la materia, y es aquel contrato por virtud del cual el fideicomitente transmite bienes o la titularidad de derechos a una institución fiduciaria con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación; esta especie de fideicomiso admite

³⁷ De la Fuente Rodríguez Jesús. Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Tomo I, Ed. Porrúa México, 2002 pág. 540

que la fiduciaria no sólo sea desempeñada por instituciones de crédito, sino que también funjan como tal Instituciones de Seguros, de Fianzas, Casas de Bolsa, Sociedades Financieras de Objeto Ilimitado y Almacenes Generales de Deposito.

11.- DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS.

Como ya se expresó, el fideicomiso otorga a sus contratantes una multiplicidad de alcances y finalidades diversas que ninguna otra figura jurídica proporciona en el ámbito comercial y bursátil, sin embargo, especialistas en la materia puntualizan que el fideicomiso es por su naturaleza y fin un contrato de mandato, o bien de depósito, o una estipulación a favor de terceros o un contrato de donación; pero es de señalarse que ninguna de las mencionadas guarda una relación análoga con el contrato de fideicomiso, toda vez que de las mismas no se desprende la transmisión de propiedad que se realiza para la fiduciaria, pero a su vez limita al objeto y fin del fideicomiso.

El fideicomiso reviste su propia esencia y estructura jurídica que lo distingue de otros actos jurídicos regulados por la legislación civil; a continuación se detallan algunas diferencias y alcances diversos que tienen con otros contratos.

11.1. Con el Mandato.

Para quién profesa la idea de que el fideicomiso es un mandato, sin duda encuentran sustento en las ideas planteadas por el precursor panameño Ricardo J. Alfaro; pero los antecedentes mediatos e inmediatos del fideicomiso, así como la interpretación jurídica y doctrinaria que se ha elaborado, coinciden que entre ambas figuras se encuentran marcadas distinciones:

El mandato, entendido como aquel contrato mediante el cual una persona denominada mandatario se obliga a realizar o ejecutar por cuanta de otra denominada mandante los actos jurídicos que éste le encomienda, no implica la intervención de

forma personal del interesado (mandante) toda vez que encomienda la realización de éstos al mandatario, quién los puede efectuar de una forma representativa o no, según actúe a nombre y cuenta del mandante o en su propio nombre, pudiéndose encontrar limitado de facultades si para ello recibió un mandato especial o bien se encuentra facultado con un mandato de carácter general.

Así, de la simple lectura de la definición y alcance del mandato, se desprende que la principal diferencia que tiene con el contrato de fideicomiso, consiste en que, en el primero, su fin es la realización de actos jurídicos que el mandatario efectuará en nombre del propio mandante, no implicando que por ello el mandatario reciba o se le transmita la propiedad de bienes del mandante, lo que si opera en el contrato de fideicomiso, en donde el fideicomitente transmite a la fiduciaria el dominio de los bienes o la titularidad de derechos afectos al fideicomiso, por lo que la fiduciaria no actúa en nombre del fideicomitente, sino que ejercita un derecho propio, lo cual no es viable comprender a través de la figura del mandato.

11.2. Con el Depósito.

Otra de las figuras jurídicas con la que se arguye tiene semejanza el contrato de fideicomiso es el de depósito, esto es, el contrato por virtud del cual una persona denominada depositaria se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que éste le confía para su guarda, obligándose a restituirla cuando sea requerido por el depositante.

En relación con el fideicomiso, lo común con éste contrato versa en que el depositario, como la institución fiduciaria, reciben una cosa o derechos que se les confía y ante tal encargo tiene un deber de guardar y desempeñar el encargo designado, ejerciendo para ello todos aquellos actos tendientes a la conservación, consecución del fin objeto del contrato, como si se tratase de salvaguardar sus propios intereses.

Sin embargo, entre las dos figuras en mención, obran notables diferencias a saber: el fideicomiso como se ha señalado, es un contrato traslativo de dominio en el cual el fideicomitente realiza dicha transmisión de un bien o la titularidad de derechos hacia la institución fiduciaria para la obtención o realización de un fin lícito y determinado; mientras que en el depósito, el depositante sólo hace la entrega de una cosa al depositario para que la conserve y guarde en beneficio de un tercero, transmitiéndole sólo una tenencia del bien, sin que implique una transmisión de propiedad de los bienes dados en deposito, como opera en el contrato de fideicomiso, en donde el fiduciario adquiere la calidad de propietario o dueño fiduciario, facultándolo a realizar toda clase de actos para la realización del fin mismo para lo que fue creado; mientras que en el deposito, el depositario no cuenta con la facultad referida, ya que ésta le pertenece al depositante.

Además, como ya se expresó, el fideicomiso nace como un acuerdo de voluntades entre las partes, en la que se refleja la intención mutua de crear derechos y obligaciones reciprocas, plasmando dicho consentimiento en el documento constitutivo del mismo, a diferencia del deposito que puede surgir a la vida jurídica por el consentimiento de las partes, por disposición de la ley o a través de una orden judicial.

Así mismo, el fideicomiso es un contrato consensual en oposición al contrato real, como lo es el contrato de deposito, ya que aquél se perfecciona sin la necesidad de la entrega física de los bienes o derechos fideicomitados, lo que no acontece con el deposito, cuyo perfeccionamiento del contrato sucede con la entrega de los bienes que se dan para su guarda y custodia; por último, aquél reviste una forma según se trate la transmisión de bienes muebles o inmuebles, lo que no se da en el depósito.

De lo anterior se infiere que entre los contratos de deposito y fideicomiso se encuentran una serie de diferencias, que es lo que los caracteriza de ser una figura jurídica única y divergentes entre sí, por lo que es incongruente manifestar que a través

de la realización de éstos actos jurídicos se cubren las mismas finalidades y necesidades de las partes que los celebran.

11.3. Con la Estipulación a Favor de Terceros.

Situación semejante es la que se efectúa con el contrato de estipulación a favor de terceros, en donde una persona (estipulante) estipula con otra denominada (prominente) para que efectúe una prestación a favor de un tercero, lo cual la primera no es su representante. De la declaración unilateral de voluntad que manifiesta el estipulante produce para las partes, prominente y el tercero una serie de derechos y obligaciones para cumplir con la obligación contraída, sin embargo el derecho del tercero nacerá cuando éste último acepte la estipulación o beneficio a su provecho.

“El punto principal de contacto entre la estipulación a favor de tercero y el fideicomiso consiste en el beneficio que a través de una y otro puede concederse a favor de una persona que no intervino en la creación de la obligación original, excluyendo por supuesto el caso en que el fideicomitente se designa a sí mismo como fideicomisario. Las diferencias, en cambio, son considerables: el fideicomiso es una relación jurídica autónoma que, en principio, no surge incidentalmente dentro de un contrato; en el fideicomiso, a diferencia de la estipulación a favor de tercero, la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del beneficiario. Por último, la estipulación a favor de tercero supone la existencia de éste, en tanto que el fideicomiso puede constituirse a favor de los no nacidos y aun para finalidades de todos ajenas a las personas.”³⁸

11.4. Con la Donación.

Por lo que respecta, al contrato de donación, en donde una persona denominada donante transmite gratuitamente a otro denominado donatario una parte o la totalidad de

³⁸ Batiza Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria Op.Cit .pág 106.

sus bienes presentes, se encuentran de igual forma notables diferencias que no es posible encuadrarla con el fideicomiso. En la donación el donante emprende la transmisión de sus bienes presentes, toda vez que por disposición de la ley, no puede efectuar una donación sobre bienes futuros, a diferencia del fideicomiso, en donde el fideicomitente sí puede transmitir bienes o derechos presentes o futuros. Por otro lado, la forma que puede revestir una donación es verbal o por escrito, mientras que en el fideicomiso la forma será siempre por escrito; así mismo, dentro de las disposiciones que reglamentan el contrato de donación se establece que éste puede ser revocada por el donante, por disposición de ley, ingratitud, o inoficiosidad de la misma; en el fideicomiso, la revocación prosperará cuando el fideicomitente así lo hubiere manifestado al momento de la celebración del mismo.

La donación puede ser atacada de nulidad cuando se haya efectuado sobre la totalidad de los bienes del donante, lo que a diferencia del fideicomitente no acontece, sino que la nulidad del fideicomiso operará cuando verse sobre un fin ilícito o bien se efectúe en fraude de acreedores.

Como es de apreciarse, la donación, al igual que los anteriores, tienen notables diferencias con el fideicomiso, lo que sería inagotable seguir puntualizando, pues cada uno de ellos cuenta con una estructura jurídica propia, que cubren finalidades diversas, por lo que no puede hablarse de figuras idénticas que alcancen los mismos objetivos planteados y regulados por la ley.

Concluyendo, y vistas las consideraciones asentadas en el presente capítulo en donde exprese de manera clara el alcance y estructura del fideicomiso en general, a continuación procedo a realizar un análisis de lo que es la modalidad de garantía, destacando aquellos puntos en los que existe mayor discrepancia entre los conocedores de la materia

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

GENERALIDADES

El fideicomiso de garantía no es nuevo en el derecho mexicano, en virtud de que se regulaba en la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, sólo que en ese entonces no existían disposiciones reglamentarias que determinaran su estructura y funcionalidad, tan es así que la Comisión Nacional Bancaria desde hace años los distinguía para efectos administrativos y contables como de inversión, de administración, traslativos de dominio y de garantía.

Se establecía como fideicomiso de inversión, porque sus fines eran precisamente que la fiduciaria invirtiera las sumas fideicomitidas conforme a las indicaciones del fideicomitente.

De administración, en el que la fiduciaria cuida y vigila los bienes fideicomitidos.

En el de traslativo de dominio los fines eran que la fiduciaria transmitía la propiedad de los bienes fideicomitidos.

El tradicionalmente llamado fideicomiso de garantías tenía como fin primario de garantizar el cumplimiento de una obligación principal a cargo del fideicomitente o de otra persona y en su caso la venta de los bienes fideicomitidos ante el supuesto incumplimiento de dicha obligación. Así, el fideicomitente dispone en los fines correspondientes que la fiduciaria mantendrá la disponibilidad del bien a la expectativa del cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada y llegado y comprobado lo segundo, la venta al mejor postor para pagar el importe de la deuda garantizada con el precio obtenido.

En todas estas modalidades, la situación de los bienes fideicomitidos se consideraban afectos al fin que se destinaban y sólo podrían ejercitarse respecto de los mismos derechos y acciones que en el mencionado fin se refirieran, lo que quiere decir que sólo podrían otorgarse en relación con ellos los actos que tuvieran como objetivo alcanzar los fines dispuestos.

Con esta regulación, la ejecución del fideicomiso de garantía estaba sujeta, como sigue estando en aquellos que se celebraron antes de mayo del 2000, a los procedimientos convencionales pactados por las partes en el fideicomiso, atento a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Bancaria, al estipular que a falta de convenio expreso al momento de celebrarse el fideicomiso que tenga por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se estaría a lo dispuesto por los primeros párrafos del entonces artículo 341 de la Ley Cambiaria, o sea sobre la prenda, por lo que los fiduciarios optaron por sujetar la ejecución de las garantías al procedimiento mercantil convencional que prevé aún el artículo 1051 del Código de Comercio, en los que algunas veces se da intervención a la autoridad judicial para la venta o ejecución del bien fideicomitado y, en otras, la venta se realizaba por la propia institución fiduciaria mediante subasta pública ante la presencia de un fedatario público, lo que provocaba confusión e inseguridad, al grado de que dichos procedimientos fueron y siguen siendo considerados como violatorios de la garantía de audiencia que consagra nuestra Constitución Política.

Sin duda, estos escollos, aunado a la falta de una regulación efectiva que normalizara o que respondiera a lo que en la práctica fiduciaria se había venido realizando durante décadas, fue como tanto el Ejecutivo Federal como diversos grupos parlamentarios, desde 1999 decidieron presentar diversas iniciativas para reformar y adicionar ciertos ordenamientos de carácter mercantil e introducir la modalidad del fideicomiso en garantía; hasta que por fin, el 28 de abril del 2000, las Comisiones de Hacienda y Crédito Público, así como la Comisión de Comercio de la Cámara de

Diputados Integrantes del Congreso de la Unión emitieron su dictamen, aceptando la iniciativa presentada por estos últimos y desechando la Ley Federal de Garantías presentada por el Ejecutivo Federal, por considerar que en la presentada por los grupos parlamentarios implicaba ya la modificación y adición de los diversos ordenamientos legales vigentes, para incluir dentro de ellos la mecánica para la constitución y ejecución de garantías, sin necesidad de expedir una nueva ley en la materia; así pues, el 23 de mayo del 2000 fueron aprobadas y publicadas las reformas y adiciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al Código de Comercio, al Código Penal Federal y a la Ley de Instituciones de Crédito.

Por lo que hace a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se adicionó la Sección Segunda del Título Segundo, Capítulo V, con los artículos 395 al 414, que contemplan y regulan el fideicomiso de garantía.

Para medir las razones que tuvo el legislador para plantear y proponer estas reformas y adiciones, conviene traer a cuenta algunos de los argumentos que pesaron en su decisión y que quedaron plasmados en la exposición de motivos del 2000 sobre el fideicomiso de garantías.

Se sostuvo que el vigente régimen legal mexicano sobre garantías ha sido superado por el contexto económico y comercial actual, de las operaciones mercantiles que se realizan en el país, lo que da por resultado limitaciones en cuanto a las personas que pueden otorgar créditos y al mismo tiempo, acceder al mismo, procedimientos costosos para su asignación y registro, tasas de interés elevadas, pero sobre todo procedimientos sumamente prolongados y onerosos, para hacer efectivas las garantías en caso de incumplimiento, lo que a su vez genera serios problemas, por insuficiencia de financiamiento para el desarrollo de las actividades socialmente más importantes, como la agricultura, la mediana y pequeñas empresas y la vivienda, entre otras, lo que provoca, además, que los deudores se vean obligados a sobregarantizar los créditos que solicitan. En la iniciativa se consideró el establecimiento de mecanismos que faciliten la posibilidad de ofrecer garantías reales sobre todo tipo de bienes muebles e inmuebles

para asegurar el pago de créditos, de tal manera que existan formas de garantía adicionales a los contratos accesorios de la misma naturaleza que consagra la legislación vigente.

Que al efecto se propuso la incorporación en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dos nuevas figuras para la constitución de garantías, que se denominarían prenda sin transmisión de posesión y **fideicomiso de garantía**.

Que el fideicomiso de garantía permitiría a los deudores otorgar en garantía el mismo tipo de bienes señalados para la prenda sin transmisión de posesión, pero incluyendo además bienes inmuebles. Una característica específica de este tipo de fideicomisos es la posibilidad de constituir un mismo fideicomiso para garantizar obligaciones sucesivas del deudor y no será necesario constituir un fideicomiso para cada acreedor que, en un momento dado, pudiese tener el deudor.

Que a través de esta iniciativa se pretende atender a la necesidad de clarificar la transmisión que de la propiedad se hace por parte del deudor al fiduciario, permitiendo en su caso la enajenación de los bienes dados en garantía con certeza jurídica y una vez cumplido los pasos necesarios señalados en los procedimientos que al efecto se establecen, para con ello cubrir de manera suficiente las formalidades esenciales del procedimiento.

Dentro de esta iniciativa se establece como novedad la posibilidad de que puedan fungir como fiduciarios en los fideicomisos de garantía y previo cumplimiento de determinados requisitos, además de las Instituciones de Crédito, las Instituciones de Seguros, las Afianzadoras, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado y los Almacenes Generales de Depósito.

Se argumentó que es una cuestión fundamental para el deudor el que se le pueda liberar de cualquier responsabilidad en relación con los créditos que le hayan sido otorgados mediante la entrega material de los bienes que constituyen esa garantía,

señalándose expresamente en las disposiciones correspondiente, que en el caso de que el producto de la venta del bien o bienes objeto de la garantía, no alcance para cubrir el importe total de la obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir tales diferencias. Que en caso de que se ejecute una garantía y de que la venta de la misma resulte un excedente después de liquidar las obligaciones garantizadas, éste sea devuelto al deudor.

Hasta aquí el extracto de la exposición de Motivos. Ahora bien, aunque en ésta se dice que se incorporan en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito “dos nueva figuras” para la constitución de garantías, siendo una de ellas el fideicomiso de garantías, el maestro Sergio Monserrit Ortiz dice: “que realmente se trata de modalidades, toda vez que la prenda mercantil y el fideicomiso son figuras mercantiles que han sido contempladas desde hace varias décadas en los ordenamientos jurídicos de ésta naturaleza.”³⁹

Sin embargo, estas adiciones tuvieron una corta duración y no lograron tener una aplicación efectiva en la práctica, pues en el año del 2003 nuevamente fueron reformados, haciéndose la publicación respectiva en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de ese año, disposiciones que siguen vigentes hasta ahora, y que es materia de esta tesis. No está por demás adelantar desde ahora que con este marco jurídico se otorga a las partes contratantes una gama de posibilidades en la inversión de operaciones fiduciarias que, como forma de pago, les ofrece para responder a sus necesidades crediticias, estableciéndose así una forma de garantía adicional a los contratos accesorios de la misma naturaleza, como son la prenda, la fianza y la hipoteca.

En suma, y como se vera más adelante, el fideicomiso de garantía permite al fideicomitente deudor ofrecer u otorgar en garantía todo tipo de bienes, sean muebles o inmuebles, para asegurar el pago de sus créditos al fideicomisario acreedor, creando con

³⁹ Cfr. Ortiz Soltero Sergio, Op. Cit. pág.200

ello una situación jurídica distinta de aquélla que le pueda ofrecer, por ejemplo, la prenda o la constitución de una hipoteca.

12.- CONCEPTO.

Tratadistas como Jesús Roalandini define al fideicomiso de garantía de la siguiente manera: “aquel que tiene por finalidad principal asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fideicomitente o de un tercero y a favor del acreedor fideicomisario, el cual se constituye mediante la afectación por parte del fideicomitente al fiduciario, de cualquier clase de bienes o derechos de su original propiedad o titularidad, respectivamente; el fiduciario, en caso de incumplimiento, realiza la venta o remate de los bienes y con su producto paga al acreedor, en caso de cumplimiento, se revierten los bienes al fideicomitente.”⁴⁰

Para Carolina Ormaechea “el funcionamiento del fideicomiso de garantía supone que el fiduciante será, desde el punto de vista obligacional, el deudor que garantice una deuda, aunque por este medio también pueden garantizarse obligaciones de terceros; el fiduciario será aquél cuyo cometido será asegurar al beneficiario en su carácter de acreedor la realización de los bienes en caso de incumplimiento de la obligación del deudor; y el beneficiario será el acreedor garantizado con el contrato”.⁴¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado establecido con el rubro de FIDEICOMISO DE GARANTIA, CONCEPTO DE.,: “En el fideicomiso de garantía, se transfiere, como es necesario por ley, la titularidad de ciertos bienes a la Institución Fiduciaria, para que sí el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble, y satisfaga las prestaciones acordadas a favor del fideicomisario”⁴²

⁴⁰ Roalandini Jesús. Op. Cit. pág.68

⁴¹ Ormaechea Carolina. La Utilización del Contrato de Fideicomiso con Fines de Garantía. Revista Notarial Año 106. Número93.Argentina Buenos Aires.2000.pág. 442

⁴² Amparo Directo 45/77.- Sala Auxiliar, Séptima Época, Vol. Semestral 97-102, séptima parte, pág. 107.

Ahora bien, de acuerdo a la redacción actual del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se entiende por fideicomiso de garantía “aquel fideicomiso que tenga como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago...”; sin embargo, como se observa, esta disposición no nos brinda con claridad el concepto o la definición exacta de esta modalidad del fideicomiso, pues solo indica el fin para lo que ha de constituirse el fideicomiso de garantía.

Una interpretación armónica y conjugando los elementos proporcionados por el artículo 381 de dicha Ley Cambiaria, debe entenderse el fideicomiso de garantía como aquel contrato por virtud del fideicomitente transmite a una institución fiduciaria o sociedad autorizada en términos de ley la propiedad o la titularidad de ciertos bienes o derechos, según corresponda, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Tomando en cuenta los conceptos de la nueva disposición, Sergio Monserrit Ortiz Soltero sostiene: “el fideicomiso con fines de garantía es, en todos los casos, un contrato accesorio que garantiza el cumplimiento de las obligaciones que asumió el fideicomitente, o en algunos casos el fideicomisario, a la firma de un contrato diferente, que puede calificarse como de crédito, de reconocimiento de adeudo, de pago con condición suspensiva, de mutuo con interés o a la suscripción de un título de crédito, entre otros.”⁴³

En conclusión, el fideicomiso de garantía puede definirse como aquel contrato mediante el cual, surge una forma de pago y no un instrumento de garantía, mediante el cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria (sea una Institución de Crédito, de Seguros, de Fianzas, Casa de Bolsa, o una Sociedad Financiera de Objeto Limitado o bien un Almacén General de Deposito) la propiedad o la titularidad de ciertos bienes o derechos, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de

⁴³ Ortiz Soltero Sergio M. Op. cit. pág.205

obligaciones contraídas a su cargo o a cargo de un tercero y su preferencia en el pago, derivadas de otro contrato u operación de crédito; estipulando en el acto constitutivo del fideicomiso de garantía que en caso de incumplimiento, la institución fiduciaria proceda a la venta o remate de los bienes fideicomitidos y con su producto haga pago al o los fideicomisarios - acreedores ; y en caso de cumplimiento aquella revierta la propiedad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomitente o bien a la persona señalada por éste.

13.-CONTRATOS DE GARANTIA

Con el fin de establecer de manera concreta las características del fideicomiso de garantía, es necesario indicar de forma somera las diferencias que tiene con los contratos de garantía que sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito como son los contratos de garantía personal y los de garantía real.

Los contratos de garantía personal tienen como finalidad primordial garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación, mediante la creación o establecimiento de una pluralidad de deudores, es decir, éste tipo de contratos otorgan al acreedor una seguridad de que la obligación a su favor será cumplida ya sea por el deudor o bien por los demás codeudores, sin que exista la necesidad de afectar o gravar el deudor un bien de su patrimonio; ejemplo de éste contrato es la fianza.

13.1. Contrato de Fianza.

Este contrato es definido por el autor Ramón Sánchez Medal: “aquel por el que una personal, llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación se obliga con éste último a pagar dicha obligación, en caso de que el primero no lo haga.”⁴⁴

⁴⁴Sánchez Medal Ramón. De Los Contratos Civiles 21ª Edición ,Editorial Porrúa. México, 2004.pág.457.

Por su parte, Carlos Gilberto Villegas opina “... la fianza es una garantía personal, constituida por un tercero, en refuerzo de cualquier tipo de obligaciones”.⁴⁵

En términos del artículo 2794 del Código Civil Federal, la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

De lo anterior se desprende que son tres sujetos los que intervienen en el contrato de fianza: el fiador, el fiado y el beneficiario.

El fiador es la persona física o una institución de fianzas que, de una forma subsidiaria, adquiere el compromiso de pagar una obligación que contrajo el fiado si éste no lo hace. El tipo de obligación que el fiador adquiere puede consistir en pagar la deuda del fiado, una suma menor o una cantidad de dinero si el deudor no presta una cosa o un hecho determinado.

Fiado- deudor, es la persona por la que se responde y cuya obligación queda garantizada con la fianza otorgada por el fiador.

Por lo que hace al beneficiario o acreedor, es la persona a quién se le adeuda y por lo tanto, quién recibirá el pago del fiador si el fiado no lo efectúa.

El otorgamiento de un fianza puede ser de forma convencional, legal o judicial; será convencional cuando derive del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, legal cuando tiene su origen en la propia ley, y judicial cuando ésta es impuesta o requerida por una autoridad judicial.

⁴⁵ Gilberto Villegas Carlos. Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria . Tomo II segunda reimpresión, Ediciones Desalma, Buenos Aires Argentina, 1990.pág.981.

El contrato de fianza puede ser civil o mercantil. La primera se encuentra regulada en los artículos 2794 al 2855 del Código Civil Federal y la segunda, que con motivo de una operación de comercio, o de operaciones celebradas entre comerciantes, encuentra su regulación en las leyes mercantiles, en especial en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Por regla general, es un contrato consensual, sin embargo, por cuestiones de la práctica, es necesario que las partes la otorguen por escrito, y tratándose de fianzas que otorgan las instituciones de fianzas siempre deberán de ser otorgadas por medio de una póliza.

El otorgamiento de una fianza produce entre las partes una serie de efectos o consecuencias jurídicas, se trate del fiador y el acreedor o del fiador y el fiado, como es el caso en que el fiador está obligado a pagar al acreedor si el deudor no cumple con su obligación, o el de oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal que fuera contraída por el fiado; el de ejercer su acción contra el fiado para ser indemnizado de la deuda principal, intereses, gastos y los daños y perjuicios que se le haya generado por haber dado cumplimiento a la obligación que el fiado contrajo.

De lo anterior se desprende que el contrato de fianza y el contrato de fideicomiso de garantía no tienen una relación directa en cuanto a su funcionalidad y objeto, ya que si bien son contratos accesorios que garantizan al acreedor el cumplimiento de una obligación principal, también lo es que en virtud de su naturaleza jurídica tienen un alcance distinto, ya que el primero otorga al fiador la posibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor contra el deudor; esto es, el fiador que paga al acreedor la deuda del fiado tienen el derecho de ejercitar acción contra el deudor para efectos de ser indemnizado de la deuda principal con sus accesorios; esta subrogación no tiene cabida en el fideicomiso de garantía, ya que el fideicomisario será pagado de la deuda incumplida por el fideicomitente con el producto de la venta que se realiza de los bienes

que fueron fideicomitidos a la institución fiduciaria, sin que ésta responda con sus bienes con la obligación contraída por el fideicomitente- deudor.

Por su parte, los contratos de garantía real como la prenda e hipoteca, tienen como característica principal el hecho de que el deudor afecta o grava a favor de su acreedor un bien de su propiedad, otorgándole un verdadero derecho real sobre ese bien, facultándolo para realizar la venta del mismo y con el producto de la venta, cobrarse con preferencia a los demás acreedores del deudor respecto a la obligación contraída.

A continuación y a grandes rasgos se indican algunas de las características propias de los contratos de prenda e hipoteca.

13.2 Contrato de Prenda.

Para el tratadista Oscar Vásquez de Mercado, la prenda se entiende: “como aquel contrato en virtud del cual el deudor, o un tercero, entrega al acreedor una cosa mueble confiriéndole el derecho de tenerla en su poder hasta el pago del crédito y de hacerse pago con la misma, con preferencia a cualquier otro acreedor, si no se le cubre el crédito”⁴⁶

Gilberto Villegas define a la prenda como:“... una garantía real, de antigua tradición, por la cual el mismo, deudor o un tercero entregan al acreedor un bien mueble, para asegurar una obligación civil o comercial, presente o futura, pura o condicionada... Hay constitución de prenda cuando el deudor o un tercero por él, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito, en seguridad de una deuda, cierta o condicional, presente o futura.”⁴⁷

⁴⁶ Vásquez del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles. 12ª edición, Ed. Porrúa, México 2003,pág.503

⁴⁷ Gilberto Villegas, Carlos. Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria. Op. Cit. Pág. 996.

En términos del artículo 2856 del Código Civil Federal, la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

De lo anterior se obtiene que el contrato de prenda constituye un verdadero derecho real sobre un bien para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, siendo necesario que este derecho nazca a favor del acreedor la entrega del bien de forma real o jurídica, pudiéndose dar en prenda bienes fungibles o no fungibles, o inclusive bienes ajenos del deudor siempre y cuando el propietario de los mismos otorgue su consentimiento para ello.

Es decir, que la finalidad del contrato de prenda, “es la de servir de garantía para el cumplimiento de una obligación; si la obligación garantizada no es cumplida, el acreedor prendario tienen derecho para hacer vender la cosa dada en prenda y aplicar su producto, su valor, su precio, al pago de la obligación; luego la prenda podrá actualizarse cuando la obligación se haga exigible y producir una venta forzosa respecto del bien dado en prenda; de ahí que se exija, que ese bien tenga el carácter de enajenable, por que si no, no podría cumplir su función el contrato de prenda, cual es la de garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago”.⁴⁸

La prenda puede constituirse de manera voluntaria o legal, como también puede ser civil o mercantil, cuya constitución y funcionalidad es totalmente diversa, como los efectos que produce.

Sobre el particular, el maestro Rafael de Pina Vara señala: “La prenda es mercantil cuando se constituye para garantizar un acto de comercio o cuando recae sobre cosas mercantiles.”⁴⁹

⁴⁸ Véase Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. 6ª edición. Obra Editada por la Asociación Nacional de Notariado Mexicano A. C. México, 1994. pág. 390.

⁴⁹ Pina Vara, Rafael De. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, 19ª edición, Ed. Porrúa, México 1986, pág. 251.

La prenda es un contrato formal, ya que requiere constar por escrito, y es real porque, para su perfeccionamiento, se requiere de la entrega del bien dado en prenda, aunque esta entrega puede ser real o jurídica.

Los efectos de constituir una garantía prendaria son: una obligación de carácter personal para el acreedor prendario o el tercero que haya recibido la prenda; y un derecho real a favor del propio acreedor prendario.⁵⁰

Cabe destacar que el acreedor prendario también adquiere una serie de obligaciones frente al deudor respecto de la garantía, como es la custodia, guarda y conservación de la cosa como si le fuera propia; no puede disponer de la misma si no se encuentra expresamente facultado para ello; pero sobre todo, que una vez que el deudor haya satisfecho su obligación, aquél deberá restituir la cosa dada en prenda, ya que en ningún momento el acreedor adquiere la propiedad de la cosa, sino que ésta sigue siendo propiedad del deudor.

Sin embargo, en caso de que el deudor no cumpla con su obligación de pago en el término o plazo pactado para ello, el acreedor puede solicitar se proceda a la venta del bien dado en prenda para que con su producto se le pague su crédito, que, tratándose de una prenda civil, esta venta puede ser en pública almoneda o bien de forma extrajudicial; y si se trata de una prenda mercantil, el procedimiento será conforme lo dispone el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o bien a través del procedimiento ya sea judicial o extrajudicial de ejecución de garantías prevista para la prenda sin transmisión de posesión.

Por último, extinguida la obligación principal, sea por que el deudor haya pagado o por cualquier otra causa legal, quedará extinguido el derecho de prenda (Artículo 2891 del Código Civil).

⁵⁰ Cfr. Sánchez Meda Ramón. Op. Cit. pág.482

13.3 Contrato de Hipoteca.

Para el autor Manuel Borja Soriano, el contrato de hipoteca, “es aquel por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago.”⁵¹

El clásico Planiol citado por Francisco Lozano Noriega expresa: “la hipoteca es una seguridad real que se otorga sobre bienes determinados que no implica la desposesión por parte del deudor, pero que da derecho al acreedor para tomar, al vencimiento de la obligación garantizada con ellos; esos bienes de manos de quién se encuentren, hacerlos vender y aplicar su precio al pago de la deuda.”⁵²

De igual forma, Carlos Gilberto Villegas sostiene: “... la hipoteca es una garantía real por la cual el deudor o un tercero afecta al pago de una deuda un inmueble u otros bienes a los que la ley admite ser objeto de éste gravamen sin entregarlos al acreedor, conservando su uso y goce.”⁵³

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

De lo anterior se colige que la hipoteca es considerada en tres aspectos: 1) como derecho real de garantía, en este sentido se distingue de las garantías personales, como la fianza; 2) por extensión, se denomina hipoteca a la propia garantía constituida; y 3) suele designarse como hipoteca al bien sobre el cual recae el derecho real.⁵⁴

⁵¹ Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 118.

⁵² Citado por Lozano Noriega Francisco. Op. Cit. Pág.411

⁵³ Véase. Gilberto Villegas Carlos. Op.Cit. Pág. 1022.

⁵⁴ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. letra “H” 9ª Edición. Ed. Porrúa.1996.

Para la constitución de una hipoteca se requiere la intervención de dos o más partes, que en términos prácticos son conocidos como deudor hipotecario, que es el propietario de los bienes dados en hipoteca y el acreedor hipotecario, que es la persona a quién se le garantiza el cumplimiento de la obligación a su favor.

Como se ha indicado, la hipoteca constituye un derecho real⁵⁵ porque es un gravamen que pesa sobre el bien, aunque éste pase a poder de un tercero, subsistiendo las acciones que el acreedor hipotecario pudiera ejercitar para la persecución del bien hipotecado contra cualquier tenedor o poseedor.

La hipoteca siempre será un contrato accesorio de una obligación personal cuyo cumplimiento garantiza, nunca será tácita ni general; deberá constar por escrito y ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad y Comercio.

La hipoteca puede ser voluntaria o necesaria; la primera se otorga para garantizar el pago de un préstamo obtenido, y la segunda cuando se otorga para garantizar el buen manejo de bienes ajenos, o bien para garantizar el pago de créditos a los acreedores.

El deudor hipotecario podrá seguir en posesión del inmueble, podrá habitarlo o arrendarlo, pero no podrá disponer de él vendiéndolo, salvo que exista consentimiento del acreedor hipotecario, quien deberá ser pagado con el producto de la venta, teniéndose así por cumplida la obligación garantizada.

También, una vez que se da cumplimiento a la obligación principal garantizada, ya sea por pago o porque la hipoteca deja de ser necesaria, ésta se extingue.

⁵⁵ Derecho Real.-Es el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa o inmediata sobre una cosa o bien material para su aprovechamiento, que implica el uso, goce o disfrute y disposición, con exclusión de los demás, toda vez que es oponible a terceros.

Por último, debe decirse que si bien la prenda y la hipoteca tienen rasgos que los asemejan con la funcionalidad del fideicomiso de garantía, también lo es que entre éste y aquellos existen grandes diferencias, como es el hecho de que en el fideicomiso de garantía pueden fijarse innumerables objetivos, lo que la prenda y la hipoteca no brinda a sus contratantes, ya que las garantías reales, por definición, sólo pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles, lo que no sucede en el fideicomiso de garantía cuyo objeto puede consistir en cualquier tipo de bienes o derechos, siempre y cuando no sean de aquellos que la ley denomina como estrictamente personales, los cuales al ser transmitidos por el fideicomitente a la institución fiduciaria, éstos dejan de ser propiedad del fideicomitente, quedando privado de toda acción y derecho que podía ejercitar sobre ellos; pasando éstos a ser propiedad de la fiduciaria quién estará obligada a actuar como propietaria y a realizar el fin para lo cual fueron fideicomitados, obligándose a reintegrarlos al fideicomitente o fideicomisarios una vez que se haya dado cumplimiento al contrato de fideicomiso de garantía; en caso contrario, la institución fiduciaria estará facultada para proceder a la ejecución de los bienes en términos de lo convenido por las partes en el acto constitutivo.

Cabe reiterar que en estos fideicomisos, si bien los bienes fideicomitados quedan fuera del alcance del fideicomitente, esto no significa que dichos bienes no puedan ser alcanzados cuando el fideicomiso de garantía se haya constituido en fraude de acreedores; situación que nunca se presenta en los contratos tradicionales de garantía ya que en ningún momento los bienes que gravan los deudores prendarios o hipotecarios salen de la esfera jurídica que éstos puedan ejercer sobre ellos, es decir, nunca salen de su patrimonio y por ende pueden quedar sujetos a diversas situaciones jurídicas o económicas, lo que no sucede con el fideicomiso con fines de garantía.

14.-CARACTERISTICAS

Así, se colige que el alcance jurídico que tiene el fideicomiso de garantía es distinto de aquellos contratos de garantía analizados, por ello considero que es

conveniente mencionar algunas de sus principales características, como son las de ser un contrato típico, bilateral, conmutativo, accesorio, consensual, de tracto sucesivo y formal.

14.1Típico.-El Fideicomiso de garantía es un contrato típico, toda vez que se existen disposiciones legales que expresamente estructuran su contenido, siendo éstos, entre otros, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus artículos 395 al 407; el Código de Comercio, que regula el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantías, artículos 1414 Bis y siguientes; Ley de Instituciones de Crédito, Ley de Mercado de Valores, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Ley General de Instituciones Mutualistas y de Seguros; que en su conjunto representan el sistema legal que norman la solución de los posibles y múltiples problemas originados por el uso y práctica del fideicomiso en garantía.

14.2.Bilateral.- En esencia, el fideicomiso es un acto jurídico bilateral porque dos son las partes cuyas voluntades lo celebran (fideicomitente –fiduciaria), adquiriendo derechos y obligaciones bien determinados, que se estipulan en el propio fideicomiso de garantía; resultando en términos doctrinarios un contrato sinalagmático por las prestaciones recíprocas que se otorgan las partes, regulando la relación jurídica que se entabla entre el fideicomitente (deudor) e institución fiduciaria, los efectos jurídicos que se producen entre ambas y el fideicomisario(acreedor) con interés legítimo.

14.3.Conmutativo.- El fideicomiso de garantía es un contrato conmutativo, toda vez que las prestaciones recíprocas que las partes se deben, son ciertas y determinadas desde el momento de su celebración, de tal suerte que las mismas pueden apreciar el beneficio o pérdida que les pueda generar la celebración del contrato; es decir, para el fideicomitente (deudor) consiste en transmitir a la institución fiduciaria la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos (que como forma de pago realiza para garantizar el cumplimiento de su obligación y preferencia en el pago al fideicomisario) a una institución fiduciaria, quién se obliga a desempeñar su cargo en

los términos y condiciones estipuladas por las partes en el acto constitutivo (recibiendo por ello una retribución o no por su gestión y desempeño realizado) ; No implicando en ningún momento que por contener el fideicomiso de garantía en su clausulado una condición suspensiva o resolutoria ,lo convierta en un contrato aleatorio, ya que este evento solo determina la duración o extinción del contrato por haberse dado o no el cumplimiento del fin para lo que fue creado.

14.4 Accesorio.- Se determina ésta característica en atención al fin que ha de cubrir el fideicomiso de garantía, en virtud de que nace y subsiste en razón de un contrato principal al que subordina su función de garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago a su acreedor (fideicomisario). Es decir, que “por su propia naturaleza los fideicomisos de garantía son contratos accesorios, porque se ligan a un contrato principal que los motiva”.⁵⁶

En atención a este rubro, el autor Oscar Vásquez del Mercado expresa: “los fideicomisos de garantía, están normalmente ligados a un negocio jurídico que los motiva, en esa virtud, los fideicomisos de ésta clase siguen la misma suerte que el negocio principal, ya que una vez que se cumple dicho negocio, el fideicomiso concluye y como consecuencia de dicha extinción, el fiduciario retransmite al fideicomitente deudor los bienes o derechos fideicomitados, una vez que el acreedor fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente.”⁵⁷

Así, la obligación que deriva del fideicomiso de garantía puede surgir, como ya se indicó, de la celebración de un contrato de crédito, de reconocimiento de adeudo, de pago con condición suspensiva, de mutuo con interés, o por la suscripción de un título de crédito, siendo lo más común que derive de créditos obtenidos por el fideicomitente en su beneficio, o en contra de terceros (fideicomisario-acreedor) o a su favor por el

⁵⁶ Villagordoa Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso 3º edición, Ed. Porrúa, México, 1998, pág 220.

⁵⁷ Vásquez del Mercado Oscar. Op. Cit. pág.526

fiduciario; comprometiéndose el fideicomitente (deudor) en garantizar el cumplimiento de su obligación y su preferencia en el pago a sus acreedores (fideicomisarios).

Sin embargo, como indica Sergio Monserrit Ortiz Soltero, “las obligaciones principales a cargo del fideicomitente o del fideicomisario, según sea el caso, se pueden derivar de otro contrato, previo o simultáneo, que necesariamente debe relacionarse con el contrato de fideicomiso o, en su defecto, las cláusulas que contienen las obligaciones respectivas pueden ir insertas en el cuerpo del mismo contrato de fideicomiso, sin que pierda su accesoriadad.”⁵⁸

14.5.Consensual.-Sin duda, el fideicomiso de garantía es un contrato consensual en oposición al real, en virtud de que queda perfeccionado cuando las partes manifiestan su consentimiento de ser sujetos de derechos y obligaciones de conformidad al contrato de fideicomiso que circunscriben. Esto es, acorde a la ley, las partes (fideicomitente – fiduciaria) se obligan a transmitir la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos a una institución fiduciaria, para que ésta desempeñe el fin propio del fideicomiso, surgiendo a la vida jurídica una vez que la fiduciaria acepta el cargo conferido, con lo que se perfecciona la relación jurídica creada entre las partes.

El fideicomiso de garantía es un contrato consensual, en oposición al contrato real, porque se perfecciona sin la necesidad de que el fideicomitente (deudor) efectúe la entrega física de los bienes o derechos fideicomitados con los que garantiza al fideicomisario (acreedor) el cumplimiento de su obligación y su preferencia en el pago, ello porque las partes pueden convenir que los bienes fideicomitados estén en posesión del propio fideicomitente o de un tercero con los derechos y responsabilidades que para tal efecto se establezca en el acto constitutivo o en términos de ley.

⁵⁸ Ortiz Soltero Sergio M. Op.Cit. pág.206

La característica de ser consensual nos permite corroborar, además, que el fideicomiso de garantía reviste una forma según se trate la transmisión de bienes muebles o inmuebles, instrumentándose en documento público o privado, según exija la naturaleza de los bienes que se transmiten en fideicomiso de garantía.

14.6.Tracto Sucesivo.-El fideicomiso de garantía es un contrato de tracto sucesivo, en virtud que, para que se de el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente (deudor) para con sus acreedores (fideicomisarios), se requiere del paso del tiempo, es decir, sus efectos se prolongan a través de éste, para que se haga exigible el cumplimiento de sus obligaciones, quedando a cargo de la propia institución fiduciaria realizar la ejecución correspondiente en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente.

14.7.Formal.- El fideicomiso, como ya se indicó, en términos generales ha de revestir una forma en la que quede de manifiesto la voluntad de las partes contratantes, pudiendo constar en escritura pública o privada; así, el fideicomiso de garantía es un contrato formal, en virtud de que las partes otorgantes al exteriorizar su consentimiento lo efectúan observando una formalidad determinada, según lo disponga la naturaleza propia de los bienes o derechos fideicomitados, ofreciéndoles a las partes contratantes certeza jurídica sobre la existencia del acto.

De las características mencionadas se arguye que la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso de garantía, como las prestaciones que las partes se otorgan, son distintas de todos aquellos contratos denominados de garantía.

Ahora bien, existen requisitos de procedibilidad que, en caso de incumplimiento del fideicomitente para con el fideicomisario, surge para la institución fiduciaria a fin de que ésta proceda a la ejecución o a la realización de los bienes o derechos fideicomitados y con su producto se haga pago del crédito; requisitos que son indispensables observarse antes de entablar el procedimiento que ley les concede. Estos son:

14.9 Que se trate de un crédito cierto.- Debiéndose entender por éste aquél que se encuentra debidamente signado en documento fundatorio, que de forma dubitable haga prueba de la existencia del crédito que se reclama.

14.10 Que sea líquido.- Esto es, que la suma que se consigna en el documento sea fácilmente determinable, mediante la aplicación de simples operaciones aritméticas, sin necesidad de efectuar impugnaciones o interpretaciones.

14.11 Exigible.- Se refiere al hecho de que se haya cumplido el plazo o condición para reclamarlo. En otras palabras, además de que una obligación sea líquida, es menester que sea exigible para que proceda la ejecución de los bienes fideicomitidos por el fideicomitente por su incumplimiento, y que la obligación sea exigible se traduce en dar cantidades de dinero líquidas o fácilmente liquidables a favor del fideicomisario dentro del término o plazo que para tal efecto se haya estipulado en el contrato y resulte procedente la ejecución solicitada en términos de ley.⁵⁹

De lo antes manifestado se obtiene que el fideicomiso de garantía incorpora a su estructura la posibilidad o facilidad de proporcionar a sus contratantes la forma de ofrecer garantías reales sobre todo tipo de bienes muebles o inmuebles para asegurar el pago de créditos, como un medio de garantía adicional a los contratos accesorios, que de la misma naturaleza establece el ordenamiento legal vigente.

15. ELEMENTOS PERSONALES

Al igual que en los fideicomisos en general, los elementos personales que intervienen en la celebración del fideicomiso de garantía son: el fideicomitente, la institución fiduciaria y el fideicomisario.

⁵⁹ Cfr. Donato D. Jorge. Juicio Ejecutivo, 3ª Edición. Ed. Universidad, Argentina Buenos Aires 1997. pág.91

Si bien en el capítulo primero de éste trabajo se estableció la relación jurídica que guardan entre sí estas partes y los efectos jurídicos que se producen, derivados de las prestaciones que se otorgan, el presente apartado tienen como finalidad, sin ser repetitivo de aquél, establecer las características específicas o diferencias concretas que surgen entre cada uno de estos elementos en el fideicomiso de garantía, regulado en los artículos 395 al 407 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

15.1 Fideicomitente.

Por lo que respecta al fideicomitente, se entiende aquella persona física o moral, mexicano o extranjera, judicial o administrativa la cual transmite a una institución fiduciaria de las autorizadas en el artículo 395 de la ley cambiaria, bienes muebles, inmuebles o derechos del que es propietario, para garantizar el cumplimiento de obligaciones a su cargo o a cargo de terceros.

Generalmente el fideicomitente, tratándose del fideicomiso de garantía es conocido como fideicomisario en segundo lugar, porque una vez que da cumplimiento a las obligaciones crediticias contraídas a su cargo, o a cargo de un tercero, o a favor de su acreedor (fideicomisario en primer lugar) en la forma convenida, tiene derecho a que se le revierta la propiedad de los bienes objeto de la garantía por parte de la fiduciaria.

En el fideicomiso de garantía, como ya se expresó, se necesita que el fideicomitente, al transmitir la propiedad de los bienes objeto de garantía, quede privado de toda acción o derecho sobre los bienes fideicomitados, porque si el fideicomitente deudor no cumple lo pactado con sus acreedores, quedan expeditos los derechos de la institución fiduciaria para proceder a la venta de los bienes fideicomitados y con el producto hacer pago de las prestaciones estipuladas a favor del fideicomisario.

Así se ha sostenido en la tesis jurisprudencial que bajo el rubro **FIDEICOMISO DE GARANTÍA. EFECTOS PARA EL FIDEICOMITENTE.**, ha emitido la Autoridad Federal, y que a la letra dice: “Una vez constituido y registrado un

fideicomiso de garantía, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitidos.⁶⁰

En el fideicomiso de garantía el fideicomitente adquiere frente a las partes (fiduciaria y fideicomisarios) una gama de derechos de carácter personal, entre las que destacan:

- Usar los bienes fideicomitidos, combinarlos o emplearlos en la fabricación de otros bienes, cuando ello no signifique la disminución del valor de los mismos y los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso de garantía.
- A percibir y utilizar los frutos o productos de los bienes fideicomitidos; salvo disposición en contrario en el fideicomiso de garantía ;
- A garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones en un mismo fideicomiso que contraiga con uno o diversos acreedores, conforme al artículo 397 de la Ley Cambiaria.
- Derecho a que el fideicomisario le haga pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento de éste último le ocasionen, atento a lo que consigna la parte final del artículo 397.
- Designar nuevo fideicomisario, o bien informar a la fiduciaria que se ha realizado el fin para lo que fue constituido el fideicomiso de garantía, y como consecuencia de ello, se le reviertan los bienes fideicomitidos a su patrimonio.
- La facultad de instruir al fiduciario respecto a la enajenación de los bienes materia de fideicomiso, sin que implique responsabilidad para la institución fiduciaria, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde con el curso normal de sus actividades, en cuyo caso cesarán

⁶⁰ A .D.171/65 Tercera Sala, Séptima época, vol.51, cuarta parte, pág.29

los efectos de la garantía fiduciaria. Artículo 398 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

- Designar a la persona o personas a las que el fiduciario podrá vender o transferir los bienes fideicomitidos en garantía, señalando en su caso, las características o categorías de éstas que permitan su identificación, así como el destino que el fiduciario le dará al dinero, bienes o derechos que reciba en pago. Artículo 399 de la LGTOC.
- Derecho a convenir junto con la fiduciaria y el o los fideicomisarios los términos bajo los cuales la institución fiduciaria podrá enajenar extrajudicialmente y a título oneroso los bienes o derechos fideicomitidos.
- El derecho a que la institución fiduciaria le comunique por escrito en el domicilio señalado para ello, el inicio del procedimiento de enajenación extrajudicial previsto en el artículo 403 de la ley cambiaria, entregándole una copia de la solicitud hecha por su o sus acreedores (fideicomisarios).
- En caso de cumplimiento de las obligaciones crediticias contraídas, tiene el derecho a que se le revierta a su patrimonio la propiedad de los bienes fideicomitidos, o bien a favor de la persona que para tal acto haya designado en el contrato respectivo.
- Derecho a recibir el remanente que le corresponda por la venta efectuada de los bienes fideicomitidos en caso de su incumplimiento para con sus acreedores.

Además, el fideicomitente adquiere también una serie de obligaciones para con las demás partes, pudiendo mencionarse las siguientes: la de pagar a su acreedor el monto de su adeudo; la de transmitir la propiedad de los bienes o derechos a la institución fiduciaria, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de su obligación y su preferencia en el pago; cuando tenga la posesión de los bienes fideicomitidos, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos

para fines distintos a los señalados en el fideicomiso y a responder de los daños y perjuicios que ocasionen a terceros por hacer uso de los bienes; a efectuar todos los gastos necesarios que se requieran para la conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitidos; a responder por la pérdida, daño o deterioro de los bienes fideicomitidos; la de permitir a las demás partes inspeccionar los bienes que tienen bajo depósito, a efecto de que se verifique, el peso, cantidad y estado de conservación de los bienes fideicomitidos en garantía; está obligado a proporcionar al fideicomisario (acreedor) la información necesaria respecto de la transformación, venta o transferencia que se efectúe de los bienes fideicomitidos; a cubrir la contraprestación debida a la institución fiduciaria que por sus servicios presta en la ejecución del fideicomiso en garantía, sin contar todas aquellas obligaciones a las que podría quedar sujeto por disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso.

15.2. Instituciones Fiduciarias.

La operación fiduciaria por lo regular recae en una institución bancaria, ya sea múltiple o de desarrollo, que goza de autorización por parte del Gobierno Federal. Sin embargo, para la constitución de fideicomisos con fines de garantía, esta encomienda puede ser desempeñada no solo por los bancos, sino también se faculta a las diversas instituciones que enumera el artículo 85 bis de la Ley de Instituciones de Crédito, por así disponerlo expresamente, el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siendo éstas las 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.

Las instituciones y sociedades señaladas, además de sujetarse a las disposiciones que las rigen, deberán contar con el capital mínimo adicional que para tal efecto determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y de Fianzas, así como de la autorización que otorgue discrecionalmente el Gobierno Federal a través de dicha Secretaría.

A continuación, de manera sucinta, se hace mención a cada una de las instituciones fiduciarias en particular, así como los alcances jurídicos que reviste el desempeño de tal función en el fideicomiso que trato.

15.2.1. Instituciones de Crédito.

No hay necesidad de abundar en el tema, ya que sobre éstas se ha reflexionado en el capítulo primero de éste trabajo, sólo reitero que las Instituciones de Crédito, por regla general, son las que se encuentran facultadas para desempeñar el cargo de fiduciarias en cualquiera de las modalidades de fideicomiso que se constituye para la consecución de un fin lícito y determinado; es decir, dicho cargo es desempeñado por una Banca Múltiple o una Banca de Desarrollo, cuyo funcionamiento y alcance jurídico se encuentra regulado por la Ley de Instituciones de Crédito, como por disposiciones de carácter administrativo que emite el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

15.2.2. Instituciones de Seguros.

La participación que como fiduciarias desempeñan las Instituciones de Seguros es relativamente reciente, ya que data de 1993, en que por primera vez se les facultó para realizar éste tipo de operaciones a favor de sus asegurados, tratándose de negocios directamente vinculados con las actividades que les corresponde.

Las instituciones de seguros son definidas por el Doctor Miguel Acosta Romero como: “aquellas sociedades anónimas de capital fijo o variable, autorizadas discrecionalmente por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para resarcir un daño o bien para pagar una suma de dinero en caso de presentarse un acontecimiento futuro e incierto, previsto por las partes en un contrato contra el pago de una cantidad de dinero (prima)”.⁶¹

El marco legal donde se circunscribe el actuar de las Instituciones de Seguros como fiduciarias lo regula el artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualista de Seguros, que establece que las instituciones de seguros sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

...

“IV. “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 instituciones fiduciarias 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.

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 Secretaria 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.”

⁶¹ Acosta Romero Miguel. Nuevo Derecho Bancario 9ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003, pág. 1096

Así mismo, el artículo 35 de la Ley en mención, establece los lineamientos que deben observar las instituciones de seguros cuando realicen operaciones fiduciarias, a saber:

- Deberán apegarse a las sanas prácticas fiduciarias, para lo cual, de ser necesario, se sujetarán a las reglas que de carácter general emita el Banco de México.
- En caso de que así proceda, las instituciones de fianzas deberán suspender sus operaciones fiduciarias que infrinjan las reglas emitidas por el Banco de México, cuando lo determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
- Recibir en fideicomiso, además de dinero en efectivo derivado de las operaciones de fideicomiso autorizadas para ello, cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles o 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 para el cumplimiento del fideicomiso;
- Utilizar los servicios de personas físicas autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en aquellos fideicomisos que impliquen operaciones con el público de asesoría, promoción, compra y venta de valores, con las limitaciones marcadas por ley,
- Desempeñar su función y ejercitar sus facultades por medio de delegados fiduciarios, quienes deberán reunir los requisitos de calidad de técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio,
- Deberán ajustarse a los dictámenes o acuerdos que emita el Comité Técnico, para que ésta quede liberada de toda responsabilidad.
- Así mismo, deberán de ajustarse a la determinación que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, junto con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y el Banco de México, establezca en cuanto al monto que como

máximo podrán recibir en fideicomiso, considerando su capital pagado, su capital de garantía y cualquier otro elemento que apoye su solvencia.

No obstante lo anterior, el artículo 62 de la Ley a que se viene haciendo referencia, establece prohibiciones que las Instituciones de Seguros no podrán desempeñar como fiduciarias. En efecto, no podrán celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, cuando implique conflicto de intereses, responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa o negligencia; actuar como fiduciarias en los fideicomisos a través de los cuales se capten directa o indirectamente recursos del público, mediante cualquier acto de pasivo directo o contingente, salvo que éstos sean constituidos por el Gobierno Federal; utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos destinados a créditos en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional para el otorgamiento de dichos activos, en la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios.

De estos preceptos se infiere que las Instituciones de Seguros otorgan certeza jurídica a las partes en cuanto al manejo de tal administración, ofreciéndoles también otro tipo de servicios, como es el de administración e inversión, siendo este rubro en donde se ha ceñido el actuar de estas instituciones como fiduciarias.

15.2.3 Instituciones de Fianzas.

Las Instituciones de Fianzas, como sociedades anónimas de capital fijo o variable, garantizan al acreedor el cumplimiento de la obligación en caso de que el deudor principal no lo haga, percibiendo a cambio el pago de una prima por sus servicios.

Al igual que las Instituciones de Seguros, las Instituciones de Fianzas se encuentran facultadas para organizarse y funcionar como instituciones fiduciarias desde 1993, pudiendo prestar servicios con tal carácter en los fideicomisos de garantía en aquellos supuestos que contempla la fracción XV del artículo 16 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que dispone:

“Artículo 16. Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

... XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía con la facultad de administrar los bienes fideicomitidos 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 fideicomitidos 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 apearse 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 ejercerán 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 obre 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 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 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.

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 fianzas fiduciarias les será aplicable lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito...”

El artículo 29 del mismo ordenamiento establece que sólo las Instituciones de Fianzas aceptarán el fideicomiso como garantía, cuando se afecten bienes o derechos presentes no sujetos a condición; pudiéndose establecer en la constitución de los mismos

el procedimiento para la realización de los bienes o derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, así como autorizar a la institución fiduciaria para que proceda a la venta de los mismos, y con el producto de esa enajenación se cubra a la afianzadora las cantidades que tenga derecho.

Por último, las Instituciones de Fianzas, como fiduciarias, tienen una serie de prohibiciones, entre las que se señalan:

- Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, salvo aquellas autorizadas por el Banco de México, cuando no implique conflicto de intereses.
- Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores que se adquieran, a menos que sea por su culpa, así como garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.
- 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.
- Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras.

Como es de observarse, la injerencia que en materia fiduciaria tienen las instituciones de fianzas se encuentra identificados los objetivos y lineamientos establecidos para ello, por lo que puede decirse que es aquí donde se encuentra un mayor auge en la aplicación de esta actividad fiduciaria.

15.2.4 Casas de Bolsa

Como intermediarios financieros, las Casas de Bolsa requieren de autorización del Gobierno Federal para organizarse y operar con tal carácter, el cual se otorga a

través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Estos intermediarios están facultados desde 1993 para realizar actividades fiduciarias en negocios directamente vinculados con funciones que les son propias, es decir, únicamente podrán afectarse en fideicomiso valores inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, que lleva la Comisión Nacional de Valores, o bien, los efectivos destinados a la adquisición de dichos valores, estando sujeta su actividad a los principios generales del contrato de fideicomiso.

Cabe aclarar que por ningún motivo las casas de bolsa podrán participar en fideicomisos cuyo objeto sea el otorgamiento de créditos, lo cual resulta lógico, en virtud de que no es facultad de las Casas de Bolsa otorgar créditos en general, sino únicamente concederlos para la adquisición de valores en garantía de éstos.⁶²

Al respecto, el artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores dispone que las Casas de Bolsas sólo podrán realizar las actividades siguientes:

- “Artículo 22 .Las casas de bolsas sólo podrán realizar las actividades siguientes:
...IV.- Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dite el Banco de México:
a)...
b)...
c)...
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 podrá 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 ésta fracción; ..”

⁶² Véase .Carvallo Yáñez Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. Teoría y Practica Jurídica de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsas.5ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000. pág 226.

Es necesario destacar que durante el desarrollo de la actividad fiduciaria que ejercen las casas de bolsas, el Banco de México ha ejercido su facultad emitiendo diversas circulares, entre las que destaca la número 65/94 que fija las bases bajo las cuales se ciñe el actuar de éstos intermediarios en el desempeño de fideicomisos; sin pasar por alto que el 13 de junio de 1994 la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en la circular 10-179, fijó reglas en el mismo sentido como las que se encuentran contenidas en el artículo 103 de la ley en mención.

Por último, consideró que las Casas de Bolsas, pese a la estructura y disposiciones existente para desempeñar la función de fiduciarias, se encuentran limitadas para la práctica y manejo de ésta figura, ya que sólo se les permite actuar en los fideicomisos con fines de garantía, lo que hace que su actuación sea poco productiva en la vida práctica.

15.2.5 Sociedades Financieras de Objeto Limitado.

En términos del artículo 85 bis de la Ley de Instituciones de Crédito, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado sólo aceptarán ser instituciones fiduciarias en aquellos fideicomisos cuyos bienes afectos deriven de actividades u operaciones que sean inherentes a su propio objeto social.

Las Sociedades Financieras de Objeto Limitado son intermediarios financieros, aunque para el maestro Miguel Acosta Romero⁶³ son una especie de bancos que tienen limitado su objeto, que de conformidad con el artículo 103 del ordenamiento antes invocado, tienen como finalidad captar recurso provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos para una determinada actividad o sector, con sujeción a las reglas que emita tanto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como por las disposiciones que al respecto establezcan el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria.

⁶³ Cfr. Acosta Romero Miguel. Op. Cit. 842

Como una forma de reglamentar la actividad de estas Sociedades Financieras de Objeto Limitado, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, el 14 de junio de 1993 emitió las Reglas Generales a las que deberán estar sujetas, entre las que determinó el tipo de operaciones que como objeto social pueden desempeñar estos intermediarios.

15.2.6 Almacenes Generales de Depósito.

Por último, los Almacenes Generales de Depósito, como organizaciones auxiliares de crédito autorizadas para fungir como fiduciarias en los fideicomisos de garantía, tienen por objeto el almacenamiento, guarda o conservación, manejo, control, distribución o comercialización de los bienes o mercancías destinados a su custodia o que se encuentren en tránsito, amparados por certificados de depósito y el otorgamiento de financiamientos con garantía de los mismos (Artículo 11 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito).

Los Almacenes Generales de Depósito desempeñan la función de organizaciones auxiliares de crédito, por una parte, cuando reciben en depósito las mercancías que generalmente son objeto de las transacciones comerciales, y, por la otra, cuando expiden los certificados de depósito y los bonos de prenda, títulos con los que se facilita la operación de crédito sobre mercancías⁶⁴; sin embargo, a pesar de que se encuentran facultadas en términos del artículo 395 de la LGTOC para desempeñar el cargo de instituciones fiduciarias en los fideicomisos de garantía, en aquellas actividades inherentes a su propio objeto, no se encuentra sistematizado de manera uniforme las bases bajo las cuales han de desempeñar el papel de fiduciaria, por lo que es escasa la participación de estas organizaciones auxiliares de crédito en esta materia.

Finalmente, y como ya se dejó dicho, las instituciones fiduciarias cuentan con una gama de derechos y obligaciones; sin embargo, tratándose de fideicomiso con fines de garantía cabe agregar las siguientes:

⁶⁴ Cfr. Cervantes Ahumada Raúl. Op. Cit. Pág. 238

- Realizar la enajenación de los bienes fideicomitidos, sin responsabilidad para las mismas, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde a lo establecido en el contrato respectivo, o hayan seguido las instrucciones que para tal efecto indicó el fideicomitente.
- Recibir las contraprestaciones mínimas que por la venta o transferencia de los bienes fideicomitidos les corresponda.
- Vender o transferir los bienes fideicomitidos a la persona o personas que por instrucciones del fideicomitente deberá de entregar dichos bienes una vez cumplido el fin del fideicomiso y
- Llevar a cabo la enajenación extrajudicial o a título oneroso de los bienes fideicomitidos en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, atento a lo estipulado en el convenio que para tal efecto hayan celebrado las partes contratantes.

15.3 Fideicomisario.

El tercer elemento personal es el fideicomisario, que siempre será el acreedor del fideicomitente (deudor) de aquella obligación principal, que es la que se garantiza con el fideicomiso.

El fideicomisario, como persona física o moral, mexicana o extranjera, es la acreedora del fideicomitente. En el contrato de fideicomiso de garantía, es el beneficiario en primer lugar, en virtud de que cuenta con un mejor derecho de preferencia en el pago de aquel que tiene el fideicomitente deudor, por lo que este último no puede revocar su designación, aun cuando se encuentre facultado para designar o nombrar otros fideicomisarios en tercer lugar, ya sea para garantizar otros créditos a cargo de él o a cargo de un tercero.

Como se indicó, por regla general el fideicomisario es el propio fideicomitente, pero en los fideicomisos de garantía adquiere esta calidad en segundo lugar, en virtud de que el fin a cubrir en esta modalidad es el de garantizar al fideicomisario en primer

lugar (acreedor) el cumplimiento de la obligación principal que existe a su favor, derivada de cualquier operación de crédito y su preferencia en el pago, cuyo fin no se cumpliría si fuera el fideicomitente quien quedara como fideicomisario en primer lugar.

De igual forma, la institución fiduciaria puede ser fideicomisaria en aquellos fideicomisos que tienen como fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, o en aquellos casos cuyos créditos fueron otorgados por la propia institución fiduciaria para la realización de actividades empresariales. El artículo 396 de la Ley Cambiaria establece que las instituciones y sociedades que se encuentra facultadas por la ley para desempeñar el cargo de fiduciarias en el fideicomiso de garantía, pueden reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias cuando el fideicomiso tenga como fin garantizar el cumplimiento de obligaciones a su favor, en cuyo supuesto las partes contratantes deberán convenir los términos y condiciones para evitar posibles conflictos de intereses en cuanto a su cumplimiento.

Como un aspecto novedoso de esta modalidad, es que en el mismo fideicomiso de garantía pueden concurrir diversos fideicomisarios, estableciéndose su preferencia en el pago respecto del el fideicomitente, toda vez que esta pluralidad es una forma de garantizar simultanea o sucesivamente diferentes obligaciones que este último contraiga con un mismo o distintos acreedores (fideicomisarios).

El fideicomisario, al igual que el fideicomitente y la institución fiduciaria, cuenta con una serie de derechos y obligaciones, ya sea derivados del contrato mismo o por disposición de la ley, entre los cuales pueden citarse:

- Derecho a recibir del fideicomitente (deudor) el pago de las prestaciones que le son debidas, derivadas de la obligación principal que como acreedor le corresponden.
- Exigir el cumplimiento del fin del fideicomiso de garantía a la fiduciaria, y, en caso de su negativa, demandarlo judicialmente.

- Exigir al fideicomitente la transmisión de otros bienes en fideicomiso o el pago de de la deuda aun antes del plazo convenido, cuando los bienes fideicomitados se pierdan o se deterioren.
- Dar por vencido anticipadamente el contrato, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, cuando éste no le pague en la forma convenida el adeudo, o bien el valor de los bienes fideicomitados disminuyan de tal forma que no alcancen a cubrir el importe principal y sus accesorios, y el fideicomitente deudor no pueda afectar bienes adicionales para restituir el valor de la transmisión original.
- A recibir la información requerida por parte del fideicomitente respecto de la venta, transformación o transferencia de los bienes fideicomitados.
- Está obligado a notificar a la fiduciaria dentro del término señalado en la ley, que la obligación a su favor ha quedado extinguida; su omisión lo hará responsable de resarcir los daños y perjuicios que sufra el fideicomitente por tal motivo.

16.- OBJETO

En relación a este tema, cabe recordar que son objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que son estrictamente personales del fideicomitente; así, tratándose del fideicomiso de garantía, su objeto se constituye por el conjunto de bienes y/o derechos que trasmite el fideicomitente-deudor a la institución fiduciaria, y mientras subsista el plazo o término para el que fue constituido, esta institución tiene el derecho de ejercitar todas las acciones que deriven del contrato de fideicomiso para alcanzar sus fines, pues solamente así la fiduciaria podrá hacer pago al fideicomisario en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente.

Cabe mencionar que la institución fiduciaria por ningún motivo responde con su patrimonio en caso de incumplimiento del fideicomitente, y, además, no está obligada a

otorgar créditos para cumplir con las obligaciones asumidas por el fideicomitente con el fideicomisario.⁶⁵

De lo anterior se colige que las partes intervinientes en el fideicomiso de garantía deberán establecer con claridad que los bienes que se transmiten en fideicomiso, y que constituyen el patrimonio fideicomitado, serán garantía suficiente para el fideicomisario; toda vez que si no se establece así, la fiduciaria sólo quedará obligada a garantizar el pago del adeudo hasta por el valor de los bienes fideicomitados.

Ahora bien, en caso de que los bienes fideicomitados se llegasen a perder o se deterioran, el fideicomisario tendrá derecho a exigir del 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 (Artículo 400, párrafo cuarto, de la Ley Cambiaria). Si el valor de los bienes fideicomitados disminuye de manera que no baste a cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda garantizada, el fideicomitente deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original (Artículo 401 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cabe reiterar que en el fideicomiso que tratamos está implícita la necesidad de que los bienes objeto del mismo salgan del ámbito del fideicomitente para ingresar al patrimonio del fiduciario, con el objeto de garantizar o asegurar con ellos el cumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente o un tercero, designando como fideicomisarios al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se paga una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo impagado de ella, de conformidad a lo establecido en el contrato.⁶⁶

⁶⁵ Cfr. Ortiz Soltero Sergio M. Op.Cit. pág.207

⁶⁶ Cfr. Malumian Nicolás y Otros. El Fideicomiso, Securitización .Análisis, Fiscal y Contable. Ed. La Ley Argentina Buenos Aires .2001. Pág.43.

El carácter traslativo de bienes que opera a favor de las instituciones fiduciarias para la ejecución de los fideicomisos de garantía, es corroborado por nuestro Máximo Tribunal que en diversas ejecutorias a manifestado: “En esta clase de fideicomiso (en garantía), también rige la regla general que estriba en que al constituirse, el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación principal a su cargo, adquirida frente al fideicomisario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 346, 351 y 356⁶⁷ de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitados afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, como son, verbigracia, que si el fideicomitente deudor no cumple con lo pactado, la institución fiduciaria proceda a la venta de los derechos fideicomitados y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario, razón insalvable por la cual dichos bienes no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos del fideicomitente, independientemente de que por ficción legal, éstos salieron de su patrimonio al constituirse el fideicomiso en cuestión.”⁶⁸

Así pues, la transmisión que opera a favor de la institución fiduciaria es erga omnes, es decir, válida frente a todos, incluso frente al fideicomitente, quien jurídicamente ha perdido la propiedad o titularidad a favor del fiduciario.⁶⁹

Sin embargo, aún cuando el fideicomitente, al transmitir los bienes o derechos a favor de la fiduciaria, queda privado de toda acción o derecho sobre éstos, puede

⁶⁷ Actualmente artículos 381,386 y 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

⁶⁸ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, Febrero de 1997, p. 743, tesis I.6o.C.96 C, aislada, Civil. Rubro: FIDEICOMISO EN GARANTIA. LOS BIENES AFECTOS AL, DURANTE SU EXISTENCIA, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO PROPIO DEL FIDUCIARIO Y DISTINTO DE LA SUSPENSA. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Precedentes: Amparo directo 7226/96. Jorge Gutiérrez Sánchez y otra. 6 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretaria: Ana María Nava Ortega. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época Tomo I, Segunda Parte-1, pág. 309, tesis de rubro: "FIDEICOMISO, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO AUTONOMO DE LA SUSPENSA, LOS BIENES OBJETO DEL".

⁶⁹Cfr. Muñoz Luis. Derecho Bancario. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, México 2001.pág.609

pactarse al celebrarse el contrato de fideicomiso con fines de garantía, que la posesión de los bienes muebles o inmuebles dados en fideicomiso queden a favor del propio fideicomitente o de un tercero, en cuyo caso se establecerá el lugar en donde deberán quedar bajo su guarda y custodia, indicando, además, que dicha posesión la ejercerá en calidad de depositario, siendo responsable por la pérdida, daños o deterioro que sufran los bienes fideicomitados.

El fideicomitente o tercero que tenga la posesión material de los bienes fideicomitados, no está exento de derechos y obligaciones ya derivados de la ley o por el contrato mismo; esto es, deberá conservar los bienes como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquél para el que se hubiere pactado; así también deberá permitir que las otras partes inspeccionen y verifiquen peso y cantidad de los bienes, así como el estado de conservación que guarden los mismos (Artículo 400 de la Ley Cambiaria).

Cabe reiterar que todos los gastos que sean necesarios para la conservación, reparación, administración, recolección de los bienes fideicomitados, para cubrir un riesgo, daño o deterioro que sufran los mismos, serán a cargo y por cuenta del fideicomitente o tercero que tenga la posesión material de los bienes; sin que ello implique responsabilidad alguna para la fiduciaria.

En el supuesto de que los bienes fideicomitados se pierdan o se deterioren como ya se expresó, el fideicomisario en primero lugar podrá exigir del fideicomitente que designe o reemplace otros bienes, o en su defecto proceda a hacer pago de la deuda antes del plazo convenido.

Por otra parte, si el fideicomitente o tercero que tienen la posesión material de los bienes fideicomitados se niega a devolverlos una vez que ha sido requerido judicialmente para ello, puede ser sancionado penalmente por los actos que afecten las garantías otorgadas y que ocasionen el incumplimiento del fideicomitente para con los

fideicomisarios. Así lo establece el artículo 406 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito:

“Artículo 406. Al que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía transmita, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, en términos distintos a los previstos en la ley, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces de dicho salario.

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.”

Este precepto es un medio de control eficaz que tienen las partes intervinientes en el fideicomiso para garantizar la actuación del fideicomitente o del tercero que posean los bienes fideicomitados y evitar un incumplimiento deliberado y de mala fe.

17.- FINES.

Como se indicó en puntos anteriores, a través de la celebración del contrato de fideicomiso las partes contratantes pueden señalar fines diversos, los que no podrían fácilmente conseguirse mediante la celebración de algún otro tipo de contrato, ya que la versatilidad y flexibilidad de manejo del primero da la oportunidad a las partes de lograr todos los objetivos propuestos, siempre y cuando éstos sean lícitos y determinados.

Así, el fin en el fideicomiso es considerado como los objetivos que los sujetos pretenden alcanzar con la manifestación de su voluntad, es decir, es la situación jurídica concluyente, terminante y última que el fideicomitente dispone para los bienes que fideicomite.⁷⁰

⁷⁰ Cfr. Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano.3ª Edición, Ed. Porrúa. México 2000.pág17

Aplicado anterior al fideicomiso con fines de garantía, se obtiene que el fin que se persigue con la celebración de éste contrato es garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones que tienen el fideicomitente a favor del fideicomisario, y en caso de incumplimiento, la institución fiduciaria podrá ejecutar el fideicomiso, que puede consistir en la transmisión directa al fideicomisario, o la venta o subasta del bien para que con su producto se haga pago a este último.

Sobre el particular. Desde hace algún tiempo la Suprema Corte ha emitido algunas tesis en las que determina cual es el fin que se persigue en el fideicomiso con fines de garantía, siendo la más importante la siguiente: **“FIDEICOMISO DE GARANTIA. EL FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES EN ESTA CLASE DE FIDEICOMISO REUNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL ARTICULO 346 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, PUES DICHO FIN ES LICITO Y DETERMINADO (...)** Este peculiar fideicomiso ha tenido gran arraigo en la práctica, pues se ha venido utilizando como sustituto del contrato de hipoteca, y por ello, el fin que se persigue con dicho fideicomiso es el de garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, entregándose éste, precisamente, en calidad de bien fideicomitado a una institución fiduciaria legalmente autorizada para fungir como tal. De consiguiente, el fin que se persigue con la celebración de un contrato de fideicomiso de garantía, como es el que verificaron los ahora quejosos, por una parte, es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en "garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble". En estas condiciones, la declaración unilateral del prestatario nada tiene de abstracta o indeterminada (...) sino que, por el contrario, el consentimiento otorgado se ha encaminado a un fin específico, determinado. Además, el hecho consistente en que se haga o no efectiva la garantía otorgada, es irrelevante para que se pueda concluir que el fin cuestionado sea indeterminado, toda vez que tal hecho es una cuestión absolutamente ajena al fin que se persigue en un fideicomiso de garantía. En otras palabras, una cosa es "garantizarla devolución de un préstamo con un buen inmueble, y otra cosa muy distinta es el realizar

o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor, circunstancias estas que confunden los quejosos". Por otra parte, cabe advertir que ni la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni ningún otro ordenamiento jurídico, prohíbe que en un contrato de fideicomiso no se pueda perseguir el fin a que se ha venido haciendo alusión, esto es el garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble y, en consecuencia, tal consideración es suficiente para estimar que dicho fin es lícito, puesto que, se insiste, no contraviene ningún precepto legal.”⁷¹

Por su parte, el autor Carlos Dávalos Mejía indica que el fin del fideicomiso de garantía no es ejecutar un bien y, así desposeer a su dueño, sino simplemente garantizar lo que sea, si se ejecuta el bien se cumplió la garantía, y si no se ejecuta el bien también se cumplió, porque fue útil, durante todo el plazo del fideicomiso, para sostener garantizada la obligación.⁷²

18.-FORMA

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observación de formalidades o requisitos determinados. Sin embargo, existen actos que en virtud de la naturaleza de las prestaciones que se otorgan las partes, requieren ser celebrados con determinada formalidad; así, en materia fiduciaria, la ley y la práctica bancaria exige para la celebración de los fideicomisos con fines de garantía que éstos se formalicen ya sea mediante documento privado o en escritura pública.

⁷¹ Amparo directo 2771/66. Juan Cervantes y Coagraviados. 5 de noviembre de 1971. Cinco votos. Ponente: Alfonso López Aparicio. Séptima Época Sala Auxiliar Volumen Informe 1971, Parte II, Pag.83 A Civil.

⁷² Cfr. Dávalos Mejía Carlos. L. Op. Cit. pág. 611

Tratándose de la transmisión de bienes o derechos, el contrato deberá que constar siempre en instrumento privado, si los bienes muebles que se transmiten no tienen un monto igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil Unidades de Inversión, estando las partes obligadas a ratificar el contenido del mismo ante fedatario público, so pena de nulidad por falta de la forma requerido para ello.

Pero si la transmisión recae sobre inmuebles, entonces el contrato de fideicomiso deberá constar en instrumento público e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio que corresponda a la ubicación del domicilio del bien inmuebles de que se trate.

19.- GARANTÍA MÚLTIPLE.

Ha quedado establecido que el fin del fideicomiso de garantía es el de asegurar obligaciones propias del fideicomitente o de un tercero con los bienes fideicomitados; así, el fideicomitente puede utilizar este contrato para garantizar una pluralidad de obligaciones que de manera simultánea o sucesiva contraiga con uno o con diferentes acreedores; esto es lo que la práctica fiduciaria denomina garantía múltiple.

Esta posibilidad concedida al fideicomitente para garantizar simultánea o sucesivamente distintas obligaciones, permite darle fluidez y elasticidad al contrato de fideicomiso de garantía, en virtud de que con los bienes fideicomitados el fideicomitente garantiza el cumplimiento de sus obligaciones o de un tercero.⁷³

El artículo 397 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone expresamente:

“Artículo 397. Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un

⁷³ Cfr. Domínguez Martínez Jorge Alfredo. El Fideicomiso .Op. Cit. Pág. 379

mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto 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 de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.

A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, 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.

El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.”

De lo anterior se colige que, si bien el fideicomitente puede garantizar obligaciones simultaneas o sucesivas a favor de diversos acreedores, también lo es que extinguida su obligación por el pago, el fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que se le ha cubierto su crédito. Cabe señalar que la ley es omisa sobre si el fideicomisario también debe indicar si sólo se le han hecho pagos parciales, y que esto amerite que por igual se reduzca o se extinga parcialmente el fideicomiso en el porcentaje que le corresponda; sin embargo, la práctica fiduciaria indica que sólo se entenderá extinguida la deuda cuando ésta haya sido cubierta en su totalidad, ya que el fin de este fideicomiso es garantizar el pago de la prestación que el fideicomitente deudor ha contraído a favor del fideicomisario acreedor, teniéndose, por ende, extinguida la deuda cuando ésta haya sido cubierta en su totalidad por el fideicomitente. Se tendrá por parcialmente cumplido el fin del fideicomiso de garantía en caso de que la obligación garantizada no sea la única; por otro lado, al establecerse que una vez que el fideicomisario informe a la fiduciaria haber recibido el y que, por lo tanto, el fideicomitente puede designar nuevo fideicomisario, tal circunstancia implica sin lugar a dudas una modificación relevante del contrato original de fideicomiso, en tal virtud, se requerirá la participación nuevamente de todas las partes que intervinieron en el mismo, salvo que con el pago que haya realizado el fideicomitente al fideicomisario quede extinguido el fideicomiso por haberse cumplido el fin para lo cual se constituyó.

20.- CONVENIOS DENTRO DEL FIDEICOMISO.

Se expresó que una de las características que distinguen al fideicomiso en general con otros contratos o instrumentos legales es su versatilidad de operación, por las ventajas que ofrece a los contratantes en la consecución de un fin determinado, particularidad que se acentúa en el contrato de garantía, en virtud de que las partes pueden convenir diversidad de contenidos para la realización del fin que se desea, como por ejemplo la de determinar la situación de los bienes fideicomitados en garantía, el tipo de prestaciones y retribuciones que ha de recibir la institución fiduciaria por su encomienda, así como la forma de enajenar los bienes para el caso de incumplimiento por parte del fideicomitente de sus obligaciones a favor del fideicomisario; siendo sin duda esta última parte la más importante y punto medular de esta figura, en la que inclusive estudiosos y tratadistas de la materia pugnan sobre su legalidad y práctica bancaria en perjuicio de los deudores-fideicomitentes.

El artículo 399 de la Ley Cambiaria establece los requisitos que las partes deberán observar y convenir desde la constitución del fideicomiso:

- El lugar en que deberán encontrarse los bienes fideicomitados;
- Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitados;
- 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;
- La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;
- La forma de valorar los bienes fideicomitados, y

- 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.
- Asimismo establecer que en caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en lo estipulado por las partes el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

Por su parte, el artículo 400 del mismo Ordenamiento prevé que, si así lo desean, las partes podrán convenir que la posesión de los bienes fideicomitados esté a cargo del propio fideicomitente o de un tercero, determinando con precisión sus facultades y obligaciones que como depositario adquiriera sobre los mismos, tal como ya se dejó detallado al desarrollar el capítulo sobre el objeto del fideicomiso de garantía.

Cabe señalar, que una de las innovaciones de las reformas realizadas en mayo del 2000 y junio del 2003 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, fue el de agregar la modalidad del fideicomiso de garantía, estableciéndose los procedimientos de ejecución a seguir en caso de incumplimiento por parte del deudor-fideicomitente, como una medida preventiva de contrarrestar los abusos que en materia de ejecución venían realizando las instituciones fiduciarias para dar cumplimiento al convenio celebrado por las partes.

Así, el actual artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Cambiaria establece la forma en que las partes podrán convenir para que la institución fiduciaria proceda a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos fideicomitados para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente a favor de sus acreedores, exigiéndose que el texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial deberá incluirse en una sección especial del contrato de fideicomiso y deberá estar firmado por el fideicomitente.

Conforme al mismo precepto, al convenir sobre la forma de ejecución de los bienes fideicomitados, las partes deberán observar lo siguiente:

- Que la institución fiduciaria inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial del o los bienes o derechos en fideicomiso, cuando reciba del o los fideicomisarios comunicación por escrito en la que soliciten la mencionada enajenación y precisen el incumplimiento de la o las obligaciones garantizadas;
- Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio señalado en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en la fracción anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación, si exhiben el importe del adeudo, acreditan el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios de conformidad con la fracción anterior, o presentan el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación;
- Que sólo en caso de que el o los fideicomitentes no acrediten, el cumplimiento de la o las obligaciones garantizadas o, en su caso, su novación o prórroga, la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el o los bienes o derechos fideicomitados, en los términos y condiciones pactados en el fideicomiso, y
- Establecer los plazos en los que se podrá llevar a cabo lo anteriormente señalado .

Ahora bien, no obstante el principio de la libertad contractual en las convenciones mercantiles, en que las partes otorgantes se obligan en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse, para el caso de que los contratantes en el fideicomiso hayan sido omisos en regular el procedimiento convencional a seguir para la ejecución de los bienes transmitidos, entonces habrá que estarse al procedimiento establecido en el Libro Quinto, Título Tercero Bis del Código de Comercio, artículos 1414-Bis al 1414-Bis-20, que trata sobre los procedimientos de ejecución de prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía, ya sea de manera judicial o extrajudicial, siempre y cuando su celebración haya sido posterior a la multicitada reforma de 13 de junio del 2003. Este procedimiento especial no impide que la parte

interesada demande la ejecución de los bienes fideicomitidos mediante un juicio ordinario o ejecutivo mercantil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1055 Bis del Código de Comercio.

A continuación, brevemente se explicarán los procedimientos extrajudicial y judicial que para la ejecución de las garantías fiduciarias se contiene en el citado Título Tercero Bis del Código de Comercio, para la enajenación de los bienes dados en fideicomiso.

a) Procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía

A través de esta vía se establece la posibilidad de que el fiduciario obtenga sin la intervención de los tribunales la entrega de los bienes fideicomitidos en garantía por parte del fideicomitente o de la persona que los tenga bajo su guarda y custodia, lo cuales fueron transmitidos por el propio fideicomitente-deudor como forma de pago a favor de su acreedor- fideicomisario para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. En caso de incumplimiento, al vencerse la obligación garantizada el fiduciario requiera al deudor a través de fedatario público la entrega de los bienes fideicomitidos, convirtiéndose éste en depositario judicial, hasta en tanto se determine la enajenación de los mismos.

El objetivo de ésta secuela procesal es la de tramitar 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. (Artículo 1414 Bis del Código de Comercio).

Si la institución fiduciaria obtiene la entrega de los bienes fideicomitidos por parte del fideicomitente o de la persona que los tenga en posesión, procederá de manera

inmediata a su enajenación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1414-Bis-17 del Código de Comercio, que en esencia contiene:

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

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

Cabe mencionar que la ley exceptúa lo anterior cuando se trate de 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. Este derecho es irrenunciable.

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

Cabe mencionar que la venta de los bienes podrá realizarse ante el juez que conozca del juicio o ante fedatario público según elección del propio acreedor o fiduciario, siguiéndose el procedimiento siguiente:

a) Se deberá notificar personalmente al deudor- fideicomitente, con cinco días de anticipación el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes fideicomitidos.

b) Para efectos de dar publicidad a la venta de los bienes fideicomitidos, el juez, o en su caso la institución fiduciaria, deberá ordenar publicar 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 en el que se señale el lugar, día y hora en que se pretenda efectuar la venta, indicando en el mismo la descripción de los bienes y el precio de venta.

En este aviso deberá de igual forma indicarse las fechas sucesivas que, en su caso, se realice la oferta de los bienes fideicomitidos, indicando que en dicho supuesto el valor de los bienes se reducirá en un 10% cada semana, pudiendo el acreedor, a su elección, obtener la propiedad plena de los mismos cuando el precio de los bienes sea igual al monto del adeudo o cuando el valor de los bienes sea menor al monto del adeudo, recibiendo los bienes como pago del adeudo.

No está por demás decir que si es deseo del deudor-fideicomitente realizar más publicaciones relativas a la venta de los bienes, podrá hacerlo de manera directa y a su costa.

Si realizada la venta de los bienes el precio de los mismos fuera superior al monto del adeudo, el fiduciario procederá a entregar el remanente al deudor-fideicomitente en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos incurridos para la

venta, en efectivo, cheque de caja o mediante billete de depósito a favor del deudor y a través de fedatario.

Por último, la ley indica que no es necesario agotar este procedimiento extrajudicial para iniciar el judicial:

- Cuando se oponga el fideicomitente- deudor a la entrega material de los bienes o al pago del crédito respectivo, o
- Cuando no se produzca acuerdo entre las partes para determinar el avalúo de los bienes fideicomitados.

b) Procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía.

Por lo que a éste proceso se refiere, la ley establece que si el deudor se opone a la entrega de los bienes transmitidos en garantía fiduciaria sin transmisión de la posesión, o bien las partes deciden renunciar al procedimiento extrajudicial y acudir de manera directa al procedimiento ante tribunales, se iniciará el procedimiento judicial en los términos que para tales efectos prevé la ley ⁷⁴.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1414-Bis-7 del Código de Comercio, se tramitarán en esta vía los juicios que tengan por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que la garantía se haya otorgado mediante fideicomiso de garantía en que no se hubiere convenido el procedimiento extrajudicial previsto en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Para que el juicio se siga por esta vía es requisito indispensable que el crédito conste en documento público o escrito privado, en términos de este último Ordenamiento, y que sea exigible conforme a lo pactado o conforme a la ley.

⁷⁴ Cfr. Castrillón y Luna Víctor M. Derecho Procesal Mercantil. 2ª edición . Ed. Porrúa. México 2002.pág. 274.

Dicho procedimiento da inicio cuando la institución fiduciaria presenta el escrito de demanda acompañando el documento base de la acción, determinando el crédito adeudado y anexando en su caso la certificación contable, esto cuando se trate de créditos otorgados por la propia institución bancaria; si de la demanda y del documento basal se desprende que se reúnen los requisitos para ejercitar esta acción, el juez admitirá la demanda dictando 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 quién detente la posesión, haga entrega de la posesión material a la institución fiduciaria o a quién se designe, de los bienes objeto de la garantía indicados en el contrato, bajo el apercibimiento de que, en caso de oposición, se le impondrá una mediada de apremio, que podrá consistir en el empleo o auxilio de la fuerza pública o un arresto por 36 horas; en el mismo acto se le emplazará a juicio para que dentro del término de 5 días produzca la contestación de la demandada incoada en su contra.

Cabe mencionar que, a semejanza de la diligencia de embargo en los juicios ejecutivos, en el procedimiento que se trata por ningún motivo podrá suspenderse la diligencia de entrega de los bienes objeto de garantía (Artículo 1414-Bis-9 del Código de Comercio), dejando a salvo los derechos del deudor para que los haga valer durante el juicio.

El deudor al contestar la demandada, podrá oponer las excepciones y defensas que considere pertinentes, las que estarán sujetas al hecho de que se acrediten con prueba documental; sin embargo, si el deudor-fideicomitente opone excepciones de falta de personalidad y de litispendencia, la primera podrá subsanarse dentro del término de 10 días y la segunda se admitirá cuando el deudor exhiba con la contestación, las copias selladas de la demandada y la contestación a ésta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente.

También el deudor podrá excepcionarse por no haber firmado el documento basal, o por la falsedad del mismo, sin embargo, éstas serán declaradas improcedentes cuando

quede acreditado que el deudor- fideicomitente realizó pagos parciales del crédito o bien si el mismo mantuvo la posesión de los bienes adquiridos. Si opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor para que en el término de 3 días la corrija. Con las excepciones y defensas opuestas, el juez dará vista a la contraria para que, dentro de igual término, la conteste conforme a sus intereses.

Por otro lado, existe la posibilidad de que el demandado, en lugar de producir su contestación a la demandad, se allane a la misma, lo que producirá que el asunto se turne para que se dicte la sentencia definitiva.

Contestada la demanda o transcurrido el término para ello, se abrirá el juicio a prueba, hecho que según el profesor Víctor Castrillón y Luna “.. llama la atención que de modo contrario a la tendencia que se observa a partir de la reforma procesal mercantil del año 1996, el Código de Comercio autoriza al demandado para ofrecer pruebas hasta antes de que se dicte sentencia y por una sola vez..”⁷⁵

Respecto a la pruebas en esta clase de procedimientos, debe decirse que desde el momento de interponer la demanda y al producir la contestación a la misma, deben ofrecerse los medios de convicción, debiendo las partes relacionarlas en los términos que previene el artículo 1198 del Código de Comercio, es decir, presentando los documentos que obren en su poder e indicar, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio de sus testigos o peritos, exhibiendo el interrogatorio respectivo o el cuestionario para estos últimos.

⁷⁵ Castrillón y Luna Victor. M. Op Cit. Pág 275

Admitidas las pruebas ofrecidas, el juzgador señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de desahogo de pruebas, alegatos y sentencia; en ésta se desahogarán las pruebas admitidas y preparadas; las partes alegarán lo que a su derecho convenga y se citara a las partes para oír la resolución que en derecho corresponda, la que será apelable sólo en el efecto devolutivo, es decir, sin suspensión al procedimiento.

Si en dicha resolución se ordena el trance y remate de los bienes fideicomitidos, dicha ejecución podrá realizarse en los términos y condiciones señalados en el artículo 1414-Bis-17 del Código de Comercio.

21.- VENCIMIENTO

Generalmente, para el cumplimiento o extinción de una obligación, las partes determinan un plazo o término en el que de manera inevitable han de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas o, en su caso, extinguir su deber.

Así, en el fideicomiso de garantía, como en cualquier tipo de contrato, las partes pueden estipular que para dar cumplimiento a sus obligaciones queden sujetas a una serie de condiciones o circunstancias, a través de las cuales se de cumplimiento a la prestación debida; lo mismo podrán estipular las circunstancias por las cuales se puedan dar por vencido anticipadamente el plazo para el cumplimiento de la obligación contraída

Dichas circunstancias, de manera genérica, son determinadas por la propia ley, sin embargo, las partes, como se ha indicado, pueden obligarse en los términos y condiciones que mejor convenga a sus intereses, prueba de ello se refleja en las variadas cláusulas que de manera expresa convengan en el fideicomiso de garantía.

En éste orden de ideas, el fideicomisario–acreedor puede establecer en el acto constitutivo del fideicomiso que si el fideicomitente no cumple con su obligación en los plazos y términos señalados, éste podrá dar por vencido anticipadamente el plazo para

el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el fideicomitente. En la práctica esta situación es muy común, ya que, como se expresó, al tratarse de una obligación de pago que el fideicomitente tiene a favor del fideicomisario, generalmente en el acto constitutivo las partes establecen que si el deudor –fideicomitente no efectúa puntualmente cualquier pago derivado del contrato el plazo para su cumplimiento se dará por vencido de manera anticipada, dando causa para que la institución fiduciaria dé inicio al procedimiento judicial o extrajudicial para enajenar los bienes fideicomitados en los términos antes señalados.

Pero no sólo por el incumplimiento del fideicomitente-deudor las partes pueden proceder al vencimiento anticipado del contrato del fideicomiso de garantía, sino que también pueden estipular que este evento darse por la inobservancia o incumplimiento a lo pactado, como puede ser:

- Por el incumplimiento a lo convenido por las partes en el acto constitutivo, como a lo establecido por el artículo 399 de la Ley Cambiaria, el crédito garantizado por el fideicomiso se da por vencido anticipadamente.
- Cuando por circunstancias el valor de los bienes fideicomitados disminuyen en su valor de mercado, a tal grado que no alcanzan a garantizar el monto de la deuda principal ni los accesorios de la deuda que garantizan a favor del fideicomisario, y el deudor no adiciona bienes para restituir la proporción original, ya sea porque no tiene o se encuentra imposibilitado para hacerlo, situación ante lo cual el crédito puede darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar de manera judicial o a través de fedatario público al fideicomitente.

Como ya se dijo anteriormente, al decretarse el vencimiento anticipado del crédito garantizado, por cualquiera de las circunstancias previstas por las partes, provoca que la institución fiduciaria proceda a la ejecución del contrato, poniendo en

venta los bienes fideicomitidos en garantía, sea en la forma convencional establecida, o de manera judicial, de conformidad a las disposiciones aplicables al caso.

22.- PRESCRIPCIÓN.

La prescripción es una figura jurídica que puede ejercitarse por las partes en vía de acción o de excepción, según los intereses de las mismas.

Atento al contenido del artículo 1135 del Código Civil Federal, la prescripción es un medio de adquirir bienes o liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

La forma de adquirir bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento se llama prescripción negativa. (Artículo 1136 del Código Civil Federal).

Los preceptos mencionados regulan a la prescripción negativa, extintiva o liberatoria, que es una forma de librarse de las obligaciones por el transcurso del tiempo, y en el caso concreto que nos ocupa, opera a favor del fideicomitente-deudor, es decir, en contra del fideicomisario acreedor.

Sin embargo, cabe recordar que no sólo por el transcurso del tiempo se extingue de pleno derecho una obligación, sino que para que se produzca esa extinción a favor del fideicomitente, es necesario que, además del transcurso del tiempo, concurren otras condiciones a saber: a) la abstención por parte del acreedor- fideicomisario de ejercitar su derecho durante el tiempo señalado en la ley; b) la intención del deudor-fideicomitente de extinguir su obligación, haciéndola valer como vía de acción o de excepción; c) La insatisfacción del interés del acreedor por parte del deudor y d) una sentencia absolutoria para el deudor- fideicomitente que invocó la prescripción.⁷⁶

⁷⁶ Véase. Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 6ª edición, Ed. Porrúa, México 1999. pág.427

De lo anterior, se obtiene que para efectos de que el fideicomitente–deudor quede liberado de su obligación por prescripción, sea que la ejercite por vía de acción o excepción, es menester que el acreedor-fideicomisario deje transcurrir el plazo de 3 años que señala la ley, sin que ejercite su derecho en contra de su deudor–fideicomitente y se reúnan, además, los requisitos subjetivos antes mencionados, los cuales deberán ser decretados en una sentencia definitiva que absuelva al deudor-fideicomitente de sus obligaciones contraídas en el acto constitutivo del contrato, provocando que se extinga el derecho a exigir su cumplimiento y, como consecuencia, que se le revierta la propiedad de los bienes fideicomitados a su patrimonio.

Lo anterior encuentra sustento legal en el artículo 405 de la Ley Cambiaria, que a la letra dice:

Artículo 405. Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía prescriben en tres años contados desde la fecha en que se haya dado por vencida la obligación garantizada. En este caso se extinguirá el derecho a pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente.

23.- SANCIONES.

Se expresó, con anterioridad que a raíz de las reformas en materia fiduciaria de 23 de mayo del 2000, se incorporó una disposición de carácter punitivo, con el objeto de sancionar a las personas que tuvieran la posesión material de los bienes fideicomitados y que los hayan transmitan de manera distinta a los previstos por la ley, o que graven o afecten la propiedad o posesión de los mismos, o sustraigan sus componentes, los desgasten fuera de su uso normal, o por alguna otra razón, disminuyan intencionalmente el valor de los mismos, equiparándose dicha conducta al delito de abuso de confianza⁷⁷. Al respecto, el artículo 406 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al configurar de manera especial este delito, dispone:

⁷⁷ Veáse. Ortiz Soltero Sergio M. Op. Cit. pág. 200

“Artículo 406. Al que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía transmita, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, en términos distintos a los previstos en la ley, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces de dicho salario.

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.”

Acorde y coherente con esta disposición, el Código Penal Federal, en su artículo 229, equipara al abuso de confianza y sanciona con las mismas penas la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quién tenga derecho para ello, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga del bien conforme a la ley.

Por último, y tomando en consideración lo que en el presente capítulo quedó asentado, procedo en el siguiente capítulo a realizar un análisis jurídico de lo que es la problemática que presenta el fideicomiso de garantía, enfatizando en aquellos puntos en los cuales considero existen inexactitudes en nuestra legislación, encaminando dicho estudio a resaltar la inconstitucionalidad que versa en la ejecución extrajudicial por la institución fiduciaria

CAPITULO TERCERO

LA EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA

GENERALIDADES

El procedimiento de ejecución del fideicomiso en general es y ha sido fuente de contradictorias opiniones entre doctrinarios, juzgadores y expertos fiduciarios, e inclusive entre criterios jurisprudenciales, para discernir sobre la naturaleza que tiene la venta extrajudicial que realiza la propia institución fiduciaria, en cumplimiento al contrato de fideicomiso, cuando se da el incumplimiento del fideicomitente a las obligaciones contraídas a favor del fideicomisario.

Al respecto, abundan respetables puntos de vista que, recurriendo al principio de la libertad contractual que contienen los artículos 78 y 1051 del Código de Comercio, sostienen que la venta extrajudicial que venía realizando la propia institución fiduciaria no es anticonstitucional, ya que por lo regular se remitía al fideicomitente-deudor a la antigua redacción del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, donde sí se le concede al deudor prendario la garantía de previa audiencia, al precisar de manera clara en su segundo párrafo que: “De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, ene. Término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.”

Así mismo, existen argumentos que sostienen lo contrario, esto es, que la decisión propia de la fiduciaria de poner en venta por sí misma los bienes fideicomitados es contraventora de la garantía de audiencia contemplada en el artículo 14 Constitucional, en razón de que al fideicomitente se le restringe el derecho a ser oído y vencido al desprendérsele del patrimonio fideicomitado. En otras palabras, la inconstitucionalidad de la venta extrajudicial radica en el hecho de que ésta debe quedar enmarcada a las formalidades prescritos por la garantía de audiencia, ya que por tratarse de un acto no dependiente de una autoridad judicial, sino de una institución fiduciaria,

que se traduce en la privación de un derecho que sin duda le asiste al fideicomitente-deudor, dicha venta debe reunir los requisitos exigidos por el citado artículo 14 de nuestra Constitución Política.

Lo anterior, ha sido origen que, como ya se expresó en capítulos anteriores, que en mayo del 2000 se introdujo por primera vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dos nuevas figuras o modalidades de contratación con fines de garantía, y regularse en el Código de Comercio, en su Libro Quinto, Título Tercero Bis, sus respectivos procedimientos, o sea, los de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía, con las características ya asentadas, en las que el legislador trata de subsanar algunas de las omisiones y violaciones mencionadas; sin embargo, este tema continúa irresuelto, pues los contratos de fideicomiso de garantía celebrados antes de la multicitada reforma de mayo de 2000, siguen estando sujetos a los antiguos procedimientos convencionales, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley Bancaria anterior a esta reforma, al estipular que a falta de convenio expreso al momento de celebrarse el fideicomiso que tenga por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se estará a lo dispuesto a los dos primeros párrafos del entonces artículo 341 de la Ley Cambiaria, que regula al contrato de prenda tradicional, optando los fiduciarios por sujetar la ejecución de las garantías al procedimiento mercantil convencional que prevé aún el artículo 1051 del Código de Comercio, y realizar la venta de los bienes por la propia institución fiduciaria mediante subasta pública ante fedatario público, de donde resulta que aun hasta nuestros días permanezca vigente la idea de que dichos procedimientos convencionales sean considerados como violatorios de la garantía de audiencia que consagra nuestra Carta Magna.⁷⁸

Sin embargo, pese a lo reciente de las reformas de mayo del 2000, el 13 de junio de 2003, nuevamente se da otra reforma en esta materia, con tal de contrarrestar las irregularidades que respecto a la ejecución venía realizando la propia institución

⁷⁸ Cfr. Ortiz Soltero Sergio M. Op. Cit. Pág. 201

fiduciaria, debido a que aun era evidente que resultaba violatoria la garantía de audiencia y legalidad de los deudores-fideicomitentes.

En esta última reforma se impusieron más requisitos para acceder a la ejecución extrajudicial en el fideicomiso de garantías, concediéndose al fideicomitente el derecho a defenderse o a excepcionarse con mas amplitud; así, el actual artículo 403 del la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que las partes pueden establecer un procedimiento extrajudicial con la sola limitante de que en el mismo se respeten un mínimo de garantías para el deudor fideicomitente, siendo entre otros: a) su derecho a ser notificado del propósito del fiduciario de enajenar a título oneroso por haber incumplimiento de pago frente al acreedor fideicomisario; b) su derecho a oponerse ya sea por exhibir el importe del adeudo, por acreditar el cumplimiento de las obligaciones garantizadas o por presentar algún documento que acredite la prórroga del plazo o novación de la obligación; c) su derecho a que este convenio de enajenación extrajudicial se incluya en una sección especial del contrato de constitución del fideicomiso de garantía, debiendo contar su firma y, por último d) los plazos para proceder a los actos de ejecución de los bienes fideicomitados.

No obstante lo anterior, no falta quien sostenga que con la citada reforma queda establecido así un procedimiento que, marginado a la intervención de la autoridad jurisdiccional o arbitral, otorga al fideicomitente la certeza jurídica en la defensa de sus intereses y al fideicomisario y fiduciario la oportunidad de actuar en forma inmediata a la venta de los bienes fideicomitados a título oneroso para el caso de incumplimiento del fideicomitente.⁷⁹

Sin embargo, no es convincente ni categórico sostener que hayan desaparecido por completo los motivos de inconstitucionalidad a que nos hemos referido sobre el procedimiento extrajudicial de ejecución, que versa sobre el fideicomiso de garantía por

⁷⁹ Cfr. Quintanilla García Miguel Ángel. Procedimientos Mercantiles. 4ª edición. Ed. Cárdenas Elasco Editores S. A de C.V. México.2004. pág. LXXVII y sig.

parte de la institución fiduciaria, en virtud de que dicho procedimiento queda todavía a merced de la buena voluntad del fiduciario e implica una inadmisibile renuncia al derecho de defensa en juicio por parte del fideicomitente, involucrando reglas elementales de procedimiento que por su naturaleza tienen el carácter de orden público.

En éste orden de ideas, en el presente capítulo se analizará el proceso de ejecución en el fideicomiso de garantía, como punto de atracción de las instituciones de crédito para otorgar y celebrar contratos de crédito con garantía en un patrimonio fideicomitado, toda vez que refleja el mecanismo de recuperación más ágil y satisfactorio para los acreedores en este tipo de contratos, en virtud de que con ello elimina el ejercicio de juicios largos y costosos, como lo determina de manera adecuada el artículo 1055-Bis del Código de Comercio.

22.- CONCEPTO DE EJECUCIÓN.

Para entender la ejecución en el fideicomiso, es menester tener presente el significado de este concepto, para determinar con exactitud el alcance jurídico del vocablo ejecución.

La palabra ejecución proviene de la locución “exsecutio” del latín clásico, que en el bajo latín corresponde a “executio”, del verbo “exsequor”, que significa cumplimiento, ejecución, administración o exposición. Así, dichos conceptos aplicados al lenguaje jurídico, se entiende por ejecución el cumplimiento o satisfacción de una obligación, cualquiera que sea la fuente de la que proceda, ya sea contractual, legal o judicial.⁸⁰

El maestro Eduardo Pallares, en su conocido Diccionario de Derecho Procesal Civil, sostiene que la ejecución en todo tiempo ha existido como un medio enérgico para dar efectividad a las obligaciones legalmente contraídas por las partes, ofreciendo la

⁸⁰ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letra “E” Op. Cit.

propia ley los medios para que se dé el cumplimiento o satisfacción de sus obligaciones y que no queden éstas en modo alguno incumplidas por las partes; siendo ostensible la ejecución ya sea sobre la persona misma o bien sobre el patrimonio de ésta; como sucede en las materias civil y mercantil, o en materia penal cuya ejecución se manifiesta ésta última en la persona misma del sentenciado.⁸¹

Así pues, el vocablo ejecución, en ocasiones significa el cumplimiento voluntario de una obligación y en otras significa hacer efectivo un mandato jurídico, sea el contenido en la ley, en una sentencia definitiva o en alguna otra resolución judicial o mandato concreto.

La ejecución o cumplimiento, como se ha expresado, puede acontecer de dos formas: a) de manera voluntaria, entendiéndose ésta como aquella mediante la cual el obligado o deudor da cumplimiento a sus obligaciones contraídas a sus acreedores sin que exista de por medio coacción o intimidación para satisfacer sus obligaciones debidas; y b) forzosa, cuando el cumplimiento por parte del obligado no se da de forma voluntaria, sino que es necesario la aplicación de la ley; es decir, que emana de un mandamiento o declaración de un órgano jurisdiccional, cuya finalidad será obtener el pago de las prestaciones debidas por el deudor a sus acreedores, mediante la venta o realización de bienes propiedad del primero que previamente le hayan sido embargados y así lo determine una sentencia firme, que condene al trance y remate de los bienes embargados o dados en garantía como cumplimiento a sus obligaciones; o bien emane de un convenio celebrado y ratificado por las partes, elevado a la categoría de cosa juzgada, en el que se establezca los mecanismos bajo los cuales se procederá en caso de remate de los bienes dados en garantía, ya sea ante órgano jurisdiccional o autoridad arbitral, ante el incumplimiento de pago por parte del deudor.

⁸¹ Crf. Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 27ª edición. Ed. Porrúa. Letra “E” México 2003. pág. 312.

Lo indicado con anterioridad permite establecer que la etapa de ejecución en cualquier tipo de juicio, representa el medio coactivo para lograr de manera efectiva el cumplimiento o satisfacción de las prestaciones reclamadas por él o los acreedores en contra de sus deudores, según lo determine una sentencia de condena o cualquier otra resolución judicial o extrajudicial, sea de carácter civil, mercantil, laboral, penal o administrativa, seguida antes tribunales o de manera arbitral.

23.- ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA EJECUCIÓN.

Siendo la etapa de ejecución en un proceso el medio a través del cual cualquiera de las partes pretende obtener el cumplimiento de las prestaciones que les son debidas, sin embargo, para que la ejecución proceda es necesario la existencia de un contrato o convenio, de una resolución judicial, llámese sentencia definitiva o mandato judicial, que condene o determine su procedencia, mediante los mecanismos establecidos en los mismos o por la ley.

De lo anterior se colige que uno de los presupuestos necesarios para proceder a la ejecución de un patrimonio, es la existencia de una resolución judicial o acto jurídico que así lo determine, o bien condene la obligatoriedad de la ejecución de los bienes del deudor, requisito sin el cual no es procedente la venta judicial de los bienes embargados u otorgados en garantía.

Pero no toda resolución o mandato judicial conlleva una orden de ejecución o cumplimiento de obligaciones, por eso es necesario analizar las diversas clases de resoluciones judiciales que puede pronunciar un órgano jurisdiccional para hacer cumplir sus determinaciones, las cuales no necesariamente son calificadas como resoluciones con carácter de ejecución.

23.1. Resolución Judicial

Por resolución judicial se entiende a “aquellas determinaciones emitidas por una autoridad jurisdiccional que resuelven alguna petición de las partes en un juicio”.⁸²

Por su parte, nuestro máximo Tribunal de Alzada ha determinado que resolución judicial es “todo pronunciamiento de los jueces y tribunales, a través de los cuales acuerdan determinaciones de tramite o deciden cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución del fondo del conflicto...”⁸³

Las resoluciones judiciales pueden ser de diversa índole, a saber: decretos de tramite, autos provisionales, definitivos, preparatorios, sentencias interlocutorias y definitivas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuyo precepto define con claridad los alcances de cada resolución judicial.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 220, hace por igual estas diferencias de las resoluciones judiciales.

23.1.1 Sentencia

De las diversas determinaciones emitidas por un órgano jurisdiccional, la más importante es el pronunciamiento de la resolución judicial denominada sentencia definitiva, ya que determina el acto final en que el juez resuelve una controversia.

La locución sentencia proviene del latín, *sententia*, que significa máxima, o bien pensamiento corto; decisión que, en términos jurídicos, se alude a la resolución que

⁸² Castillo Lara Eduardo. *Juicios Mercantiles*. Volúmen I, 4ª edición, Ed. Oxford. México 2004. pág. 280

⁸³ Tribunal Colegiado de Circuito, Seminario Judicial de la Federación, octava época, t. X, septiembre, pág. 357. RESOLUCIONES JUDICIALES DE LAS.

pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso.

La sentencia puede apreciarse desde dos ángulos o perspectivas diversas: primero, como el acto que pone fin a un proceso, por lo que se refiere a su etapa de conocimiento; y, segundo, como el documento mismo en que queda escrito dicha resolución.

Para efectos teóricos, a las sentencias se les clasifica como sentencias declarativas, de condena y constitutivas; las primeras son definidas así porque clarifican el derecho o la situación jurídica controvertida, las segundas se refieren a la conducta a seguir por parte del demandado o acusado si se trata de un proceso penal, y las últimas son las que determinan una nueva situación jurídica, generalmente estas versan en cuestiones del orden familiar y civil.

Dentro de un procedimiento se reconocen dos tipos de sentencias, las sentencias interlocutorias, que son aquellas que resuelven cuestiones incidentales que se presentan dentro del proceso, o sobre excepciones dilatorias o una competencia (artículo 1322 del Código de Comercio); y las sentencias definitivas, que, como ya se dijo, son aquellas que deciden el juicio en lo principal.

23.1.2.Sentencia Ejecutoriada.

La sentencia ejecutoriada, es aquella que por ministerio de ley o por declaración judicial adquiere la calidad de cosa juzgada, en virtud de que la misma ya no admite ser recurrida o modificada por algún recurso ordinario o extraordinario establecido por la ley, situación que provoca su ejecución o cumplimiento.

El artículo 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que las sentencias que causan ejecutoria por ministerio de ley son:

- Las sentencias pronunciadas en juicios, que versan sobre la propiedad y demás derechos reales que tienen un valor hasta de sesenta mil pesos.
- En los negocios de jurisdicción contenciosa, común o concurrente, cuyo monto no exceda de veinte mil pesos.
- Las sentencias de segunda instancia.
- Las sentencias que resuelven una queja.
- Las que dirimen o resuelven una competencia.
- Las sentencias que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquellas de las que se dispone que no hay más recurso que el de responsabilidad.
- Las sentencias que no pueden ser recurridas por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa.

Por su parte, el artículo 427 del mismo Ordenamiento, señala que una sentencia causa ejecutoria por declaración judicial cuando:

- Las sentencias son consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial;
- Aquellas en que, hechas la notificación en forma, no se interpone recurso en los términos señalados por la ley.
- Las sentencias respecto de las cuales se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y términos legales o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial.

De igual forma, el artículo 356 del Código Federal de Procedimientos Civiles, indica que las sentencias causaran ejecutoria por ministerio de ley cuando:

- La sentencia no admita recurso alguno y

- Las consentan expresamente las partes, sus representantes legítimos o sus mandatarios con poder bastante.

Por su parte, también establece que causarán ejecutoria por declaración judicial a petición de parte:

- Aquella sentencia, que admitiendo algún recurso, no fue recurrida o habiéndolo sido se haya declarado desierto el recurso o el recurrente se haya desistido de él. Si se declara desierto el recurso, la declaratoria de ejecutoria la efectúa el Tribunal de Alzada. Si la sentencia no fue recurrida la declaración la hace el Tribunal que la pronunció previa certificación de que no fue recurrida.

De lo anterior debe entenderse que sólo la sentencia ejecutoriada que trae consigo mandamiento de condena, sea de dar o de hacer por parte del obligado, es la que constituye el requisito indispensable para proceder a la ejecución o a su cumplimiento ante el órgano jurisdiccional que la pronunció, condición sin el cual sería ineficaz la solicitud de embargo y venta de los bienes del demandado u obligado, para proceder a la obtención del pago de las prestaciones debidas.

No debe pasar desapercibido que, aunque teóricamente, existe una clara diferencia entre cosa juzgada, sentencia ejecutoria y sentencia firme.- La cosa juzgada se refiere propiamente a lo que es la materia de la controversia, y por ello el artículo 422 del Código Procesal requiere, para que la presunción de cosa juzgada opere, que haya identidad en las cosas, en las causas y en las personas.- La sentencia ejecutoriada es aquella en contra de la cual no cabe ningún recurso ordinario, aunque pueda ser revocada o modificada mediante algún recurso extraordinario, como una apelación extraordinaria o un juicio de amparo, aunque no es propiamente un recurso, sí opera como tal y tiene efectos semejantes.

Por último, el concepto de sentencia firme es aun mas amplio que el de sentencia ejecutoriada, o simplemente ejecutoria, puesto que por sentencia firme se entiende aquella que ya no puede ser modificada, ni mediante el empleo de recursos extraordinario.- Por eso, cuando se dice que una sentencia causa o ha causado ejecutoria, ya sea por ministerio de ley o por declaración judicial, no quiere decir que la sentencia tenga la autoridad de cosa juzgada, sino solamente que la sentencia ya no ya admite recurso ordinario.

23.2 Convenio

El cumplimiento forzoso de las obligaciones a favor del acreedor puede devenir también de otra fuente obligacional, como lo es el convenio celebrado entre las partes, ratificado ante un órgano jurisdiccional dentro de un proceso, el cual una vez aprobado por el juez, es elevada a la categoría de sentencia ejecutoriada y, por lo tanto, de cosa juzgada.

En términos del artículo 1792 del Código Civil Federal, se entiende por convenio “aquel acuerdo de voluntades de dos o más personas que crean, transfieren, modifican o extinguen derechos y obligaciones”.

Sin embargo, y no obstante que el convenio representa la figura obligacional por excelencia en el que las partes determinan su libertad de contratar, también existe como especie la figura del contrato, el cual es considerado como aquellos convenios que producen o transfieren las obligaciones o derechos (1793). Para efectos de este trabajo, se analizará sólo los efectos que produce el convenio en un juicio, como elemento necesario para proceder a la ejecución del mismo.

24.- LA EJECUCION POR MEDIO DE LA FIDUCIARIA.

Como ya expresó en hojas anteriores, para efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en un contrato, las partes pueden convenir o pactar diversas clases de contratos. Pueden recurrir a los tradicionales de garantía, como la prenda o la hipoteca, o bien elegir otros, que por su innovación y estructura les pueda ser más atractivos para el aseguramiento de sus intereses; uno de estos últimos, y que es el que interesa en este trabajo, es precisamente el contrato de fideicomiso de garantía, que por su regulación actual otorga mayores facilidades a las partes para cumplir con sus objetivos, en especial para el fideicomisario, pues le brinda la posibilidad de obtener, a través de la institución fiduciaria, la prestación debida, mediante el procedimiento convencional de ejecución de la garantía fideicomitida sin necesidad de la intervención judicial, por así estar previsto en el contrato de fideicomiso.⁸⁴

Sin embargo, una de las encrucijadas que genera el contrato de fideicomiso de garantía, es precisamente el procedimiento convencional de ejecución que, aparentemente, de manera libre establecen ante el posible incumplimiento del fideicomitente a sus obligaciones para con su acreedor – fideicomisario, aunque se sabe que en la práctica quien diseña y establece a su conveniencia las reglas lo es la institución fiduciaria.

Ahora bien, conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para proceder a la ejecución del fideicomiso de garantía, puede optarse preferentemente por el procedimiento convencional previamente fijado por las partes en el contrato de fideicomiso, o bien en términos del artículo 341 de la Ley de la materia previo a las reformas de mayo del 2000, toda vez que dicho procedimiento se encuentra vigente y se aplica aun en aquellos fideicomisos celebrados antes de esta reforma; o por último, recurriendo al procedimiento establecido en el Título Tercero Bis del Código de Comercio reformado; aunque debe decirse que cada uno de estos procedimientos son

⁸⁴ Cfr. Castrillón y Luna Victor M Contratos Mercantiles ,Ed. Porrúa, México 2002 Pág.349

divergentes y a veces hasta contradictorios , aunado al hecho de que su ejercicio implica la persecución de finalidades distintas a los lineamientos establecidos por las partes.

A continuación analizaré de manera sucinta cada uno de los procedimientos regulados por la ley para proceder a la ejecución de la garantía fiduciaria, cuando se da el incumplimiento del deudor-fideicomitente o se vence el plazo para el pago de las obligaciones contraídas por él.

A) Procedimiento Convencional de Ejecución.

Antes de tratar este punto, conviene tener presente el principio de libertad contractual que se contiene en el artículo 78 del Código de Comercio, al disponer: “En la convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”; de donde se obtiene que la norma otorga supremacía a la voluntad de las partes para contraer obligaciones, porque en éstas crean y modelan ellas mismas su ley, dan a la relación obligacional que los va a unir el carácter que ellas quieran; determinan el objeto, la duración y las modalidades del mismo; deciden la combinación de obligaciones con varios acreedores o con varios deudores; regulan el modo de ejecución y las consecuencias de su incumplimiento. Sin embargo, en la actualidad y práctica diaria surgen casos concretos que ponen límites a este individualismo contractual, como se verá mas adelante.

Entrando en materia sobre este rubro, debe decirse que este procedimiento convencional tienen su fundamento legal en el artículo 403 de la Ley Cambiaria, que establece que las partes intervinientes en el fideicomiso de garantía podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria enajene extrajudicialmente, y a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre y cuando se cubran las formalidades establecidas por el mismo ordenamiento. Este mecanismo debe constar en una sección especial del fideicomiso y estar debidamente firmado por el fideicomitente.

En efecto, desde el momento de celebrar el contrato de fideicomiso de garantía las partes deben dejar sentado los requisitos y lineamientos mediante los cuales la institución fiduciaria podrá realizar los trámites para la venta extrajudicial de los bienes fideicomitados, los cuales pueden ser tan diversos en cada caso concreto; sin embargo, aun dentro de éste procedimiento las partes deben de estipular y salvaguardar sus derechos para que tengan la oportunidad de probar los extremos de su petición, así como de su ejecución.

Dicho en otra palabras, para que la institución fiduciaria proceda a la enajenación extrajudicial de los bienes dados en garantía conforme a las cláusulas del convenio, primeramente debe constar de manera indubitable que se ha dado el incumplimiento por parte del fideicomitente, en virtud de que el fin del fideicomiso de garantía es garantizar el cumplimiento de las obligaciones de éste para con sus acreedores, y no ejecutar los bienes con la sola petición del fideicomisario; ello en virtud de que los bienes son transmitidos para garantizar el pago de la deuda contraída a favor de éste último; acreditado el incumplimiento del fideicomitente, la institución fiduciaria también debe justificar el extremo de la medida. En la práctica es común que la institución fiduciaria proceda con la sola petición del fideicomisario, sin que considere relevante el comprobar fehacientemente el incumplimiento del fideicomitente, vulnerando la garantía de audiencia y el principio de legalidad consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es cierto que este procedimiento convencional queda sometido a la voluntad de las partes en virtud de que son ellas quienes disponen a su arbitrio de éste proceso, pero también debe de ser concordante con las disposiciones contenidas en los artículos 1051, 1052 y 1053 del Código de Comercio, pues estas disposiciones son las que regulan el citado procedimiento convencional. Estos preceptos de manera literal consignan lo siguiente:

“Artículo 1051. El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia.

El procedimiento convencional ante tribunales se registrará por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro.

Artículo 1052. Los tribunales se sujetarán al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado siempre que el mismo se hubiere formalizado en escritura pública, póliza ante corredor o ante el Juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio, y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

Artículo 1053. Para su validez, la escritura pública, póliza o convenio judicial a que se refiere el artículo anterior, deberá contener las previsiones sobre el desahogo de la demanda, la contestación, las pruebas y los alegatos, así como:

- I. El negocio o negocios en que se ha de observar el procedimiento convenido;
- II. La sustanciación que debe observarse, pudiendo las partes convenir en excluir algún medio de prueba, siempre que no afecten las formalidades esenciales del procedimiento;
- III. Los términos que deberán seguirse durante el juicio, cuando se modifiquen los que la ley establece;
- IV. Los recursos legales a que renuncien, siempre que no se afecten las formalidades esenciales del procedimiento;
- V. El Juez que debe conocer del litigio para el cual se conviene el procedimiento en los casos en que conforme a este código pueda prorrogarse la competencia;
- VI. El convenio también deberá expresar los nombres de los otorgantes, su capacidad para obligarse, el carácter con que contraten, sus domicilios y cualquiera otros datos que definan la especialidad del procedimiento.

En las demás materias, a falta de acuerdo especial u omisión de las partes en la regulación procesal convenida, se observarán las disposiciones de este libro.

Conforme a estos artículos, una vez cubiertos los requisitos para que sea plenamente válida y aprobada la ejecución previamente convenida, el procedimiento de ejecución por la fiduciaria margina la intervención judicial iniciando de la siguiente manera:

1.- Con la petición que por escrito hace el fideicomisario a la institución fiduciaria, mediante la cual informa el incumplimiento del deudor- fideicomitente a sus obligaciones, solicita se proceda de forma inmediata a la ejecución de los bienes fideicomitados. En la práctica dicha solicitud va acompañada de todos los documentos que acreditan los derechos del solicitante, así como del estados de cuenta certificado

emitido por contador público autorizado por la institución fiduciaria, en donde se refleja el adeudo reclamado por el fideicomisario y allegando los gastos necesarios para la ejecución solicitada.

2.- Recibida la solicitud, la institución fiduciaria procede a notificar al fideicomitente sobre la petición del fideicomisario, para que dentro del término concedido manifieste lo que a su interés convenga. La postura más recurrente es la oposición del fideicomitente, pero ésta prospera solo si acredita el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud, que presente el documento que acredite la prórroga del plazo o la novación de la obligación, o bien si exhibe el importe del adeudo. Cabe precisar que respecto a la notificación que se le efectúa al fideicomitente, ésta debe practicarse de forma tal que no deje duda de su realización, por lo que es necesario que la misma se practique en el domicilio señalado, mediante notario o corredor público o judicialmente, o inclusive por edictos.

3.- Una vez transcurrido el plazo concedido al fideicomitente para que cumpla con su obligación de pago o bien para que acredite la prórroga del plazo o la novación de su obligación, sin que haya manifestado lo que a su derecho conviniera, la fiduciaria procede a tramitar sin su responsabilidad la venta del patrimonio fideicomitado, iniciando dicho procedimiento con el requerimiento de entrega del inmueble al depositario, a la elaboración del avalúo de los bienes fideicomitados para determinar el precio que servirá de base para su venta. Por regla general, el avalúo es realizado la institución bancaria establecida por las partes en el acto constitutivo, o bien el señalado por el fiduciario. La venta o subasta se realiza ante notario o corredor público, el cual ordena preparar su publicidad mediante convocatoria en periódico de mayor circulación del lugar en donde se encuentran ubicados los bienes y en otro de cobertura nacional, con la descripción y características de los bienes, indicando el día y hora del remate, el precio de subasta, así como las base bajo las cuales los postores podrán constituirse como tales. Cabe mencionar que en dicha subasta pueden participar como postores tanto el fideicomitente como el fideicomisario, siempre y cuando así se haya pactado en

el procedimiento de ejecución. Una vez cubiertos los requisitos mencionados, la fiduciaria inicia todas las acciones necesarias para la celebración de la subasta pública, la cual, como ya se expresó, se efectúa en forma extrajudicial, validándose con la presencia de un fedatario o corredor público.

4.- El día y hora señalado para la subasta pública, el representante o delegado fiduciario y el fedatario público realizan una serie de actos tales como: declarar o reconocer el derecho que tiene el fideicomitente y el fideicomisario de participar en la subasta, calificar las posturas, hacer la devolución de los depósitos de posturas no calificadas; hecho lo anterior, se procede a la realización del procedimiento de remate; y si éste es fincado, se hace la declaración del postor ganador.⁸⁵

Fincado el remate, el fiduciario requiere al postor ganador para que liquide el total del precio de los bienes; sólo que no se establece si dicho requerimiento se hace en el mismo acto o se le concede un término a éste adjudicatario; en la práctica, aún cuando no se establece al respecto disposición alguna, dicho requerimiento se hace en el momento en que se declara postor ganador y si no da cumplimiento a lo solicitado, el procedimiento continúa, aplicándose su depósito a los gastos de ejecución.

Si el postor ganador exhibe el total del precio de los bienes, éste se convierte en el nuevo propietario y adquiere el derecho para que el fiduciario le transmita la propiedad del bien adquirido, siguiéndose las formalidades que para tal efecto se requieran, esto es, mediante la celebración del contrato privado, en escritura pública, o bien mediante el endoso en propiedad de los documentos que amparan los derechos de propiedad de los bienes.⁸⁶

⁸⁵ Cfr. Roalandini Jesús. Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México El Control de Riesgo y la Administración Fiduciaria, por McNaugh González. Raúl, Ed. Espejo de Obsidiana Bancomer, México 1997. pág.406.

⁸⁶Idem.

Cabe indicar que en el desarrollo de la venta de los bienes fideicomitidos, el fideicomisario- acreedor puede ejercer su derecho de solicitar la adjudicación directa de los mismos si así lo desea, entonces de igual forma la fiduciaria estará obligado a transmitir la propiedad de dichos bienes cubriendo las formalidades que cada situación requiera.

Por último, fincado el remate, el fiduciario tienen como obligación principal, el de cubrir con el producto de los bienes el pago de los gastos generados por la venta de los bienes, pagar los impuestos y derechos; remunerar sus honorarios fiduciarios y liquidar al fideicomisario de las cantidades que se encuentran garantizadas con el fideicomiso; en caso de que exista remanente alguno, entregárselo al fideicomitente. Concluido lo anterior, el fiduciario procede a la extinción del fideicomiso.

Este procedimiento extrajudicial de venta o de remate de los bienes fideicomitidos realizado por la propia institución fiduciaria, por ningún motivo debe tenerse como la tramitación de un juicio que conforme a nuestra ley adjetiva deba de seguirse para dilucidar la acción de pago que le asiste al fideicomisario-acreedor, toda vez que la ejecución o venta del patrimonio fideicomitado no se efectúa en presencia del órgano jurisdiccional, esto es, no se trata de un juicio formal en el que se sigan las reglas esenciales del procedimiento en que al fideicomitente-deudor se le brinde la oportunidad de defenderse adecuadamente, mediante la interposición de excepciones dilatorias o perentorias, como tampoco existe la posibilidad de que ofrezca pruebas y el desahogo de los mismas, mucho menos el de alegar mediante razonamientos lógicos jurídicos lo que a su derecho correspondiere, toda vez que sólo se sujeta al cumplimiento literal de lo consignado en el contrato de fideicomiso, de conformidad con el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que como ya se analizó, no regula un juicio propiamente dicho en el que se cumplan las formalidades esenciales que otorga a todo gobernado el artículo 14 de nuestra Constitución Política, en razón de que sólo contempla que de la simple petición de venta solicitada por el fideicomisario se le de vista de manera inmediata al fideicomitente para que, en el caso de oposición, exhiba

el importe de su adeudo, acredite el cumplimiento de la o sus obligaciones , o bien presente el documento en el que compruebe la prórroga del plazo o la novación de su obligación, sin que la fiduciaria estudie previamente si el adeudo de que se trata es exigible o no. Por eso, como acertadamente sostiene el maestro Raúl Cervantes Ahumada, la facultad que se le concede a la institución fiduciaria para ejecutar la venta del bien dado en garantía para el caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional, en el que el banco no esta capacitado para juzgar y decidir sobre la controversia que se llagará a presentar entre las partes.⁸⁷

Por otro lado, si bien es cierto que el fundamento de dicho procedimiento de ejecución se encuentra en el contrato de fideicomiso de garantía consagrando los lineamientos establecidos en el artículo 1051 del Código de Comercio, también lo es, que dicho procedimiento, al quedar sometido a la voluntad de las partes, se efectúa en contravención e inobservancia de la ley, en virtud de que la institución fiduciaria al vender extrajudicialmente los bienes fideicomitados, vulnera y transgrede la garantía de audiencia y legalidad que le asiste al fideicomitente, ya que nunca es oído y vencido en juicio para salvaguardar los derechos que le asisten respecto del patrimonio fideicomitado.

Así mismo, consideró que en el procedimiento extrajudicial de venta de los bienes fideicomitados, la institución fiduciaria se arroga verdaderos poderes jurisdiccionales que ninguna norma le concede, negándole al deudor el derecho de defensa que se da en todo procedimiento judicial, y es constitucionalmente sabido que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, sino que toda controversia debe derimirse ante autoridades jurisdiccionales competentes.

⁸⁷ Cfr. Cervantes Ahumada Raúl. Op. Cit. Pág.295

B) Ejecución del Fideicomiso de Garantía con base en el Artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito anterior a las reformas de mayo de 2000

Otro de los procedimientos de venta al que puede sujetarse el contrato de fideicomiso de garantía, es el establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito anterior a las reformas de mayo de 2000, y que aun subsiste para aquellos contratos de fideicomiso celebrados antes de esta fecha. Este procedimiento se da a falta de procedimiento convencional establecido por las partes en el acto constitutivo del fideicomiso, demandando el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el mismo.

Dicha disposición se encuentra relacionada con el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito anterior a la multicitada reforma, el cual claramente dispone que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a petición del fiduciario; indicando que si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se de cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

El citado artículo 341 de la Ley Cambiaria anterior al 23 de mayo de 2000, disponía lo siguiente:

“Artículo 341.- El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada.

De la petición del acreedor se correrá traslado inmediatamente al deudor, éste en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.

Si el deudor no se opone a la venta en los términos dichos, el juez mandará que se efectúe al precio de cotización en bolsa, o a falta de cotización, al precio del mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en la plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor.

El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberá extender un certificado de ella al acreedor.

El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.

Cabe precisar que aunque dicho procedimiento también es propio de la ejecución de prenda mercantil, por remisión expresa es aplicable a la ejecución de los fideicomisos en garantía, cuyos requisitos de procedencia son los consignados en los artículos 340,341 y 342 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo objeto es obtener la autorización judicial de venta de los bienes dados en fideicomiso de garantía.

A este procedimiento suele llamársele sumario, pero tampoco implica el seguimiento de un juicio formal. Su tramitación corresponde al fideicomisario quién, a través de la institución fiduciaria, solicita la autorización del órgano jurisdiccional para proceder en contra del patrimonio fideicomitado ante el incumplimiento del fideicomitente en pago de la obligación contraída con el fideicomisario.

El procedimiento inicia cuando la institución fiduciaria solicita al juez la autorización de la venta de los bienes fideicomitados ante el vencimiento de la obligación garantizada por el fideicomitente, y si el juzgador considera que se reúnen los requisitos de procedibilidad, admite a trámite dicha solicitud, ordenando notificar al fideicomitente para que dentro del término de 3 días comparezca a oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo. Si el deudor no hace valer éste derecho, el juez autoriza la venta del bien dado en fideicomiso. Sin embargo, cuando exista notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez puede autorizar la venta aún antes de notificar al fideicomitente de la petición de venta.

Una vez autorizada la venta por el juez, ésta se efectúa al precio de cotización en bolsa; a falta de cotización, a precio de mercado y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento en plaza; en la práctica, dicho procedimiento de venta, en la mayoría de los casos, no tiene éxito, por lo que la institución fiduciaria remata los bienes fideicomitados de forma extrajudicial en presencia de corredor o fedatario

público. El remate se lleva a cabo mediante subastas públicas en las propias oficinas del fiduciario, desarrollándose de la siguiente manera:

1.- Se ordena fijar el precio de venta del inmueble mediante el avalúo, que es practicado generalmente por una institución de crédito señalada por la propia fiduciaria.

2.- Se convocan postores mediante avisos que se ordenan publicar en uno de los diarios de mayor circulación del lugar en donde se encuentra el inmueble fideicomitado, fijándose la postura de venta que, por lo regular, es las dos terceras partes del valor del inmueble, las bases bajo las cuales las personas interesadas deben cubrir para participar en el remate, como es el de depositar previamente el 10% de la postura inicial que propongan para la adjudicación del bien.

3.-El día del remate, el delegado fiduciario da lectura a las posturas de los participantes, indicando en presencia de fedatario público, que los éstos pueden efectuar sus pujas a fin de que se finque el remate al mejor postor. Puede ocurrir que en la primera almoneda no se presenten postores, entonces el fiduciario convoca a una segunda almoneda, ordenando su publicidad con las características ya asentadas, pero indicando que se hará una rebaja al valor de avalúo del 10%. Para el caso que no asistieren postores en ésta segunda almoneda, el fiduciario procede a convocar a una tercera almoneda, restando ahora al valor del inmueble un 20%; si tampoco se realiza la venta del inmueble en la tercera almoneda, el fiduciario convoca a posteriores almonedas ofreciendo la venta del inmueble sin sujeción a precio. Para el caso de que se obtenga la venta del patrimonio fideicomitado, el producto se aplica al pago de la deuda contraída por el fideicomitente, saldando así su obligación con el fideicomisario, cumpliéndose así los fines del fideicomiso de garantía.

Puede observarse, que dicho procedimiento parece sencillo, pero su regulación es deficiente e incongruente con la finalidad perseguida en el contrato de fideicomiso de garantía, ya que niega al fideicomitente la oportunidad de ser oído y vencido en juicio

para demostrar la improcedencia de la solicitud de venta realizada por la institución fiduciaria, mediante la interposición de excepciones y defensas que le asistan para comprobar lo injustificado de dicha medida, resultando a todas luces que, como un procedimiento privilegiado, es incompatible con las normas aplicables a cualquier procedimiento judicial.

Cabe destacar que dicho procedimiento también fue reformado el 23 de mayo de 2000, en el sentido en que se amplía el plazo de 3 a 15 días para que el deudor, contados a partir de la petición, comparezca ante el juez a oponerse a la ejecución, haciendo valer las excepciones y defensas que tuviere, a efecto de demostrar la improcedencia de la petición, eliminándose así la limitación que existía en el sentido de que sólo podía exhibir el pago de su obligación.. El juez debe resolver sobre la petición formulada por la fiduciaria en un plazo no mayor de diez días.

Por igual, pese a la regulación que existe de éste procedimiento contemplado en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a manera de conclusión, cabe hacer las siguientes reflexiones:

- El procedimiento de venta en comento, no reviste la naturaleza jurídica de un juicio propiamente dicho, en el cual se observen y se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, sino que sólo implica un procedimiento sumarísimo en el que el acreedor-fideicomisario, a través de la institución fiduciaria, ejercita su petición de venta del bien dado en garantía cuando el fideicomitente incumple con su obligación de pago en los términos convenidos; negándole la oportunidad de excepcionarse para demostrar la improcedencia de la petición.
- Es un procedimiento que otorga de forma privilegiada un derecho a favor del acreedor- fideicomisario, resultando incompatible su regulación con los juicios contemplados y regulados por la ley de la materia y del

derecho en general, bajo el amparo supremo de nuestra Constitución Política.

- No permite al órgano jurisdiccional dilucidar previamente sobre la exigibilidad de la obligación principal, que puede ser frenado por causas de nulidad, por prescripción, pago total o parcial de la deuda contraída, y solo presuntamente lo reserva como materia de un juicio posterior que de manera independiente pueda promover el deudor- fideicomitente para demostrar la improcedencia de la solicitud planteada por el fideicomisario.
- Existen irrefutables razonamientos que sostienen que este procedimiento entraña una violación a la garantía de audiencia que consagra el artículo 14 constitucional, en virtud de que al deudor se le niega la oportunidad de ser oído y vencido legalmente; es decir, se le priva del derecho de ofrecer pruebas y formular alegatos en defensa de sus intereses, previo al acto de desprendimiento que sufre del patrimonio fideicomitado.
- La venta judicial realizada en términos de lo establecido por éste artículo, no implica un acto provisional, sino la ejecución total del contrato de fideicomiso, en virtud de una resolución dictada por el juez a solicitud del fideicomisario.
- Los efectos de la venta del patrimonio fideicomitado, aún cuando por resolución judicial se determinara que la obligación del fideicomitente se encuentra extinguida o fuera nula, son definitivos, ya que no se podría recuperar los bienes del tercero que hubiera adquirido de buena fe, toda vez que el remate habría estado ajustado a la ley, provocando que, en caso de reversión, el fideicomitente solo obtendría el importe del bien enajenado.

De lo anterior se colige que el procedimiento que trato en este inciso violenta las garantías de audiencia y legalidad que consagra el artículo 14 Constitucional, en virtud de que el juez autoriza la venta del bien dado en garantía en el fideicomiso sin que

previamente se instruya un procedimiento judicial, en el que el deudor deduzca las excepciones y defensas, lo que conduce a estimar que el procedimiento de venta contemplado en el artículo 341 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito anterior a las reformas de 23 de mayo de 2000, es anticonstitucional, toda vez que el fideicomitente es privado de manera definitiva de los derechos que le asisten respecto de los bienes fideicomitados, sin ser oído ni vencido en juicio.⁸⁸

C) Procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio a Petición del Fiduciario.

Se ha expresado que a raíz de la reforma de mayo del 2000, se crea el Capítulo Tercero Bis del Libro Quinto del Código de Comercio, que contempla y regula los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía, subdividiéndolos a la vez en procedimiento extrajudicial y procedimiento judicial de ejecución; estableciéndose así vías más expedita y eficaces de aquellos procedimientos contenciosos conocidos para obtener la recuperación del crédito adeudado por el fideicomitente.

El objeto de estos procedimientos sumarios, aparentemente similares al juicio ejecutivo mercantil, es obtener el pago del o los créditos vencidos por el fideicomitente, así como la obtención de la entrega del bien otorgado en garantía fiduciaria por parte del fideicomitente o de la persona que los tenga en posesión, como la enajenación de los bienes mencionados, esto último cuando la resolución que se emite le depara perjuicio al fideicomitente, realizándose dicha enajenación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1414 BIS -17 del citado Ordenamiento.

⁸⁸ Véase .Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Noviembre de 1997, pág.327, voto minoritario formulado por los ministros Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza, en el amparo de revisión número 1251/96, promovido por Jesús López, fallado en la sesión del 18 de marzo de 1997.

La finalidad que se persigue con estos procedimientos, es lograr en forma pronta y expedita una resolución judicial que determine el incumplimiento del deudor-fideicomitente y lo condene al pago de las prestaciones reclamadas por el fideicomisario, para efecto de proceder a la enajenación de los bienes fideicomitados ante el mismo juez que conoció del juicio, ante fedatario público o bien ante la institución fiduciaria, de conformidad al numeral antes citado. Lo anterior lleva el propósito de evitar juicios distintos en el que se diluciden las acciones y excepciones de las partes respecto de la o las obligaciones garantizada con el contrato de fideicomiso de garantía.

Como el procedimiento judicial y extrajudicial de ejecución de garantía otorgada mediante fideicomiso de garantía ya fue analizada en el capítulo segundo de esta tesis, a continuación sólo se establecerán algunas imprecisiones que se dan durante el desarrollo de dicho procedimiento:

- No se establece el momento en que se debe de acreditar al juez el valor de los bienes, pues ningún numeral precisa dicha situación, por lo que ante tal omisión, las partes podrán acreditarlo en cualquier momento, inclusive hasta cuando se inicie el procedimiento de venta, observándose lo que al respecto dispone el artículo 1414 BIS 17, que establece que obtenido el valor de los bienes, si éste es inferior a lo condenado, el acreedor fiduciario podrá disponer libremente de ellos, y si es mayor, se procede a la venta de los bienes y a la devolución del remanente al fideicomitente.
- Es ambiguo, como de manera acertada indica el maestro Eduardo Castillo Lara, dicho procedimiento no contempla qué sucederá si las partes no designaron perito para valuar los bienes en ejecución o cualquier procedimiento o no establecieron las bases para designar persona autorizada para su valuación, como lo indica el artículo 1414 BIS ⁸⁹. En

⁸⁹ Cfr. Castillo Lara Eduardo. Juicios Mercantiles. Volumen II, Cuarta Edición. Ed. Oxford. University Press México pág.546

este caso, considero que tendría que recurrirse a las reglas de la prueba pericial que fija el propio Código para los juicios ejecutivos.

- Es oscuro y deficiente, si se toma en cuenta que una vez que se actualizan los supuestos contemplados en los incisos I y II del artículo 1414-BIS 17 del Código de Comercio, el acreedor o fiduciario podrán disponer libremente de los bienes, sin embargo, no se establece si para ello se requiere determinación judicial en ese sentido.
- Es irreal, ya que no contempla situaciones que se presentan comúnmente en un procedimiento ordinario o ejecutivo mercantil, siendo por ende, complejo y oscuro; por último,
- Es inconstitucional, toda vez que es nugatorio al derecho que le asisten a las partes para tramitar cualquier incidente, aunado a que sólo admite el recurso de apelación en el efecto devolutivo, es decir, sin suspensión al procedimiento, lo que le puede deparar un daño de imposible reparación.

De todo lo expuesto, puede concluirse que dichos procedimientos, lejos de dar certidumbre a los acreedores-fiduciario para ejecutar sus garantías, generan grandes dudas y dan origen a de criterios diferentes por parte de los juzgadores, que en vez de ser vías expeditas para hacer efectivo la realización de los bienes dados en garantía, dan pie a múltiples recursos que pueden inhibir a los acreedores por lo complejo de su procedimiento; lo anterior, no obstante la oportunidad que tuvo el legislador para optimizar estos procedimientos cuando hizo reformas en el año de 2003.⁹⁰

Así pues, puede vislumbrarse que los procedimientos respaldados por nuestro ordenamiento legal para solicitar o efectuar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente en un contrato de fideicomiso de garantía, son deficientes e incongruentes entre sí, ya que no implican la tramitación y seguimiento de

⁹⁰ Cfr. Castillo Lara Eduardo. Op. Cit. pág. 547.

un juicio en el que se cumplan todas y cada una de las fases que comprenden al mismo, sino que implican procedimientos sumarios, que al margen de toda intervención jurisdiccional, vulneran las garantías de defensa y legalidad consagradas en nuestro ordenamiento constitucional a favor del deudor, por lo que hace calificar a los mismos como inconstitucionales por transgredir las normas de orden público.

25.- LA EJECUCIÓN VÍA JUDICIAL.

Atento a que de manera sucinta fueron explicados los procedimientos bajo los cuales puede operar la ejecución extrajudicial del patrimonio fideicomitado, sin que para ello se cumplan todas las formalidades esenciales, a continuación se analizará el procedimiento de los juicios ordinarios y ejecutivos mercantiles, al tenor de los cuales puede hacerse efectivo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente en el documento basal de fideicomiso, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1055 Bis del Código de Comercio.

Ahora bien, para no ser extremadamente repetitivo de la palabra “Código de Comercio” al mencionar cada artículo, al hacerlo, se entenderá que me estoy refiriendo a dicho Ordenamiento.

25.1. Juicio Ordinario Mercantil.

El juicio ordinario mercantil, es procedente para todos aquellos casos en que las contiendas entre las partes no tienen una tramitación especial en las leyes mercantiles. Así lo establece el artículo 1377 Código de Comercio.

Mediante el ejercicio de la vía ordinaria mercantil, la institución fiduciaria junto con el fideicomisario en primer lugar en su calidad de actores, pueden demandar al fideicomitente-deudor una serie de prestaciones, tales como: a) la declaración de incumplimiento en que incurrió dicho deudor de las obligaciones contraídas en el contrato origen de las mismas; b) el pago de capital e intereses que adeude, derivados

del documento basal, y c) la autorización y venta de los bienes fideicomitidos en ejecución del fideicomiso, en virtud de tal incumplimiento.

Este procedimiento se da en cuatro períodos a saber: a) fijación de la litis, b) prueba, c) alegatos, y d) sentencia; comprendiendo la primera la denominada fase postulatoria; la segunda, la fase probatoria, y las dos últimas, la fase conclusiva.

25.1.1 Secuela Procesal

A) Fase Postulatoria

La primera etapa, que para efectos doctrinarios se denominada fase postulatoria, se integra con los siguientes actos procesales: presentación de la demanda, admisión, emplazamiento y contestación de la demanda, cuyos actos integran la fijación de la litis.

La demanda debe de reunir una serie de requisitos formales que indica el precepto legal citado, y en lo no previsto, debe estarse al código adjetivo de la entidad local, si se trata de contratos o documentos celebrados antes de las reformas del 13 de junio del 2003, y si es posterior, entonces se complementa con lo que disponga el Código Federal de Procedimientos Civiles. Si se trata de la Ley Adjetiva para el del Distrito Federal, se deben de cumplir los requisitos plasmados en su artículo 255; pero tratándose de la supletoriedad Federal, los requisitos que debe cubrir la demanda son los que prevé el artículo 322 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Atento a esto, la demanda deberá contener los requisitos mencionados en los preceptos aludidos, así como el de acompañar el documento que acredite la personalidad del promovente, mencionar los documentos públicos y privados que tengan relación con las acciones que se deducen, proporcionar los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos contenidos en la demanda, en caso de que existan y, en general, presentar todos y cada uno de los documentos que tenga en su poder y que le

puedan servir como prueba de su parte en el juicio que promueve, o indicar el lugar o el archivo en que se encuentren y el comprobante de haberlo solicitado.

Si la demanda no resulta ser oscura o irregular, el juez que conocerá de la controversia, dictará auto admisorio, ordenando se proceda al emplazamiento a la parte demandada, concediéndole el término de nueve días para que produzca su contestación.

Emplazado que sea el demandado-fideicomitente, deberá producir su contestación ajustándose a los lineamientos establecidos por el artículo 260 del Código Adjetivo para el Distrito Federal, o bien por los artículos 329, 330 y 333 del Código Procesal Federal, según sea el caso. El demandado deberá de referirse a ella contestando todos y cada uno de los hechos narrados en la misma, negándolos, confesándolos o manifestando los que ignore por no ser hechos propios, refiriéndose a ellos como crea que sucedieron los mismos; en el mismo escrito opondrá las excepciones y defensas que tuviere y nunca después, a menos que sean supervenientes; así mismo, propondrá la reconvencción en caso de que considere tener una acción en contra de su demandante.

Por lo que se refiere a las excepciones y defensas, el Código de Comercio, en su artículo 1122, las distingue de dos formas: las procesales y las perentorias⁹¹; las primeras son las que se refieren o se hacen valer cuando el juez del conocimiento es incompetente, cuando exista litispendencia, conexidad de la causa; haya una falta de personalidad del actor o del demandado, o falta de capacidad del primero; cuando exista una falta de cumplimiento en el plazo, de la condición a que esté sujeta la acción intentada; cuando proceda la división y la excusión, o cuando se haga valer la improcedencia de la vía, cuya tramitación se realiza con las reglas de los incidentes. Para

⁹¹ Excepciones Procesales o Dilatorias, son aquellas que tienen que ver con la relación procesal que se integra en el juicio, y son Perentorias o de Fondo cuando tienen que ver con cuestiones del litigio es decir tienden a desvirtuar la obligación de la parte demandada, un ejemplo de éstas últimas son: la compensación, novación, inexistencia, la nulidad, la prescripción, la de pago o cumplimiento, etc. y por regla general se resuelven en sentencia definitiva.

la tramitación y substanciación de las excepciones perentorias, éstas se deciden en la sentencia definitiva junto con el pleito principal, atento al artículo 1119, sin poderse nunca formar, por razón de ellas, artículo de previo y especial pronunciamiento, según el artículo 1381 del Código de Comercio.

El juez dará vista a la actora con el escrito de contestación para que manifieste lo que a su derecho convenga dentro del término de tres días, para que mencione a los testigos que hayan presenciado los hechos y los documentos relacionados con la controversia, artículo 1378. Es común que cuando el demandado contesta la demanda suele señalar algunos sucesos o situaciones desconocidas por el actor, por eso, para no dejarlo en estado de indefensión, la ley ordena darle vista para que pueda controvertirlos.

Como se indicó, el demandado al contestar la demanda puede proponer la reconvencción⁹², para aquellos caso en que proceda, y con la cual se dará vista a la parte actora para que en el término de nueve días conteste lo que a su derecho corresponda; con dicha contestación se dará vista a la vez al actor reconvenccionista para los mismos fines que indica el artículo 1378 del Código de Comercio. Cabe mencionar que tanto el juicio principal como la reconvencción se discuten y se resuelven al momento de dictarse la sentencia definitiva en el presente conflicto, tal como lo establece el artículo 1380.

En caso de que el demandado no de contestación a la demanda, se le tendrá por presuntamente confeso de los hechos esgrimidos en la demanda, atendiendo a lo preceptuado en el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, o el artículo 332 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al indicar que cuando haya transcurrido el término del emplazamiento, sin haber sido contestada la demanda, se tendrá por confesados los hechos, siempre que el emplazamiento se haya entendido personal y directamente con el demandado, su representante o apoderado;

⁹² Reconvencción. Es la facultad que concede la ley al demandado en un juicio, para que éste a su vez, presente o formule otra demanda en contra del actor, esto en el mismo juicio, convirtiéndose el demandado en actor reconvenccionista y el actor en el principal en demandado reconvenccional.

quedando a salvo sus derechos para probar en contra. En cualquier otro caso se tendrá por contestada en sentido negativo.

Sin embargo, hay que tener presente que aún cuando la parte demandada no produzca su contestación a la demanda, "...no significa que por sí sólo, los aspectos reclamados en el libelo deban resultar procedentes, toda vez que el ejercicio de las acciones deben estar plenamente acreditadas, ya que la ley ordena que el actor debe probar los hechos constitutivos de la acción, y al no demostrarse su acción no prospera con independencia de que la parte demandada no haya contestado la demanda.”⁹³

Una vez, que se encuentra integrada la litis, se ordena abrir a una dilación probatoria.

B) Dilación Probatoria.

Conforme a los artículos 1199 y 1382 del Código de Comercio, contestada la demanda se mandará recibir el negocio a prueba, si la exigiere, es decir, el juez recibirá el pleito aprueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado o de que él la estime necesaria. Dicha situación de igual forma prevalece aún cuando el demandado-fideicomitente no haya dado contestación a su demanda, ya que el actor debe de acreditar los extremos de su acción.

Hablar del periodo probatorio en el juicio ordinario mercantil, es aludir a las tres etapas en que se desenvuelve: ofrecimiento, admisión y preparación y desahogo de pruebas.

⁹³ ACCION. EL ACTOR DEBE PROBAR SU. INDEPENDIENTEMENTE SI NO SE CONTESTÓ LA DEMANDA. Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. II, julio de 1995, tesis IV,3º .4 C. Pág. 206. Amparo directo 844/94.Banca Serfín, S .A, 16 de marzo de 1995.Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Hilario Zarazúa Galdeano.

El artículo 1383 del Código de la Materia establece que, según la naturaleza y calidad del negocio, el juez fijará de oficio o a petición de parte que se abra el mismo a prueba, no pudiendo exceder de cuarenta días, de los cuales los diez primeros serán para ofrecimiento y los treinta siguientes para su desahogo. En caso de que el juzgador indique un término inferior al máximo autorizado por la ley, deberá de precisar cuántos días completos se destinan para su ofrecimiento y cuantos días completos para el desahogo, procurando que sea en la misma proporción que las antes indicadas.

Si bien el término concedido para ofrecer y desahogar pruebas es el indicado por la ley, éste puede prorrogarse cuando deban desahogarse probanzas dentro de la entidad federativa en que el litigio se sigue y cuando sea necesario que se reciban fuera de la misma (Artículos 1206 y 1207).

Así, cuando las pruebas deban recibirse fuera del lugar del juicio, puede hacerse a petición de parte, dentro del término de hasta sesenta días cuando se trata de pruebas que se desahoguen dentro de la República Mexicana, y hasta de noventa días si es fuera de ella, para lo cual deben cubrirse los requisitos señalados en el artículo 1383.

Transcurrido el plazo concedido a las partes para ofrecer sus probanzas, el juez de conocimiento emitirá resolución en la que determine sobre la admisibilidad de las mismas, ordenando la preparación de aquellas que así lo ameriten y señalando día y hora para su recepción. El desahogo de la pruebas nunca debe exceder del plazo y prórroga concedido para ello en su caso.

Cabe mencionar que son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos, en consecuencia, serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de

sonido, mensaje de datos, reconstrucción de hechos y, en general, cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad, atento a lo dispuesto por el artículo 1205.

No obstante el término fatal que para el ofrecimiento y desahogo de pruebas establece el artículo 1386, encontramos algunas excepciones a la regla general, como son:

- Lo previsto por el artículo 1214, que trata de la prueba confesional, al indicar que ésta puede ofrecerse hasta diez días antes de la fecha de audiencia de pruebas.
- El artículo 1387, otorga la facultad a las partes de presentar pruebas documentales fuera del término y hasta antes de que se dicte sentencia, siempre que el oferente de la prueba manifieste bajo protesta de decir verdad, que no sabía de las mismas o no podía tenerlas.
- El ofrecimiento de pruebas supervenientes.

Fenecido el término para el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes, el juez sin más trámite pondrá a disposición de las partes los autos a fin de que produzcan sus alegatos.

C) Fase Conclusiva

La última etapa del procedimiento mercantil, es la conclusiva, la cual se integra por la fase de alegatos y la citación a sentencia.

Los alegatos son razonamientos lógico jurídicos que expresan las partes en forma de conclusión al juzgador, para demostrar la procedencia de su acción o de sus excepciones y defensas, según sea el caso, indicando que a través de los medios de convicción proporcionados ha quedado debidamente demostrada los extremos de sus pretensiones.

Federico Ramírez Baños, citado por el maestro Eduardo Castillo Lara, señala: “...la utilidad de los alegatos se observa al considerar que en ellos el juzgador encuentra resumidos de forma sistemática los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, las pruebas que cada uno de ellos se refiere y las razones que se aducen para demostrar sus derecho”⁹⁴.

Los alegatos deben producirse dentro del término común de tres días, una vez que se declare concluido el término probatorio, poniéndose los autos a la vista de las partes para tal efecto; sin embargo, la omisión en la presentación de los mismos no genera ninguna sanción, sólo implica la pérdida del ejercicio de un derecho que se tuvo, pero que no se ejercitó dentro del término concedido.

Por último, una vez transcurrido el término para que se produzcan los alegatos, el tribunal citara a las partes para oír sentencia definitiva, misma que se pronunciará dentro de los quince días siguientes a la citación (Artículos 1389 y 1390).

25.2 Ejecutivo Mercantil

El juicio ejecutivo mercantil, es un proceso a través del cual se ejercita una acción que se encuentra basada en documento o título ejecutivo⁹⁵ que trae consigo aparejada ejecución.

En términos del artículo 1391 del Código de Comercio, los documentos que traen aparejada ejecución son:

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;

⁹⁴ Castillo Lara Eduardo. Op. Cit. Pág.382.

⁹⁵ Título Ejecutivo, es el instrumento que trae consigo aparejada ejecución contra el obligado, de modo que en su virtud se puede proceder sumariamente al embargo y venta de los bienes del deudor moroso para satisfacer al acreedor. Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Tomo III, 2º edición, Ed. Temis S.A. de C.V, Bogotá Colombia,1998.

II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos;

III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288;

IV. Los títulos de crédito;

V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor, y

VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

Sin embargo, para que la acción ejecutiva prospere, no sólo se requiere que se presente o se exhiba como documento base de la acción alguno de los documentos antes enunciados, sino que, además, en ellos se consigne una obligación cierta, líquida y exigible en contra del deudor.

Dicho lo anterior, la institución fiduciaria puede ejercitar la presente vía fundando su acción en el instrumento público en el que consta el otorgamiento del crédito a favor del fideicomitente deudor, acompañándolo del estado de cuenta certificado que emita el contador público de la institución bancaria debidamente desglosado, con el cual se perfecciona el título ejecutivo en el que se consigna una obligación cierta, líquida y exigible en contra del deudor, con independencia de que en el contrato respectivo se mencione que, para efectos de asegurar el pago del adeudo, se procedería en contra de los bienes que el deudor transmitió en fideicomiso .

El estado de cuenta certificado al que alude, el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, debe contener una serie de requisitos, como son la identificación del contrato; el notario ante quien se celebró y número de escritura, en su caso; el importe del crédito concedido; el capital dispuesto; fecha hasta la cual se calculo el adeudo; capital y demás obligaciones de pago vencidas a la fecha del corte; las

disposiciones subsecuentes que se hicieron del crédito; las tasas de interés ordinarios de aplicación por cada período; pagos hechos sobre los intereses, especificando las tasas aplicadas de intereses y las amortizaciones hechas al capital; interés moratorios aplicados y tasa aplicable por intereses moratorios, con la finalidad de que haga fe en el juicio y se determine la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados.

La institución fiduciaria al formular su demanda, debe hacerlo en los mismos términos que se dijo para el procedimiento ordinario, con la particularidad de que, desde el escrito inicial de demanda, deben ofrecerse las pruebas, relacionándolas con todos y cada unos de sus hechos, independientemente de que su admisión se reserve para el momento procesal oportuno.

25.2.1 Secuela Procesal

La secuela procedimental de la presente vía se rige mediante los siguientes actos: presentación de demanda, admisión, emplazamiento, contestación de la demanda y recepción de pruebas, que en su conjunto integran la fase de instrucción.

Presentada la demanda formulada por la institución fiduciaria, su procedimiento se efectúa de la siguiente manera:

El juez, de oficio, procede a revisar el documento o título a fin de determinar si reúne las características de título ejecutivo, si resultare correcto, inmediatamente procede a dictar auto con efectos de mandamiento en forma , conocido también como auto de exequendo, que no es otra cosa que la orden de requerimiento de pago que se hace al deudor de las prestaciones debidas y, en caso de no hacerlo, se proceda al embargo de sus bienes, suficientes y bastantes que basten para garantizar la deuda principal y demás prestaciones accesorias que se reclaman, poniéndolos bajo la responsabilidad de la persona que designe el propio actor, que en la mayoría de los casos resulta ser el propio deudor o demandado, quedando como depositario de los bienes secuestrados. Trabado el embargo, se emplaza a juicio al deudor, concediéndole

el término de cinco días para que comparezca ante el juzgado a hacer pago liso y llano de la cantidad demandada y las costas, o a oponer las excepciones que tuviere para ello, artículo 1396.

La diligencia de requerimiento de pago, embargo y emplazamiento, por regla general, debe de practicarse directamente con el demandado, sin embargo, puede realizarse con su representante o con cualquier otra persona que se encuentre en su domicilio, cuando el buscado no atienda el citatorio que previamente se le haya dejando. La diligencia de embargo, por disponerlo así el artículo 1394, no podrá suspenderse por ningún motivo, toda vez que la misma debe llevarse hasta su conclusión, dejando a salvo los derechos del deudor para que los haga valer como mejor le convenga durante la tramitación del juicio.

Para el embargo de los bienes, primero se concede la oportunidad de señalarlos al demandado, y en caso de que se rehúse hacerlo o no se encuentre presente, tal derecho pasa al actor o a su representante legal, siguiendo el orden que indica el artículo 1395, y que es el siguiente:

1. Mercancías,
2. Créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor
3. Los demás muebles del deudor
4. Los inmuebles
5. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.

El embargo realizado debe de quedar debidamente documentado en el acta que para tales efectos levanta el actuario, para efectos de proceder a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, cuando se trata de inmuebles y negociaciones mercantiles o industriales.

Por último, una vez trabado el embargo, el demandado no puede alterar el bien embargado, ni celebrar contratos que impliquen el uso del mismo, sin que exista previa

autorización judicial y recabando la opinión del ejecutante, ya que, en caso contrario, cometería el delito de desobediencia. Acto seguido, se emplaza a juicio al demandado, concediéndole el término de cinco días para que conteste la demanda incoada en su contra, oponga las excepciones y defensas que considere pertinentes, siempre y cuando sean de aquellas que señala el artículo 1403, y las que enumera el artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dándose vista con éstas a la actora por tres días; así también, en el mismo curso deberá ofrecer sus pruebas, las cuales deberán de relacionarse con los hechos y deberá acompañar los documentos con los cuales acredita sus excepciones.

Transcurrido el término concedido, el juez dicta auto de admisión de pruebas, desechando aquellas ajenas a la litis o no se hayan ofrecido conforme lo dispone el Código de Comercio.

B) Recepción de Pruebas.

La admisión, preparación y desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes, se da una vez que el juzgador tiene por evacuada o no la vista ordenada en autos con las excepciones y defensas hechas valer por la demandada, o bien cuando se le tiene por contumaz al no dar contestación a la demanda interpuesta en su contra, y en este proveído se resuelve sobre la admisibilidad de las pruebas, ordenando su preparación conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles, indicando día y hora para su desahogo, cuyo término será hasta de quince días, dentro del cual las partes deberán realizar todas las gestiones necesarias para procurar su recepción, pudiendo incluso el juzgador señalar diversas fechas para tal fin.

Las pruebas que se reciban fuera del término concedido por el juez, o su prórroga si la hubiere, serán bajo la responsabilidad de éste, quién sin embargo, podrá mandarlas concluir en una sola audiencia indiferible que se celebrará dentro de los diez días siguientes; así lo dispone el artículo 1401.

Una vez que fenece el término concedido en autos para el desahogo de las pruebas, el juicio pasa al periodo de alegatos.

C) Conclusiva

Al igual que en juicio ordinario mercantil, la etapa conclusiva en el juicio ejecutivo se conforma de los alegatos y de la citación de sentencia

El término concedido a las partes para producir sus alegatos es de dos días comunes para las partes; concluido, el juez dispondrá de un término de ocho días para dictar la sentencia definitiva que en derecho corresponda, artículo 1407.

Pronunciada la sentencia, y si es favorable para el actor, se condena al deudor, concediéndole el término de cinco días para que haga pago de las cantidades reclamadas, apercibido que, en caso de no hacerlo, se procederá a hacer trance y remate de los bienes embargados y con su saldo se haga pago al actor.

Si se resuelve que no procede el juicio ejecutivo, el juez reservará al actor sus derechos para que los ejercite en la vía y forma que corresponda.

26.- SENTENCIA Y EJECUCION JUDICIAL.

Para proceder a la ejecución de los bienes propiedad del obligado o deudor, y con ello satisfacer las prestaciones del actor, es necesario que el primero de ellos no hubiese hecho pago de las prestaciones a que fue condenado dentro del término de cinco días, concedido por el juez en su sentencia definitiva, si dicha sentencia fue de condena pues sólo ante esta omisión es como se hace efectivo el apercibimiento decretado en esta resolución de que se saque a remate los bienes del demandado. Para ello es

indispensable que en la sentencia se contenga cantidad líquida en dinero a pagar o se cuantifique en la interlocutoria que al respecto se dicte.

También la ejecución, como ya se expresó, puede provenir de un convenio judicial o extrajudicial que se encuentren debidamente ratificados, en los que se haya convenido el remate.

En materia mercantil, el procedimiento de remate es vago e impreciso, y actualmente es suplido por lo que al respecto dispone y regula el Código Federal de Procedimientos Civiles, como a continuación de manera sucinta se detalla.

26.1 Preparación de Remate

Las palabras remate, subasta y almoneda, en la práctica, son utilizadas como sinónimos para referirse al procedimiento de enajenación de los bienes secuestrados. En el texto de los artículos que regulan esta figura, tanto en el Código de Comercio como en el Código Federal de Procedimientos Civiles, no se hace distinción alguna.

Escriche dice que la palabra subasta proviene de la expresión latina “subhasta”, compuesta de sub y hasta, la cual significa “bajo la lanza”, esto es, que entre los romanos se ponía como señal una lanza o una pica en el lugar donde debía hacerse alguna enajenación pública.⁹⁶

Por su parte, el Doctor Cipriano Gómez Lara dice que la subasta “indica ya el momento mismo del remate, en que los bienes se están ofreciendo a la venta, y consiste en el llamado y concurrencia de postores que son probables compradores”⁹⁷

La palabra almoneda es de origen árabe y significa venta pública.

⁹⁶ Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo III.2º edición, Ed. Temis .S.A Bogotá Colombia 1998. pág.675.

⁹⁷ Gómez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil, 6ª edición. Ed. Oxford University Press, México, 2002.pág.251

Por remate judicial debe entenderse “la venta de bienes mediante un procedimiento de subasta pública. El remate judicial, al ejecutarse, entraña la culminación de un procedimiento expropiatorio; el remate representa la culminación del procedimiento expropiatorio que no es de interés público, sino en interés privado de un acreedor”.⁹⁸

Dicho lo anterior, la preparación de un remate judicial se compone de tres momentos: a) etapa de avalúos, b) certificado de gravamen, si se trata de la venta bienes inmuebles, y c) convocatoria de postores mediante edictos. Satisfechos estos requisitos se procede a la subasta o almoneda de remate, concluyendo con la entrega del precio, otorgamiento de escritura y pago al acreedor, en caso de fincarse el remate.

A) Certificado de Gravámenes.

Si el objeto del remate judicial es la venta de un bien inmueble, es necesario recabar previamente el certificado de existencia o inexistencia de gravámenes que pesa sobre el mismo, con la finalidad de tener la certeza de que el inmueble a rematar es propiedad del demandado deudor; en caso de desprenderse la existencia de gravámenes, los acreedores serán citados para que ejerciten sus derechos y no dejarlos en estado de indefensión; así se desprende de lo dispuesto por los artículos 472 y 473 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al señalar que no podrá procederse al remate de bienes raíces, sin que previamente se haya pedido al Registro Público correspondiente, un certificado total de los gravámenes que pesen sobre ellos, hasta la fecha en que se ordeno la venta, ni sin que se haya citado a los acreedores que aparezcan en dicho certificado. Si en autos obrare ya otro certificado, sólo se pedirá, al Registro, el relativo al periodo o periodos que aquel no lo abarque.

Los acreedores citados tendrán derecho a intervenir en el remate, pudiendo hacer las observaciones que estimen oportunas para garantizar sus derechos, así mismo,

⁹⁸ Idem.

podrán apelar del auto en que se finque el remate, sin que su intervención pueda suspender la almoneda. Cabe precisar que ni en el Código de Comercio ni en el Código Federal de Procedimientos Civiles, existe disposición alguna que estipule o conceda derecho a los acreedores para nombrar o designar perito valuador de su parte en el procedimiento de remate.

B) Avalúos.

El avalúo de los bienes representa, al igual que el certificado de gravámenes, un requisito necesario previo al remate, ya que, como lo sostiene Téllez Ulloa, "...con la realización de los avalúos dentro del procedimiento de remate, es que el bien se venda con base en un valor real, vigente en ese momento, esto con el fin de que se remate judicialmente con un precio cierto como garantía para el ejecutante, respecto de su crédito, y para el ejecutado, respecto de su derecho de propiedad sobre el bien embargado, y su consecuente derecho a liberarse de la deuda, con el producto de la venta judicial, y a recibir el remanente del precio contenido en la enajenación, y evitar así que el remate resulte un acto injusto y una fuente de enriquecimiento fundada en la necesidad de quienes no tienen dinero en efectivo para cumplir con sus obligaciones..."⁹⁹

Así, el artículo 1410 del Código de Comercio dispone que se llevará a cabo por dos corredores o peritos y un tercero en caso de discordia, los primeros nombrados por las partes y el último por el juez; sin embargo, el artículo 1413 establece que las partes, durante el juicio, podrán convenir en que los bienes embargados se valúen o vendan en la forma y términos que ellos acuerden, denunciándolos así oportunamente al juzgado por medio de un escrito firmado por ellas.

Por su parte, y sobre este punto, el artículo 471 del Código Federal de Procedimientos Civiles dispone que si el ejecutado- deudor no designa perito de su

⁹⁹ Cfr. Téllez Ulloa Marco Antonio. Código de Comercio con Jurisprudencia. Parte Sustantiva y parte Procesal 1917 a mayo del 2000. Ed. Suffragio S.A. de C. V. México 2000. pág. 1381.

parte, puede el actor solicitar que el juzgador le nombre una en su contumacia, o que se pida certificado a la Oficina de Contribuciones o al Catastro respecto del valor de los bienes, y éste sea el que sirva de base para el remate, pero si en dicha oficina no existiere constancia respectiva, el juez hará su designación; sin embargo, considero que no debe estarse a esta disposición ya que el Código de Comercio expresamente alude que dicho avalúo debe de realizarse por dos corredores o peritos valuadores o en su caso por un tercero, por lo que no hay necesidad de tal supletoriedad, o incluso, hay materia para que todo lo relacionado con este tema pueda quedar al arbitrio del juzgador.

Por otra parte, de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles , no se establece nada sobre la vigencia de los avalúos exhibidos por las partes, o en su caso por el perito tercero, evento que sí contempla el artículo 486, fracción V del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, al indicar que la vigencia es de seis meses, por lo que considero que este rubro debe ser incorporado al procedimiento federal, ya que esto queda al arbitrio del juzgador, y como acertadamente sostiene el actual Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Distrito Federal, Licenciado Bruno Cruz Jiménez, "...podría precisarse que el periodo de vigencia del avalúo, podría de ser de un año, a efecto de darle celeridad al procedimiento, lo anterior ya que al tratarse de bienes inmuebles no se dispara exorbitantemente su precio en un año."¹⁰⁰

Presentado el avalúo y notificadas las partes para que concurran al juzgado a imponerse de aquel, se anunciará en la forma legal la venta de los bienes, por tres veces, dentro de tres días, si fuesen muebles, y dentro de nueve si fuesen raíces, rematándose en seguida en pública almoneda y al mejor postor conforme a derecho, tal como lo establece el artículo 1411 del Código de Comercio.

¹⁰⁰ Cruz Jiménez Bruno. Ejecución, de Sentencias, Embargo y Remate en Materia Mercantil. Ed. INADEJ, México 2005. pág. 51

Sin embargo, este numeral no indica que la notificación de los avalúos deba hacerse de manera personal a las partes, por lo que nuestro mas Alto Tribunal Federal¹⁰¹ ha sentado el criterio de que el auto que tiene por presentado o rendido los avalúos, debe practicarse de forma personal a las partes, como un presupuesto del remate.

C) Publicación de Edictos.

Notificados los acreedores y valuados los bienes en los términos indicados, se anuncia la venta del o los bienes objeto de remate mediante edictos, los cuales se mandan publicar de tres en tres días si fueran muebles y dentro de nueve si se trata de inmuebles; dicha periodicidad se encuentra regulada por el Código de Comercio, sin embargo, es ambiguo, ya que no indica la forma y los sitios de en los que ha de publicarse los edictos, por lo que se recurre a la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuyo ordenamiento también tiene inexactitudes.

Al respecto, el artículo 474 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que: “valuados los bienes, se anunciará su venta por dos veces, de cinco en cinco días, publicándose edictos en el Diario Oficial de la Federación y en la tabla de avisos o puerta del tribunal en los términos señalados. Si los bienes estuvieren ubicados en diversas jurisdicciones, en todas ellas se publicarán los edictos, en la puerta del Juzgado de Distrito correspondiente.”

Cabe precisar que la publicidad ordenada en el precepto antes transcrito, limita el objeto de convocar postores, ya que sólo se reduce a que se publicite en el Diario Oficial de la Federación y Estrados de Juzgado, lo que puede provocar la poca concurrencia a dicho acto, que a diferencia de lo regulado por los artículos 570 y 572 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dicha publicidad se da en la Tesorería

¹⁰¹ Veáse Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII ,Abril de 1998,Tesis 1ª/J.15/98, Primera Sala, Novena Época, pág.131.”AVALUO, COMO REQUISITO PARA EL LEGAL ANUNCIO DE VENTA JUDICIAL, DEBE NOTIFICARSE PERSONALMENTE A LAS PARTES LA RENDICION DEL.”

del Distrito Federal, Estrados de Juzgado y en un periódico local; tratándose de bienes que se encuentra fuera de la jurisdicción del juez, la publicación se hará en los sitios de costumbre y en la puerta del juzgado respectivo, en un periódico local o regional que el juez exhortado se sirva señalar; lo anterior con la finalidad de que se cumpla cabalmente la publicidad de dicho acto. Es por eso que considero pertinente agregar dichas circunstancias al artículo 474 del Ordenamiento Procesal Federal citado, para efectos de que se cumplimente el objeto perseguido en el procedimiento de remate, que es la concurrencia de postores.

Por último, he de mencionar que en la publicación que se ha hecho referencia debe contener los datos que identifiquen el bien materia del remate, el precio de avalúo, el tipo de almoneda de que se trata, la postura legal que servirá de base para el remate, que tratándose de un juicio ejecutivo mercantil, ésta es del cien por ciento; el señalamiento del día y hora en el que se verificará la audiencia de remate, el depósito que han de efectuar los posibles postores para concurrir al remate, que es el 10 % del valor del inmueble y la forma en que ha de realizarse la publicación de dicho remate. Todo esto, a fin de lograr la mayor concurrencia de postores en la subasta de los bienes.

26.2 Almoneda de Remate

El día y hora señalado para que tenga verificativo la almoneda de remate, el juez hará constar quién o quienes comparecen y en qué calidad lo hacen, acto continuo revisará minuciosamente el expediente para cerciorarse si se hicieron las publicaciones de edictos conforme lo ordenado en autos; de ser correcto, se inicia la almoneda. Los postores que acudan al mismo deberán acreditar el depósito del 10% del valor del inmueble, mediante billete expedido por el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, S.N.C.(BANSEFI) Si las posturas se realizan por escrito y reúnen los requisitos establecidos por el artículo 481 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el Secretario de Acuerdos da lectura de ellas para que los postores puedan mejorarlas; si existieran varias posturas legales, se decretará preferente la que importe

mayor cantidad y esté mejor garantizada; si varias se encontraren exactamente en las mismas condiciones, la preferencia se establecerá por sorteo en presencia de los asistentes. Declarada preferente una postura, el juzgador preguntará si alguno de los postores la mejora concediendo para tal efectos a los postores cinco minutos para que se mejore la que se hubiere realizado, si pasados los cinco minutos, de hecha la preferencia sin que se haya mejorado la misma, el juez pregunta a los licitadores si no hay mejor postura, y en caso de que no exista el juez fincara el remate a favor del postor que hubiera hecho aquella, pasando los autos a la vista del juzgador para dictar resolución de aprobación o desaprobación de la diligencia de remate la cual será apelable en ambos efectos, es decir, con suspensión del procedimiento, artículos 490, 491y 492 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El procedimiento descrito, corresponde al curso normal de una almoneda cuando se presentan postores, sin embargo, puede suceder que el día y hora señalado para la subasta no se presenten postores, ante lo cual el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por el precio que para subastarlos se haya fijado en la última almoneda; también cuando del certificado de gravámenes se desprenda que no existen otros acreedores, el ejecutante podrá optar por la adjudicación directa de los bienes que haya en su favor al valor fijado en el avalúo, artículos 1412 y 1413 del Código de Comercio. Cabe mencionar que dicha facultad es de carácter potestativo, por lo que el acreedor puede optar por lo establecido en los numerales indicados aún cuando se presenten postores al remate.

Por otra parte, cuando el ejecutado desee participar como postor en la almoneda de remate, la garantía o la exhibición de contado se limitará al exceso de la postura sobre el importe de lo sentenciado, artículo 485 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por último, si el día señalado para la celebración de la primera almoneda no se presentan postores y el ejecutante no opta por la adjudicación a su favor, se convocará a

una segunda almoneda , ordenándose su publicidad conforme a lo establecido en el numeral 475 del Código Federal de Procedimientos Civiles, la cual se prepara para que se efectúe dentro de los quince días siguientes, ordenándose la publicación de edictos por una sóla vez y teniendo como precio el primitivo con reducción del diez por ciento.

En un juicio ejecutivo mercantil las almonedas que se pueden celebrar son dos, ya que de la lectura del artículo 1412 del Código de Comercio se desprende que no puede aplicarse lo establecido por el numeral 476 del Código Federal de Procedimientos Civiles; así se ha sustentado en algunas tesis jurisprudenciales.¹⁰²

26.3 Fincación del Remate

Una vez que se declara fincado el remate al mejor postor, el juzgador emitirá resolución en la que declare aprobado el remate, o bien no lo apruebe. Esto último puede acontecer si del estudio minucioso de los autos se desprende alguna irregularidad en la tramitación del mismo; dicha resolución, como ya se mencionó, puede ser recurrida en ambos efectos.

Firme la sentencia interlocutoria que apruebe el remate, el juez requerirá al ejecutado- demandado para que dentro del término de tres días otorgue la factura correspondiente, cuando se trate de adjudicación de bienes muebles, bajo el apercibimiento que, de no hacerlo, el juez expedirá factura judicial. Cuando se trate de bienes inmuebles, el juez y el adjudicatario sin mas tramites, otorgarán la escritura pública correspondiente ante el fedatario público, esto es sin conceder término al deudor para que otorgue la escritura, artículo 1412 bis del Código de Comercio.

¹⁰² Véase Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, Septiembre de 1998, tesis I.1º.c.17 C. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Novena Época, pág.1204 REMATES, SUPLETORIEDAD IMPROCEDENTE DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL TRATANDOSE DE.

Sobre el particular, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 494, regula que al declarar fincado el remate, mandará el tribunal que, dentro del término de tres días siguientes, y previo pago de la cantidad ofrecida de contado, se otorgue, a favor del rematante, la escritura de venta correspondiente, conforme a la ley, en los términos de su postura, y que se le entreguen los bienes relatados; y en el 495 establece que si el deudor, o quién deba hacerlo, se niega a otorgar la escritura, o si no lo hace dentro del término que se le conceda, la firmará el juez en su rebeldía, siendo el ejecutado responsable de la evicción.

Por último, una vez otorgada la escritura de adjudicación correspondiere, se procederá a poner en posesión de los bienes al nuevo propietario, siguiendo las reglas establecidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

27.- ¿CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN POR LA FIDUCIARIA?

El fideicomiso de garantía, ha sido en la práctica, el más impugnado en lo que concierne a la venta o ejecución de los bienes fideicomitidos que la institución fiduciaria lleva a cabo ante el incumplimiento del deudor fideicomitente de su obligación de pago hacia el acreedor-fideicomisario, a tal grado que tanto en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica fiduciaria se cuestiona sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha venta, pues para unos tal ejecución resulta un acto violatorio de garantías, en virtud de que la institución fiduciaria actúa a la vez como juez y parte privando al fideicomitente del derecho a ser oído y vencido en juicio; para los segundos, es simplemente el cumplimiento del fin que le fue encomendado a dicha fiduciaria para operar ante el incumplimiento del deudor de las obligaciones contraídas en el contrato, calificando de constitucional estos actos de ejecución sin la intervención de un órgano jurisdiccional o arbitral, ya que del cumplimiento de los fines del fideicomiso debe conocer la propia institución fiduciaria y no un tercero .

Sin embargo, este último criterio es cuestionable si se toma en cuenta que la actuación de las instituciones fiduciarias quedan al margen de toda legalidad, por no respetar las garantías consagradas en los artículos 13, 14, 16, y 17 de nuestra Carta Magna, que contienen garantías sobre que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, la de legalidad y seguridad jurídica y la prohibición de que alguien se haga justicia por propias mano; garantías que deben observarse a favor del fideicomitente previo al acto de ejecución de los bienes fideicomitados, aún cuando se recurra al principio de supremacía contractual que rige en materia mercantil.

En éste orden de ideas, en el presente inciso, analizaré algunas consideraciones bajo las cuales determino que el procedimiento de ejecución realizado por la propia institución fiduciaria no puede tener cabida en nuestro derecho, porque viola normas de orden público de jerarquía constitucional, e incluso disposiciones que son esencia del propio fideicomiso de garantía; las cuales, si bien en líneas anteriores he hecho mención grosso modo ; a continuación profundizare bajo las siguientes observaciones.

Cuando se afirma que el procedimiento de ejecución de los bienes dados en garantía iniciado por la institución fiduciaria es legal, por descansar en la libertad contractual que contienen los artículos 78 y 1051 del Código de Comercio, pues tanto el deudor-fideicomitente como el acreedor-fideicomisario dan su consentimiento para que la institución fiduciaria venda o remate los bienes fideicomitados ante el incumplimiento del fideicomitente, es incorrecto, ya que es de explorado derecho que la interpretación y cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de las partes, y si bien la autonomía de la voluntad de las partes es la suprema ley, nadie puede obligar a otro a renunciar a su derecho de jurisdicción que le otorga nuestra Carta Magna cuando vea lesionado su interés jurídico, como erróneamente se ha sostenido tratándose del procedimiento de ejecución por la institución fiduciaria, afirmando que por el sólo hecho de que el fideicomitente aceptó y consintió de antemano todo lo signado en el contrato de fideicomiso de garantía, ya no le asiste acción y derecho para hacer valer lo que a su interés convenga respecto de las obligaciones derivadas de dicho fideicomiso.

Por otra parte, se afirma que la ejecución extrajudicial que realiza la fiduciaria es constitucional, porque al celebrarse el contrato de fideicomiso de garantía es el propio deudor como fideicomitente quién voluntariamente transmite la propiedad de sus bienes o la titularidad de sus derechos a la institución fiduciaria para garantizar el cumplimiento de su obligación y la preferencia en el pago al fideicomisario o fiduciaria según corresponda; convirtiendo en propietaria a la propia institución fiduciaria para que ésta, en caso de incumplimiento, proceda a la ejecución del patrimonio fideicomitado, resultando innecesario otorgarle al fideicomitente algún derecho o defensa para oponerse a la venta, precisamente por haber dejado de ser propietario de los bienes o derechos transmitidos. Lo anterior es incongruente si se toma en cuenta que el efecto de la transmisión de los bienes y derechos que el fideicomitente da en fideicomiso es única y exclusivamente para garantizar el cumplimiento de la obligación contraída y el efecto inmediato es la privación de sus derechos o acciones sólo en la medida en que la fiduciaria es dueña para hacer cumplir los fines del fideicomiso de garantía; lo que significa que aún cuando hay transmisión de la propiedad o la titularidad de los bienes, le asiste todavía el derecho para ejercitar acciones respecto de los mismos, como sería por ejemplo: el de reivindicar la propiedad de los bienes cuando se cumple con los fines del fideicomiso o queda extinguida la obligación, o bien si viendo lesionados sus derechos por la fiduciaria, demanda judicialmente su oposición a la venta cuando de manera notoriamente improcedente se procede a la ejecución del patrimonio fideicomitado sin que previamente se ha dilucidado sobre la exigibilidad o no de la obligación contraída.

Por su parte, nuestro Máximo Tribunal, en defensa del procedimiento de ejecución que realiza la institución fiduciaria, ha sostenido en diversas ejecutorias lo siguiente: "...no es exacta la aseveración que se haga en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitados, realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones; toda vez que, en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor quien, como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes,

transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y términos convenidos con éste no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque, se repite, en ello no hay controversia que ventilar y decidir. Pero si, además, las partes pactaron que el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se iniciara con la notificación notarial, o en vía de jurisdicción voluntaria, que la institución fiduciaria habría de hacer a la fideicomitente deudora, haciéndole saber su intención de efectuar el remate pactado, a fin de que ésta se opusiera, judicialmente, al mismo, en la forma y términos convenidos en la propia escritura pública en que se constituyó el fideicomiso, ello pone de manifiesto que antes de iniciarse el procedimiento de remate, la controversia puede surgir mediante la oposición que se previó podía hacer valer la fideicomitente deudora, a las pretensiones de la institución fiduciaria de llevar a cabo el remate al martillo de los bienes dados en garantía; y si en éste punto las partes convinieron, conforme al artículo 1051 del Código de Comercio, en un procedimiento mercantil convencional, preferente a los demás, conforme al cual, la contienda habría de ventilarse ante juez competente; procedimiento que, además de ajustarse a los requisitos y condiciones señaladas en los artículos 1052 y 1053 del mismo ordenamiento,...en estas condiciones queda patentizado que la institución fiduciaria, al realizar los fines del fideicomiso de garantía, en los casos, forma y términos pactados en el acto constitutivo del mismo y siguiendo las disposiciones del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cumple las obligaciones que conforme al contrato y a la ley le corresponden; sin que este cumplimiento entrañe el ejercicio de la función de administrar justicia, porque esta función quedó reservada a los tribunales competentes, al convenir en el procedimiento a seguir en la ventilación y decisión de la opción de la fideicomitente deudora a la realización de los fines del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria; convenio en el que ,además, se guarda

el respeto a las garantías individuales de audiencia, defensa, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14,16 y 17 constitucionales.”¹⁰³

También ha sostenido que: “... dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si en razón de su esencia jurídica, se tienen presente que en éste negocio jurídico se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria, que en nuestra legislación sólo puede ser una institución bancaria expresamente autorizada para ello, afectación que priva al fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitados, cuyo único titular es la fiduciaria ,para llevar a cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó” ¹⁰⁴

Sin embargo, y conociendo la jerarquía de tales ejecutorias, considero que estos razonamientos admiten por fuerza otra forma de entender las cosas. En efecto, debe tomarse en cuenta que, sin pretender desconocer la autonomía de la voluntad contractual, el procedimiento convencional de ejecución que realiza la institución fiduciaria violenta disposiciones de orden público de rango constitucional, pues careciendo del carácter de autoridad judicial, procede a la venta del patrimonio fideicomitado sin mediar audiencia del fideicomitente, es decir, que éste es privado de sus derechos y acciones e incluso desposeído sin ser oído ni vencido en juicio.

Así mismo, sostener que para la ejecución del patrimonio fideicomitado no se requiere la intervención de una autoridad judicial, porque así se pacto en el acto constitutivo y porque además no hay controversia que ventilar sobre la procedibilidad de la venta o remate que realiza la propia institución fiduciaria, es incorrecto, si se

¹⁰³ Séptima Época, Tercera Sala, Seminario Judicial de la Federación, Volumen 76 cuarta parte, Aislada Civil. INSTITUCIONES DE CREDITO. REMATE AL MARTILLO. CONSTITUCIONALIDAD.

¹⁰⁴ Séptima Época, Sala Auxiliar, Seminario Judicial de la Federación, Volumen 97-102 séptima parte, Aislada Civil. 1977. Pág.106. FIDEICOMISO NO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN D ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA REALIZACION DEL FIN EN EL.

repara que el cumplimiento de los fines prescritos en el contrato de fideicomiso de garantía por parte de la institución fiduciaria no sólo debe ser conforme al contrato celebrado por las partes, sino que debe ser además conforme a la ley, y tratándose del procedimiento de ejecución de los bienes dados en garantía, debe ser acorde a los lineamientos de orden público y de estricto derecho que todo procedimiento de venta debe seguir, esto es, ante autoridad judicial y no de forma particular como lo efectúa la institución bancaria en el fideicomiso de garantía argumentando el cumplimiento de su encomienda, dado que por prohibición expresa de nuestra Constitución Política, nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales; lo que debe tomarse muy en cuenta si tenemos presente que el Código de Comercio y los principios que rigen la materia mercantil son anteriores a la promulgación y vigencia de la Constitución de 1917.

En suma, el procedimiento extrajudicial que realiza la fiduciaria, es inconstitucional por quebrantar el principio de igualdad jurídica que consagra el artículo 13 constitucional, ya que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente a las personas en función de su situación social, circunstancia que a todas luces acontece en la ejecución del patrimonio fideicomitado por la fiduciaria al actuar como tribunal particular, en perjuicio del fideicomitente-deudor.

Igualmente se admite la legalidad y constitucionalidad de este procedimiento seguido por la fiduciaria, con el argumento de que se respeta la garantía de audiencia del fideicomitente, cuando se les notifica por escrito de la solicitud de venta de los bienes fideicomitados requerida por el fideicomisario para que con su producto se le haga pago de su obligación garantizada, concediéndole incluso un término para que manifieste lo que a su interés convenga; se oponga a tal medida exhibiendo el importe de lo garantizado, acredite el cumplimiento de las obligaciones precisadas en la solicitud por el fideicomisario, o bien presente el documento en que comprueba la prórroga del plazo o la novación de la obligación. Sin embargo, y suponiendo sin conceder que dicha aseveración fuera correcta, sólo cabría la venta si al ser notificado el fideicomitente,

aceptará lisa y llanamente el incumplimiento que se le atribuye y manifestara su conformidad de que se proceda a la venta del patrimonio fideicomitado para que con su producto se cubra al fideicomisario su crédito garantizado, siempre y cuando dicho procedimiento se efectuara de conformidad a lo pactado entre las partes y de él conociera una autoridad jurisdiccional o arbitral, como lo exige el procedimiento convencional mercantil.

Sin embargo, como se analizará más adelante, la observancia a la garantía de audiencia no se cumple con la sólo notificación que efectúa la institución fiduciaria al fideicomitente, pues le restringe su derecho de defensa, ya que no puede excepcionarse o defenderse conforme la ley lo prescribe y sólo puede oponerse a la venta del patrimonio fideicomitado exhibiendo el importe de lo garantizado, lo que equivale a realizar el pago de las prestaciones reclamadas por el fideicomisario, sin que previamente se haya dilucidado sobre la exigibilidad de las obligaciones debidas, provocando que su defensa sea mínima ante la institución fiduciaria, ya que ante la misma no le dan opción de acreditar que ha pagado la deuda exhibiendo los recibos respectivos, tampoco el de alegar la existencia de una quita o remisión, o que la acción ejercitada está prescrita; circunstancias que aún cuando las hiciera valer ante la institución fiduciaria, ésta lógicamente no podría decidir, ni mucho menos determinar si son procedentes o no, toda vez que no es una autoridad con facultades jurisdiccionales para dirimir dicha controversia, porque el pago o la falta del mismo no afloran objetivamente los sentidos del ser humano, de manera que puedan aprehenderse con su simple utilización; ya que para ello es necesaria una averiguación de la verdad que sólo podría llevarse a cabo a través de la investigación más o menos compleja, según el caso ha desarrollarse mediante los procedimientos previamente establecidos.¹⁰⁵

Por otro lado, aún cuando es cierto que la enajenación que realiza la fiduciaria proviene de un procedimiento pactado por las partes en el acto constitutivo del

¹⁰⁵ Cfr. Peralta Mariscal, Leopoldo. L. ¿Fideicomiso de Garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!. Revista la Ley, Año LXIV, Número 132, Buenos Aires Argentina, 2000.pág.4

fideicomiso de garantía, dicho procedimiento no responde a los principios que rige en los artículos 1051 y 1052 del Código de Comercio, ya que de dicho trámite no conoce una autoridad judicial o arbitral como lo ordena el procedimiento convencional que es preferente en materia mercantil, sino que de manera incongruente conoce la institución fiduciaria, quién sin estar dotada de imperio por parte del estado para fungir como autoridad, determina y decide como tribunal particular sobre la ejecución de los bienes dados en garantía, sin que previamente hubiera analizado sobre la exigibilidad de la obligación contraída, vulnerando así los principios de todo procedimiento convencional y transgrediendo de igual forma la garantía de igualdad jurídica que consagra el artículo 13 Constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha establecido: “El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. Ahora bien, esto no impide que las partes, al celebrar un contrato de fideicomiso, puedan pactar, o sea convenir entre ellas, **en que en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones la fiduciaria saque a venta un bien inmueble, en remate, señalando el procedimiento convencional a seguir siempre que en él se respete el derecho del afectado a ser oído.** Es cierto que nadie puede hacerse justicia por propia mano, y a esto se refiere la garantía constitucional. Pero el que la fiduciaria acate un pacto convenido por las partes involucradas, de ninguna manera implica que se haga justicia por propia mano. Simplemente, se está actuando en la forma prevista y acordada por las partes. Por otra parte, al sacar la fiduciaria el bien a remate, **no se puede decir que no se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, si se hace correctamente, o en la forma pactada,** el avalúo de los terrenos, y **si se notifica correcta y previamente a los afectados con la antelación necesaria** para que, en su caso, puedan oponerse judicialmente a la venta, o ante un arbitrio designado y mediante un procedimiento legal o convencional (artículo 1051 y 1052 del Código de Comercio). Con esto, se respeta el debido procedimiento legal y el derecho a acudir a los tribunales en caso de controversia. O sea, que el pacto, en sí mismo, es válido y legal. Lo que deja a salvo el

derecho de quien se sienta lesionado en sus derechos, para acudir a los tribunales. Y así, una cosa es la validez de la cláusula, y otra la validez del procedimiento seguido por la fiduciaria para sacar los bienes a remate. La conclusión anterior se corrobora, si se lee el artículo 141, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, conforme al cual, en los casos de créditos hipotecarios se autoriza a las instituciones acreedoras a vender, mediante corredor y al precio que se hubiese señalado en el contrato, los inmuebles dados en garantía. **Y sólo obliga a dicho acreedor a notificar al deudor ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, su intención de efectuar el remate. Y se deja a salvo el derecho del deudor para que, en el término de tres días después de la notificación, se oponga a la venta, acudiendo al efecto ante el Juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados, o al Juez competente en el domicilio de la institución acreedora, a fin de que éste resuelva en la forma sumaria que se prevé.** A mayor abundamiento, también se ve la licitud de este tipo de pactos, cuando el artículo 2884 del Código Civil autoriza que por convenio expreso se venda la prenda extrajudicialmente. Como se ve, no se hace la fiduciaria justicia por propia mano, sino que acata una obligación contractual del fideicomiso. Y el afectado no queda privado del derecho de acudir a los tribunales, en caso de controversia. Luego, el pacto no es nulo, ni violatorio de la garantía de audiencia.”¹⁰⁶

Sin embargo, considero que dichas apreciaciones son incorrectas, por los siguientes motivos:

1.- Es de todos sabido, que la Garantía de Audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, se integra por cuatro sub garantías que necesariamente son concurrentes y que son: a) la preexistencia de un juicio, b) Que dicho juicio se substancie ante

¹⁰⁶ Séptima Época Sala Auxiliar, Seminario Judicial de la Federación, Volumen 169-174 séptima parte, Tesis Aislada – Civil, pág. 173.FIDEICOMISO. REMATE DE INMUEBLES POR LA FIDUCIARIA.

tribunales previamente establecidos; c) Que en tal juicio se observen las formalidades esenciales del procedimiento y d) Que se aplique en dicho juicio sólo las leyes dictadas con anterioridad al hecho.

Estos requisitos, a mi ver, no se cumplen en el procedimiento de ejecución que realiza la propia institución fiduciaria en virtud de que la fiduciaria sin previo juicio, ejecuta o subasta los bienes fideicomitidos, sin haberle dado la oportunidad al fideicomitente de defenderse, ni de ofrecer medios de convicción para acreditar la improcedencia de tal medida, y esto es así en virtud de que la ejecución de bienes que hace la institución fiduciaria no es , ni podrá ser un juicio formal en el que se cumplan las formalidades establecidas para ello, ni mucho menos se substancie a través de tribunales establecidos por órgano estatal.

2.- Por otra parte, y sin ninguna razón válida que lo justifique, durante el procedimiento de ejecución que realiza la propia institución fiduciaria ésta no cumple con las formalidades esenciales del procedimiento, ya que si bien previamente notifica al deudor-fideicomitente la solicitud de venta realizada por el fideicomisario, esta notificación tiene como única finalidad el que se allane a todas y cada una de las prestaciones reclamadas por su acreedor mediante la exhibición del importe del adeudo, o bien se oponga en la vía y forma que mejor le convenga para hacer valer sus derechos, pero de ninguna manera le otorga la posibilidad de excepcionarse , ni mucho menos de ofrecer pruebas, en el procedimiento que de manera extrajudicial realiza la fiduciaria, por lo que se hace nugatorio el derecho de defensa que le asiste a todo deudor, provocándole un estado de indefensión ante la actitud que pueda asumir la ejecutante fiduciaria.

Es oportuno señalar que no por el sólo hecho de que la fiduciaria notifique del inicio de la ejecución de los bienes fideicomitidos al fideicomitente se cumple con las formalidades esenciales de todo proceso, toda vez que “no basta que una persona sea llamada a determinado procedimiento para considerar que con ello se respeta la garantía

de audiencia, sino que es necesario que en el mismo se aprecien pruebas aportadas y se tome en cuenta lo que haga valer en defensa de sus derechos, aduciéndose las razones concretas por las cuales se desechan, en su caso, esas pruebas, o se desestiman los argumentos hechos valer”¹⁰⁷.

En tal virtud, considero que para que se maneje un debido respeto a las formalidades esenciales de todo procedimiento, al fideicomitente se le debe otorgar la oportunidad de defensa en juicio, garantizándole dentro del procedimiento que realiza la institución fiduciaria de manera elemental, los siguientes requisitos: “... 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas ya que de no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del fideicomitente...”¹⁰⁸

Requisitos que como ya se manejo, desafortunadamente no se cumplen en el procedimiento de ejecución que efectúa la propia institución fiduciaria, pues al realizarse de manera extrajudicial como lo establece el artículo 403 de las Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y no ser un juicio como tal, vulnera de manera notoria el derecho de defensa a favor del fideicomitente, ya que el sólo hecho de comprobar una mera situación de hecho como lo es la falta de pago, la institución fiduciaria, sin comprobar de manera fehaciente la procedencia del pago, quebranta el principio de audiencia y legalidad que consagra los artículos 14 y 16 constitucionales.

¹⁰⁷ Séptima Época, Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Volumen 193.198 tercera parte, pág.65. AUDIENCIA, REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACERSE PARA RESPETAR LA GARANTIA DE.

¹⁰⁸ Cfr. Novena Época, Pleno, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Diciembre de 1995, Tesis P/J.47/95,pág.133. FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

Por otra parte, las instituciones fiduciarias en ejecución del patrimonio fideicomitado transgrede la garantía constitucional establecida en el artículo 17 de dicho Ordenamiento, esto es, hace justicia por propia mano, aún cuando dicho argumento no se encuentra respaldado por nuestro máximo tribunal, e incluso rompe con los principios que son esencia del fideicomiso de garantía a saber:

Como se expresó en capítulos anteriores, el fideicomiso de garantía, es aquel contrato por virtud del cual el fideicomitente trasmite la propiedad o la titularidad de ciertos bienes o derechos a favor de una institución fiduciaria, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

De igual forma señalé que los artículos 382, parte fine, y 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, otorgan la posibilidad de que el fideicomiso pueda ser constituido a favor de la propia institución fiduciaria, aunque lo limite para aquellos casos en que sirva como instrumento de pago o bien para garantizar el cumplimiento de obligaciones, situaciones que sin duda son uno de los graves errores que pesa sobre la regulación de ésta figura, toda vez que repercute a que sea calificado como nulo ya que dicha dualidad de calidades entre la fiduciaria y fideicomisario provoca inminentemente un conflicto de intereses, el cual es incompatible a la esencia misma del contrato de fideicomiso. Como acertadamente señala Carlos E. Manrique Nieto citado por Juan Suayfeta Ozaeta al decir que : “el conflicto de intereses se presenta cuando el fiduciario se coloca en situación tal que al desarrollar su cargo tenga- actual o potencialmente que escoger entre el interés del fiduciante y el propio “¹⁰⁹

¹⁰⁹ Suayfeta Ozaeta Juan. Las Reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Nuevo e Irresponsable atentado a la Institución Jurídica del Fideicomiso. Revista de Derecho Privado, Año I, Número 2, Novena Época, México, mayo- agosto 2002. pág.128

En efecto, el fideicomiso de garantía constituido a favor de la institución fiduciaria, genera un conflicto de intereses por el simple hecho de que desde el momento mismo en que se celebra se designa como fideicomisaria a la institución fiduciaria, que al ser el fideicomisario un acreedor del fiduciario, quién tiene sobre éste un crédito personal se confunde en una misma institución las dos calidades, convirtiéndose en juez y parte de sí misma, provocando a través de éste mecanismo que el banco se haga justicia por propia mano para hacer valer sus derechos en contra del fideicomitente cuando éste incumple con su deber de pago, es decir, se paga con los bienes fideicomitados a sí mismo, provocando una grave lesión a los derechos del fideicomitente transgrediendo su derecho de defensa y rompiendo con el principio consagrado en el artículo 17 constitucional, aún cuando dicha imputación ha sido negada por nuestra Suprema Corte de Justicia.

En consecuencia me permito establecer que el contenido de los artículos antes aludidos son notoriamente improcedentes, en razón de que si bien la institución fiduciaria realiza una encomienda la cual se basa en la confianza, y su funcionalidad radica esencialmente en la imparcialidad, lealtad y buena fe, al reunirse en la fiduciaria la calidad también de fideicomisario, el contrato de fideicomiso de garantía pierde credibilidad y prestigio porque siempre se estaría en duda de que la actuación de la institución como fiduciaria se lleve a cabo respetando esas condiciones; no habría seguridad alguna de que la institución bancaria actúe en beneficio de quién le hizo la encomienda como lo es el fideicomitente, ya que siempre se tendría el temor de que lo haga en provecho propio, a lo cual ética y jurídicamente debería por principio ser impedida.¹¹⁰

¹¹⁰ Idem

Por lo anterior, es necesaria una reforma a los preceptos aludidos en el sentido de que, para evitar el doble carácter de la fiduciaria y fideicomisaria en una misma institución, se establezca que cuando una institución bancaria sea la que otorgue un crédito y opte por la constitución de un fideicomiso de garantía, se especifique de común acuerdo con el fideicomitente que dicha institución bancaria no podrá ser por ningún motivo quien de cumplimiento a los fines del fideicomiso, lo anterior con la finalidad de evitar la dualidad de calidades y los posibles conflictos de intereses que versan sobre la ejecución de los bienes fideicomitados, cuando la fiduciaria por propia mano ejerce justicia para obtener el cobro de su adeudo.

En este orden de ideas, considero que pese a las regulaciones y esfuerzos que en materia de fideicomiso han realizado nuestros legisladores para obtener un marco legal idóneo como instrumento de garantía, el procedimiento de ejecución que realiza la institución fiduciaria es violatorio de las garantías contempladas en los artículos 13, 14, 16 y 17 nuestra Carta Magna, por no reunir en sus disposiciones el debido respeto a las garantías antes aludidas, en virtud de que el procedimiento regulado en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no es propiamente un juicio en el que se siga ante tribunales previamente establecidos y se cumplan las formalidades esenciales de todo procedimiento.

PROPUESTA

Durante el desarrollo de este trabajo he dejado ver algunas inexactitudes de las que adolece la figura de fideicomiso, y en especial aquellos cuya finalidad es la de garantizar el cumplimiento de una obligación y la preferencia en el pago; sobre todo, lo irregular del procedimiento de ejecución que de dicho contrato realiza la propia institución fiduciaria, por lo que, con apoyo a lo sustentado en ésta tesis, considero a bien proponer una serie de reformas o modificaciones a los preceptos que regulan dicha figura, bajo las siguientes consideraciones:

a) Se requiere una reforma al artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, encaminada a que se determine de manera fehaciente que el fideicomiso es un “contrato” en virtud del cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria; lo anterior a efecto de fortalecer el acuerdo de voluntades que versa en dicha figura, y consolidar así la naturaleza jurídica del fideicomiso.

b) Propongo de igual manera una reforma al artículo 382, en su parte fine, y una modificación al artículo 396 del mismo Ordenamiento antes citado, para que se establezca la prohibición a la institución fiduciaria de ejecutar los fines del fideicomiso cuando ésta sea a su vez fideicomisaria en dicho contrato, sancionado su inobservancia con la nulidad del contrato por estar viciado desde su origen en perjuicio del propio fideicomitente. Lo anterior con la finalidad de evitar la dualidad de calidades en una misma institución y erradicar conflictos de intereses que de manera permisiva establece la ley, y así contrarrestar de forma integral la violación al artículo 17 constitucional, que prohíbe la impartición de justicia por propia mano, que sin duda actualmente adolecen

aquellos fideicomisos que son ejecutados por la propia institución fiduciaria en su calidad de acreedora.

c) Es necesaria una reforma integral al contenido del artículo 403 de la citada Ley, en el sentido de que se establezca que las partes podrán convenir el procedimiento de ejecución de los bienes o derechos fideicomitados por parte de la institución fiduciaria, siempre y cuando dicha enajenación se realice con respeto a las formalidades esenciales del procedimiento que toda venta de bienes debe guardar, y ésta se efectúe necesariamente ante autoridad judicial o arbitral y no por la institución fiduciaria de manera extrajudicial; lo anterior con la finalidad de que dicho procedimiento sea conforme a los principios que contienen los artículos 1051, 1052 y 1053 del Código de Comercio, principios que, como ya se dijo, actualmente no se cumplen en el procedimiento extrajudicial que se hace valer en el fideicomiso de garantía.

Dicha reforma es necesaria que se encamine a efecto de que se respeten las formalidades esenciales de todo procedimiento, para lo cual se requiere que la ejecución de los bienes o derechos fideicomitados inicie una vez que se haya acreditado mediante juicio el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente y se le haya condenado al pago de las cantidades reclamadas por el acreedor; que una vez que sea requerido de pago y no lo haga, se proceda a la ejecución del patrimonio fideicomitado en los términos y condiciones establecidos en el contrato base de la acción. Para lo cual considero que dicho procedimiento convencional debe respetar como mínimo lo siguiente: Que una vez que sea requerido de pago el fideicomitente deudor de las prestaciones reclamadas, se le otorgue un término razonable (pudiendo ser éste de cinco días) para que dé cumplimiento voluntario al pago de las obligaciones a que haya sido condenado, bajo el apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la venta y pública subasta de los bienes o derechos fideicomitados, en la forma y términos convenidos por las partes en el acto constitutivo del fideicomiso de garantía; que en el acto constitutivo se fije de manera clara el precio al que se deba vender o subastar el patrimonio fideicomitado, o bien establecer de manera fehaciente las bases a seguir para

obtener el precio de venta, es decir, indicar la forma en que se valuaran los bienes fideicomitidos, para agilizar esta etapa de ejecución; considero que este procedimiento debe establecer los términos y condiciones que la institución fiduciaria debe respetar para llevar a cabo la ejecución de los bienes, indicando de forma clara el lugar en donde ha de realizarse la venta, las condiciones y plazos para la publicidad de la subasta, lo anterior a fin de evitar nulidades dentro del procedimiento de ejecución.

Reforma que considero pertinente a fin de que el procedimiento que regula el artículo 403 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito determine de manera clara las formalidades esenciales del procedimiento de venta del o los bienes fideicomitidos, y evitar en lo posible los vicios de inconstitucional que actualmente versa en el procedimiento de ejecución del patrimonio fideicomitado.

d) Considero pertinente una serie de modificaciones al procedimiento de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de la posesión y fideicomiso de garantía, toda vez que dicho procedimiento es complejo y actualmente contiene serias lagunas que hacen que en la práctica no culminen con éxito el procedimiento que se menciona; sin contar que representa el ejercicio de acciones contradictorias que no pueden ser ejercitadas ambas por el propio fideicomisario o por la propia institución fiduciaria, ya que a una de las partes le compete la exigibilidad del pago de un crédito cierto, líquido y exigible y a otra la obtención material de los bienes que lo garantiza.

e) En el procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin la transmisión de la posesión y fideicomiso de garantía se suprima la obligación de que al ofrecer la prueba testimonial se exhiba el interrogatorio correspondiente, ya que es ocioso dicho requerimiento, siendo además incompatible dicha disposición con las reformas efectuadas en el Código de Comercio.

f) Es necesario una reforma al artículo 1414 Bis-17 fracción Primera del Código de Comercio , en el sentido de que se derogue dicha disposición, toda vez que de manera ilegal contempla una adjudicación directa de los bienes dados en fideicomiso, en perjuicio del propio fideicomitente- deudor ya que en abuso a las necesidades económicas, la institución fiduciaria o fideicomisario-acreedor, dispone libremente de los bienes cuando el valor de éstos es igual o menor al adeudo contraído; sin que previamente haya determinación judicial en ese sentido y sin respetar las formalidades que toda venta y adjudicación requiere.

g) En concordancia con lo manifestado, es necesario reformar al artículo 1414 Bis-20, del Código de Comercio, toda vez que de manera inconstitucional hace nugatorio la tramitación de todo incidente en el presente juicio, y sólo permite la tramitación de apelaciones en efecto devolutivo, sin que por ningún concepto admita la suspensión del procedimiento, provocando indiscutiblemente una lesión al deudor, si tomamos en cuenta que dicho procedimiento versa fundamentalmente sobre documentos, lo cuales sólo podrán ser objetados de manera incidental.

h) Cabe precisar que en cuanto a la supletoriedad que se aplica a dicho procedimiento, esto es, las disposiciones del procedimiento ejecutivo mercantil, lejos de ser útil y provechosa, hace que el procedimiento sea torpe y poco atractivo, ya que en la práctica lo hace complejo y poco seguro para obtener por parte de los acreedores el pago de sus prestaciones, más aún el de recuperar la posesión de los bienes fideicomitados, sobre todo si tomamos en consideración que si no se obtiene la entrega de los bienes fideicomitados, o bien éstos se hayan perdido o hayan sido objeto de fraude, estos eventos harán que no se cumplimente el procedimiento a que se alude, ya que al no ser juicio ejecutivo mercantil no existe la posibilidad de embargar otros bienes distintos a los otorgados en fideicomiso, siendo irrisorio la tramitación de dicho procedimiento, pues el fin propio de la presente vía no se cumpliría, teniendo la parte acreedora que acudir a otras vías para obtener el pago de su adeudo por parte del fideicomitente-deudor, pudiendo ser éstas la vía ejecutiva o la ordinaria mercantil.

i) Por último, y como se analizó en el último capítulo de esta tesis, es necesaria una reforma al Código de Comercio, a fin de que se incorpore un capítulo específico que regule de manera eficiente la ejecución o subasta de los bienes secuestrados durante un procedimiento ordinario o ejecutivo mercantil, o de los mencionados especiales, ya que respecto a este rubro la ley en la materia es omisa al reglamentar las ventas o subastas públicas, obligando se aplique las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, Ordenamiento que adolece de innumerables imprecisiones y deficiencias; reformas que son necesarias para unificar el ordenamiento jurídico que respecto a la materia mercantil falta mucho aún para concretizar, tal como se vislumbró en el capítulo tercero de éste trabajo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El fideicomiso es un contrato a través del cual 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 los mismos a la propia institución fiduciaria, quién deberá actuar como buen padre de familia, siendo responsable civil o penalmente de los actos que realice en el cumplimiento del fideicomiso.

SEGUNDA.- En el contrato de fideicomiso hay una transmisión de propiedad de los bienes o de la titularidad de los derechos a favor de la institución fiduciaria, quién jurídicamente es la propietaria o titular del patrimonio fideicomitado para llevar a cabo la realización de los fines encomendados, que una vez extinguido el fideicomiso, tiene la obligación de retransmitir al fideicomitente o a la persona designada por éste la propiedad de dicho patrimonio en los términos y formas previsto por la ley.

TERCERA.- En el ámbito comercial y bursátil, el fideicomiso es una figura jurídica que reviste una esencia y estructura propia, la cual es distinta de aquellos contratos regulados en nuestra legislación civil, como lo son: el mandato, depósito, donación y la estipulación a favor de terceros, en virtud de que por su naturaleza, en el fideicomiso siempre habrá una transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitados a favor de la fiduciaria para la consecución del fin para lo cual fue creado, lo que no acontece en los contratos antes mencionados.

CUARTA.- El contrato de fideicomiso reviste diversas modalidades según el fin que se persiga, sin embargo, hoy en día una de las modalidades que es objeto de discrepancias y de imputaciones inconstitucionales, es el de garantía; el cual tiene como fin garantizar al fideicomisario o fiduciario el cumplimiento de una obligación y su

preferencia de pago, para el caso de que el deudor-fideicomitente o tercera persona obligada no cumpla con su obligación contraída en el contrato origen de la obligación.

QUINTA.- El fideicomiso de garantía se encuentra regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un medio adicional de garantía de aquellos otros que como la fianza, prenda o hipoteca, ofrece a sus otorgantes, pero que a diferencia de aquellos, el fideicomiso de garantía brinda a sus contratantes la posibilidad de garantizar de manera simultánea o sucesiva el cumplimiento de una o varias obligaciones a favor de uno o varios acreedores-fideicomisarios o fiduciarios.

SEXTA.-En el fideicomiso de garantía, el fideicomitente, al transmitir la propiedad de los bienes objeto de garantía, queda privado de toda acción o derechos que sobre los mismos tiene; y esto es así porque si no cumple con sus obligaciones adquirida hacia sus acreedores, la institución fiduciaria podrá proceder a la venta del patrimonio fideicomitado una vez acreditada fehacientemente el incumplimiento, y con su producto hacer pago de las prestaciones debidas a favor del fideicomisario.

SEPTIMA.- El fin del fideicomiso de garantía es garantizar el cumplimiento de una obligación del fideicomitente a favor del fideicomisario so pena que, de no hacerlo, la institución fiduciaria procede a la venta del patrimonio fideicomitado, sin embargo, la sólo petición del fideicomisario para que la fiduciaria proceda a la venta del patrimonio fideicomitado no es suficiente, si no se acredita previamente el incumplimiento de la obligación contraída por el fideicomitente ante una autoridad judicial o arbitral; ya que la institución fiduciaria no puede ni debe decidir sobre una cuestión tal primordial como lo es el cumplimiento de las obligaciones, ya que de ser así realizaría funciones jurisdiccionales que no tiene ni puede ejercer.

OCTAVA.- El punto de atracción de los acreedores- fideicomisarios o bien de las instituciones de crédito para otorgar y celebrar contratos de crédito con garantía en un patrimonio fideicomitado, es el procedimiento extrajudicial de ejecución que, ante el

incumplimiento del deudor-fideicomitente, efectúa la propia institución fiduciaria; toda vez que refleja el mecanismo de recuperación más ágil y satisfactorio a los acreedores, al eliminar la posibilidad de concurrir a la tramitación de juicios largos y costosos; no obstante, dicho procedimiento es inconstitucional por quedar a merced de la buena voluntad del fiduciario e implicar una inadmisibles renuncia al derecho de defensa en juicio a favor del fideicomitente, toda vez que restringe reglas elementales del procedimiento que son de estricto orden público.

NOVENA.- El procedimiento extrajudicial de ejecución del fideicomiso de garantía, regulado por el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tiene su sustento en la libre voluntad contractual de las partes, toda vez que son ellas (fideicomitente, fiduciaria, fideicomisario) quienes disponen a su arbitrio del procedimiento; sin embargo, el principio de libertad contractual que opera en las convenciones mercantiles debe ser acorde a las disposiciones contenidas en los artículos 1051, 1052 y 1053 del Código de Comercio, circunstancia que en ningún momento se cumple en el contrato de fideicomiso de garantía, en virtud de que el procedimiento de ejecución que realiza la fiduciaria lo hace de manera extrajudicial, sin la intervención de un órgano jurisdiccional o arbitral vulnerando la garantía de audiencia y el principio de legalidad consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DECIMA.- El procedimiento extrajudicial de ejecución del fideicomiso de garantía es inconstitucional, en virtud de que entraña un procedimiento que implica la pérdida de un derecho sin que medie un juicio, en el que se cumplan las formalidades esenciales de todo procedimiento, que concluya con una sentencia irrevocable; ya que dicho procedimiento regulado en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no contempla la posibilidad de otorgar al fideicomitente la oportunidad de ser oído y vencido en juicio mediante la interposición de excepciones dilatorias como perentorias, ofrecer medios de convicción, desahogo de probanzas y alegar lo que a su interés convenga, respecto de la exigibilidad del cumplimiento de sus obligaciones a favor del fideicomisario, contraviniendo dicho procedimiento

extrajudicial de ejecución la garantía de audiencia contemplada en el artículo 14 Constitucional

DECIMA PRIMERA.- Mientras en la ley se regule la facultad a permisible a la Institución Fiduciaria para realizar la ejecución extrajudicial de los bienes fideicomitidos en perjuicio del fideicomitente, sin consagrar un procedimiento defensivo previo para el fideicomitente, se estará en presencia de una violación a la garantía de audiencia, aunque las propias partes contratantes del fideicomiso de garantía estatuyan la forma de ejecutar los bienes fideicomitidos, ya que dicho acto resta la oportunidad de defensa que respecto al patrimonio fideicomitado le corresponde al fideicomitente .

DECIMO SEGUNDA.- La facultad para constituir fideicomisos de garantía en el que la propia institución fiduciaria sea también la fideicomisaria, crea de manera ilegal un verdadero conflicto de intereses, ya que al ser por naturaleza el contrato de fideicomiso un acto que radica en la confianza y buena fe de la institución fiduciaria, provoca que se dude acerca del buen desempeño que la fiduciaria realice al momento de proceder a la ejecución del patrimonio fideicomitado, ya que al convertirse en juez y parte se hace justicia por propia mano, lo que se encuentra prohibida por el artículo 17 Constitucional.

DECIMA TERCERA.- A pesar de la incorporación y regulación de nuevos procedimientos de ejecución extrajudicial y judicial de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de la posesión y de fideicomiso de garantía en el Código de Comercio, existen inexactitudes para determinar con claridad la venta del patrimonio fideicomitado, ya que dichos procedimientos son incompatibles con la naturaleza misma del contrato de fideicomiso de garantía , en virtud de que a través de ellos sólo se puede dilucidar sobre el pago de un crédito cierto líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes dados en garantía, pero dicha acción de pago sólo le compete al fideicomisario en contra del fideicomitente, en virtud de que tiene en contra de éste un derecho personal, que es distinto al derecho que la institución fiduciaria pueda

ejercitar en contra del deudor-fideicomitente o tercero que tenga la posesión del bien fideicomitado, ya que ésta última es la que se encuentra legitimada para requerir la posesión de dicho bien, ya que, por efectos del contrato, ella es jurídicamente la propietaria del citado patrimonio .

DECIMO CUARTA.- Para otorgar certeza jurídica en el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía a las partes otorgantes, es menester prohibir la forma extrajudicial de ejecución del patrimonio fideicomitado que de manera arbitraria realiza la propia institución fiduciaria, y en su lugar establecer que dicha tramitación sea a través de un proceso especializado, del que conozca un órgano jurisdiccional o arbitral, ya que toda venta o subasta pública, al ser un acto de desprendimiento o desposesión, debe ser conforme a las disposiciones establecidas por la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- **Acosta Romero, Miguel. Nuevo Derecho Bancario, 9ª edición, Ed. Porrúa, México 2003.**
- **Barrera Graf Jorge. Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial, Ed. Porrúa, México 1958.**
- **Batiza Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, 2º Edición, Ed. Porrúa, México 1985.**
- **Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, 8ª Edición, Editorial Jus, S.A de C.V. México 2001.**
- **Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, edición, Ed. Porrúa, México, 2005.**
- **Carvalho Yáñez Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano, Teoría y Práctica Jurídico de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas De Bolsas, 5ª edición, Ed. Porrúa, México 2000.**
- **Castillo Lara Eduardo. Juicios Mercantiles, Volúmenes I,II, 4ª edición, Ed. Oxford University Press, México, 2004.**
- **Castrillón y Luna Víctor M. Contratos Mercantiles, 2ª Edición, Ed. Porrúa, México 2002**
- **Castrillón y Luna Víctor M. Derecho Procesal Mercantil, 2º Edición, Ed. Porrúa, México 2002.**
- **Cervantes Ahumada Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito; 15ª edición, Ed. Porrúa México 2002.**
- **Cruz Jiménez, Bruno. Ejecución de Sentencias, Embargo y Remate en Materia Mercantil. Ed. INADEJ. México 2005.**
- **Dávalos Mejía Carlos L. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Ed. Colección Textos Jurídicos Universitarios, México 2001.**
- **De la Fuente Rodríguez Jesús. Análisis y Jurisprudencia de la Ley de Instituciones de Crédito, Exposición de Motivos, disposiciones de la SHCP, BANXICO, CNBV y ABM, Tomo II, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 2003.**

- **De la Fuente Rodríguez Jesús. Tratado del Derecho Bancario y Bursátil, Tomo I , Ed. Porrúa, México 2002.**
- **Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano,3ª Edición, Ed. Porrúa, México 2000.**
- **Domínguez Martínez, Jorge El Fideicomiso Ed. Porrúa, México 1994.**
- **Donato D. Jorge. Juicio Ejecutivo, 3ª edición, Ed. Universidad Argentina Buenos Aires,1997.**
- **Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano,6ª edición, Ed. Esfinge ,México 1975.**
- **Galindo Sifuentes, Ernesto. Derecho Mercantil Comercial, Comercio Electrónico, Contratos Mercantiles y Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa, México 2004.**
- **Gilberto Villegas Carlos. Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria, Tomo II, 5ª reimpresión, Ed. Desalma, Buenos Aires Argentina 1990.**
- **Goldenberg, Alicia E. Ejecución hipotecaria; sobre el derecho real de hipoteca. Caracteres e Instituciones vinculados. Ejecución extrajudicial o notarial. Ejecución hipotecaria judicial. LETRAS Hipotecarias. Fideicomiso en Garantía. Ed. La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1999.**
- **Gómez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil, 6º edición, Ed. Oxford UniversityPress, México 2002.**
- **Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones,14ª edición, Ed. Porrúa México2002**
- **Lisoprawsk Silvo V. y Claudio M. Kiper. Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización, Ed. Delma, Buenos Aires Argentina, 1995.**
- **Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos. 6ª edición, Obra Editorial por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., México 1994.**

- **Malumian Nicolás y otros. El Fideicomiso, Securitización, Análisis, Fiscal y Contable. Ed. La Ley, Argentina Buenos Aires.2001**
- **Muñoz Luis. Derecho Bancario .Ed. Cárdenas Editor, México 2001.**
- **Roalandini Jesús, El Fideicomiso Mexicano, Retrospectiva, Aspectos Jurídicos y su Patrimonio, Ed. Textos jurídicos Bancomer, 1998.**
- **Roalandini Jesús, Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, Ed. Espejo de Obsidiana, México 1997.**
- **Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción Persona y Familia ,12ª edición, Ed. Porrúa, México 1976.**
- **Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles, 21ª edición, Ed. Porrúa, 2004.**
- **Téllez Ulloa Marco Antonio. Código de Comercio, Jurisprudencia, parte Sustantiva y Parte Procesal 1917 a mayo 2000,Ed. Sufragio S. A de C. V.,México 2000.**
- **Ortiz Soltero Sergio M. El Fideicomiso Mexicano 2ª edición, Ed. Porrúa, México 2001.**
- **Piña Vara Rafael de. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, 19ª edición, Ed. Porrúa, México 1986.**
- **Vásquez del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles,12ª edición, Ed. Porrúa México 2003.**
- **Villagordoa Lozano José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso,3ª edición, Ed.Porrúa, México 1998.**
- **Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, 11ª edición, Ed. Porrúa, México 1994.**

HEMEROTECA.

- **Ojesto Martínez Porcayo José. Análisis Lógico Jurídico sobre algunos aspectos del Fideicomiso. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI Números 169,170,171, México , Enero- Junio 1990.**
- **Ormaechea Carolina. La utilización del Contrato de Fideicomiso con Fines de Garantía, Revista Notarial, Año 106, Número 93 , Argentina Buenos Aires.**
- **Peralta Mariscal Leopoldo L. ¿Fideicomiso de Garantía? ¿Neuralgias y Cefaleas garantizados!, Revista la Ley, Año LXIV, Número 132, Buenos Aires Argentina, 2000.**
- **Suayfeta Ozaeta Juan. Las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Nuevo e Irresponsable atentado a la Institución Jurídica del Fideicomiso. Revista de Derecho Privado, Año I, Número 2, Novena Época, México mayo – agosto 2002.**

DICCIONARIOS

- **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Diccionarios Jurídico Mexicano Ed. Porrúa. México 1996.**
- **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Escrich Joaquín. Bogotá Colombia 1998.**
- **Diccionario de Derecho Procesal Civil. Eduardo Pallares. 27ª edición. Ed. Porrúa. México 2003.**

LEGISLACIÓN.

- **Código de Comercio**
- **Código Civil Federal.**
- **Código Federal de Procedimientos Civiles**
- **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**
- **Ley de Instituciones de Crédito**
- **Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**
- **Ley General de Instituciones de Fianzas.**
- **Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.**
- **Ley del Mercado de Valores.**