



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

**EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO PARA
LA BURSATILIZACIÓN DE HIPOTECAS**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO**

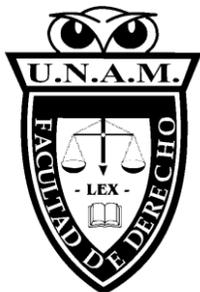
PRESENTA:

LUNA FLORES JAVIER RAMÓN

ASESOR: DOCTOR JESÚS DE LA FUENTE RODRÍGUEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA.

2008





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

| | |
|---|----------|
| INTRODUCCION | I |
| SIGLAS | |
| | |
| CAPÍTULO 1 | |
| ANTECEDENTES | |
| 1.1. El Fideicomiso en Roma | 1 |
| 1.1.1. La Fiducia en Roma | 1 |
| 1.1.2. El Fideicomiso Testamentario en Roma | 3 |
| 1.2. El Trust Anglosajón como antecedente del Fideicomiso | 6 |
| 1.2.1. Relaciones jurídicas del Trust | 10 |
| 1.3. Antecedentes Legislativos del Fideicomiso en México | 12 |
| 1.3.1. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 | 13 |
| 1.3.2. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 | 14 |
| 1.3.3. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 | 17 |
| 1.3.4. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 | 17 |
| 1.3.5. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito | 18 |
| 1.3.6. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares | 19 |
| 1.3.7. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 | 20 |
| 1.3.8. Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 | 21 |
| 1.3.9. Ley de Instituciones de Crédito | 22 |
| | |
| CAPÍTULO 2 | |
| GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO | |
| 2.1. Concepto | 23 |
| 2.1.1. Etimológico | 23 |
| 2.1.2. Legal | 23 |
| 2.1.3. Jurisprudencial | 24 |
| 2.1.4. Doctrinal | 24 |
| 2.2. Naturaleza Jurídica | 26 |
| 2.2.1. Teoría del Negocio Jurídico | 26 |
| 2.2.2. Teoría del Negocio Fiduciario | 28 |
| 2.2.3. Teoría del Contrato | 30 |
| 2.2.4. Comentario | 31 |
| 2.3. Elementos de Existencia y Validez del Fideicomiso | 33 |
| 2.3.1. Elementos de existencia del fideicomiso | 33 |
| 2.3.1.1. Manifestación de la voluntad o consentimiento | 34 |

| | | |
|----------|---|----|
| 2.3.1.2. | Objeto del Fideicomiso | 34 |
| 2.3.2. | Elementos de Validez del Fideicomiso | 36 |
| 2.3.2.1. | Capacidad de Ejercicio | 36 |
| 2.3.2.2. | Ausencia de Vicios del Consentimiento | 37 |
| 2.3.2.3. | Licitud en el Objeto | 40 |
| 2.3.2.4. | Forma | 42 |
| 2.4. | Clasificación de los Fideicomisos | 45 |
| 2.4.1. | Clasificación según los fines del fideicomiso | 45 |
| 2.4.1.1. | Fideicomisos de Administración | 46 |
| 2.4.1.2. | Fideicomisos de Garantía | 46 |
| 2.4.1.3. | Fideicomisos de Inversión | 47 |
| 2.4.1. | Clasificación según por la forma de creación del fideicomiso | 47 |
| 2.4.2.1. | Fideicomisos Testamentarios | 47 |
| 2.4.2.2. | Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley (Fideicomisos Públicos) | 47 |
| 2.5. | Marco Jurídico | 48 |
| 2.6. | Elementos Personales del Fideicomiso | 51 |
| 2.6.1. | Fideicomitente | 51 |
| 2.6.2. | Derechos del Fideicomitente | 61 |
| 2.6.3. | Obligaciones del Fideicomitente | 64 |
| 2.6.4. | Comité Técnico | 65 |
| 2.6.5. | Fiduciario | 67 |
| 2.6.6. | Derechos del Fiduciario | 70 |
| 2.6.7. | Obligaciones del Fiduciario | 71 |
| 2.6.8. | Prohibiciones del Fiduciario | 76 |
| 2.6.9. | Delegado Fiduciario | 78 |
| 2.6.10. | Fideicomisario | 80 |
| 2.6.11. | Derechos del Fideicomisario | 83 |
| 2.6.12. | Obligaciones del Fideicomisario | 84 |

CAPÍTULO 3

LA HIPOTECA

| | | |
|--------|---------------------------------------|----|
| 3.1. | Concepto | 86 |
| 3.1.1. | Legal | 86 |
| 3.1.2. | Doctrinal | 86 |
| 3.2. | Formas de constitución de la hipoteca | 90 |
| 3.3. | Elementos | 91 |
| 3.3.1. | Consentimiento | 91 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 3.3.2. | Objeto | 92 |
| 3.3.2.1. | Naturaleza inmueble o mueble de los bienes | 93 |
| 3.3.2.2. | Bienes susceptibles de ser hipotecados | 96 |
| 3.3.2.3. | Bienes a los que se extiende el derecho real de hipoteca | 100 |
| 3.4. | Tres principios de la hipoteca | 100 |
| 3.5. | Consecuencias | 103 |
| 3.5.1. | Derechos del acreedor hipotecario | 103 |
| 3.5.2. | Derechos y obligaciones del deudor hipotecario | 106 |
| 3.5.3. | Obligaciones | 107 |
| 3.6. | Clases de hipotecas | 107 |
| 3.7. | Formas de extinción de la hipoteca | 108 |

CAPÍTULO 4

BURSATILIZACIÓN DE HIPOTECAS

| | | |
|--------|--|------------|
| 4.1. | Mercado de Valores | 110 |
| 4.1.1. | Concepto | 110 |
| 4.1.2. | Marco jurídico | 112 |
| 4.1.3. | Clasificación del Mercado de Valores | 113 |
| 4.2. | Ley del Mercado de Valores | 125 |
| 4.2.1. | Oferta Pública | 127 |
| 4.2.2. | Valores | 130 |
| 4.2.3. | Intermediación Bursátil | 132 |
| 4.3. | Bursatilización de Hipotecas | 137 |
| 4.3.1. | Concepto | 137 |
| 4.3.2. | Naturaleza Jurídica | 141 |
| 4.4. | Sujetos | 144 |
| 4.5. | Activos susceptibles de bursatilizar | 149 |
| 4.6. | Transmisión de los activos objeto de la bursatilización | 152 |
| 4.6.1. | Cesión de Derechos en materia Civil | 153 |
| 4.6.2. | Efectos de la Cesión de Derechos | 156 |
| 4.6.3. | Cesión de Derechos en materia Mercantil | 162 |
| 4.7. | Naturaleza del vehículo instrumental | 165 |
| 4.8. | Instituciones Calificadoras en los procesos de bursatilización | 174 |
| 4.9. | Mecanismos para la reducción del riesgo | 176 |
| 4.10 | Comentario | 179 |
| | CONCLUSIONES | 184 |
| | BIBLIOGRAFIA | 187 |

INTRODUCCIÓN

Generalmente una empresa o agente económico que busca recursos para continuar con su esquema de crecimiento y cumplir con sus objetivos de expansión, los obtiene mediante la contratación de créditos con instituciones del sector financiero, o mediante la oferta pública o privada de acciones representativas de capital social. Otra forma es también mediante la emisión de obligaciones o pagarés que representan deuda para la emisora, por lo que en este caso, los tenedores de dichos valores tendrán la facultad de reclamar el pago de éstos de manera directa de la emisora.

En cada uno de los supuestos anteriores, el tenedor del valor o acreditante exigirá el pago de su crédito con la empresa emisora obligada, sin embargo, existirán casos en los que la empresa se encuentre en problemas financieros, por lo que el pago de sus obligaciones frente a sus acreedores podría no realizarse o en el mejor de los casos retrasarse.

La bursatilización en términos generales es también una alternativa de financiamiento para empresas que generen derechos de crédito a su favor, que permite hacer líquidos ciertos activos mediante la creación de estructuras jurídicas y financieras.

Es más común que los intermediarios financieros que otorgan créditos hipotecarios recurran a los mercados para obtener liquidez y así poder tener más capital disponible.

La oferta de vivienda en México ha crecido de manera importante; asimismo, los mercados accionarios y el público inversionista tienen mayor cultura financiera, por lo que hoy en día es más común que las compañías que otorgan créditos hipotecarios recurran a los mercados para obtener liquidez y así poder tener más capital disponible para el otorgamiento de nuevos créditos.

La bursatilización de una cartera hipotecaria es un proceso, en donde un paquete de créditos otorgados por alguna institución financiera es calificada por una entidad dedicada a validar que, la calidad de los créditos otorgados sea la óptima para poder emitir valores y listarlos en la Bolsa Mexicana de Valores, bajo el amparo de la misma cartera, que, en la mayoría de los casos, deberá contar con una calificación utilizada por la calificadora de valores, y que el historial del crédito se haya mantenido con pagos constantes o sin caer en cartera vencida durante un periodo determinado, es decir, que cuente con el menor grado de riesgo; esto es con la finalidad de que la tasa de interés que se ofrece en los certificados sea la más baja posible.

En virtud de lo novedoso e importante de la bursatilización de hipotecas, elegí como trabajo de investigación para optar por el título de Licenciado en Derecho, intitulado “El Fideicomiso como Instrumento para la Bursatilización de Hipotecas”, el cual tiene como objetivo realizar un estudio legal y estructural del proceso de bursatilización de hipotecas, en el que se destaca que el fideicomiso es el vehículo idóneo a efecto de llevar a cabo dicho proceso.

Para lograr dicho objetivo se ha desarrollado el estudio de cuatro capítulos.

En el capítulo primero, se estudiará los antecedentes históricos del fideicomiso; su evolución en las diversas etapas; desde la concepción de dicha institución en Roma, hasta llegar, al Trust como antecedente inmediato del fideicomiso en México. Finalizando con el desarrollo legislativo de dicha institución en nuestro Sistema Jurídico mexicano.

El segundo capítulo, comprende un estudio jurídico y legal del fideicomiso; comenzando por el análisis de las consideraciones jurídicas, sobre las cuales se ha pronunciado la doctrina; la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el propio ordenamiento legal que regula a esta figura Ley General de Títulos y Operaciones

de Crédito, en este sentido, respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, para estar en posibilidad de establecer un concepto de dicha institución. Posteriormente se hace el análisis de los elementos constitutivos y subjetivos del fideicomiso, delimitándose respecto a los sujetos, la capacidad de éstos para ser parte en un fideicomiso; asimismo los derechos y obligaciones de los participantes que intervienen en el fideicomiso.

La parte tercera, comprende el análisis de la hipoteca. Iniciándose con el análisis relativo tendiente a determinar la naturaleza jurídica de dicha institución, a efecto de proporcionar un concepto de la misma. Posteriormente, se estudiarán las formas de constitución de la hipoteca; sus elementos constitutivos; la naturaleza de los bienes susceptibles de hipotecarse; los principios básicos que rigen a dicha institución; asimismo las consecuencias que se generan respecto al surgimiento del derecho real hipotecario, concluyéndose este apartado con las formas de extinción de la hipoteca.

En el último capítulo, se analiza el concepto de bursatilización en términos generales, desentrañando las consideraciones vertidas por la doctrina, a efecto de establecer la naturaleza jurídica de dicha figura, y así estar en posibilidad de proporcionar un concepto de la bursatilización de hipotecas. Posteriormente, se estudia la estructura del proceso de bursatilización de hipotecas, señalándose los sujetos que intervienen en ésta; las características de los activos susceptibles de bursatilizarse; la transferencia de dichos activos al vehículo jurídico emisor; la naturaleza de dicho vehículo y los efectos de la emisión de los valores respaldados con la garantía hipotecaria.

SIGLAS

| | |
|---------|---|
| CCDF | Código Civil para el Distrito Federal |
| CCF | Código Civil Federal |
| CFPC | Código Federal de Procedimientos Civiles |
| LIC | Ley de Instituciones de Crédito |
| LGTOC | Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito |
| LMV | Ley del Mercado de Valores |
| SOFOLES | Sociedades Financieras de Objeto Limitado |

CAPITULO 1

ANTECEDENTES

1.1. El Fideicomiso en Roma

El punto de partida en esta investigación jurídica, se sitúa en Roma, por ser el origen del derecho mexicano, no obstante que esta civilización no es el principal antecedente del fideicomiso ya que esta institución proviene del derecho anglosajón, a través del *trust*. En este sentido, el maestro Acosta Romero apunta “el moderno fideicomiso mexicano nada tiene que ver con el *fideicomisum* romano”¹, argumento con el cual no estoy de acuerdo, si bien es cierto que la civilización romana no es la fuente principal de esta figura, pero es evidente la influencia románica que existe en lo que hoy se conoce como fideicomiso.

A efecto de sustentar lo anterior, a continuación se hace un breve análisis del fideicomiso en Roma, el cual se divide en dos instituciones; la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.

1.1.1. La Fiducia en Roma

Se entiende por *fiducia* “aquella *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, o una *in jure cessio*, que se acompañaba de un *pactum fiduciae*, mediante el cual, el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens*, de transmitirlo, después de que se realizarán determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.”²

¹ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Tratado Teórico Practico de Fideicomisos*, 4ª Edición, Porrúa, México, 2002, p. 1

² Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*, 3ª Edición, Porrúa, México, 1998, pp. 1-2.

Dentro de la *fiducia*, existían dos tipos:

a) La fiducia cum creditore. Su función fue garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones, en la cual el deudor garantizaba a su acreedor mediante la entrega de determinados bienes, los cuales le serían devueltos cuando éste hubiese pagado su deuda. La obligación del acreedor de devolver los bienes al deudor se llamaba *pactum fiduciae*. En el supuesto de que el deudor no cumpliera su obligación el acreedor tenía el derecho de quedarse con los bienes, los cuales podía conservar o enajenar. Se puede decir que es el antecedente de la prenda, sin embargo, en la *fiducia cum creditore* el acreedor en caso de incumplimiento por parte del deudor, conservaba la propiedad de los bienes entregados en garantía, esto sin importar si dichos bienes excedían del valor de la obligación principal.³

Esta operación generaba situaciones desfavorables para el deudor, ya que en caso de que el valor de los bienes fuera mayor a la obligación que debía cumplir, éste quedaba sin posibilidad de utilizar los bienes para garantizar otras obligaciones que tuviera.

b) La fiducia cum amico. Era una figura que se utilizaba para transmitir bienes con la finalidad de que una persona los usara y disfrutara gratuitamente, sin embargo ésta, una vez que cumpliera su fin en virtud del *pactum fiduciae*, retransmitía los bienes al *tradens*. Es el antecedente del comodato.⁴

En virtud de lo anterior muchos son los autores que consideran que la *fiducia* pertenece a los contratos reales, que dicha figura se perfeccionaba con la entrega de la cosa materia del contrato, como sucedía en el mutuo, comodato, prenda, depósito y posteriormente en la hipoteca. Como ya lo señale, considero que la *fiducia* en sus dos modalidades es el antecedente de la prenda y el

³ Cfr. Villagordoa Lozano, Jose, *Ob. cit.*, p. 3

⁴ Idem.

comodato, cuando se realizaba para garantizar alguna obligación o únicamente para conceder el uso y goce temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía.

Sin embargo, la única relación que existe entre *fiducia* y el fideicomiso es la denominación que en Roma se le daba, pero por lo que se refiere a aquella como acto jurídico, esta es más bien el antecedente de la prenda y comodato, y no del fideicomiso. En la última etapa del derecho romano, las formas tradicionales de transmitir la propiedad (*mancipatio, in jure cessio*) cayeron en desuso y por consiguiente la *fiducia* fue sustituida por otros contratos como lo fueron el propio comodato, la prenda e hipoteca como tales.

No obstante lo anterior, el fideicomiso moderno, sí tiene cierta influencia romana y esto se puede observar en el fideicomiso testamentario romano que a continuación se analiza.

1.1.2. El Fideicomiso Testamentario en Roma

El fideicomiso testamentario tenía por objeto la entrega de toda la herencia o de una cuota parte de la misma, a otra persona.⁵

El fideicomiso testamentario se empleaba cuando un testador quería favorecer a una persona la cual no tenía la *testamenti factio*, por lo que no le quedaba más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte de un acervo hereditario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos *rogo, fideicomitto*.⁶

No siempre el fiduciario tenía que entregar inmediatamente el objeto del fideicomiso. Podía existir un intervalo de propiedad fiduciaria, en el cual éste

⁵ Cfr. Ventura Silva, Sabino. *Derecho Romano*, 19ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 458.

⁶ Villagordoa Lozano, Jose. *Ob. cit.* pp. 3 - 4.

gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía ser limitado por un término o por una condición.

Dicho fideicomiso se realizaba *verbis precativis*, es decir una suplica verbal, con absoluta libertad de forma, encontraba originalmente su base en la *bona fides* o buena fe del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas. Esto servía principalmente para favorecer *post mortem* a personas que no tenían la *testamenti factio* pasiva y de esta forma burlaban la Ley.

En un primer momento el cumplimiento del fideicomiso quedo a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario. Después de las guerras púnicas, un nuevo espíritu penetra en Roma, ya que el dinero para muchos era lo mas importante, y por lo mismo no se cumplía la voluntad del testador, quedando privado del bien que debía trasmitirle el fiduciario.

Como consecuencia del incumplimiento por parte de los herederos fiduciarios, se suscitaron diversos escándalos públicos, lo que provoco que el Emperador Augusto obligara la ejecución de los mismos mediante la vigilancia que los cónsules realizaban a los fideicomisos. Posteriormente el Emperador Claudio instituyó dos pretores que fungían como fideicomisarios para el cumplimiento del fideicomiso.

El heredero para poder transmitir los bienes hereditarios utilizaba como recurso “la celebración de una venta simulada de la herencia *venditio hereditatis nummo uno*, por lo que esta compra y venta de la herencia estaba sometida a las *stipulaciones emptae et venditae hereditatis* y así poder transmitir bienes, derechos y obligaciones al fideicomisario”.⁷

“Al realizarse la cesión de deudas y derechos el fideicomisario adquiría el carácter de *procurator in rem suam*, cuando existían procesos iniciados por

⁷ Ventura Silva, Sabino. *Ob cit.* p. 458

acreedores contra el heredero, en tanto este último otorgaba facilidades al fideicomisario para el ejercicio de acciones de la herencia. Ante esta situación y siendo el heredero el deudor de la herencia frente a los acreedores y encontrarse éste en una situación no favorable, como alternativa de solución no aceptaba la herencia, quedando inconclusa la última voluntad del testador”.⁸

Para solucionar este inconveniente en el año 56 d.C. se dictó el Senado Consulto Trebeliano, en donde este fideicomiso universal se consideró una sucesión universal y permitió que la totalidad de la masa hereditaria se transmitiera al fideicomisario en un solo acto, por lo que el heredero por una parte transmitía el activo y por otra parte se liberaba de deudas, configurándose el fideicomisario como *loco heredis*, a través del ejercicio de acciones y defensas contra los acreedores.

“Posteriormente en el año 75 d.C. correspondiente a la época de Vespiano se dictó el Senado Consulto Pegasiano, el cual adicionó al SC. Trebeliano y ordenó que el heredero estaba en aptitud de retener una cuarta parte de la herencia frente al fideicomisario y que era obligación de aquel tener por aceptada la herencia. Esto, desde luego ocasionó problemas, porque el heredero dejaba de ser un mero transmisor y retomaba la obligación de responder frente a los acreedores respecto de la cuarta parte de la herencia que había aceptado”.⁹

“Fue hasta la época de Justiniano, en la cual decidió solucionar estas dificultades, determinando por un lado que el fideicomisario sería considerado un heredero universal y por otro lado que el heredero tendría derecho a la cuarta parte de la herencia, asimismo, estaba obligado a aceptar la herencia constituida por fideicomiso”.¹⁰

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem. p. 459

1.2. El Trust Anglosajón como antecedente del Fideicomiso

El tránsito histórico que media entre la aparición de los usos y la plena integración de los *trust* puede describirse, a través de cuatro periodos mas o menos definidos.¹¹

a) *De la aparición de los usos hasta principios del siglo XV.* Su primera y general utilización ocurrió en el siglo XIII como resultado de las transmisiones de tierras “para el uso” de los frailes franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían, en lo individual o comunalmente, la propiedad de los bienes. El uso fue también utilizado por los cruzados que partían para tierra santa, y mas tarde eludir represalias políticas, como en la guerra de las Dos Rosas de la segunda mitad del siglo XV.¹²

Durante ese periodo, los usos consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o *feoffee*. El Beneficiario o *cestui que use* carecía de derechos protegidos por el orden publico, a cambio de los cuales estaba libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.¹³

b) *De principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de los Usos.* Desde fines del siglo XIV y comienzos del XV empiezan a llegar a la cancillería y al consejo del rey numerosas quejas contra *feoffees* infieles que, por no implicar incumplimiento a obligaciones jurídicas, escapaba al conocimiento de los tribunales del *common law*. Pero la violación a la fe guardada cometidas por los prestanombres provocaba en el canciller, alto dignatario eclesiástico, un vivo deseo de hacer justicia y fue así como, desde mediados del siglo XV, interviene

¹¹ Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso. Teoría y práctica*, 7ª. Edición, Editorial Ius, México, 1995. p. 37

¹² Idem.

¹³ Idem.

para obligar a los *feoffees* recalcitrantes a la observancia de sus obligaciones morales.¹⁴

Los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con actitud liberal. Para efectos prácticos diversos los cancilleres consideraban a los usos como derechos reales (*estates*) de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándose por analogía algunas de las reglas del *common law* relativas a la propiedad, y se sostuvo así que el interés o derecho del beneficiario se transmitía a su muerte a favor de los herederos conforme a las normas del *common law* aplicables a la transmisión hereditaria de los inmuebles; a diferencia de los derechos de crédito, se estimó que los usos eran susceptibles de cesión, estableciéndose, además, que quienes reclamaran los bienes invocando el derecho legal del *feoffee*, tales como el comprador con conocimiento (*notice*) del uso, el albacea, el heredero y cualquier adquirente a título gratuito, quedaban subordinados al uso.¹⁵

Aún cuando los usos eran considerados como si fueran “derechos de equidad”, todavía no se admitía con plenitud ni se aplicaba de manera sistemática el principio de que “la equidad sigue al derecho estricto”. Por lo contrario, el empleo de los usos tendía en general a eludir la aplicación de las normas del *common law*.¹⁶

En el transcurso de este periodo, los usos fueron con frecuencia utilizados por los ocupantes de las tierras (*tenants*) a fin de hacer nugatorios los privilegios feudales de los señores, los llamados incidentes de la tenencia (*incidents of tenure*). Las onerosas cargas que representaban podían, al menos en parte, evitarse mediante la transmisión de las tierras a los *feoffees* para el uso del ocupante, ya que no existía tenencia feudal de derechos de equidad.¹⁷

¹⁴ Ibidem. p. 38

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem. pp. 38 - 39

¹⁷ Ibidem. p. 39

c) *De 1535 a fines del siglo XVII*. En otros sectores de la sociedad, al contrario, se había suscitado una fuerte oposición contra los usos. Era innegable que constituían un fácil expediente en fraude de acreedores y que las ventajas que representaban en beneficio de ciertas personas traducíanse en perjuicios correlativos contra otras: para el primogénito, a quien se desheredaba a fin de favorecer a hermanos menores o a extraños; para el señor feudal, a quien se privaba de sus privilegios feudales; para la corona, que siempre era señor y nunca ocupante y a la que se causaban mayores daños. De ahí que fuera Enrique VIII quien con mayor energía instigara la supresión de los usos, lo que vino al culminar, tras de vencer tenaces oposiciones, con la promulgación de la *Ley de Usos* en el año 1535.¹⁸

La solución de la ley, en apariencia, era muy sencilla: no decretó la ilegalidad de los usos ni privó al *cestui que use* de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. Así pues, los usos no fueron prohibidos: conforme al tecnicismo legal, quedaban tan sólo ejecutados, esto es, hacia que el *cestui que use* dueño legal dejaba de tener un derecho de equidad, para convertirse en único dueño, en tanto que el *feoffee to use* venía a ser eliminado por completo.¹⁹

d) De fines del siglo XVII a la época contemporánea. Los jueces del *common law* y los cancilleres en cuanto que la aplicación de la ley no debía extenderse mas allá del texto literal, de ahí que se reconociera en ciertas situaciones que el título legal no se había desplazado a favor del dueño en equidad, es decir, que el uso no se había ejecutado.²⁰

En primer término, a los pocos años de promulgada, se sostuvo que la ley era inaplicable a los usos “activos”. Cuando el *feoffee* tenía instrucciones de

¹⁸ Ibidem. p. 40

¹⁹ Ibidem. p. 41

²⁰ Idem.

permitir al *cestui que use* el cobro de frutos y rentas, caso del uso pasivo, si quedaba ejecutado; en cambio cuando correspondía al *feoffee* la obligación de hacer los cobros y entregar los productos de la cosa al *cestui*, resolviase que el título legal subsistía en aquel.²¹

Otra situación en que el desdoblamiento entre los derechos legal y de equidad seguía siendo factible, la de un uso constituido sobre otro uso, o sea cuando una cosa se transmitía a una persona para el uso de otra, para el uso de una tercera. Por efecto de la *Ley de Usos*, la primera adquiría el título legal, careciendo la segunda de todo derecho.²²

La amplitud de las situaciones antes descritas, que la *Ley de Usos* no cubría, y el auge creciente de la riqueza mobiliaria, hicieron inevitable que el canciller viniera a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde por el nombre de *trust*.²³

Una vez explicado el *trust*, a continuación me permito transcribir la definición del Instituto de Derecho Norteamericano (American Law Institute): “El *trust*, según el término, se emplea en el *Restatement* de esta materia, cuando no está restringido por las palabras de beneficencia, resultante o imperativo; es una relación fiduciaria con respecto a bienes que sujeta a la persona que tiene el título sobre ellos a obligaciones de equidad para manejarlos en beneficio de otra, y que surge como resultado de una manifestación de voluntad para crearla”. De lo anterior podemos concluir que el *trust* consiste en la escisión de un derecho de propiedad por lo que hace a su administración y a su provecho económico, de acuerdo con ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, mismos que administran en beneficio de otras o para un fin preestablecido.

²¹ Ibidem. p. 42

²² Idem.

²³ Ibidem. p. 43

1.2.1. Relaciones jurídicas del Trust

El trust en el derecho anglosajón se ha definido como “una relación de naturaleza fiduciaria con respecto a bienes, que aparte de implicar obligaciones de carácter personal, presupone la existencia de obligaciones de equidad impuestas sobre la persona investida del título legal a efecto de que, al manejar los bienes, se conduzca en beneficio de otra.”²⁴

Sujetos

Los sujetos en el *trust* son el *settlor*, es la persona que aporta los bienes al trust y se le relaciona con el fideicomitente, el *trustee*, es la persona que se le transmite la propiedad de los bienes y encarga se cumplir lo dispuesto por el *settlor*, administrando el patrimonio y se le relaciona con el fiduciario y por ultimo el *cestui que trust* quien es el beneficiario del *trust*, es semejante al fideicomisario.

Objeto

la doctrina anglosajona sostiene que por definición, no puede haber *trust* sin bienes específicos que constituyan su objeto. También admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles legales o de equidad, son susceptibles, salvo prohibición legal expresa, de ser objeto de *trust*. En general se puede decir que cualquier cosa o derecho que tenga un valor y sea transferible puede darse en *trust*. Los bienes que con más frecuencia son dados en *trust* son los bienes inmuebles y acciones de sociedades.

Clasificación

El maestro Villagordo Lozano señala: “existen dos categorías fundamentales de trusts: el *express trust* y el *implied trust*. El *express trust* se

²⁴ Ibidem. p. 52

constituye por la voluntad expresa del *settlor*. Claret y Marti distingue varias calcificaciones del *express trust*: en primer término los divide en *executed trust* y *executory trust*".²⁵

a) Trust expreso. "Es aquel que se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya sea en un instrumento que puede ser un convenio o un testamento, ya mediante simple declaración oral si el objeto consiste en bienes muebles. Esta especie de trust difiere de otras en virtud de que nace de la interpretación de un instrumento escrito, no de la inferencia jurídica que impone un trust sobre la conciencia; es un trust que surge de los términos del instrumento mismo".²⁶

"El *trust ejecutado, executed*, es aquel que después de haber sido definitivamente declarado por el acto constitutivo, no exige, para producir todos sus efectos, ningún acto ulterior. Las instrucciones sobre el *equitable interest* son completas y terminantes".²⁷

El *trust por ejecutarse*. "Es eventual, *executory* cuando existen instrucciones dadas con vistas a la transmisión del bien *upon trust* y que el acta que las contiene no obra por sí misma la transmisión que ordena. Las instrucciones solo son un intento para servir como minuta a perfeccionar en un establecimiento posterior."²⁸

Los *implied trusts* deben su existencia a los tribunales de equidad, y son de dos clases: *resulting* y *constructive trusts*.

a) *Resulting trusts*: "Los crea el tribunal de equidad cuando encuentra motivos para presumir que una persona, a juzgar por ciertos actos de la misma, pretendió crear un trust expreso, que debido a circunstancias invencibles no llegó

²⁵ Villagordoa Lozano, José. *Ob. cit.* p. 32

²⁶ Batiza, Rodolfo. *Ob. cit.* p.57

²⁷ Villagordoa Lozano, José. *Ob. cit.* p. 32

²⁸ Idem.

a formalizarse. La presunción del tribunal da origen a que también se llamen trust presuntivos”.²⁹

b) *Constructive trusts*: “Los constituye el propio tribunal sin que medie, ni presuntivamente, la voluntad de persona alguna y tiene por objeto evitar que un individuo se allegue injustamente riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero”.³⁰

1.3. Antecedentes Legislativos del Fideicomiso en México

El fideicomiso en México a principios del siglo XX requería ser regulado por un ordenamiento legal, el primer antecedente histórico sobre dicha regulación fue en 1905, la Secretaria de Hacienda por conducto de su titular José Yves Limantur, presentó una iniciativa de ley al Congreso de la Unión con la finalidad de instituir en México las llamadas *trust companies* las cual él denominó “agentes fideicomisarios”, a pesar de que el termino no fue el correcto, toda vez que estos agentes en realidad desempeñarían la función que realiza la fiduciaria, en virtud de ejecutar actos por cuenta de otro en beneficio de un tercero llamado fideicomisario, lo cual no le resta importancia porque representa el primer antecedente histórico del fideicomiso en México. Sin embargo esta iniciativa solo quedo en un mero proyecto, debido a que nunca logro plasmarse en la legislación mexicana.

Posteriormente en 1908 comenta el maestro Dávalos Mejía: “a juicio de Batiza, la primera autorización para operar un fideicomiso en México se dio respecto de un *trust deed* (en ingles *deed* significa transmisión de propiedades inmuebles o de escritura). El termino *trust deed* tiene dos acepciones: 1. en un sentido lato es el documento en que se crea un fideicomiso cualquiera; 2. en un sentido estricto se entiende el fideicomiso de garantía, en general hipotecaria, en

²⁹ Ibidem. p. 33

³⁰ Idem.

el que el bien que se transmite a varios fiduciarios y no sólo a uno; ese termino es todavía muy utilizado en los Estados Unidos de América.”³¹

“No obstante que el *trust deed* se otorgó en Estados Unidos de América, produjo efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas y fue el instrumento con que se garantizó la emisión de bonos, cuya captación se destino a financiar la compra de ferrocarriles y a construir vías férreas (febrero de 1908)”.³²

Otro antecedente histórico ocurrió el 2 de febrero de 1924, en esta fecha se realizó la Primera Convención Bancaria en la Ciudad de México, este proyecto fue presentado por Enrique Creel el cual fue denominado Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, mismo que siguió la suerte del proyecto Limantur, ya que tampoco fue plasmado en algún ordenamiento legal.

Sin embargo, fue relevante esta convención para el legislador, quien en meses posteriores incluyó a los bancos de fideicomiso en la legislación que a continuación mencionaré.

1.3.1. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924

Fue hasta el 24 de diciembre de 1924 cuando el Congreso de la Unión aprobó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios publicada 16 de enero de 1925 en el *Diario Oficial de la Federación*, ésta reguló por primera vez Bancos de Fideicomiso, “al disponer en su artículo 73 que sus funciones principales serian la administración de capitales y su intervención como representante común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al momento de su emisión o durante su vigencia. Por su parte, su artículo 74

³¹ Dávalos Mejía, Carlos. *Títulos y Operaciones de Crédito*, 3ª. Edición, Editorial Oxford, México, 2001, p. 536

³² Idem.

establecía: Los bancos de fideicomiso se regirán por la Ley especial que ha de expedirse.”³³

1.3.2. LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926

En función a lo establecido por el artículo 74 de la Ley de Bancaria de 1925, el legislador publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de julio de 1926 la Ley de Bancos de Fideicomiso. “Este ordenamiento se componía de 86 artículos divididos en cuatro capítulos. El Capítulo I se refería a la constitución de los Bancos de Fideicomiso, mientras que el Capítulo II, dividido en dos secciones, distinguía las operaciones de fideicomiso propiamente dichas de las operaciones que realizaban los dichos bancos por cuenta ajena, para terminar regulando las operaciones de ahorro y las operaciones de depósito y descuento que realizaran estos – a éstas dos últimas las que reputaba como operaciones bancarias-, en los artículos III y IV, Respectivamente.”³⁴

“En el Capítulo I, disponía que este tipo de instituciones de crédito tendrían por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y a favor de tercero, cuya ejecución se confiaría a su honradez y buena fe.”³⁵

“Los Bancos de Fideicomiso solamente podían establecerse en la Republica Mexicana previa concesión otorgada por el Ejecutivo Federal y sujetarse, en este sentido, a lo dispuesto por la ley bancaria de 1925, pero bajo las siguientes prevenciones: El número de socios debía ser, como mínimo, de quince fundadores de notoria solvencia, que debían ser aceptados por la Secretaria de Hacienda, cada uno de los cuales debía suscribir, cuando menos, un céntimo del capital social”.³⁶

³³ Ortíz Soltero, Sergio. *El Fideicomiso Mexicano*. 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 3

³⁴ *Ibidem*. p.6

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

“Su capital mínimo debía ser de \$500,000.00 en el Distrito Federal y de \$250,000.00 en los Estados y Territorios Federales. Las acciones debían ser invariablemente nominativas y su cesión se debía hacer por medio de declaración unilateral que se asentara en el registro del Banco, firmada por el cedente y por el cesionario y debía notificarse a la Secretaria de Hacienda o a la Comisión Nacional Bancaria”.³⁷

Los suscriptores de las acciones y sus sucesores, en el dominio de ellas, eran legalmente responsables por lo que faltare de exhibir del capital social y así también, hasta por otra cantidad igual al valor nominal de la acción, en caso de quiebra o liquidación del banco, en cuanto fuese necesario para cubrir íntegramente el pasivo.

El Consejo de Administración debía componerse por lo menos de once vocales propietarios y cinco suplentes.

La vigilancia de los Bancos de Fideicomiso estaba confiada a dos comisarios que tenían el derecho de examinar, sin excepciones, todas las operaciones y libros, correspondencia, actas y en general todos los documentos y escrituras de la sociedad.

El Capítulo II en su artículo 6º definía al fideicomiso de la siguiente manera: Artículo 6º.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que se disponga de ellos o de sus frutos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

Esta definición fue tomada del jurista panameño Ricardo Alfaro, la cual sin embargo fue criticada por la doctrina, debido a que desvirtuaba la naturaleza

³⁷ Idem.

jurídica del fideicomiso, ya que no puede asimilarse a éste último como un mandato, porque el fiduciario no es mandatario del fideicomitente, su función consiste en que una vez transmitidos los bienes o derechos realiza lo establecido en el instrumento del fideicomiso en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

“En el mandato, en ningún caso el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico. En el curso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derechos en el patrimonio del mandatario.”³⁸

“En la sección I del mismo Capítulo II el artículo 7º disponía que el fideicomiso solamente podía constituirse con un fin lícito; es decir, que no fuese contrario a la ley ni a las buenas costumbres y prohibía los fideicomisos secretos, considerando como tales aquellos respecto de los cuales el Banco mantuviera oculto el nombre del fideicomitente, el objeto o las instrucciones para su ejecución, a excepción de los fideicomisos que tuvieran fines benéficos o culturales, en cuyo caso solamente podía mantener en secreto el nombre del fideicomitente”.³⁹

Por su parte el artículo 12 estableció: “los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto en este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por otros motivos”.

El artículo 13 indicaba: “podían ser objeto del fideicomiso, los bienes inmuebles y derechos reales, así como valores, créditos, títulos, dinero, y bienes muebles en general y cualquier derecho, excepto, “(...) los que conforme a la ley

³⁸ Villagorhoa Lozano, José Manuel. *Ob. cit.* p. 104

³⁹ Ortíz Soltero, Sergio. *Ob. cit.* p. 7

no puedan ser entregados sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecen(...)", en la inteligencia de que el fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles debía ser inscrito en la sección de la propiedad "(...) si hubiere traslación de dominio, o en la de hipotecas en caso contrario (...)" del respectivo Registro Publico y producía sus efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción, la cual debería tener incluidas las instrucciones dadas por el fideicomitente al Banco para la ejecución del fideicomiso y las facultades que le haya concedido".⁴⁰

1.3.3. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926

Los artículos de la Ley de Bancos de Fideicomiso se insertaron, sin sufrir ninguna modificación, a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de fecha 31 de Agosto de 1926 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de noviembre de 1926.

1.3.4. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1932

Esta legislación se publicó el 29 de junio de 1932 en el *Diario Oficial de la Federación*. El primer aspecto importante de este ordenamiento fue el acierto que plasmó el legislador en la exposición de motivos al aclarar la confusión existente entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros, por lo que el fideicomiso deja de ser legalmente considerado como un mandato irrevocable. En su Exposición de Motivos se puede leer lo siguiente:

(...) la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a ella. Para que ésta institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer termino, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo ésta definición materia de

⁴⁰ Ibidem. p. 8

la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias(...)

Asimismo, se intenta definir al fideicomiso como: (...) Una afectación patrimonial, cuyo logro se confía a las gestiones del fiduciario, precisándose así la naturaleza y efectos de este instituto que la Ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable (...). Desde luego que esto significó un gran avance ya que precisó de manera clara el contenido y alcance del fideicomiso.

Consecuentemente, y en tanto que era inminente la publicación de la ley cambiaria que debía contener la regulación sustantiva del fideicomiso, “las disposiciones relativas a la ley bancaria de 1932 se redujeron a solamente siete, mismas que versaban sobre las actividades que estaban facultadas para realizar las sociedades o departamentos fiduciarios; los funcionarios por medio de los cuales podían desempeñar dichas facultades, quienes aún no recibían la denominación de Delegados Fiduciarios; la contabilidad fiduciaria; las causas graves para admitir la renuncia del fiduciario, y las causas de responsabilidad civil y penal”.⁴¹

1.3.5. LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO

El presente ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, cuya vigencia se encuentra actualmente en vigor.

El primer aspecto a destacar de esta ley fue la intención del legislador de modificar la naturaleza jurídica del fideicomiso, y así lo plasmó en el artículo 346 en donde explicaba: “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”. Por su parte el artículo 347 señalaba: “el fideicomiso será

⁴¹ Ortíz Soltero, Sergio. *Ob. cit.* pp. 17 - 18

válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado”.

Sobre el particular, resulta conveniente señalar que la ley cambiaria no precisa el acto jurídico que le da origen al fideicomiso, solo se reserva a explicar en qué consiste. En este sentido, existen diversas opiniones en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de dicha institución, sin embargo, este aspecto será tratado en el capítulo dos del presente trabajo de investigación.

Otra modificación fue respecto al destino de los bienes una vez extinguido el fideicomiso, el artículo 358 de la ley cambiaria señala que los bienes de los cuales sea titular el fiduciario, serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos siempre y cuando se haya extinguido el fideicomiso.

Con la finalidad de evitar problemas esta situación fue reformada en el 2003, incluyéndose, no sólo al fideicomitente, sino además al fiduciario para efectos de la transmisión de los bienes una vez extinguido el fideicomiso, y se prevé que si existe alguna duda o defensa de dicha transmisión, será competente para conocer y resolver esta situación el juez de primera instancia del domicilio de la institución fiduciaria.

1.3.6. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES

La fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación de este ordenamiento ocurrió el 31 de mayo de 1941, esta ley derogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de fecha 29 de junio de 1932.

“Tiene especial importancia para nosotros el análisis de la fracción II inciso c) del artículo 45, porque confirma la naturaleza del fideicomiso que quedo trazada en los artículos 346 y 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,

ya que al tratar de las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias y al indicar en la fracción II la proporción de las responsabilidades de dichas instituciones, con relación a su capital, sostiene la tesis de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, pues señala especialmente en el inciso c), que cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular de derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar determinado fin. En este precepto legal el legislador expresamente señala el funcionamiento jurídico del fideicomiso, al señalar que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización del fin determinado”.⁴²

1.3.7. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1982

El objeto fundamental de este ordenamiento fue reglamentar el servicio público de banca y crédito que, en términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debía prestar el Estado estableciendo las características de las instituciones a través de las cuales debía hacerlo, sin que por esa circunstancia fuese alterada o modificada la esencia de la figura del fideicomiso, ni la estructura, en este sentido, de las instituciones de crédito –ahora sociedades nacionales- que brindaron este servicio.

Por disposición expresa de la Ley Bancaria de 1982, a las sociedades nacionales de crédito se les siguió aplicando, en lo conducente, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Fue hasta 1985, año en que entró en vigor la nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que fue derogada la ley de 1941.

⁴² Villagordoa Lozano, José Manuel. *Ob. cit.* p.53

1.3.8. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1985

Como consecuencia del decreto que estableció la Nacionalización de la Banca este ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, el cual abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.⁴³

La intermediación financiera era de carácter público, sólo estaba reservada a instituciones de crédito denominadas Sociedades de Nacionales de Crédito, bajo dos modalidades, por un lado las Instituciones de Banca Múltiple, y por otro las Instituciones de Banca de Desarrollo.

“En el aspecto del fideicomiso destaca lo dispuesto en el artículo 61, en virtud de que la realización de actos jurídicos, en concreto en la fracción XV del artículo 30, para el cumplimiento del objeto del fideicomiso estipulado en el instrumento, correspondería a sujetos denominados delegados fiduciarios, estas facultades que se otorgaban a los delegados fiduciarios podían establecerse a través de dos vías: a) en el acta constitutiva del fideicomiso; y b) en las reformas que dicte el comité técnico”.⁴⁴

El artículo 63 señalaba: “el personal que las instituciones de crédito, utilicen directa o exclusivamente para el cumplimiento de los fines de fideicomiso no formarán parte del personal al servicio de la institución de crédito. Sino del patrimonio del fideicomiso. Sin embargo, cualquier derecho derivado de esta relación laboral será pagado con cargo al patrimonio del fideicomiso y afectará en la medida que sea necesario al referido patrimonio”.⁴⁵

⁴³ Cfr. Villagordoa Lozano, Jose. *Ob cit.* p. 59

⁴⁴ *Ibidem.* p. 60

⁴⁵ *Idem.*

1.3.9. LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

El 2 de mayo de 1990 el Ejecutivo Federal sometió a consideración del Congreso de la Unión el Decreto que deroga el párrafo quinto del artículo 28 y modifica y adiciona el inciso a) de la fracción XXXI del apartado “A” del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El 18 de julio de 1990 es publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Instituciones de Crédito que actualmente se encuentra en vigor, que abrogó, según lo dispuesto en su artículo segundo transitorio, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, aunque conforme a lo dispuesto por dicho transitorio, esta última continuó aplicándose a las personas que se encontraban procesadas o sentenciadas por la comisión de conductas delictivas que se hubiesen enmarcado en alguno de los preceptos contenidos en su capítulo III Título IV.⁴⁶

“Dicho ordenamiento dispuso que las instituciones de banca múltiple dejaban de tener el carácter de entidades de la administración pública federal y consecuentemente de sociedades nacionales de crédito, para convertirse en sociedades mercantiles bajo la modalidad de sociedades anónimas, por lo que su constitución- en caso de las autorizaciones que se otorgaron posteriormente-, funcionamiento, administración, vigilancia, fusión, transformación, disolución y liquidación se rige por la Ley General de Sociedades Mercantiles”.⁴⁷

En suma, esto es un panorama sobre el fideicomiso en Roma; posteriormente se estudió el origen, desarrollo y aplicación del *trust*, revistiendo esta institución una singular trascendencia sobre los antecedentes legislativos del fideicomiso en México.

⁴⁶ Ortíz Soltero, Sergio. *Ob. cit.* pp. 28 y 29.

⁴⁷ *Ibidem.* p. 29

CAPITULO 2

GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO

2.1. Concepto

2.1.1. Etimológico

El vocablo fideicomiso, “deriva del latín *Fideicommissum*, en donde *Fides* significa fe y *commissum* significa confiado, encargado, comisión o encomienda; así pues, el significado que en primera instancia debemos entender por la palabra fideicomiso es el de: encargo o comisión de confianza”.⁴⁸

2.1.2. Legal

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 define al fideicomiso de la siguiente manera:

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

El maestro Dávalos Mejía señala que este concepto legal no define ni clasifica al fideicomiso, sino que solo expone sus consecuencias técnicas in causam, toda vez que en 1932 los legisladores tenían muy poca experiencia tanto de la teoría como de la práctica del fideicomiso.⁴⁹

⁴⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. 13ª Edición, Editorial Porrúa-UNAM. México 1999, p. 1441

⁴⁹ Cfr. Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit.* p. 538

2.1.3. Jurisprudencial

Por su parte la jurisprudencia considera: “El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno a varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin, y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto valido en sentido diverso”.⁵⁰

Como se desprende de la definición anterior, la Suprema Corte, establece el significado que puede tener para el derecho esta institución, es el de ser un acto jurídico, por lo demás sigue el mismo sentido de la definición legal en virtud de que describe las consecuencias o mecánica del fideicomiso.

2.1.4. Doctrinal

Este apartado sólo tiene como propósito, señalar los conceptos más representativos de esta institución, toda vez que en la literatura jurídica hay una gran diversidad de definiciones, las cuales varían en función de la naturaleza jurídica que los autores de dichas definiciones deciden adoptar. Por lo que en el siguiente numeral se desarrollará lo relativo a la naturaleza jurídica de estos conceptos.

⁵⁰ Instancia: Sala Auxiliar Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 97-102 Séptima Parte. Tesis. Página: 71. Amparo Directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. 5 Votos. Ponente: Gloria León Dorantes.

Para el Doctor Jesús de la Fuente Rodríguez el fideicomiso es “...un contrato por medio del cual una persona física o moral (Fideicomitente), transmite a una institución bancaria o no bancaria (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 y determinado en el contrato, en beneficio del propio fideicomitente o de terceras personas designadas por el mismo y a quien se conoce como fideicomisarios”.⁵¹

Por su parte el maestro Villagordoa Lozano indica “...El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien esta obligado a disponer de los bienes y ejercer los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario.”⁵²

El Doctor Domínguez Martínez lo define como: “...un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de la voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello”.⁵³

El maestro Cervantes Ahumada señala que el Fideicomiso “es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado.”⁵⁴

⁵¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, Tomo I, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 427

⁵² Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* p. 141

⁵³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 186

⁵⁴ Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. 14ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999, p. 289

2.2. Naturaleza Jurídica

Para establecer una definición del fideicomiso es necesario determinar su naturaleza jurídica, la cual implica saber que significado tiene para el derecho esta institución.

La Ley General del Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 no define su naturaleza jurídica.

En la doctrina, existen diferentes posturas respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso; en este sentido, para algunos autores, entre los que destaca el maestro Domínguez Martínez, esta institución, es un negocio jurídico, otro sector, integrado por los maestros Barrera Graff, Dávalos Mejía y Villagordoa Lozano, principalmente, consideran a dicha figura como un negocio jurídico fiduciario y por otro lado, en el cual destacan los maestros Acosta Romero y Batiza, consideran al fideicomiso como un contrato, por lo que existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de esta institución, las cuales a continuación describiré.

2.2.1. Teoría del Negocio Jurídico

Entre los autores más connotados que son partidarios de esta postura encontramos al Doctor Domínguez Martínez, este autor señala que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud de la versatilidad de los fines que pueden perseguirse mediante la instrumentación del mismo, el campo tan amplio en el que opera la autonomía de la voluntad y la múltiple gama de posibilidades que ofrece esta institución es motivo para considerarlo como un negocio jurídico.⁵⁵

Dicho autor sostiene que el fideicomiso en cuanto a su estructura es complejo ya que esta compuesta de dos diversos actos, el primero señala que

⁵⁵ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Ob. cit.* p 34

implica un negocio unilateral en su constitución, toda vez que el fideicomitente destina ciertos bienes para la realización de un fin lícito y determinado; el segundo en cuanto su ejecución implica un acto de naturaleza contractual.⁵⁶

En resumen señala que “... por ende, y tomando en cuenta los elementos personales de ambos actos, podemos afirmar por el momento que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.”⁵⁷

Dávalos Mejía no está de acuerdo con esta postura, señala que el fideicomiso no se configura por dos actos distintos sino por el componente de uno solo, ya que la declaración unilateral de la voluntad y el contrato que implica la aceptación del fiduciario de obligarse para el desempeño de los actos tendientes a la realización de los fines del fideicomiso, son indispensables y constitutivos del mismo negocio jurídico, en virtud de que se trata de un negocio jurídico y no de dos. Continúa argumentando que no solo basta con la simple voluntad del fideicomitente para que se constituya el fideicomiso, se necesita además del acuerdo de voluntades para que surja a la vida jurídica el fideicomiso, ya que si existe discrepancia entre las partes, será jurídicamente imposible la constitución de éste.⁵⁸

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la ser un negocio jurídico, esto por virtud de una tesis jurisprudencial sostiene que “El **fideicomiso** es un **negocio jurídico** por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el **contrato respectivo**, cuya

⁵⁶ Ibidem. p. 35

⁵⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Ob cit* p. 35

⁵⁸ Cfr. Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit*. p. 547

titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.”⁵⁹

Como se puede observar en la tesis transcrita y atinadamente lo apunta Dávalos Mejía, se incluye en la definición al contrato como una explicación del fideicomiso, toda vez que se trata de adaptar a aquél para solucionar un caso concreto, en virtud de que en nuestro sistema jurídico el contrato es la figura que opera en la práctica. Por lo que esto resulta una contradicción, ya que si es el contrato la figura mas utilizada en la vida jurídica cotidiana, debería dejar de insistirse en considerar al fideicomiso como un negocio jurídico.⁶⁰

Respecto a lo anterior el Doctor Acosta Romero considera que el negocio jurídico se trata de una cuestión meramente teórica que solo genera imprecisiones en vez de aclarar los conceptos, toda vez que en México y en muchos países de tradición latina, no esta reconocida en las legislaciones la expresión negocio jurídico.⁶¹

2.2.2. Teoría del Negocio Fiduciario

Esta tesis señala que al constituirse el fideicomiso acontece la transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomitente y la afectación de estos, por lo que opera una relación bilateral entre fideicomitente y fiduciario.

El principal exponente de esta tesis es el ilustre jurisconsulto Barrera Graf quien define al fideicomiso como: “aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha

⁵⁹ Fideicomiso. Naturaleza del. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 205-216 Primera parte. Tesis. Página:52

⁶⁰ Cfr. Dávalos Mejía, Carlos, *Ob. cit.* p. 555

⁶¹ Cfr. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Tratado Teórico Practico de Fideicomiso*, 4ª edición, Porrúa, México, 2002, p. 166

finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos a favor del transmitente”.⁶²

Esta tesis la adopta Dávalos Mejía, quien considera que el fideicomiso es un negocio fiduciario en virtud de que para su constitución se necesita del acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, respecto de la transmisión real, en donde dicha transmisión será para un fin lícito y determinado. Continúa comentando, sin embargo, los interpretos legales y privados requieren darle un nombre, legal y no doctrinal a esta institución, por lo que de acuerdo al artículo 1793 del Código Civil Federal, debe ser el de contrato.⁶³

Como puede apreciarse, para este autor el negocio fiduciario es sólo una cuestión teórica. Esto se corrobora, toda vez que señala que “Entonces, para los estrictos efectos de esta exposición, y con base en lo dicho y transcrito en páginas anteriores, por fideicomiso se entenderá:

Teóricamente, un negocio fiduciario, porque se opera una transmisión real de bienes que formaran un patrimonio autónomo y que la fiduciaria recibe en nombre propio, pero como lo hace para realizar un fin, no recepta su propiedad, sino sólo su titularidad y posesión.

Técnicamente, el negocio fiduciario toma el nombre de contrato, porque para su perfeccionamiento necesariamente debe presentar características técnicas coincidentes con la teoría general del contrato civil, supletorio de la LGTOC”.⁶⁴

Por su parte Villagordoa Lozano, otro exponente de la tesis del negocio fiduciario comenta que cada día es más evidente la insuficiencia, huecos y vacíos presentes en nuestro régimen jurídico actual para encuadrar nuevas formas

⁶² Barrera Graf, Jorge. *Los Negocios Fiduciarios*, Ius Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XIV. Julio-Septiembre, Numero 144, p.440

⁶³ Cfr. Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit.* pp. 560 - 561

⁶⁴ Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit.* p. 561

contractuales, por lo que surge la necesidad de empleo de negocios atípicos e innominados que pretenden dar respuesta a diversos problemas que se presentan en la vida jurídica cotidiana.⁶⁵

2.2.3. Teoría del Contrato

Esta postura es sostenida por el Doctor Acosta Romero considera que el fideicomiso es un contrato, en virtud de la relación jurídica entre dos o más personas, toda vez que necesariamente debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria, en donde dicha relación establece derechos y obligaciones entre las partes y por lo tanto no puede concebirse como otra institución que no sea un contrato. Continúa argumentando que el fideicomiso puede enmarcarse en los actos jurídicos ya que consiste en la expresión de voluntad de dos o mas personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.⁶⁶

El maestro Batiza, comenta "... la naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, conforme al art. 1949 del Código Civil: 'la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.'⁶⁷

"Nuestra reglamentación positiva consagra esos derechos recíprocos, con lo cual se confirma la posición que sostenemos. En efecto, según el art. 138 de la

⁶⁵ Cfr. Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* pp. 64,65 y 92

⁶⁶ Cfr. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, pp. 188 - 189

⁶⁷ Batiza, Rodolfo. *Ob cit.* p. 171

ley bancaria, si la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o del menoscabo que sufran los bienes fideicometidos (sic), el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente (si se reservó tal derecho), podrán pedir su remoción, sin perjuicio de la opción que les concede el art. 355 de la ley substantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. A su vez, conforme al art. 137 incs. b) y c) de la ley bancaria, el fiduciario puede renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes, o el fideicomisario, se niegan a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas.”⁶⁸

2.2.4. Comentario

En virtud de que he expuesto las consideraciones de los tratadistas, no solo basta enunciar sus ideas, sino también pronunciar cual es mi criterio sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso y posteriormente dar un concepto de dicha institución.

Partiendo de la clasificación en torno al hecho jurídico y sus especies el fideicomiso puede ubicarse dentro del acto jurídico, debido a que constituye una manifestación de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

En este orden de ideas, se debe señalar cuales son las fuentes de las obligaciones reguladas por el Código Civil Federal, estando enunciadas en el Capítulo Primero del Libro Cuarto y son las siguientes: a) Contrato; b) Declaración Unilateral de la Voluntad; c) Enriquecimiento Illegítimo; d) Gestión de Negocios; e) Actos Ilícitos; y f) Riesgo Profesional.

⁶⁸ Ibidem. p. 172

Ahora bien el fideicomiso requiere encuadrarse en alguna de las fuentes señaladas, por lo que desde mi punto de vista la única fuente que jurídicamente es la idónea para poder realizar actos jurídicos en la relación jurídica que se presenta en esta institución la ubicamos en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, donde se define al convenio como: “el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”, y en el siguiente numeral señala que, “los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos”, siendo éste ultimo una especie del convenio. En virtud de esta afirmación a continuación señalaré las características del contrato como fuente de las obligaciones.

En primer lugar en el fideicomiso se da una relación jurídica entre dos o más personas, ya que es indispensable que exista un fideicomitente y una institución fiduciaria, esta relación implica establecer derechos y obligaciones para ambas partes.

Para que se constituya validamente y de pleno derecho la relación jurídica entre fideicomitente y fiduciario es indispensable que se manifieste uno de los elementos esenciales del contrato, es decir, el consentimiento, el cual consiste en el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Para ello una persona llamada oferente propone a otra persona las condiciones del contrato. En caso de que manifieste su conformidad, se da una aceptación, lo cual implica que ha quedado formado el consentimiento.

Otro de los elementos esenciales es el objeto. El Código Civil Federal indica, en su artículo 1824:

Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar.
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Por lo que respecta a la cosa esta debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto su especie y estar dentro del comercio. Para el caso del fideicomiso los bienes propiedad del fideicomitente deben ser susceptibles de transmisión jurídica.

En virtud de las consideraciones señaladas, a continuación me permito proporcionar una definición del fideicomiso.

El fideicomiso es un contrato en virtud del cual el fideicomitente afecta y destina la propiedad de ciertos bienes o derechos, para la realización de un fin lícito y determinado a otra persona llamada fiduciaria, quien se obliga a cumplir los dispuesto por el fideicomitente, todo esto en beneficio de un sujeto denominado fideicomisario.

2.3. Elementos de Existencia y Validez del Fideicomiso

En virtud de que se ha ubicado y conceptualizado al fideicomiso en el mundo del derecho, resulta oportuno identificar los elementos que configuran al fideicomiso como un contrato.

2.3.1. Elementos de existencia del fideicomiso

De conformidad con la teoría del acto jurídico para que el fideicomiso pueda nacer a la vida jurídica, solo se necesitan de dos elementos:

- a) Consentimiento
- b) Objeto

2.3.1.1. Manifestación de la voluntad o Consentimiento

La manifestación de la voluntad de las partes o consentimiento se constituye mediante la intención de las partes de querer obligarse por medio de un vínculo produciendo los efectos jurídicos consistentes en derechos y obligaciones.

El consentimiento consiste en el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Para ello una persona llamada oferente propone a otra persona las condiciones del contrato. En caso de que manifieste su conformidad, se da una aceptación, lo cual implica que ha quedado formada la manifestación de la voluntad.

El Código Civil Federal en los artículos 1794, 1803 y 1812, regula al consentimiento.

El artículo 1803 del CCF, señala que el consentimiento puede ser expreso o tácito, tratándose del fideicomiso, el consentimiento debe ser expreso, en virtud de la complejidad técnica en la instrumentación del fideicomiso toda vez que debe presentarse de manera invariable la seguridad jurídica, permitiendo así despejar cualquier duda respecto a la integración del clausulado. Motivo por el cual la LGTOC en su artículo 387 expresa:

Artículo 387.-“La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito”.

2.3.1.2. Objeto del Fideicomiso

El siguiente elemento de existencia del contrato es el objeto. Comenta el maestro Bejarano Sánchez⁶⁹ que este tiene tres acepciones que de acuerdo a la doctrina, son las siguientes:

⁶⁹ Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. 5ª Edición, Editorial Oxford, México, 1999. p. 57

1. Objeto directo del contrato, que es la creación o transmisión de derechos y obligaciones;
2. El objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer, y
3. La cosa misma que se da.

Por su parte el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, establece: “... el objeto del contrato puede analizarse de acuerdo a dos categorías distintas: el objeto jurídico y el material. A su vez el objeto jurídico se divide en directo e indirecto.”⁷⁰

“El objeto directo es la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Al respecto debemos recordar que el contrato es una fuente de las obligaciones y como tal, crea obligaciones”.⁷¹

“El objeto jurídico indirecto del contrato es el objeto directo de la obligación esto es, el dar, hacer o no hacer”.⁷²

“El objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse”.⁷³

El Código Civil Federal, en su artículo 1824, señala:

Artículo 1824.- “Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar; y
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

⁷⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos Civiles*. 9ª Edición, Porrúa, México, 2003. p. 25

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem. p. 26

⁷³ Idem.

El artículo 1825 del Código Civil Federal indica: “la cosa objeto del contrato debe:

- I. existir en la naturaleza;
- II. ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y
- III. estar en el comercio.”

Comenta Ortiz Soltero que el objeto en materia fiduciaria solamente puede ser la conducta del fideicomitente, aunque reconoce que de conformidad con lo establecido por el artículo 386 de la LGTOC, el cual señala: “Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular”; puede inferirse que éste es la materia, es decir, el bien o conjunto de bienes susceptibles de transmisión por parte del fideicomitente a una institución fiduciaria.⁷⁴

2.3.2. Elementos de Validez del Fideicomiso

Una vez que ha nacido a la vida jurídica el contrato de fideicomiso, para que sea eficaz, debe satisfacer ciertos requisitos, a estos se les denomina elementos de validez y son:

- a) Capacidad
- b) Ausencia de Vicios en el consentimiento
- c) Licitud en el objetivo, motivo o fin
- e) Forma

2.3.2.1. Capacidad de Ejercicio

La capacidad en términos generales es la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones y la facultad para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

⁷⁴ Cfr. Ortiz Soltero, Sergio. Ob cit. p. 146

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere al momento de nacer y se extingue con la muerte.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para ejercitar por si mismas derechos y cumplir obligaciones, esta se adquiere con la mayoría de edad o en la emancipación y se pierde cuando la persona carece de sus facultades mentales, sean sordomudos, ebrios consuetudinarios, es decir, incapacitados, ya que así lo establece el artículo 450 del CCF.

Señala Roalandini que la capacidad de las personas permite la libre disposición de sus bienes que pueden ser destinados a un fideicomiso, y que el único caso en que un menor, puede fideicomitir sus bienes es cuando es emancipado por haber contraído nupcias a través de su tutor de acuerdo los artículos 173 y 641 del CCF, y solo requerirá de autorización judicial cuando tenga que fideicomitir bienes inmuebles según lo establecido por el artículo 643 del CCF.⁷⁵

Las personas jurídico colectivas, sean asociaciones o sociedades, incluyendo las religiosas, tienen capacidad jurídica para afectar en fideicomiso bienes y derechos, a través de sus representantes apoderados que acrediten tal carácter ante la ley.

2.3.2.2. Ausencia de Vicios del Consentimiento

Señala el maestro Pérez Fernández del Castillo que la manera de expresarse el consentimiento debe presentarse en forma libre y veraz, esto es, que los partes estén de acuerdo en la persona, objeto y en las formalidades del contrato. Por lo que no debe haber ningún tipo de presión o confusión al momento

⁷⁵ Cfr. Roalandini, Jesús. *El Fideicomiso Mexicano*, Editorial Textos Jurídicos Bancomer, México, 1998. pp. 100 - 101.

de manifestarse, ya que de lo contrario el acto jurídico estaría viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.⁷⁶

A) Error

El error es definido como “una creencia contraria a la verdad, es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad”.⁷⁷

Según la doctrina existen tres grupos en que puede clasificarse al error:

a) Error de hecho. Se presenta cuando existe discordancia entre el acto y la naturaleza y características de la cosa o la persona con quien se contrata. este error a su vez se subdivide en tres tipos de errores:

° Error obstáculo. Es definido por Domínguez Martínez “como una divergencia inconsciente entre la voluntad y su declaración, creando una voluntad irreal, en virtud de haber sido provocado por distracción, negligencia o un equívoco distinto”. Por ejemplo, cuando el fideicomitente tiene la creencia de haber afectado en fideicomiso un predio que se encuentra ubicado en Puebla pero fideicomitió uno que se encuentra en Ixtapaluca.⁷⁸

° Error nulidad. Recae sobre las características del objeto material del contrato. Como ejemplo, cuando la afectación fue de autos Porsche Carrera “A” con motores v6, pero en realidad fueron Porsche Carrera “A” con motores v8.

° Error indiferente.- Según Domínguez Martínez, este versa sobre aspectos secundarios del acto jurídico, cualidades no sustanciales de la cosa o la persona,

⁷⁶ Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Ob cit.* p. 32

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Ob. cit.* p. 68

situaciones meramente accesorias, las cuales no afectan la validez del acto y es intrascendente para la ley, ya que carecen de importancia.⁷⁹

b) Error de derecho.- Es aquel que se presenta en un acto jurídico con base en una interpretación o conocimiento equivoco de la ley. Este recae sobre una disposición jurídica, respecto de a cual se tiene una interpretación errónea que da como resultado u desconocimiento del sentido que dicha norma jurídica pretende.

c) Error de cálculo.- Según Pérez Fernández del Castillo "... es aquel que recae sobre las cualidades secundarias del objeto material del contrato. Por ejemplo cuando las medidas no son correctas, circunstancia que da lugar a la rectificación por medio de la acción *quantum minoris* (art.1814 CCDF)".⁸⁰

B) Dolo y Mala fe

El artículo 1815 del CCF, proporciona una definición de dolo y mala fe, expresa que: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

C) Violencia

El CCF en su artículo 1819 establece: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

⁷⁹ Cfr. Ibidem. p. 77

⁸⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Ob cit.* p. 34

D) Lesión

El artículo 17 del CCF expresa: “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.”

Señala Pérez Fernández del Castillo “... para que a lesión se configure es necesario que existan dos elementos: el psicológico y el objetivo. El elemento psicológico es un vicio del consentimiento que evita contratar en igualdad de circunstancias en virtud de que una de las partes está en el supuesto de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. El objetivo es la desproporción económica entre lo que se da y lo que se recibe”.⁸¹

2.3.2.3. Licitud en el Objeto

Este elemento de validez consiste en que el fin, motivo a través del cual fue creado el fideicomiso, se ajuste a leyes de orden público y a las buenas costumbres, lo cual implica no contravenir a la ley. Roalandini, señala que es lícito el acto o conducta que concuerda con las normas jurídicas y que la licitud es una cualidad en la conducta, y citando a García Maynes, expresa que las conductas lícitas son aquellas en las que la ejecución de los actos es según o ordenado, la omisión de los actos que son prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos.⁸²

Los artículos 1830 y 1831 del CCF establecen:

⁸¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Ob cit.* p. 35

⁸² Cfr. Roalandini, Jesús. *Ob cit.* p. 99

Artículo 1830. “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Artículo 1831. “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

En este mismo sentido se manifiesta la LGTOC ya que en sus artículos 381 y 382 señala:

Artículo 381.- “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, **para ser destinados a fines lícitos y determinados**, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

Artículo 382.- “El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, **siempre que su fin sea lícito y determinado**, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario”.

Es conveniente señalar la diferencia que existe entre objeto y fin, a efecto de evitar confusiones; Dávalos Mejía señala: “los bienes que forman el objeto del fideicomiso no son el fin lícito al que se destinan, pues son cosas diferentes, por una parte, el fin del fideicomiso (Art. 381 de la LGTOC) y, por otra, el objeto, que son los bienes y derechos afectados (Art. 386 de la LGTOC)

Fin. Al que se destina el objeto, que debe ser lícito y determinado, y al que solo puede llegar la fiduciaria (Art. 381 de la LGTOC).

Objeto. Cualquier clase de bienes y derechos, propiedad del fideicomitente (Art. 386 LGTOC).⁸³

En este orden de ideas, el fin del acto jurídico implica el destino que el fideicomitente decidió darle a los bienes que afectó en el contrato. La ley

⁸³ Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit.* p. 562.

cambiaría señala que el fin del fideicomiso puede ser cualquiera, siempre y cuando este:

- a) Sea lícito y determinado (Arts. 381, 382);
- b) No se constituya en fraude de terceros (Art. 386, tercer párrafo);
- c) No sea secreto (Art. 394 fracción I.);
- d) No conceda beneficios a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la muerte de la anterior (Art. 394, fracción II);
- e) La vigencia del contrato no exceda de más de cincuenta años, en el supuesto de que se designe como fideicomisaria a una persona moral, que no tenga el carácter de derecho público o institución de beneficencia, estableciéndose como excepción, aquellos que tengan como finalidad la conservación de museos de carácter científico o artístico y no tengan fines de lucro (Art. 394, fracción III).

2.3.2.4. Forma

La forma es definida por Bejarano Sánchez como “La manera como se exterioriza la voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad.”⁸⁴

Su falta no produce la nulidad absoluta del acto jurídico, sino que es nula relativamente, siendo posible darle validez al acto cuando el requisito formal es cumplido.

No obstante lo anterior, en la actualidad es conveniente para las partes contratantes satisfacer este requisito, ya que en opinión del doctor Acosta Romero “... La forma en los actos jurídicos se exige para brindar a las partes mayor oportunidad de reflexionar acerca del acto mismo, seguridad en sus operaciones,

⁸⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. *Ob cit.* p. 67.

precisión en las obligaciones y derechos que deriven de estos actos, reduciendo, por ende, el número de litigios que su interpretación o cumplimiento generan.”⁸⁵

Resulta atinado el comentario del autor citado, ya que la forma implica para las partes una garantía de seguridad jurídica desde el momento en que se constituye el fideicomiso, toda vez que no entorpecerá el cumplimiento de los fines del contrato.

En el fideicomiso, la forma como requisito de validez, consiste en la manera en que deben transmitirse los bienes y derechos a la institución fiduciaria y los efectos que produce dicha transmisión respecto a terceros.

El artículo 387 de la LGTOC establece la forma en que debe exteriorizarse el fideicomiso, señalando que debe constar por escrito.

La Obligatoriedad de la forma escrita para la constitución del fideicomiso implica que los fideicomisos verbales no producen efecto jurídico alguno, por que invariablemente deben hacerse por escrito.

Existen dos tipos de contratos escritos previstos en el Código Civil Federal, y son:

- a) Aquellos que se constituyen en escrito privado; y
- b) Los que se constituyen en mediante escritura pública.

El escrito privado lo define el Dr. Acosta Romero como: “... aquél que celebran las partes sin que se requiera, para su validez, la presencia de un notario público en el momento de su celebración.”⁸⁶

⁸⁵ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob. cit.* p. 292

⁸⁶ *Ibidem.* p. 293

Derivado de lo anterior, existen algunos supuestos en los cuales se permite a las partes celebrar un contrato de fideicomiso en escrito privado tratándose de⁸⁷:

a) Aquellos cuya materia este constituida únicamente por bienes muebles, incluyendo al dinero.

b) Aquellos cuya materia este constituida por bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, en los siguientes casos:

b.1) Cuando su valor de avalúo no sea mayor al equivalente de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente el Distrito Federal en el momento de la operación o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma (arts. 2316,2317 y 2320 del Código Civil para el Distrito Federal). En estos casos, podrá otorgarse un escrito privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez competente o Registro Publico de la Propiedad.

La escritura pública es aquélla que para efectos de validez, requiere de la presencia de un notario público.

En los fideicomisos que se constituyen en escritura pública se presentan dos hipótesis:

a) Aquellos cuya materia este constituida por bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos.

b) Los que por disposición de ley deban revestir esa formalidad. En este sentido, el artículo 1834 del Código Civil Federal dispone: “Cuando la ley exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación...”

⁸⁷ Idem.

Por su parte el artículo 388 de la ley cambiaria establece que si el objeto del fideicomiso consiste en bienes inmuebles, éste: “deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Publico del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.”

Esta disposición es con la intención de salvaguardar los derechos de las partes, ya que puede darse el caso del surgimiento de un mejor derecho de terceros frente aquellas, ocasionando un difícil cumplimiento de los fines del fideicomiso.

2.4. Clasificación de los Fideicomisos

Un sector de la doctrina establece dos criterios de clasificación de los fideicomisos, el primero es de acuerdo a los fines del fideicomiso, el segundo es con base a la forma de creación del contrato de fideicomiso.

2.4.1. Clasificación según los fines del fideicomiso

Esta Clasificación es en virtud de los fines por lo que fue creado el fideicomiso o que pretende alcanzar el fideicomitente, así los fideicomisos pueden clasificarse en:

- a) Administración
- b) Garantía
- c) Inversión

2.4.1.1. Fideicomisos de Administración

En el fideicomiso de administración, se transmiten bienes o derechos a la fiduciaria con el fin de que sean preservados o acrecentados. Villagordoa Lozano, señala que en estos fideicomisos se presentan dos tipos de actividades, la primera es la inversión en la que se afectan bienes o derechos con el fin de obtener un rendimiento; la segunda consiste en la guarda y conservación de los bienes o derechos que se afectan.⁸⁸

2.4.1.2. Fideicomisos de Garantía

Este tipo de fideicomisos se constituyen con el fin de que los bienes o derechos que fueron afectados sean garantía para el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente. Señala Roalandini, que en caso de incumplimiento de la obligación, el fiduciario adquiere la propiedad plena de los bienes o derechos y está facultado para realizar su venta o remate y así pueda pagar con su producto la obligación incumplida.⁸⁹

Por otro lado, expresa Roalandini: “Actualmente, este tipo de operación fiduciaria tiene mucha aceptación por la seguridad que proporciona al acreedor en la recuperación de créditos, ya que por virtud de la naturaleza jurídica del fideicomiso, los bienes afectos salen del patrimonio del fideicomitente y pasan en propiedad fiduciaria, creándose así un patrimonio autónomo, lo que facilita su ejecución en caso de incumplimiento”.⁹⁰

Asimismo, sugiere: “debe preverse una cláusula de reversión para el caso de cumplimiento por parte del fideicomitente o deudor”.⁹¹

⁸⁸ Cfr. Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* pp. 227 - 228

⁸⁹ Cfr. Roalandini, Jesús. *Ob cit.* p. 68

⁹⁰ *Ibidem.* p. 69

⁹¹ *Idem.*

2.4.1.3. Fideicomisos de Inversión

En este tipo de fideicomisos señala Roalandini⁹², “... el fideicomitente afecta recursos en dinero o valores para que el fiduciario los invierta y reinvierta en instrumentos, ya sea de renta fija o variable, según se le indique, al mejor rendimiento posible en beneficio del propio fideicomitente o de la persona que este designe”.

2.4.2. Clasificación según por la forma de creación del fideicomiso

2.4.2.1. Fideicomisos Testamentarios

Señala Dávalos Mejía⁹³ el fideicomitente, “...que dispone de sus bienes para después de su muerte, manifiesta su voluntad sucesoria en las cláusulas del fideicomiso, que será cumplida por el fiduciario sin necesidad de iniciar diligencias, ni de sucesión legítima ni testamentaria; por tanto, a su muerte no se requerirá la intervención del órgano jurisdiccional ni de notario público”.

2.4.2.2. Fideicomisos Públicos

El doctor Acosta Romero, proporciona la siguiente definición de fideicomiso público: “el fideicomiso público es un contrato por medio del cual, el gobierno federal, los gobiernos de los estados o los ayuntamientos, con el carácter de fideicomitentes, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación) del dominio privado de la federación, entidad federativa o municipales, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria para realizar un fin lícito determinado, de interés público.”⁹⁴

⁹² Ibidem. p. 68

⁹³ Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit.* p. 613

⁹⁴ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, p. 347

El maestro Villagordoa Lozano, menciona que el origen de estos fideicomisos es la satisfacción de las necesidades de un determinado grupo o clase social y el fin que se persigue en ellos es el cumplimiento de una función social, pues a través de su operación se garantiza el correcto manejo de fondos públicos y se promueve el desarrollo económico y social del país.⁹⁵

El doctor De la Fuente Rodríguez, define al fideicomiso público como: “aquellas entidades constituidas por el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que tienen como principal objetivo canalizar los recursos crediticios a través de la Banca de primer piso, con tasas de interés menores que las del mercado, a sectores considerados como prioritarios para el desarrollo económico del país.”⁹⁶

2.5. Marco Jurídico

El maestro Villororo Toranzo señala que en nuestro sistema jurídico, existen normas jurídicas en el ámbito de validez que presentan por un lado relaciones de dependencia jerárquica de una norma respecto de otra, y por otro lado una relación de independencia de dos normas entre sí, dependiendo de una norma de jerarquía superior, normalmente llamada norma fundamental o primaria.⁹⁷

Con base a lo anterior, este autor ha establecido grados de clasificación normativa en virtud de la jerarquía que guarda una norma jurídica respecto de otra, y consiste en:

- 1) Norma fundamental. Prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁵ Cfr. Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* P. 240

⁹⁶ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Ob. cit.* p. 427

⁹⁷ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho.* 18ª Edición. Porrúa. México. 2004 p. 302

- 2) Normas secundarias. Previstas en las leyes que han sido aprobadas por el Congreso de la Unión, así como los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con la Carta Magna.
- 3) Normas reglamentarias. Previstas en los reglamentos, decretos, circulares y acuerdos emitidos por el Poder Ejecutivo Federal y, en su caso, por las Secretarías de Estado, Organismo Públicos Desconcentrados o en su caso por una persona de derecho público con carácter autónomo.
- 4) Normas Individualizadas. Previstas en las decisiones del Poder Judicial o del Poder legislativo.

El fideicomiso está regulado por diversos ordenamientos legales. Por lo que siguiendo el criterio de clasificación del doctor Acosta Romero se puede señalar que existen dos aspectos en el mismo, uno objetivo y otro subjetivo.

“El aspecto objetivo, es la regulación de la figura del fideicomiso, que se encuentra principalmente de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los numerales 381 al 407, siendo esta ley es de carácter secundario.”⁹⁸

El aspecto subjetivo, “es la regulación de la actividad fiduciaria y se encuentra en diversas leyes, reglamentos y disposiciones administrativas.”⁹⁹

La regulación subjetiva de conformidad a la clasificación que hace Roalandini¹⁰⁰ se encuentra prevista en los siguientes ordenamientos:

I. Leyes secundarias reguladoras de las Instituciones Fiduciarias:

- a) Ley de Instituciones de Crédito
- b) Ley del Mercado de Valores
- c) Ley Federal de Instituciones de Fianzas

⁹⁸ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob. cit.* p. 445

⁹⁹ *Ibidem.* p. 446

¹⁰⁰ Cfr. Roalandini, Jesús. *Ob. cit.* pp. 131 - 132

- d) Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros
- e) Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

II. Legislación de Autoridades del Sistema Financiero Mexicano:

- a) Ley del Banco de México
- b) Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

III. Circulares:

a) Circulares del Banco de México:

a.1) 2019/95: Regula las Operaciones Activas, Pasivas y de Servicios de los Intermediarios Financieros.

a.2) 1/2005 Bis 1: Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de crédito; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas, sociedades financieras de objeto limitado y la financiera rural, en las operaciones de fideicomiso

b) Circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

IV. Leyes sobre fideicomiso publico:

- a) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- b) Ley Federal de Entidades Paraestatales

V. Legislación mercantil y civil supletoria:

- a) Código de Comercio
- b) Código Civil Federal

2.6. Elementos Personales del Fideicomiso

Son tres los elementos personales que intervienen en el contrato de fideicomiso:

- a) Fideicomitente
- b) Fiduciario
- c) Fideicomisario

2.6.1. Fideicomitente

Constituye el primer elemento personal en la relación jurídica que se presenta en esta institución, es el sujeto que crea el fideicomiso mediante la aportación sus bienes y derechos para el cumplimiento de los fines que desea.

El jurista Acosta Romero define al fideicomitente como: “la persona física o moral (...) que mediante una manifestación expresa de su voluntad y teniendo la capacidad legal para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario para constituir al fideicomiso, a fin de que se realicen con ellos los fines para los que se constituye”.¹⁰¹

Por su parte el doctrinario Villagordoa Lozano señala: “es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario”.¹⁰²

El artículo 384 de la LGTOC establece:

Artículo 384.- “Solo pueden ser fideicomitentes **las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos** objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello”.

¹⁰¹ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, pp. 221 - 222

¹⁰² Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* P. 186

Respecto a lo establecido por este artículo, se desprende el concepto de persona, la doctrina la define como todo ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones y se clasifica en dos tipos: personas físicas y personas morales.

Ortiz Soltero, expresa que una persona física son “todos los seres humanos, sin distinción de edad, nacionalidad y religión, preparación o sexo, susceptibles de derechos y obligaciones”.¹⁰³

Para el doctor Acosta Romero la persona física es “la expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre”.¹⁰⁴

La persona moral es definida por Ortiz Soltero como “el grupo de personas físicas organizadas a las que la ley les reconoce personalidad y capacidad de gozar y ejercer derechos y obligaciones”.¹⁰⁵

El maestro Acosta Romero¹⁰⁶ señala que la existencia de la persona moral requiere de dos elementos:

° Que se constituya como un ente diferente y distinto de los individuos que la componen.

° Que el Estado reconozca a dicho ente derechos y obligaciones de carácter patrimonial diferentes a los de sus acreedores.

El CCF señala en su artículo 25 que son las personas morales:

Artículo 25.- “Son personas morales:

¹⁰³ Ortiz Soltero, Sergio. Ob cit. p. 109

¹⁰⁴ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, p. 222

¹⁰⁵ Ortiz Soltero, Sergio. Ob cit. p. 109

¹⁰⁶ Cfr. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, p. 226

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

La capacidad exigida por el artículo 384 de la LGTOC, debe entenderse como los requisitos que debe reunir una persona física o moral para adquirir el carácter de fideicomitente y por consiguiente afectar bienes para los fines del fideicomiso.

Ortiz Soltero, señala que el fideicomitente podrá ser “aquella persona física o moral que tiene tanto la capacidad de goce como de ejercicio y que además sea el propietario de los bienes o derechos que vayan a ser afectos al fideicomiso, es decir que tenga la libre disposición de sus bienes, por lo que si un apoderado a nombre del propietario de los bienes o derechos, pretende fideicomitirlos deberá ser a través de un poder especial para este acto en particular o tener un poder general de actos de dominio y no uno de administración ya que la afectación de bienes es un acto de disposición”.¹⁰⁷

En el mismo sentido se expresa Roalandini considera que al ser un acto de dominio el fideicomitir bienes o derechos, los tutores, curadores, menores

¹⁰⁷ Ortiz Soltero, Sergio. Ob cit. p. 110

emancipados requieren de autorización judicial para poder afectar dichos bienes o derechos a un fideicomiso.¹⁰⁸

Tratándose de personas extranjeras físicas o morales, si tienen la capacidad jurídica para ser fideicomitentes, Ortiz Soltero, menciona que pueden realizar actos de comercio con los bienes o derechos de su propiedad en el país.¹⁰⁹

En el caso de las personas físicas extranjeras no se requiere autorización del gobierno para que puedan afectar bienes a un fideicomiso, siempre que se tenga capacidad de afectar dichos bienes o derechos y se respete el marco legal. Los artículos 147 y 148 del Reglamento de la Ley General de Población son el sustento legal de esta afirmación:

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

“Todos los actos a que se refiere el párrafo anterior, podrán realizarse por el extranjero directamente o por su representante, independientemente de que aquél se encuentre o no en el país. El transmigrante en ningún caso estará facultado para realizar los actos jurídicos a que se refiere este artículo”.

¹⁰⁸ Cfr. Roalandini, Jesús. *Ob cit.* pp. 107 - 108

¹⁰⁹ Cfr. Ortiz Soltero, Sergio. *Ob cit.* p. 111

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

En el caso de personas morales extranjeras, el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles les reconoce personalidad jurídica por lo que pueden realizar actos jurídicos en nuestro país, toda vez que tienen la facultad de contratar y de ser sujetos de derechos y obligaciones.

Artículo 250.- **“Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República”.**

El Artículo 75, fracción XXIV, del Código de Comercio reputa como actos de comercio a las operaciones reguladas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el fideicomiso es una operaciones regulada por esa ley, por lo que si una persona moral extranjera desea ser parte de un fideicomiso estará realizando un acto de comercio y deberá cumplir con lo establecido por el artículo 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece, que deben estar autorizadas por la Secretaria de Economía:

Artículo 251.- **“Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro.**

La inscripción sólo se efectuará previa autorización de la Secretaría de Economía, en los términos de los artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera.

Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación visado por un Contador Público titulado”.

La Ley de Inversión Extranjera establece en sus artículos 17 y 17-A, los requisitos para que la Secretaría de Economía otorgue la autorización para que puedan las personas morales extranjeras realizar operaciones de fideicomiso.

Artículo 17.- “Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría:

I.- Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República, y

II.- Las personas a que se refiere el artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho Código”.

Artículo 17 A.- “La autorización a que se refiere el artículo anterior, se otorgará cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país;

b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas, y

c) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo anterior, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal; o, en el caso de las personas a que se refiere la fracción II del artículo anterior, que tengan representante domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.

Toda solicitud que cumpla con los requisitos mencionados, deberá otorgarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada.

La Secretaría deberá remitir a la Secretaría de Relaciones Exteriores una copia de las solicitudes y de las autorizaciones que otorgue con base en este artículo.”

El artículo 2736, del Código Civil Federal, establece que dichas personas morales extranjeras se rigen en su funcionamiento y organización interna por el derecho extranjero de su creación.

Artículo 2736.- “La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

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

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión”.

Una vez cumplidos los requisitos anteriores, la persona moral extranjera podrá constituir un fideicomiso validamente en el país.

No obstante lo anterior, la persona física o moral extranjera que pretenda realizar operaciones de fideicomiso en zona restringida, deberá obtener un permiso de la Secretaria de Relaciones Exteriores, ya que como esta establecido en el artículo 27, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los extranjeros están impedidos para adquirir el dominio directo de tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Así a través de un fideicomiso se les permite el uso y aprovechamiento de bienes inmuebles localizados dentro de esta zona restringida, regulado por la Ley de Inversión Extranjera.

En su página de Internet, la Secretaria de Relaciones Exteriores¹¹⁰ se explica que los permisos que otorga para constituir fideicomisos en zonas restringidas, tiene por finalidad permitir el uso y aprovechamiento de bienes inmuebles ubicados en dicha zona a favor de extranjeros (personas físicas o morales) o bien, a sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros siempre y cuando el inmueble se destine a fines residenciales, por un periodo máximo de cincuenta años. El contrato de fideicomiso, deberá constar en escritura pública. El permiso es otorgado a instituciones de crédito para que adquieran como fiduciarias el dominio de los inmuebles y permitan su uso y aprovechamiento a los extranjeros.

Tampoco podrán las personas físicas o morales extranjeras, constituir fideicomisos de actividades económicas exclusivas para los mexicanos, ni en áreas estratégicas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 5º y 6º de la Ley de Inversión Extranjera.

Artículo 5o.- “Están **reservadas de manera exclusiva al Estado** las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

I.- Petróleo y demás hidrocarburos;

¹¹⁰ <http://www.ser.gob.mx/tramites/sociedades/tema2g.htm>

- II.- Petroquímica básica;
- III.- Electricidad;
- IV.- Generación de energía nuclear;
- V.- Minerales radioactivos;
- VI.- (Se deroga).
- VII.- Telégrafos;
- VIII.- Radiotelegrafía;
- IX.- Correos;
- X.- (Se deroga).
- XI.- Emisión de billetes;
- XII.- Acuñación de moneda;
- XIII.- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y
- XIV.- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables”.

Artículo 6o.- “Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, **están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:**

- I.- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;
 - II.- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;
 - III.- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;
 - IV.- Uniones de crédito;
 - V.- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia;
- y

VI.- La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley”.

El maestro Acosta Romero, señala que además de las personas físicas y morales establecidas en el artículo 25 del Código Civil Federal, pueden ser fideicomitentes las siguientes personas:

a) El Estado: Toda vez que esta facultado para crear fideicomisos públicos, con el fin de satisfacer un interés general y el fideicomitente designado es la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico.¹¹¹

b) El Fiduciario: Expresa el autor: “Puede hallarse fideicomisos en los que el fideicomitente lo sea una Institución de Crédito, persona moral, en su carácter de fiduciario de otro fideicomiso, situación que se presenta cuando, en virtud de las instrucciones que tal institución reciba, deba afectar la totalidad o parte de los bienes que forman el patrimonio fideicomitado para su cuidado en un nuevo fideicomiso”.¹¹²

c) Fundaciones: Señala “se reputan como tales las personas morales constituidas mediante la afectación de bienes de propiedad privada destinados a la realización de actos de asistencia, y pueden constituirse en vida del fundador o por testamento”.¹¹³

¹¹¹ Cfr. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, pp. 226-228

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

Sucesiones: En virtud de que se les reconoce personalidad jurídica, a través de su representante legal en este caso es el albacea, este tendrá la capacidad jurídica para ser fideicomitente, siempre y cuando sea facultado en lo dispuesto en el testamento.

El artículo 384, In Fine, señala que las autoridades judiciales y administrativas, podrán constituir fideicomisos, cuando tengan bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación estén a cargo de dichas autoridades.

2.6.2. Derechos del Fideicomitente

En virtud del vínculo jurídico que hay entre los sujetos que integran el fideicomiso, se estipulan derechos y obligaciones para las partes. El fideicomitente tiene los siguientes derechos:

° Señalar los fines del fideicomiso: Los cuales deben ser lícitos y determinados (Artículo 381 de la LGTOC)

° Constituir el fideicomiso, sin señalar fideicomisario, siempre y cuando, exista aceptación de la institución fiduciaria y el fin sea lícito y determinado (Artículo 382, tercer párrafo de la LGTOC)

° Designar a varios fideicomisarios. (Artículo 383, primer, párrafo de la LGTOC)

° Designar varios Fiduciarios. La ley faculta al fideicomitente para nombrar a varias instituciones fiduciarias, cuando exista inconveniente por parte de alguna fiduciaria de continuar con su desempeño, podrá ser reemplazada por otra o la gestión se haga de manera conjunta, esto es con la finalidad de dar fiel cumplimiento a los fines del fideicomiso. (Artículo 385 de la LGTOC)

° Prever la formación de un comité técnico, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades. Acosta Romero, expresa el artículo 80 de la LIC, no señala expresamente a quien corresponde el establecimiento de este comité, se puede inferir que el fideicomitente al ser quien constituye el acto corresponderá este derecho, sin perjuicio de que exista un acuerdo de voluntades fideicomitente y fideicomisario. (art. 80, tercer párrafo de la LIC)¹¹⁴

° Supervisión del fideicomiso. Acosta Romero, señala: “Este es uno de los derechos que el fideicomitente puede reservarse al constituir el fideicomiso. Y no obstante que no se haga mención expresa, puede ejercitarlo si en el acto constitutivo del fideicomiso se reservó el derecho de requerir cuentas, puesto que ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados”. Este derecho se ejercita paralelamente, al tiempo en que el fideicomitente solicite de la institución fiduciaria la rendición de cuentas de su gestión, con la finalidad de tener la certeza de que sus instrucciones se han acatado de manera efectiva.¹¹⁵

° Solicitar a la institución fiduciaria el cumplimiento de la obligación de rendir cuenta de su gestión. Este derecho se establece de manera expresa en la LIC en su artículo 84, segundo párrafo: “...Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción”.

° Remoción del Fiduciario. Si durante la gestión de la fiduciaria, se solicitan cuentas de su desempeño, y no satisfacen al fideicomitente, o resulta ser responsable de la pérdida o menoscabo de los bienes objeto del fideicomiso, el

¹¹⁴ Cfr. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, p. 237

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 234

fideicomitente podrá remover a la institución fiduciaria. (Artículo 84, segundo párrafo, LIC)

Artículo 84, segundo párrafo de la LIC: “Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, **sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción**”.

° Reversión de Bienes. Cuando acontezca la extinción del fideicomiso, los bienes o derechos deberán ser devueltos al fideicomitente o al fideicomisario y si existe confusión el juez de primera instancia decidirá, así lo establece el artículo 393 de la LGTOC. Villagordoa Lozano¹¹⁶, comenta: “Esta facultad no se debe otorgar en forma general al fideicomitente, porque hay numerosos casos en los que no procede, por tratarse de fideicomisos onerosos, en los cuales el fideicomitente recibe una contraprestación por la constitución del fideicomiso; en estos casos es imposible que dichos bienes o derechos reviertan al fideicomitente, pues la transmisión de los mismos debe realizarse al fideicomisario o a sus causahabientes”.

° Revocación del fideicomiso. La LGTOC establece que esa potestad del fideicomitente debe ser expresa y al momento de celebrarse el fideicomiso (artículo 392, fracción VI LGTOC)

° Designarse como fideicomisario. No está expresamente regulado en la LGTOC este derecho, pero al no estar prohibido por la ley es viable realizar esta conducta, toda vez que en algunos casos se afectan bienes o derechos para que sean administrados o acrecentados por la fiduciaria y el beneficiario sea el fideicomitente.

¹¹⁶ Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* pp. 188 - 189.

° Reservarse derechos sobre el objeto del fideicomiso. Este derecho se establece en función de cada caso concreto, ya que en ocasiones el fideicomitente resulta no ser fideicomisario, y en atención a sus intereses desea seguir vinculado al fideicomiso, por ejemplo: en un fideicomiso de garantía, el fideicomitente puede reservarse la posesión o el uso de los bienes, independientemente de que transmita la propiedad de los bienes, esto con la finalidad de poder arrendar, por citar un caso concreto que constituya un beneficio para el fideicomitente.

° Cesión de derechos. No existe disposición en la LGTOC o en la LIC que expresamente lo establezca, por lo que esta cesión es válida y permitida siempre y cuando no este prohibida por la ley o no se haya estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso.

2.6.3. Obligaciones del Fideicomitente

Las obligaciones del fideicomitente, se desprenden de cada caso concreto, por lo que se pueden pactar tantas obligaciones en función de las necesidades que el fideicomiso amerite.

° Transmitir al fiduciario los bienes y derechos que afecta en fideicomiso (Artículo 381 de la LGTOC)

° Pagar los honorarios estipulados a la fiduciaria. En virtud de que la institución fiduciaria esta en cumplimiento de su gestión, en ocasiones realiza erogaciones para realizar cabalmente las instrucciones del fideicomitente. Por otro lado puede pactarse en el contrato, que dicha obligación sea cumplida por el fideicomisario.

° Notificar a la fiduciaria cualquier acto que pudiera afectar el patrimonio.

° Responder del saneamiento por evicción. El fideicomitente deberá acreditar el título de propietario de los bienes y derechos, y que estos estén libres de cualquier gravamen.

2.6.4. Comité Técnico

El autor Ortiz Soltero define al comité técnico como: “un órgano sin personalidad jurídica, integrado por un número determinado de personas físicas y/o morales, creado por el fideicomitente y/o fideicomisario en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus modificaciones, para definir criterios, suplir lagunas contractuales, prever y, eventualmente, resolver controversias que puedan existir entre las partes, en atención a la diversidad de intereses fideicomisarios”.¹¹⁷

El artículo 80, párrafo tercero de la Ley de Instituciones de Crédito es el fundamento que justifica la existencia de este cuerpo colegiado, estableciendo lo siguiente:

Artículo 80, párrafo tercero.- “...En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, **se podrá prever la formación de un comité técnico**, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad”.

Acosta Romero, considera que la redacción de este artículo no es atinada, en virtud que el fiduciario no debe mantenerse al margen de las decisiones tomadas por el comité técnico, debido a que la fiduciaria es un perito técnico en la materia y quien ejecuta las instrucciones de este órgano colegiado.

¹¹⁷ Ortiz Soltero, Sergio. Ob cit. p. 58

El autor comenta que debe adicionarse el precepto legal señalando que el fiduciario no estará obligado a acatar las instrucciones del comité técnico cuando éste obre en exceso de las facultades que se le hayan conferido; asimismo apunta que si la fiduciaria estima que alguna instrucción es difícil de realizarse o que cause perjuicio a los fines del fideicomiso, deberá abstenerse de cumplir dichas ordenes señalando por escrito a este órgano las razones motivo de la abstención y en caso de no ser aceptadas, demandar la nulidad de las mismas ante el juez del domicilio de la fiduciaria.¹¹⁸

El nombramiento del comité técnico y el establecimiento de sus funciones y atribuciones, no esta reservada para alguna de las partes, siempre y cuando el fideicomitente no se haya reservado este derecho. Por lo que sería mejor que existiera un acuerdo de voluntades entre las partes para el nombramiento de dicho comité.

Existen reglas y facultades para el funcionamiento de dicho comité.

Entre las reglas aplicables al comité técnico en el fideicomiso, están las de cualquier otro cuerpo colegiado. Deben figurar las que se refieren a la frecuencia, duración, lugar, clases de sesiones ordinarias y extraordinarias, remuneración de los miembros del comité, los citatorios, quórum y votación, entre otras.

Las facultades que posee el comité técnico, son las siguientes:

- ° Autorización de inversiones al patrimonio fideicomitado.
- ° Establecer condiciones y precios de venta de los bienes objeto del fideicomiso.
- ° Conocer y aprobar los informes y estados financieros del fideicomiso.
- ° Aprobar el presupuesto del fideicomiso.

¹¹⁸ Cfr. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob cit.*, p. 268

° Designación y remuneración del personal que preste sus servicios al fideicomiso.

° Aprobar los programas de trabajo.

2.6.5. Fiduciario

El fiduciario es un elemento personal esencial en la constitución del fideicomiso, toda vez que se requiere de su consentimiento para la creación este acto jurídico, ya que de lo contrario no podría constituirse éste.

El jurista Roalandini¹¹⁹ define al fiduciario como: “la persona o la institución encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso”.

La LGTOC no proporciona ninguna definición de este elemento personal, sin embargo, establece las condiciones que se deben cumplir para ser fiduciaria, es decir, la capacidad jurídica para ser fiduciario, así lo dispone el artículo 385 de la Ley Cambiaria.

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

Comenta Ortiz Soltero¹²⁰: “La fiduciaria es, por regla general, la institución de crédito, ya sea múltiple o de desarrollo, autorizada por el Gobierno Federal para practicar las operaciones mencionadas en el artículo 46 fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito”.

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

“ ...

¹¹⁹ Roalandini, Jesús. *Ob cit.* p. 117

¹²⁰ Ortiz Soltero, Sergio. *Ob cit.* p. 117

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

Las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Casas de Bolsa, Sociedades Financieras de Objeto Limitado y el Banco de México, tienen la capacidad jurídica para ser fiduciarios, toda vez que sus respectivos marcos jurídicos lo autorizan para ello.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros:

Artículo 34.- “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 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”.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas:

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.

También, 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”.

Ley del Mercado de Valores:

Artículo 171.- “**Las casas de bolsa** podrán realizar las actividades y proporcionar los servicios siguientes, ajustándose a lo previsto en esta Ley y demás disposiciones de carácter general que al efecto expida la Comisión:

“ ...

“**XIV. Actuar como fiduciarias**”.

Regla Octava de las Reglas Generales a que deberán sujetarse las Sociedades a que se refiere la fracción IV del artículo 103 de la Ley de Instituciones de Crédito (SOFOLLES).- “Para la realización de su objeto, las sociedades solo podrán efectuar las operaciones siguientes:

“ ...

“VI. Las análogas y conexas que autorice el Banco de México”.

Ley del Banco de México:

Artículo 7o.- “El **Banco de México** podrá llevar a cabo los actos siguientes:

“ ...

“XI. Actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo”.

2.6.6. Derechos del Fiduciario

El artículo 391 de la ley cambiaria señala de manera general cuales son los derechos y obligaciones del fiduciario:

Artículo 391.- “La institución fiduciaria **tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso**, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; **estará obligada** a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las perdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa”.

En virtud de lo anterior, los derechos y obligaciones del fiduciario derivan de la ley y del acto constitutivo del fideicomiso. Los derechos del fiduciario son los siguientes:

° Ejercer actos de dominio. Comenta el jurista Acosta Romero¹²¹ “Si bien es cierto es cierto que LGTOC no señala específicamente los actos o facultades que el fiduciario puede celebrar o ejercer, siendo el fiduciario el titular de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso, en ocasiones requiere de ejercer actos

¹²¹ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob. cit.* p. 241

de dominio respecto de dichos bienes, para poder cumplir los fines del fideicomiso. Por lo que deberá seguir las instrucciones que al efecto reciba del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico”.

° Transigir, comprometerse en árbitros y desistirse. El maestro Acosta Romero expresa que en casos de urgencia y para proteger los bienes afectos, es necesario que el fiduciario, cuente con facultades para litigar en juicios arbitrales con todas las consecuencias jurídicas que implica.¹²²

° Honorarios. Se fijan como contraprestación de los servicios derivados del contrato de fideicomiso. Acosta Romero¹²³ los define como “las percepciones o ingresos que reciben las instituciones fiduciarias cuando realizan un servicio por actividades relacionadas con fideicomisos, mandatos o comisiones”.

° Publicidad de Servicios. El artículo 94 de la LIC, dispone que las instituciones fiduciarias podrán publicitar sus servicios: Publicidad de servicios. “La Comisión Nacional Bancaria podrá ordenar la suspensión de la publicidad que realicen las instituciones de crédito cuando a su juicio ésta implique inexactitud, oscuridad, o competencia desleal entre las mismas, o que por cualquier otra circunstancia pueda inducir a error, respecto de sus operaciones y servicios”.

° Renuncia o excusa al cargo. La fiduciaria podrá renunciar o excusarse del cargo solo por causas graves, siempre que sea autorizado por el juez de primera instancia del lugar de su domicilio, así lo establece el artículo 391 de la LGTOC.

2.6.7. Obligaciones del Fiduciario

° Cumplimiento exacto de lo estipulado en el contrato de fideicomiso. El artículo 391 de la ley cambiaria establece que la institución fiduciaria tiene como obligación principal cumplir el fin pactado en el acto constitutivo del fideicomiso.

¹²² Cfr. Ibidem. p. 242

¹²³ Ibidem. p. 313

° Registros Contables. La fiduciaria deberá realizar el registro correspondiente para cada contrato del dinero y demás bienes, valores o derechos que le sean confiados, para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, estableciéndose que dichos bienes no estarán sujetas a ninguna responsabilidad mas que la derivada del propio contrato de fideicomiso. De acuerdo a lo establecido por el artículo 79 de la LIC:

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

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

° Devolución de los bienes fideicomitados. El artículo 393 de la LGTOC, señala que el fiduciario devolverá los bienes y derechos afectos al fideicomiso ya sea al fideicomitente, si se reservo el derecho, o al fideicomisario, y en caso de confusión será el juez de primera instancia del domicilio de la institución fiduciaria quien el que resolverá dicha circunstancia.

° Secreto Fiduciario. El fiduciario debe ser discreto y no difundir la documentación e información del fideicomiso, y solo estará obligado a proporcionar dicha información a las autoridades judiciales y/o administrativas que tengan interés jurídico en el fideicomiso, así lo dispone el artículo 117 de la LIC:

Artículo 117.- “La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente Ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Como excepción a lo dispuesto por el párrafo anterior del citado artículo, las instituciones de crédito estarán obligadas a dar las noticias o información a que se refiere dicho párrafo, cuando lo solicite la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular o, en su caso, el fideicomitente, fideicomisario, fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sea parte o acusado. Para los efectos del presente párrafo, la autoridad judicial podrá formular su solicitud directamente a la institución de crédito, o a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las instituciones de crédito también estarán exceptuadas de la prohibición prevista en el primer párrafo del artículo 117 de la LIC y, por tanto, obligadas a dar las noticias o información mencionadas, en los casos en que sean solicitadas por las siguientes autoridades:

I. El Procurador General de la República o el servidor público en quien delegue facultades para requerir información, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

II. Los procuradores generales de justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal o subprocuradores, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

III. El Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

IV. Las autoridades hacendarias federales, para fines fiscales;

V. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para efectos de lo dispuesto por el artículo 115 de la presente Ley;

VI. El Tesorero de la Federación, cuando el acto de vigilancia lo amerite, para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos, auxiliares y, en su caso, particulares relacionados con la investigación de que se trate;

VII. La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública Federal y respecto a cuentas o contratos a través de los cuáles se administren o ejerzan recursos públicos federales;

VIII. El titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales.

La solicitud de información y documentación a que se refiere el párrafo anterior, deberá formularse en todo caso, dentro del procedimiento de verificación a que se refieren los artículos 41 y 42 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y

IX. El Instituto Federal Electoral.

Las autoridades mencionadas en las fracciones anteriores solicitarán las noticias o información a que se refiere este artículo en el ejercicio de sus

facultades y de conformidad con las disposiciones legales que les resulten aplicables”.

° Responsabilidad Civil. El fiduciario debe realizar los actos tendientes a la conservación y vigilancia de los bienes o derechos fideicomitidos, entonces si por negligencia, mala fe o exceso en sus facultades sufren daño, deterioro o menoscabo, asumirá la responsabilidad civil de reparar los daños y perjuicios causados al patrimonio fideicomitado. Así lo establecen los artículos 80, segundo párrafo y 91 de la LIC:

Artículo 80, segundo párrafo.- “... **La institución responderá civilmente** por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley”.

Artículo 91.- “Las instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente”.

° Rendición de cuentas. El fiduciario debe rendir cuentas sobre sus actos y manera de administrar el fideicomiso, así lo establece el artículo 84 de la LIC:

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

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio

de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción”.

2.6.8. Prohibiciones del Fiduciario

Las prohibiciones de la fiduciaria se encuentran señaladas en los artículos 106, fracción XIX de la LIC y 394 de la LGTOC, respectivamente:

° Realizar operaciones con la misma institución fiduciaria. El Art. 106 fracción XIX Inciso a) señala que a las instituciones de crédito les estará estrictamente prohibido: “a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses.”

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

° Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente, excepto tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y de fideicomisos a través de los cuales se emitan valores que se inscriban en el Registro Nacional de Valores de conformidad con lo previsto en la Ley del Mercado de Valores, así lo establece el artículo 106 fracción XIX inciso c) de la LIC.

° Ausencia de responsabilidad por resultados financieros. Señala Dávalos Mejía¹²⁴ que “No se puede obligar a responder ante los fideicomisarios por las consecuencias de los siguientes asuntos: 1. por el incumplimiento de los deudores de los créditos que conceda; 2. por el incumplimiento de los emisores de los títulos que adquiera; 3. tampoco puede garantizar el rendimiento de los fondos que se le hayan confiado en fideicomisos de inversión (Art. 106, fracción XIX, inciso b, de la LIC). La única excepción, y entonces responderá, es la negligencia y culpa grave”.

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

° Administración de fincas rústicas. Atento al artículo 106, fracción XIX, inciso g) de la LIC, que establece: “...g) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos a la producción o fideicomisos de garantía”. Siendo excepción a lo previsto por este numeral los fideicomisos con fines testamentarios, los de

¹²⁴ Dávalos Mejía, Carlos. *Ob cit.* p. 588

garantía en donde dicha finca sea la garantía y los traslativos de dominio por pago.

Pactar fideicomisos que estén prohibidos por la ley, según lo dispuesto por el artículo 394 de la LGTOC:

° Fideicomisos Secretos.

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

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

2.6.9. Delegado Fiduciario

Las instituciones autorizadas por la ley para desempeñar el cargo de fiduciario, requieren de un representante persona física, para que ejecute el fideicomiso, esta persona se le denomina delegado fiduciario, así lo establece el artículo 80 de la LIC:

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

El maestro Ortíz Soltero¹²⁵ define al delegado fiduciario como: “la persona física, generalmente perito en derecho, que mantiene una relación laboral de subordinación con la institución fiduciaria y que la obliga, con su firma, en la celebración de cualquier acto jurídico que implique la constitución, modificación o ejecución de fideicomisos, mandatos o comisiones mercantiles”.

Las personas que aspiren a ser delegados fiduciarios deben cubrir cierto perfil, destacándose como cualidades las de honorabilidad y la elegibilidad crediticia, además requieren de la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así lo establecen los artículos 24 y 24-bis de la LIC.

Ortíz Soltero¹²⁶ comenta: “la calidad de delegado fiduciario surge del nombramiento hecho, a favor de una persona física, por el consejo de administración o por el consejo de directores, según se trate de banca múltiple o banca de desarrollo. El delegado fiduciario es la única persona reconocida por la ley y facultado por el consejo de administración o por el consejo de directores, según sea el caso, para formalizar y ejecutar los actos materiales que conlleven a la celebración y al cabal cumplimiento de los términos y condiciones de los contratos de fideicomiso”.

La LIC en su artículo 90 primer párrafo establece que para que el nombramiento del delegado fiduciario surta efectos, éste deberá acreditar su personalidad exhibiendo una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo y deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio.

En virtud de lo anterior, se desprende que si el delegado fiduciario cometiere actos en perjuicio del fideicomiso, la institución responderá civilmente y penalmente, por los daños y perjuicios que se causen y dicha responsabilidad será

¹²⁵ Ortíz Soltero, Sergio. *Ob cit.* p. 53

¹²⁶ *Ibidem.* p. 54

directa e ilimitada, así lo establecen los artículos 80 párrafo segundo y 91 de la LIC.

Artículo 80 párrafo segundo.- “...La **institución responderá civilmente** por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley”.

Artículo 91.- “Las **instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente** de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente”.

2.6.10. Fideicomisario

El doctrinario Villagordoa Lozano¹²⁷ define al fideicomisario y considera que: “es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso”.

Acosta Romero¹²⁸ define a este elemento como: “la persona que recibe el beneficio del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad”.

La ley no proporciona una definición de este elemento personal, pero si establece la capacidad jurídica que se necesita para poder ser fideicomisario, el artículo 382 de la LGTOC establece:

Artículo 382.- “Pueden ser fideicomisarios las personas que **tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho** que el fideicomiso implica”.

¹²⁷ Villagordoa Lozano, José. *Ob cit.* p. 195

¹²⁸ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Roberto. *Ob. cit.* p. 254

Existen limitantes que impiden adquirir el carácter de fideicomisario y recibir los beneficios del fideicomiso, por lo que, no pueden ser fideicomisarios:

a) Extranjeros. Las personas físicas o morales extranjeras no pueden adquirir el carácter de fideicomisario cuyo objeto recaiga sobre áreas estratégicas, así lo dispone el artículo 5º de la Ley de Inversión Extranjera:

Artículo 5º.- “Están **reservadas de manera exclusiva al Estado** las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

- I.- Petróleo y demás hidrocarburos;
- II.- Petroquímica básica;
- III.- Electricidad;
- IV.- Generación de energía nuclear;
- V.- Minerales radioactivos;
- VI.- (Se deroga).
- VII.- Telégrafos;
- VIII.- Radiotelegrafía;
- IX.- Correos;
- X.- (Se deroga).
- XI.- Emisión de billetes;
- XII.- Acuñación de moneda;
- XIII.- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y
- XIV.- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables”.

No podrán ser Fideicomisarios cuando ello implique actividades económicas y sociedades reservadas exclusivamente para mexicanos o sociedades mexicanas

con cláusula de exclusión de extranjeros, así lo establece el artículo 6º de la Ley de Inversión Extranjera:

Artículo 6º.- “Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, **están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:**

I.- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;

II.- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;

III.- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;

IV.- Uniones de crédito;

V.- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y

VI.- La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley”.

b) Fiduciario. La Ley cambiaria establece en su artículo 382 que son nulos los fideicomisos en los cuales el beneficiario sea la institución fiduciaria. A esta prohibición del precepto legal existe una excepción, cuando se trata de garantizar el cumplimiento de una obligación incumplida a favor de la fiduciaria y las establecidas en las disposiciones legales.

El fideicomisario, no es indispensable para la creación del fideicomiso, así lo establece el artículo 382 de la LGTOC:

Artículo 382 párrafos segundo y tercero.- "...El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior".

"El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario".

2.6.11. Derechos del Fideicomisario

Los derechos del fideicomisario derivan del acto constitutivo y de la ley de la materia. A continuación señalaran algunos de ellos:

° Cumplimiento del fideicomiso. En virtud de lo establecido por el artículo 390 de la LGTOC, el fideicomisario podrá exigir a la fiduciaria los beneficios del fideicomiso, así como el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

° Anulación de los actos del fiduciario. De conformidad con el artículo 390 tendrá derecho el fideicomisario de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, por su mala fe o en exceso de sus facultades.

° Reivindicación de los bienes. Si la institución fiduciaria cometió algún acto que afecte a los bienes y salen de patrimonio, el fideicomisario tiene derecho a exigir la reivindicación de dichos bienes, así lo dispone el artículo 390 de la LGTOC.

° Reversión de bienes fideicomitados. El fideicomisario tiene derecho a que se le transmitan los bienes una vez concluido el fideicomiso, siempre y cuando se haya estipulado en el acto constitutivo o en sus modificaciones y en caso de duda el juez de primera instancia del domicilio de la institución fiduciaria será quien decida.

° Modificación del fideicomiso. Si en el acto constitutivo del fideicomiso se estipulo como irrevocable, el fideicomisario estará en aptitud de realizar las modificaciones que crea estime pertinentes, siempre y cuando no exista prohibición expresa en el contrato.

° Requerimiento de cuentas. El artículo 84, segundo párrafo de la LIC establece que es obligación de la fiduciaria rendir informe sobre sus actividades, entonces esto se convierte en un derecho para el fideicomisario.

Artículo 84.-“... **Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales**, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción”.

° Remoción del fiduciario. Si en el acto constitutivo se estableció este derecho, el fideicomisario podrá realizar la remoción de la institución fiduciaria.

2.6.12. Obligaciones del Fideicomisario

Las obligaciones del fideicomisario se establecen en virtud del acto constitutivo, por lo que son convencionales y se pueden pactar tantas obligaciones sean necesarias en función de cada fideicomiso en particular. Las obligaciones de este elemento personal son las siguientes:

° Pagos. El fideicomisario si así se estipuló deberá realizar el pago de honorarios a la institución fiduciaria, así mismo de impuestos, multas y recargos derivados del cumplimiento del fideicomiso.

° No interferir en las actividades que realice la fiduciaria para cumplir con los fines del fideicomiso.

° Avisar a la fiduciaria sobre cualquier problema que ponga en riesgo al patrimonio fideicomitado.

Hasta aquí se ha realizado una revisión al marco legal y doctrinal general que enmarca el fideicomiso en México. Asimismo, se explicó la esencia y operatividad de los participantes en el fideicomiso.

Lo anterior da una base firme y clara de lo que es esta institución, a fin de poder entender a cabalidad y en toda su dimensión a dicha institución en los procesos de bursatilización de hipotecas.

CAPITULO 3

LA HIPOTECA

3.1. Concepto

Para establecer un concepto del vocablo hipoteca, es de advertirse que este presenta tres acepciones, por lo que es necesario precisar cada una de ellas para estar en aptitud de proporcionar una definición.

3.1.1. Legal

El Código Civil Federal en su artículo 2893 define a la hipoteca de la siguiente manera:

Artículo 2893: “La hipoteca es una **garantía real** constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, 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”.

Como se desprende de la definición transcrita la hipoteca es definida como una garantía real, no obstante que dicha institución esta prevista en el libro de las obligaciones, en la sección relativa a los contratos. Lo cual me parece inexacto por parte de la ley, toda vez que no se menciona el acto jurídico que le da origen.

3.1.2. Doctrinal

La hipoteca en la doctrina presenta dos acepciones. Un gran sector de la doctrina la considera como un contrato; por otro lado se dice que la hipoteca es un derecho real de garantía, sin embargo, como sé vera más adelante ambas definiciones están íntimamente vinculadas.

A continuación se estudiará a la hipoteca desde el punto de vista contractual.

Entre los principales tratadistas que definen a la hipoteca como contrato encontramos a los siguientes:

El maestro Sánchez Medal expresa que esta institución, “es un contrato por el que el deudor o un tercero en una determinada obligación, concede al acreedor el derecho a hacer que se venda determinado bien en caso de incumplimiento de dicha obligación y a que se pague con su precio el pago de la misma con preferencia a otros acreedores”.¹²⁹

Por su parte Zamora y Valencia indica, “La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, a favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley”.¹³⁰

El maestro Pérez Fernández del Castillo expresa: “es un contrato en virtud del cual se constituye un derecho real sobre bienes enajenables que no se entregan al acreedor, para garantizar con su valor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”.¹³¹

El Doctor Domínguez Martínez define a la hipoteca como “el negocio jurídico, **sea contrato o acto unipersonal**, por el que el deudor hipotecario

¹²⁹ Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*, 17ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 489

¹³⁰ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*, 6ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p.405

¹³¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos civiles*, 9ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 359

constituye un derecho real sobre bienes determinados generalmente inmuebles enajenables, para garantizar al acreedor hipotecario el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago para el caso de incumplimiento de la obligación”.¹³²

Por lo que respecta al criterio que define a la hipoteca como derecho real, es de destacarse la definición que proporciona el ilustre jurisconsulto Rojina Villegas, señala el maestro que “la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación”.¹³³

Una vez que he expuesto los dos criterios doctrinales que conceptualizan a la hipoteca, se puede destacar lo siguiente:

° El acto jurídico que da nacimiento a la hipoteca puede ser a través del acuerdo de voluntades, es decir, un contrato o simplemente mediante una declaración unilateral de la voluntad, sancionada en sus consecuencias por la ley como se verá más adelante.

° A través de la constitución de esta figura surge a la vida jurídica un derecho real de garantía que afecta directamente a un bien, generalmente inmueble, sobre el que se constituye, por lo que este derecho es consecuencia del acto generador de la hipoteca.

¹³² Domínguez Martínez, Jorge. *Contratos*. 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 765

¹³³ Rojina Villegas Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo. 6º V. II 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 366

° Este derecho real señala Zamora y Valencia es oponible *erga homnes*, toda vez que aun cuando se haya transmitido el bien a favor de un tercero éste conserva el gravamen.¹³⁴

° Por su parte el maestro Lozano Noriega expresa que el titular de este derecho esta facultado para realizar cualquier conducta sobre el bien sin la intervención de otra persona. Existe una relación entre el titular del derecho real y el bien, que limita a cualquier persona que no posea la titularidad de éste a abstenerse de realizar acto alguno que implique la intromisión en el ejercicio de este derecho por su titular.¹³⁵

° Asimismo, concede a su titular el derecho de persecución, en virtud de que puede recuperar el bien, sin importar quien tenga la posesión de éste.

° Otra característica es que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el titular tendrá derecho de preferencia respecto a otros acreedores a ser pagado con valor del bien.

En virtud de lo anterior me permito proporcionar una definición de la hipoteca diciendo: *Es un contrato accesorio o aleatorio, ya que su validez y existencia depende de un contrato principal, generalmente es un mutuo, apertura de crédito o reconocimiento de adeudo, en virtud del cual se constituye un derecho real de garantía sobre bienes enajenables, determinados o sobre derechos reales, 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 la cosa, con preferencia respecto de otros acreedores.*

¹³⁴ Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Ob cit.* p. 406

¹³⁵ Cfr. Lozano Noriega, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, 5ª. Edición, Asociación Nacional del Notariado A.C., México, 1990, p. 411

3.2. Formas de constitución de la hipoteca

El acto constitutivo de la hipoteca puede realizarse por i) contrato; ii) declaración unilateral de la voluntad; y iii) ley.

Las dos primeras formas dan origen a la llamada hipoteca voluntaria, y la última a la hipoteca necesaria o legal.

Respecto a la constitución de la hipoteca a través de declaración unilateral de la voluntad, Sánchez Medal expresa como primer argumento que no existe a cargo del acreedor hipotecario ninguna obligación y segundo que no es necesaria la voluntad de éste para que se constituya a su favor el derecho real de hipoteca, ya que una cosa es tener la titularidad del derecho y otra el ejercerlo.¹³⁶

Respecto al primer argumento existen autores que consideran que el acreedor hipotecario tiene la obligación de cancelar el gravamen hipotecario una vez que se ha cumplido con la obligación principal, esto es debatible, en virtud de que en ocasiones existe mandamiento judicial por parte del juez en el que éste ordena al Registrador o Director del Registro Público de la Propiedad la cancelación de la hipoteca, lo anterior en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal estableciendo que: "... Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que ordenen una inscripción, anotación o cancelación en juicio en que registrador sea parte o el Director General sean parte, se cumplirán de inmediato".

En cuanto al segundo argumento se puede decir que cuando se hipoteca algún bien surge el derecho real de hipoteca, por lo que nada impide que se constituya por simple voluntad, siempre y cuando no se contravenga la ley ni se

¹³⁶ Cfr. Sánchez Medal, Ramón. *Ob cit.* p. 489

perjudiquen derechos de terceros. Lo anterior se fundamenta en lo señalado por el artículo 2920 del Código Civil Federal, el cual establece:

Artículo 2920. Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o ***impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.***

3.3. Elementos

Los elementos esenciales y de validez aplicables a cualquier acto jurídico en general son aplicables a la hipoteca cuando se constituye a través de contrato.

3.3.1. Consentimiento

El consentimiento se integra por el acuerdo de voluntades del acreedor hipotecario y del deudor hipotecario o de un tercero.

El deudor hipotecario puede ser la misma persona de la obligación principal o ser otra distinta a ésta.

Respecto al tercero el maestro Domínguez Martínez expresa: “el tercero ajeno a la relación principal participa en la hipoteca como deudor hipotecario, con la conformidad del acreedor o sin ésta y con la aceptación, en ausencia o contra la voluntad del deudor principal”.¹³⁷

Sobre este punto Sánchez Medal comenta que si un tercero es quien constituye la hipoteca, asume una obligación “*propter rem*” hasta el límite del valor de la cosa hipotecada y solo podrá liberarse de la obligación cuando el bien objeto de la garantía hipotecaria es enajenado o abandonado. Por lo que se actualiza la hipótesis de las llamadas “obligaciones ambulatorias” y toda vez que el acreedor

¹³⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob cit. p. 767

hipotecario es el titular del derecho real de hipoteca, éste está facultado para ejercer el derecho de persecución enderezando su acción en contra del poseedor a título de dueño del bien hipotecado, sin importar que éste no haya sido el primero en constituir la hipoteca.¹³⁸

3.3.2. Objeto

El objeto de la hipoteca son los bienes sobre los cuales se impone el gravamen en virtud de la constitución de ésta.

“Los bienes que pueden ser materia de hipoteca deben reunir ciertas características, asimismo se debe precisar cuáles susceptibles de hipotecarse, a que bienes se extiende el derecho de hipoteca, cuáles no comprende el derecho y que bienes está prohibido hipotecar”.¹³⁹

Para que un bien pueda hipotecarse debe tener ciertas características, estos deben ser enajenables y determinados.

El artículo 2906 del CCF dispone:

Artículo 2906.- “Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y **solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados**”.

Señala el maestro Zamora y Valencia: “La razón de ser de que los bienes susceptibles de hipoteca sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor para con el pagar el crédito garantizado”.¹⁴⁰

¹³⁸ Cfr. Sánchez Medal, Ramón. Ob. cit. 493

¹³⁹ Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 408

¹⁴⁰ Ibidem. p. 409

En cuanto a la determinación de los bienes el CCDF en su artículo 2985 establece que:

Artículo 2895. La hipoteca **sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.**

Con relación a esta característica, se explicará en el apartado relativo a los principios de la hipoteca.

3.3.2.1. Naturaleza inmueble o mueble de los bienes

Precisar los bienes que son susceptibles de hipoteca resulta interesante ya que el CCF en su artículo 2983 no precisa sobre que tipo de bienes recae la hipoteca.

Artículo 2893. La hipoteca es una garantía real constituída 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.

Sobre el particular, la doctrina se ha pronunciado de la siguiente manera:

El maestro Lozano Noriega expresa: “La hipoteca, generalmente, recae sobre bienes inmuebles. En el Código Civil de 1870 y en el de 1884, Artículo 1823, se decía expresamente que la hipoteca era un derecho real constituido sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales constituidos sobre inmuebles; se señalaba esta nota en la definición de la hipoteca; en nuestro Código vigente se ha suprimido esa exigencia; en la definición sólo se dice que la hipoteca es una garantía real constituída sobre bienes que no se entregan...etc.”¹⁴¹

Continúa señalando que ante esta situación surge la interrogante de saber si en la legislación civil es válida la constitución de una hipoteca sobre bienes

¹⁴¹ Lozano Noriega, Francisco. Ob cit. p. 415

muebles. Comenta que en la exposición de motivos del Código Civil vigente se limito a decir que: “En la hipoteca se hicieron numerosas modificaciones; pero solo mencionaremos las siguientes: se establece la divisibilidad de la hipoteca, disponiendo que cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un sólo crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y que pueda cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagando la parte del crédito que garantiza. Se estableció, además, que cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente, se divida, se repartirá equitativamente el gravamen entre las fracciones. Al efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario, y si no se consiguiera este acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos”.¹⁴²

En virtud de lo anterior plantea la interrogante de porque no se incluyo en la exposición de motivos la cuestión planteada. Asimismo, apunta que hace suponer, que no se trató de modificar el sistema hipotecario permitiendo la hipoteca mobiliaria, sino que la corrección se hizo no para permitir que cualquier bien mueble fuese hipotecado, sino porque aun dentro del Código Civil del 1884, como excepción, se admitía la hipoteca sobre ciertos muebles: la hipoteca de embarcaciones, que son bienes muebles. Por lo que la definición era susceptible de oponer excepciones, motivo por el cual suprimió la parte relativa al tipo de bienes sobre los cuales recae la hipoteca, no por el hecho de permitir la hipoteca mobiliaria.¹⁴³

Por su parte el Dr. Domínguez Martínez advierte que los bienes susceptibles de hipotecarse no necesariamente deben ser de naturaleza inmueble. Toda vez que el artículo 2983 del CCDF no exige como requisito que tipo de bienes podrán ser objeto de la garantía hipotecaria, ya que así lo estableció el legislador en la exposición de motivos, no obstante lo anterior, no es

¹⁴² Ibidem. p 415

¹⁴³ Cfr. Ibidem. pp. 415-416

recomendable pensar en una libertad absoluta de hipotecar bienes muebles. El legislador hace la salvedad de que la supresión del señalamiento del carácter inmueble del bien a hipotecar es sólo para dar cabida a las hipotecas sobre muebles que otras leyes han regulado, como las de las embarcaciones, las aeronaves, etcétera. Aunado a lo anterior los siguientes preceptos del CCDF que regulan la hipoteca aluden a predio, finca, inmueble o no mencionan nada al respecto pero ninguno de ellos se refiere concretamente a bien mueble.¹⁴⁴

El maestro Sánchez Medal comenta que no es requisito indispensable que los bienes hipotecables sean inmuebles, en virtud de que el CCF en su artículo 2983 no lo alude a ello, a diferencia de lo que exigía el Código Civil de 1884 en su artículo 1823, ya que es posible que la hipoteca recaiga en bienes muebles, por ejemplo, hipotecas mercantiles sobre embarcaciones o sobre negociaciones comerciales. Motivo por el cual se suprimió el requisito de ser bienes inmuebles aquellos objeto de la garantía.¹⁴⁵

Continúa apuntando “no existen hipotecas civiles sobre muebles, toda vez que la garantía real sobre muebles que no se entregan al acreedor, sino que los conserva el deudor, es siempre la prenda y nunca la hipoteca, por lo que en realidad la hipoteca civil siempre recae sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales sobre inmuebles que también son bienes inmuebles”.¹⁴⁶

En virtud de las consideraciones anteriores, se puede afirmar que la hipoteca sobre bienes muebles en materia civil, no es posible su constitución, ya que el contrato por excelencia, en el cual se constituye un gravamen sobre bienes muebles es la prenda, por lo que debe descartarse dicha posibilidad de constituir en el derecho común una hipoteca sobre bienes muebles. Así mismo, dentro de los preceptos comprendidos dentro del capítulo que regulan a la hipoteca en el Código Civil para el Distrito Federal, en los diversos numerales siempre se hace

¹⁴⁴ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob cit. p.784

¹⁴⁵ Cfr. Sánchez Medal, Ramón. Ob cit. p. 495

¹⁴⁶ Idem.

alusión a predio, finca, inmueble, y en ningún caso se menciona a los bienes muebles.

3.3.2.2. Bienes susceptibles de ser hipotecados

Los bienes susceptibles de hipotecarse pueden ser algunos derechos reales que se constituyen sobre inmuebles.

Expresa Lozano Noriega que cuando una persona hipoteca un bien inmueble, lo que hipoteca el deudor es un derecho que le permite actuar sobre la cosa; y la hipoteca no impide al deudor hipotecario conducirse respecto de ese bien como dueño; simplemente cuando la hipoteca se actualiza, esto es, que el acreedor hipotecario pueda ejercitar la acción real porque la obligación sea exigible y no se haya cumplido con ella, en ese momento ese derecho real se actualiza e impide al dueño de la cosa ejercitar determinados derechos.¹⁴⁷

En virtud de lo anterior son hipotecables:

- a) La nuda propiedad
- b) Usufructo
- c) Derecho de copropiedad
- d) Derecho de superficie
- e) Servidumbres

a) Nuda propiedad

El artículo 2900 del CCF establece:

Artículo 2900. Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado.

¹⁴⁷ Lozano Noriega, Francisco. Ob cit. p. 419

Lo establecido por el precepto citado es motivo de análisis, ya que como apunta Rojina Villegas puede hipotecarse la nuda propiedad, sin comprender el usufructo que corresponde a otro titular; por otro lado solo puede hipotecarse el usufructo, siendo posible la consolidación de este en la persona del propietario.¹⁴⁸

En la primera hipótesis señala que una vez extinguido el usufructo se consolida la propiedad, la hipoteca gravara en su totalidad el inmueble, sin embargo económicamente no representa para el acreedor hipotecario provecho pleno, toda vez que en caso de remate del inmueble solo se remataría la nuda propiedad y no así el usufructo.

Respecto a la consolidación del usufructo expresa¹⁴⁹ que consiste en la reunión, en una sola persona, de las calidades de usufructuario y de propietario. Dejando abierta la posibilidad que el usufructuario adquiera la nuda propiedad, por lo que tiene como efecto extinguir el usufructo y el usufructuario adquiere el carácter de propietario. Esta consolidación implica la unificación de la plena propiedad en un solo titular. De llegar a consolidarse el dominio pleno la ley exige que se necesita el acuerdo de voluntades entre el nudo propietario y el usufructuario.

b) Usufructo

El usufructo es definido por Lozano Noriega como: “un derecho real que permite a su titular aprovechar los frutos de la cosa”.¹⁵⁰

Por su parte Rojina Villegas¹⁵¹ señala “...el gravamen subsistirá en función de la existencia del usufructo”.

¹⁴⁸ Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Ob cit. p. 394

¹⁴⁹ Ibidem. p.395

¹⁵⁰ Lozano Noriega, Francisco. Ob cit. p. 420

¹⁵¹ Rojina Villegas, Rafael. Ob cit. p. 392

Cuando el usufructo se extinga por hecho voluntario de su titular, el CCF a efecto de proteger al acreedor hipotecario establece en su artículo 2903:

Artículo 2903. "... Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en el que el usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin".

En virtud de lo anterior el usufructo subsistirá hasta que se haya cumplido con la obligación principal.

c) Copropiedad

El artículo 2902 del CCF respecto al predio común establece:

Artículo 2902. El predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios. El copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división. El acreedor tiene derecho de intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda.

La hipoteca sobre el predio común comenta Rojina Villegas¹⁵² "...no presenta los inconvenientes de las hipotecas tacitas y generales, pues no perjudica el crédito del deudor, y no impide la constitución de segundas o ulteriores hipotecas, en virtud de que se determina el valor del crédito garantizado, ya que una determinada parte se encuentra sujeta al gravamen".

d) Derecho de superficie

El artículo 2899 del CCF establece, respecto al derecho de superficie que:

Artículo 2899. La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.

¹⁵² Ibidem. p. 390

El jurista Rojina Villegas expresa que la accesión artificial respecto al bien inmueble, da como resultado el derecho real de superficie, en la hipótesis de que quien construye en el terreno ajeno lo realice de buena fe, y el propietario del predio no muestre interés por adquirir la construcción adherida a la finca, o exigir al propietario de la edificación la compra del predio. En virtud de lo anterior una vez que se ha originado el derecho real de superficie respecto a la construcción, éste puede ser hipotecado libremente.¹⁵³

e) Servidumbres

Las servidumbres señala Rojina Villegas “son derechos reales sobre predios, que no pueden ser hipotecados separadamente del fundo dominante”.¹⁵⁴

La razón del carácter no hipotecable de las servidumbres consideradas independientemente del predio dominante, es la siguiente: conforme al artículo 1064, las servidumbres son inseparables del inmueble, a que activa o pasivamente pertenecen; en consecuencia, no tienen ningún valor económico desvinculadas de dicho predio y, jurídicamente, no es posible esa separación. De esta suerte, al ser la servidumbre inseparable al predio, no puede hipotecarse independientemente de él, pues su titular no puede enajenarla ni gravarla sin transferir el fundo al cual activamente pertenezca.

En virtud de lo anterior, sólo pueden hipotecarse las servidumbres conjuntamente con el predio dominante. En virtud de que así lo establece el artículo 2898 en su fracción III:

Artículo 2898. No se podrán hipotecar:

“...III. Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante;...”

¹⁵³ Cfr. Ibidem. 407

¹⁵⁴ Ibidem. p. 399

3.3.2.3. Bienes a los que se extiende el derecho real de hipoteca

El artículo 2896 del CCF establece, respecto al efecto extensivo de la hipoteca, lo siguiente:

Artículo 2896. La hipoteca se extiende aunque no se exprese:

I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;

II. A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;

III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;

IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

Comenta Domínguez Martínez que el argumento respecto al efecto extensivo es congruente toda vez que al ser hipotecado un bien éste posee ciertos elementos inherentes e incorporados al mismo en virtud de lo cual no es necesario hacer mención expresa que la hipoteca gravara también a estos.¹⁵⁵

3.4. Tres principios de la hipoteca

El régimen hipotecario mexicano se rige por tres principios fundamentales, que son: especialidad, indivisibilidad y publicidad de la hipoteca.

a) Principio de especialidad

La hipoteca solo puede ser especial, este principio presenta dos aristas, por lo que debe analizarse desde dos puntos de vista, en primer lugar se tiene que

¹⁵⁵ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob cit. pp. 786 - 787

analizar en cuanto a los bienes objeto de la garantía hipotecaria y en segundo lugar respecto a los créditos garantizados con la hipoteca, en virtud de que unos y otros deben determinarse en concreto:

° Especialidad de los bienes

La hipoteca, comenta Sánchez Medal "...sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados y no sobre la generalidad de los bienes del deudor, como estaba permitido en el derecho y se permitía también antes del Código Civil de 1870 en nuestro derecho".¹⁵⁶

La razón de establecer la especialidad de los bienes que son objeto de la garantía hipotecaria, es por virtud de la necesidad de los acreedores de conocer a ciencia cierta cuales son los bienes que garantizan una determinada obligación a fin de tener la certeza al escoger otros para garantizar sus créditos y no limitar por ese solo hecho el crédito del deudor.

° Especialidad en cuanto los créditos

La especialidad respecto al crédito, "...estriba en la prohibición de que una persona constituya hipoteca para garantizar todas las obligaciones que pueda contraer, sino solo los créditos que al efecto se especifiquen y determinen".¹⁵⁷

b) Principio de publicidad

La publicidad de la hipoteca, la otorga la inscripción de la misma en el Registro Publico de la Propiedad, por lo que toda constitución, modificación y extinción de la hipoteca deber ser inscrita en dicho registro.

¹⁵⁶ Sánchez Medal, Ramón. Ob cit. p. 498

¹⁵⁷ Lozano Noriega, Francisco. Ob cit. p.414

“Dicha publicidad tiene como finalidad el que la hipoteca, produzca efectos contra terceros, lo anterior de conformidad con los artículos 2919,2925 y 3042-I del Código Civil, y los artículos 25 y 60 del Reglamento del Registro Publico de la Propiedad del Distrito Federal, si bien entre las partes tiene plenos efectos sin necesidad de esa publicidad, pues hay que recordar que el Registro Publico, solo tiene efectos declarativos y no constitutivos de conformidad con el artículo 3007 del Código Civil, aun para el caso de juicio, ya que en el artículo 469 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se regula la procedencia del juicio especial hipotecario sin necesidad de que le contrato esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad”.¹⁵⁸

c) Principio de Indivisibilidad

“La indivisibilidad de la hipoteca también está reconocida como regla general, tanto por lo que se refiere al crédito garantizado, como por lo que hace al bien hipotecado, ya que la hipoteca subsiste integra aunque por pago o por algún otro modo de extinción, se reduzca la obligación garantizada, y asimismo gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que queden, aunque el resto de ellos hubiere desaparecido”.¹⁵⁹

“No obstante, esta regla general tiene dos excepciones: la primera, cuando se hipotecan varias fincas para seguridad de una misma deuda, en cuyo supuesto hay que precisar por que parte del crédito responde cada bien y segunda cuando se hipoteca una finca susceptible de ser fraccionada, en cuyo caso pueden obtenerse liberaciones parciales y para ello, por excepción, se permite también implícitamente al deudor el pago parcial de su deuda”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Sánchez Medal, Ramón. Ob cit. p. 498

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

3.5. Consecuencias

El acto constitutivo de la hipoteca tiene como consecuencia principal la creación del derecho real de hipoteca, en virtud del cual se derivan derechos a favor del acreedor hipotecario y obligación a cargo del deudor hipotecario.

3.5.1. Derechos del acreedor hipotecario

º Derecho de persecución

Señala Zamora y Valencia que el derecho de persecución consiste en que la garantía subsiste aun y cuando sea diferente el propietario, es decir, el propietario que haya hipotecado su propiedad no se le prohíbe vender el inmueble, motivo por el cual, la hipoteca subsiste aun y cuando haya cambiado de propietario el bien hipotecado o cuando se haya transmitido únicamente la posesión por cualquier medio.¹⁶¹

El artículo 2984 CCF dispone:

Artículo 2894.- Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero.

º Derecho de enajenación

Expresa Sánchez Medal que el derecho de enajenación se puede ejercitar cuando hay incumplimiento en la obligación principal, el acreedor hipotecario puede exigir la venta del inmueble hipotecado para que con su producto se haga pago al acreedor, dicha venta puede ser voluntaria o forzosa, es voluntaria cuando las partes convienen en los términos de la venta (en este caso solo se puede pactar que el valor del inmueble sea el que tenga al momento del requerimiento de pago ya que si se pacta el valor de la venta al momento de constituirse la hipoteca

¹⁶¹ Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Angel. Ob cit. p. 412

es nulo) y es forzosa cuando se hace por medio judicial y conforme a las reglas de la vía de apremio establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.¹⁶²

° Derecho de preferencia

Domínguez Martínez comenta que el derecho de preferencia consiste en que el acreedor hipotecario será pagado conforme al orden o fecha de constitución de la hipoteca, si ninguna esta inscrita y si están inscritas todas se pagara conforme al orden de inscripción.¹⁶³

El CCF en su artículo 2981 establece al respecto lo siguiente:

Artículo 2981. Los acreedores hipotecarios y los pignoraticios, no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competan en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos.

° Derecho de ampliación

Zamora y Valencia expresa respecto al derecho de ampliación que en el supuesto de que la garantía hipotecaria resulte insuficiente para el cumplimiento de la obligación podrá pedir el acreedor ampliación de la garantía en otros inmuebles propiedad del deudor o acreditado.¹⁶⁴

° Derecho de intervenir en la disolución de la copropiedad

El artículo 2902 del CCF establece:

¹⁶² Cfr. Sánchez Medal, Ramón. Ob cit. p.504

¹⁶³ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob cit. pp. 773-774

¹⁶⁴ Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Angel. Ob cit. p.414

Artículo 2902. El predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios. El copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división. El acreedor tiene derecho de intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda.

El precepto citado faculta al acreedor a participar en la división de la propiedad común cuando se haya hipotecado la parte alícuota de un copropietario.

° Derecho de nulidad

El propietario no puede sin consentimiento del acreedor dar en arrendamiento el predio, ni recibir anticipo de rentas por un termino que exceda al término de la obligación garantizada, bajo pena de nulidad y cuando no haya plazo de la obligación garantizada igualmente no puede arrendar o recibir anticipo de rentas, por más de un año si es rústico y no más de dos meses si es urbano, aquí cuando se demanda el pago por parte del acreedor se solicita el vencimiento anticipado del plazo, por lo que se debe entender que ya no hay plazo por lo tanto se debe atender a la última regla y no a la primera, para que el deudor no de en arrendamiento por un plazo mayor al señalado, caso contrario se podrá pedir la nulidad de dicho contrato o pacto.

Lo anterior se encuentra fundamentado en el artículo 2914 del CCDF:

Artículo 2914. Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas, por un término que exceda a la duración de la hipoteca; bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración.

Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas, ni arrendamiento, por más de un año, si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses, si se trata de finca urbana.

3.5.2. Derechos y obligaciones del deudor hipotecario

° Derecho de posesión

El artículo 2983 otorga el derecho de posesión al deudor, cuando éste sea el garante hipotecario.

Artículo 2893. “...La hipoteca es una garantía real constituída sobre **bienes que no se entregan al acreedor,...**”

° Derecho de disposición

Domínguez Martínez comenta que cuando un bien sea objeto de garantía hipotecaria no implica limitación para el dueño de éste de enajenarlo, aún cuando se haya estipulado no vender el bien. Ya que obligarse a no enajenar es considerado como una obligación de no hacer.¹⁶⁵

No obstante lo anterior continúa señalando que las autoridades registrales han considerado que la cedula hipotecaria prevista en el CFPC antes de sus reformas y la inscripción de la demanda en le Registro Publico de la Propiedad de vigencia actual en el CFPC “cierran el registro” lo cual es en perjuicio del derecho que tiene el deudor de enajenar el bien de su propiedad.¹⁶⁶

En este sentido, el artículo 484 del CFPC establece:

Artículo 484.- Anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad, no podrá verificarse en a finca hipotecada ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquier otra que entorpezca el curso del juicio, sino en virtud de sentencia ejecutoriada relativa a la misma finca, debidamente registrada y anterior en fecha a la inscripción de la referida demanda o en razón de providencia precautoria solicitada ante el juez por acreedor con mejor derecho, en fecha anterior a la de inscripción de la demanda.

¹⁶⁵ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob cit. p. 777

¹⁶⁶ Cfr. Ibidem. p. 778

Como se desprende de lo establecido por el precepto anterior, el autor señala que se hace mención a “embargo”, “toma de posesión”, “diligencia precautoria” o cualquier acto que entorpezca los derechos del acreedor hipotecario, por lo que en tales condiciones una venta o cualquier acto traslativo de dominio no son ninguna de esas diligencias.

En adición a lo anterior el artículo 12 del CFPC establece:

Artículo 12.- “... Cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada ésta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio”.

º **Derecho a percibir los frutos que produzca el bien, salvo que se haya pactado lo contrario.**

3.5.3. Obligaciones

º Conservar en buenas condiciones el inmueble hipotecado.

º Abstenerse de realizar actos sobre el bien hipotecado que pueda perjudicar los derechos del acreedor.

3.6. Clases de hipotecas

Con base al CCF la hipoteca se clasifica en:

a) Hipoteca voluntaria

El CCF define a la hipoteca necesaria de la siguiente manera:

Artículo 2920.- Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.

b) Hipoteca necesaria

Zamora y Valencia define a la hipoteca necesaria como “aquellas que por disposición de la ley están obligadas a constituir determinadas personas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran adquirir por la administración de los bienes o para garantizar el pago de los créditos a determinados acreedores”.¹⁶⁷

El artículo 2931 del CCF establece:

Artículo 2931.- Llámese necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores.

3.7. Formas de extinción de la hipoteca

De conformidad con el artículo 2941 del CCF, la hipoteca se extingue en los siguientes supuestos:

Artículo 2941. Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca:

- I. Cuando se extinga el bien hipotecado;
- II. Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía;
- III. Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado;

¹⁶⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Ob cit. p.415

IV. Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose lo dispuesto en el artículo 2910;

V. Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325;

VI. Por la remisión expresa del acreedor;

VII. Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

En términos generales, se puede afirmar que la función principal de la hipoteca es garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, esto en virtud del surgimiento del derecho real de hipoteca a favor del acreedor, que le permite a éste la enajenación de un determinado bien inmueble, en caso de incumplimiento del deudor.

CAPÍTULO 4

BURSATILIZACIÓN DE HIPOTECAS

4.1. Mercado de Valores

Este capítulo inicia con el estudio del mercado de valores, en virtud de que éste constituye, en términos generales, un medio donde se comercializan bienes y servicios, mediante el pago de un precio, aplicando la ley económica de la oferta y la demanda.

Con base a lo anterior, para poder comprender a la bursatilización de hipotecas, es conveniente iniciar mencionando de manera sintética los conceptos básicos y fundamentales de éste mercado.

4.1.1. Concepto

Se define la palabra mercado como: “1. Del latín *mercatus*. Contratación pública en paraje destinado al efecto y en días señalados. Sitio publico destinado permanentemente o en días señalados, para vender, comprar o permutar géneros o mercaderías. En un sentido más abstracto, mercado todo lugar o espacio económico, definido para un bien, un servicio o un capital, por el encuentro del conjunto de las ofertas de vendedores y de las demandas de compradores de aquéllos, que se ajustan a cierto precio. Es un amenera de confrontación de oferta y demanda para el intercambio de productos, servicios o capitales”.¹⁶⁸

Por lo que respecta al mercado de valores el maestro Ruiz Torres señala que éste es un canal a través del cual se puede proveer de considerables

¹⁶⁸ Voz de Marcos Kaplan. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 2510

volúmenes de recursos, en su oferta primaria, a las grandes empresas privadas y al gobierno.¹⁶⁹

El maestro Acosta Romero proporciona la siguiente definición: “por mercado de valores se entiende principalmente la negociación del conjunto de títulos de crédito tanto individuales, como los emitidos en serie, principalmente en la bolsa de valores, o a través de agentes de bolsas, casas de bolsa e instituciones de crédito”.¹⁷⁰

El doctor De la Fuente define al mercado de valores como: “aquella parte del sistema financiero, donde se permite llevar a cabo: la emisión, colocación, negociación y amortización de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, con la participación de emisores, inversionistas, intermediarios, instituciones de apoyo y autoridades de regulación y supervisión”.¹⁷¹

En virtud de los conceptos señalados me permito proporcionar una definición de mercado de valores, en los siguientes términos:

Es el espacio económico en el cual se pone en contacto a oferentes y demandantes respecto a la compra y venta de valores inscritos o no en el Registro Nacional de Valores, a través de la intermediación de bursátil desarrollada por instituciones facultadas, en términos generales, por la Ley del Mercado de Valores, así como de sus respectivos marcos jurídicos, quedando sujetas a la regulación, supervisión y vigilancia de las autoridades financieras.

¹⁶⁹ Cfr. Ruiz Torres, Humberto Enrique. *Derecho Bancario*, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 2003. p 195

¹⁷⁰ Acosta Romero, Miguel. *Nuevo Derecho Bancario*, 9ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 1131

¹⁷¹ De la fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 567

4.1.2. Marco jurídico

El mercado de valores esta regulado por diversos ordenamientos jurídicos, en atención al criterio de clasificación expuesto por el doctor De la Fuente¹⁷² la regulación es la siguiente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Normas de aplicación directa

Normas de aplicación supletoria; y

Normas de aplicación complementaria.

º Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos

El artículo 73, fracción X de al Constitución dispone:

Artículo 73.- “El Congreso tiene facultad:

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, **intermediación y servicios financieros**, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del Artículo 123”.

º Normas de Aplicación Directa

Las que resuelven directamente la problemática que se presenta en el mercado bursátil son: Ley del Mercado de Valores, Ley de Sociedades de Inversión, Ley del Impuesto Sobre la Renta, Ley de la CNBV; así mismo, las disposiciones de carácter general (circulares) emitidas por la SHCP, CNBV y el Banco de México, y por último, diversas disposiciones reglamentarias, consideradas como normas de autorregulación: Reglamento Interior del INDEVAL, Reglamento Interior de la Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles (AMIB) y Código de Ética Profesional de la Comunidad Bursátil Mexicana.

¹⁷² Ibidem. P. 568

º Normas de Aplicación Supletoria

De acuerdo al artículo 5 de la LMV, las normas supletorias de dicho ordenamiento son en el orden siguiente: Legislación Mercantil, los usos bursátiles y mercantiles y la legislación civil federal.

º Normas de Aplicación Complementaria

Entre ellas se encuentran: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Reglamento Interior de la SHCP, Ley del Banco de México, Ley de Inversión Extranjera, Código Fiscal de la Federación.

4.1.3. Clasificación del Mercado de Valores

El mercado de valores, como se verá más adelante, se integra por el conjunto de instituciones que tienen entre sus principales objetivos, proporcionar financiamiento a personas físicas y morales tendiente a contribuir al desarrollo económico en la realización de sus actividades empresariales.

En este sentido, es necesario saber a través de qué tipo de mercado obtienen el financiamiento deseado dichas personas, para ello un sector de la doctrina establece una clasificación del mercado de valores, en los siguientes términos:

En atención a la Clasificación expuesta por el doctor De la Fuente¹⁷³, quien señala que el mercado de valores se puede clasificar mediante dos criterios, es decir, por el tipo de negociación y por el tipo de instrumento:

I) Tipo de Negociación:

Mercado Primario

Mercado Secundario

¹⁷³ Ibidem. P. 575

II) Tipo de Instrumento:

Mercado de Deuda

Mercado de Capital

Mercado de Divisas

Mercado de Derivados

I) Por el Tipo de Negociación

° Mercado Primario

El citado autor comenta: “Se realiza previa autorización de las autoridades financieras con la venta de una nueva emisión de títulos (acciones) representativos del capital social de una empresa a través de la Bolsa Mexicana de Valores y colocados por primera vez entre el gran público inversionista, a fin de recibir recursos frescos en efectivo”.¹⁷⁴

Asimismo, apunta que la LMV solo considera dentro de las colocaciones primarias a la oferta pública, dejando fuera a las ofertas privadas. En este acto se ponen en contacto los emisores y el público inversionista, a través de la llamada intermediación bursátil.¹⁷⁵

Respecto al párrafo anterior, resulta necesario señalar la razón por la cual acontece la exclusión de las ofertas privadas en el mercado primario.

Comenta el ilustre jurista Igartúa Araiza, que en la exposición de motivos de la LMV de 1975, la comisión redactora consideró pertinente establecer de manera precisa los requisitos indispensables, a fin de poder realizar satisfactoriamente una oferta pública de valores; por lo que en uno de sus artículos (a la fecha sigue vigente este requisito) se exige previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para poder llevar a cabo dicha oferta, en virtud de que estos valores quedaran sujetos a la inspección y

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Cfr. Idem.

vigilancia de ella. Por lo que, en los casos en que pretenda hacer la citada oferta, los interesados deberán ocurrir a la Comisión por escrito, solicitando la autorización y proporcionando información amplia y exhibiendo la documentación específica que se les requiera.¹⁷⁶

Continúa comentando, que además se establece que, a efecto de proteger los intereses del público inversionista, únicamente los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores podrán ser ofrecidos al público, toda vez que sólo respecto de dichos títulos puede haber una garantía de adecuada información.

Por su parte el maestro Ruiz Torres¹⁷⁷ nos dice que en mercado primario, “se realiza la compraventa de valores entre el emisor y el primer adquirente de los títulos valor. Asimismo, señala que el Banco de México es el agente financiero del gobierno, por lo que está facultado para emitir y colocar valores gubernamentales. En este sentido de conformidad a lo establecido por la circular 2019/95 emitida por dicho instituto central, la colocación primaria de valores gubernamentales es efectuada por el Banco de México, mediante el procedimiento de subasta, entre los siguientes sujetos: i) casas de bolsa, instituciones de crédito, sociedades de inversión y otras entes expresamente autorizados para tal efecto”.

º Mercado Secundario

“Se realiza cuando los valores que han sido colocados por primera vez, son negociados por segunda o más veces entre los inversionistas que desean comprarlos e inversionistas que desean venderlos, aquí el emisor ya no interviene. Es la libre compraventa de valores inscritos en la BMV. El precio de la operación lo determina la oferta y la demanda. Dicha operación de compra y

¹⁷⁶ Cfr. Igartúa Araiza, Octavio. *Introducción al Estudio del Derecho Bursátil Mexicano*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 53

¹⁷⁷ Ruiz Torres, Humberto. Ob cit. p. 315

venta se efectúa a través de una casa de bolsa, en virtud de haber celebrado un contrato de intermediación bursátil”.¹⁷⁸

II) Por el Tipo de Instrumento

° Mercado de deuda

El mercado de deuda o también conocido como mercado de dinero, lo define el maestro De la Fuente como: “el conjunto de instrumentos de deuda de corto plazo (financia activos de pronta recuperación, o desfases temporales entre ingresos y gastos con dinero sobrante, en forma también temporal) altamente líquidos, con rendimiento preestablecido (fijo o variable) de bajo riesgo y plazo definido”.¹⁷⁹

La importancia de este mercado radica en que a través de éste las empresas y entidades gubernamentales son capaces de satisfacer sus necesidades de liquidez a corto plazo, mediante la emisión de instrumentos de financiamiento que pueden colocarse directamente entre el público inversionista.

Por lo que respecta a las empresas, estas reciben fondos por la venta de sus productos y servicios, estos fondos son empleados para pagar sus costos de producción o para liquidar anticipos con el fin de mantener los inventarios mínimos, o para iniciar nuevos proyectos, o simplemente para pagar a los accionistas el retorno de su capital.

Las entidades gubernamentales también es demandante de flujos de dinero, dicha entidad recibe recursos de impuestos, de la venta de bienes y servicios, canalizando dichos recursos a obras públicas y subsidios.

¹⁷⁸ De la fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 576

¹⁷⁹ Ibidem. p. 578

Señala De la Fuente¹⁸⁰ que, “las operaciones que se realizan en este mercado son dos: i) la compraventa en directo, a través de la cual el comprador adquiere un instrumento determinado, asumiendo el riesgo inherente del mismo (liquidez y tasas de interés) y ii) las de reporto, en donde una persona (reportador) adquiere de otra (reportado) títulos con la obligación de devolverlos en un plazo determinado (de 3 a 45 días) más un premio (Art. 259 LGTOC). Estos reportos quedan sujetos o son controlados por el Banco de México y se negocian por casas de bolsa o instituciones de banca múltiple”.

Los instrumentos de deuda pública que se negocian en el mercado de valores son los siguientes:

- ° Instrumentos Gubernamentales

- ° Instrumentos Corporativos

- ° Instrumentos Gubernamentales**

- ° Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES)

“Son títulos de crédito al portador (no regulados por la LGTOC) en los cuales se consigna la obligación directa e incondicional del gobierno federal de pagar una suma de dinero en determinada fecha. Los mismos tienen el propósito de financiar el gasto público o bien regular la oferta monetaria. Estos títulos se colocan mediante subasta del Banco de México en la que participan principalmente las casas de bolsa, bancos, sociedades de inversión, y otras personas autorizadas por el Banco de México, quienes adquieren siempre por cuenta propia y después los venden al público”.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ibidem. P. 579

¹⁸¹ Ibidem. p. 581

° Bonos de Desarrollo del Gobierno Federal (BONDES)

“Son colocados por el Banco de México y tiene toda la garantía del Gobierno Federal. Los Bondes se colocan a precio, el cual podrá estar por arriba o por debajo de su valor nominal. Su rendimiento proviene del diferencial entre el precio de adquisición y su valor de redención (si el inversionista los mantiene hasta su vencimiento), o su precio de venta (si el inversionista opta por venderlos antes de su amortización)”.¹⁸²

° Instrumentos Corporativos

Señala De la Fuente¹⁸³ que las empresas y entidades privadas a fin de continuar con su crecimiento en el mercado, obtienen recursos a través de dos formas de financiamiento:

- * Mediante Recursos Propios o Ampliaciones de Capital
- * Recursos Ajenos: emisión de obligaciones y pagares.

° Papel Comercial.

El maestro Igartúa Araiza¹⁸⁴ comenta que el papel comercial “se ha considerado como un instrumento de inversión y financiamiento a corto plazo, que proporciona al inversionista mejores rendimientos, y permite al emisor abaratar el costo de los recursos obtenidos”.

Por su parte De la Fuente indica “es un título de crédito (pagaré) por lo que el emisor promete pagar a los tenedores, una cierta cantidad de dinero en la fecha de su vencimiento”.¹⁸⁵

¹⁸² Ibidem. p. 583

¹⁸³ Cfr. Ibidem. p. 586

¹⁸⁴ Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p.126

¹⁸⁵ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 586

Asimismo, existen dos tipos de papel comercial: el quirografario y el avalado por un banco. El primero no tiene garantía específica y el segundo respecto a su pago es garantizado por la institución bancaria.

° Aceptaciones Bancarias.

“Las aceptaciones bancarias son letras de cambio de cambio emitidas por empresas a su propia orden y aceptadas por alguna Institución de Banca Múltiple, con base en créditos que éstas conceden a aquéllas, con fondos provenientes de la colocación en el mercado de valores de dichos títulos mediante oferta privada, pudiendo fungir como intermediarios las casas de bolsa”.¹⁸⁶

“El procedimiento de emisión de estos instrumentos se da de la siguiente manera: Una institución de crédito celebra con una sociedad un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; para que el acreditado pueda hacer uso del crédito, requiere girar a su propia orden letras en las que aparezca como girado el banco acreditante, quedando endosadas en blanco las letras por el girador-beneficiario. La sociedad entrega las letras al banco contra la entrega que éste le haga de la suma de dinero que las propias amparen. Se supone que el banco aceptará las letras giradas a su cargo a fin de que éstas sean colocadas en el mercado”.¹⁸⁷

° Pagares Bancarios con rendimiento liquidable al vencimiento

En términos generales, el pagaré es el documento que registra la promesa incondicional de pago por parte del emisor o suscriptor, respecto a una determinada suma, con o sin intereses y en un plazo estipulado en el documento, a favor del beneficiario o tenedor.

¹⁸⁶ Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p.131

¹⁸⁷ Ibidem. p 132

Por lo que respecta a los pagares bancarios con rendimiento liquidable al vencimiento estos “son emitidos por instituciones de crédito, donde se consigna la obligación de ésta al tenedor del pago del capital mas intereses en una fecha determinada. Este instrumento fue creado en 1983 con el propósito de permitir a los bancos operar directamente en el mercado bursátil y de esta forma ampliar sus oportunidades de cubrir la captación de recursos”.¹⁸⁸

° Bonos

“Son títulos de crédito emitidos en serie o en masa, por las sociedades anónimas, los bancos o el gobierno federal, que representan la participación individual en un crédito colectivo. Otorga a sus tenedores derechos representativos de una participación individual del monto total de un crédito”.¹⁸⁹

° Obligaciones.

Son títulos de crédito emitidos en masa o en serie, por sociedades anónimas que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora (artículo 208 LGTOC).

La garantía de estos títulos suele ser quirografaria, prendaria e hipotecaria.

° Certificados de Participación Inmobiliaria.

“Son títulos de crédito emitidos por instituciones de crédito con cargo a un fideicomiso, cuyo patrimonio se integra con bienes inmuebles”.¹⁹⁰

Comenta De la Fuente¹⁹¹, que “son títulos de crédito emitidos para el financiamiento de los proyectos de construcción de inmuebles en México. Se

¹⁸⁸ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. T. I, pp. 587 - 588

¹⁸⁹ Ruiz Torres, Humberto. Ob cit. p. 199

¹⁹⁰ Ibidem. p. 200

administran a través de un fideicomiso, enajenándose derechos hipotecarios para el público”.

° Mercado de Capitales

El mercado de capitales es el “mecanismo o sistema conformado por la oferta y la demanda de recursos a mediano y largo plazo, no garantizan una ganancia y no tienen un plazo determinado, ni rendimiento y utilidad”.¹⁹²

Los instrumentos de este mercado están enfocados a captar recursos para financiar inversiones en capital fijo y desarrollar proyectos de inversión a mediano y largo plazo. El objetivo de estos es contribuir a incrementar el capital mediante un proceso de comportamiento y valoración del título; no obstante lo anterior el tenedor puede venderlo en cualquier momento, ya sea por necesidad de liquidez o por estrategia de reestructuración de su cartera de inversiones.

El mercado de capitales se clasifica en dos tipos:

Renta variable

Renta fija

Renta variable. El rendimiento de los instrumentos que se negocian está condicionado a las políticas y resultados financieros de la empresa emisora y a la oferta y demanda de sus títulos en el mercado.

Renta fija. El rendimiento es predeterminado en un plazo (este puede ser fijo o variable)

A continuación de manera breve se comentara los instrumentos relativos a dicho mercado.

¹⁹¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. T. I p. 590

¹⁹² Idem.

º Acciones.

“Son títulos valor y no de crédito, emitidos en serie que representan una parte alícuota del capital social de una sociedad anónima e incorporan los derechos de su titular, atribuyéndole los derechos y responsabilidades de socio”.¹⁹³

Respecto a la colocación de las acciones por parte de una sociedad anónima el maestro Ruiz Torres señala que existen dos formas de hacer dicha colocación. En primer supuesto se presenta cuando la sociedad coloca sus acciones de manera privada, se refiere entonces a empresas privadas, este acto jurídico como se señaló no requiere de la autorización de la CNBV.

La segunda forma apunta, es cuando las sociedades colocan sus acciones en el mercado de valores, entre el gran público inversionista, entonces se refiere a empresas abiertas, toda vez que están obligadas a proporcionar su información financiera y corporativa no solo a sus accionistas, sino a todo el mercado.¹⁹⁴

La emisión de acciones tiene como finalidad el financiamiento vía incorporación de nuevos socios en la participación del capital social de la empresa, ya que mediante la aportación de éstos se incrementara el capital social de la empresa, evitando adquirir nuevos créditos, a fin de no tener presiones en el pago de capital e intereses respecto de sus acreedores.

º Obligaciones

Son títulos de crédito emitidos en masa o en serie, por sociedades anónimas que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora (artículo 208 LGTOC).

¹⁹³ Ibidem. p. 569

¹⁹⁴ Cfr. Ruiz Torres, Humberto. Ob cit. p. 199

El objetivo de las obligaciones para el emisor, es obtener financiamiento generalmente a mediano o largo plazo, para desarrollar proyectos o reestructuración pasivos. Estos títulos contienen la promesa por parte del emisor, de pagar a los tenedores en los plazos preestablecidos una determinada cantidad de intereses, los cuales son calculados sobre el monto del capital señalado en los títulos y de restituir ese monto mediante amortizaciones convenidas.

La garantía en las obligaciones puede ser de tres tipos:

° Quirografaria. No tienen garantía específica. No obstante lo anterior, de manera simbólica la única garantía es la solvencia y el prestigio de la empresa emisora.

° Hipotecaria. Garantizada con algún inmueble propiedad de la emisora.

° Prendaria. Cuando la garantía es otorgada por una persona física o moral distinta al emisor.

° Certificados de Participación.

Por lo que respecta a los certificados de participación, la LGTOC dispone en su artículo 228-A, que éstos son títulos de crédito que representan:

° El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita.

° El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores.

° El derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

El maestro Igartúa Araiza los define como “Títulos de crédito emitidos por una institución fiduciaria, que tiene como base la constitución de un fideicomiso en el que la emisora es fiduciaria, y que representa el derecho a la parte alícuota de los frutos o rendimientos de la propiedad o de la titularidad o del producto neto de la venta del patrimonio fiduciario”.¹⁹⁵

Respecto a su naturaleza jurídica el artículo 228-B establece que estos serán bienes muebles, independientemente de que los bienes fideicomitidos materia de la emisión, sean bienes inmuebles.

El artículo 228-D establece la clasificación de los certificados de participación, señalando al efecto que dichos certificados serán de dos tipos:

- * Certificados de Participación Ordinarios
- * Certificados de Participación Inmobiliarios

° Certificados de Participación Ordinarios.

“Son títulos emitidos a cargo de un fideicomiso en los que se afectan bienes, valores o derechos para obtener financiamientos”.¹⁹⁶

Comenta Igartúa Araiza que el gobierno mexicano con la intención de estimular la inversión extranjera en nuestro país, introdujo en la legislación mercantil un mecanismo que permitiera el acceso y la participación de los inversionistas extranjeros en áreas reservadas únicamente a los ciudadanos mexicanos, en virtud de lo anterior se estableció que a través del Certificado de Participación Ordinario (CPO) el inversionista extranjero tuviera acceso a las

¹⁹⁵ Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p. 123

¹⁹⁶ Ruiz Torres, Humberto. Ob cit. p. 200

acciones Serie "A", a través de un certificado emitido por un fideicomiso mexicano que representa una acción depositada en el mismo fideicomiso.¹⁹⁷

Los CPO's constituyen una modalidad dentro de los instrumentos de renta fija que permite al inversionista, además del cobro de un interés mínimo garantizado, la obtención de una ganancia que ésta en relación con la plusvalía que el bien, valor o derecho objeto del destino de la emisión, adquiera en el periodo de amortización de los certificados.

° Títulos opcionales

También conocidos como *warrants* son documentos en los cuales a cambio del pago de una prima, otorga a su tenedor el derecho, mas no la obligación, de adquirir o vender una cantidad establecida de un activo subyacente a la persona que lo suscribe (emisor) a un precio específico, durante un periodo determinado.¹⁹⁸

4.2. Ley del Mercado de Valores

El ordenamiento que constituye el sustento jurídico del mercado de valores es la Ley del Mercado de Valores.

De conformidad con el artículo 1º. de dicho ordenamiento, su objeto es:

Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto desarrollar el mercado de valores en forma equitativa, eficiente y transparente; proteger los intereses del público inversionista; minimizar el riesgo sistémico; fomentar una sana competencia, y regular lo siguiente:

I. La inscripción y la actualización, suspensión y cancelación de la inscripción de valores en el Registro Nacional de Valores y la organización de éste.

¹⁹⁷ Cfr. Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p. 85

¹⁹⁸ Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús. Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, 4ª. Edición T. II, Porrúa, México, p. 775

II. La oferta e intermediación de valores.

III. Las sociedades anónimas que coloquen acciones en el mercado de valores bursátil y extrabursátil a que esta Ley se refiere; así como el régimen especial que deberán observar en relación con las personas morales que las citadas sociedades controlen o en las que tengan una influencia significativa o con aquéllas que las controlen.

IV. Las obligaciones de las personas morales que emitan valores, así como de las personas que celebren operaciones con valores.

V. La organización y funcionamiento de las casas de bolsa, bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores, contrapartes centrales de valores, proveedores de precios, instituciones calificadoras de valores y sociedades que administran sistemas para facilitar operaciones con valores.

VI. El desarrollo de sistemas de negociación de valores que permitan la realización de operaciones con éstos.

VII. La responsabilidad en que incurrirán las personas que realicen u omitan realizar los actos o hechos que esta Ley sanciona.

VIII. Las facultades de las autoridades en el mercado de valores.

Este artículo establece el ámbito de aplicación de la ley, señalando que regula la inscripción y demás actos correlacionados a ésta, de valores en el Registro Nacional de Valores, la oferta pública de valores, la intermediación de valores, la estructura y funcionamiento de los sujetos que participan en la intermediación, las obligaciones de dichos sujetos, los servicios en materia de intermediación, las facultades de las autoridades.

Comenta el maestro Igartúa Araiza que la LMV es el resultado de los fines del Estado enfocada al establecimiento de un sistema actualizado, regulador en forma integral, del mercado de valores reconociendo la oferta pública de valores, la intermediación de éstos, la actuación de los participantes dedicados a realizar las operaciones de valores, la organización y funcionamiento de los intermediarios bursátiles, la autoridad competente,

CNBV, así como el Registro Nacional de Valores, incluyendo normas sobre procedimientos y disposiciones generales.¹⁹⁹

4.2.1. Oferta Pública

El artículo 2 de la LMV define a la oferta pública como:

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

“... **XVIII. Oferta pública**, el ofrecimiento, con o sin precio, que se haga en territorio nacional a través de medios masivos de comunicación y a persona indeterminada, para suscribir, adquirir, enajenar o transmitir valores, por cualquier título.”

De conformidad con la teoría general de las obligaciones, el maestro Gutiérrez y González señala que la oferta o “policitación es una declaración unilateral de la voluntad, recepticia, tacita o expresa, hecha a persona presente o no, determinada indeterminada con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende al proponente, seria y con el animo de cumplirla en su oportunidad”.²⁰⁰

Respecto a la declaración unilateral de la voluntad Igartúa Araiza señala “por declaración unilateral puede entenderse la exteriorización de voluntad, que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial pecuniaria o moral, a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir”.²⁰¹

El maestro Bejarano Sanchez²⁰² señala que existen tres diferentes tipos de oferta al público:

º Oferta de Venta

¹⁹⁹ Cfr. Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p. 45.

²⁰⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 14ª. Edición, Porrúa, 2002, p. 268

²⁰¹ Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p. 48

²⁰² Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel. Ob cit. p.142

- ° Promesa de recompensa; y
- ° Concurso con promesa de recompensa.

La oferta de venta se encuentra prevista en el artículo 1860 del CCF, en los siguientes términos:

Artículo 1860. El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.

La promesa de recompensa de conformidad con el artículo 1861 del CCF, surge cuando:

Artículo 1861. El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

Por último, el artículo 1866 del CCF establece, respecto al concurso con promesa de recompensa:

Artículo 1866. En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo.

En virtud de que la declaración unilateral de la voluntad es una de las fuentes de las obligaciones, podría afirmarse que la oferta pública tiene un carácter obligatorio y vinculativo entre las posibles partes.

No obstante lo anterior, el maestro Igartúa Araiza, señala que “no todos los negocios unilaterales son promesas unilaterales obligatorias”.²⁰³

Continúa apuntando que existe una diferencia entre negocio unilateral (tal como la promesa obligatoria hecha al público), y la declaración unilateral de

²⁰³ Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p. 49

la voluntad (oferta general), esta radica en que la primera es un negocio perfecto y generalmente irrevocable, teniendo como nota característica el carácter obligatorio, con independencia de que exista o no aceptación por parte del destinatario, en tanto que la declaración unilateral de la voluntad es solamente una expectativa de un posible acto o negocio de carácter bilateral.²⁰⁴

Señala²⁰⁵ que “en el mismo sentido se pronuncia Messineo, al concluir que la promesa unilateral al público vinculante, no debe confundirse con la oferta al público que es una propuesta de un posible contrato futuro y no es, por consiguiente, promesa unilateral; incluso es inoperante si no va seguida de aceptación”.

Así pues, esta propuesta puede ser aceptada por cualquier sujeto interesado en la misma, y no surtirá efectos integradores del consentimiento hasta que no se reciba y se concierte con la aceptación.

En este orden de ideas, apunta²⁰⁶ que “la oferta pública como propuesta de contrato comprende tanto el ofrecimiento de venta como la solicitud o demanda para adquirir el producto o servicio”.

Sin embargo, De la Fuente²⁰⁷ señala que “para que pueda ser pública una oferta de valores, debe cumplir con los siguientes requisitos, entre los cuales se encuentra la obligatoriedad, destacando que debe ser:

° Seria. Que el emisor se obligue.

° Definitiva. Que estén especificados en la oferta los elementos, requisitos y demás condiciones necesarias para contratar.

° Completa. Es decir, debe contener los siguientes elementos:

*Cosa: Número, tipo, serie y valor nominal del valor respectivo que se ofrece, nombre de la empresa, características, etc.

²⁰⁴ Cfr. Idem.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Ibidem. p.50

²⁰⁷ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 572

*Precio: Determinado de venta de los valores en moneda nacional.

*Plazo: Tiempo de colocación de los valores”.

En virtud de lo anterior, considero que en una oferta pública se debe establecer la obligación a cargo del emisor de cumplir con el compromiso de mantener su oferta, sin perjuicio del derecho de revocación que tiene el oferente de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1863 del CCDF, en el supuesto de que no exista interés por parte de algún sujeto que desee adquirir los valores objeto de la oferta en un plazo razonable.

Asimismo, se deberá estar atento al perfeccionamiento del consentimiento, por lo que la oferta pública será perfecta en el momento en que uno o más sujetos manifiestan su consentimiento para suscribir, enajenar o adquirir los valores ofertados.

Por otro lado, para que pueda realizarse la oferta pública se requerirá de la autorización de la CNBV, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83, último párrafo, de la LMV.

Artículo 83.- “...Las ofertas públicas de valores a que se refiere esta Ley requerirán de la previa autorización de la Comisión”.

En cuanto a la oferta privada de valores. Esta se presenta cuando “se ofrece a personas determinadas y no se requiere ser previamente autorizada por la CNBV”.²⁰⁸

4.2.2. Valores

El artículo 2, fracción XXIV, de la LMV señala que se entenderá por valores:

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

²⁰⁸ Idem.

“... **XXIV.** Valores, las acciones, partes sociales, obligaciones, bonos, títulos opcionales, certificados, pagarés, letras de cambio y demás títulos de crédito, nominados o innominados, inscritos o no en el Registro, susceptibles de circular en los mercados de valores a que se refiere esta Ley, que se emitan en serie o en masa y representen el capital social de una persona moral, una parte alícuota de un bien o la participación en un crédito colectivo o cualquier derecho de crédito individual, en los términos de las leyes nacionales o extranjeras aplicables”.

La LMV establece que requisitos deben reunir los valores para poder ser materia de regulación de dicho ordenamiento. En este sentido, estos requisitos aplicables a los valores son:

- * Inscripción o no en el Registro Nacional de Valores
- * Susceptibles de circular en el mercado de valores
- * Emitirse en serie o en masa

Señala Igartúa Araiza que no todos los títulos de crédito serán considerados valores si no concurren dos notas principales: la primera, que los títulos de que se trate sean emitidos en serie o en masa y la segunda, que sean o hayan sido materia de oferta pública o de intermediación en el mercado.²⁰⁹

En virtud de lo anterior, el maestro Carvallo Yáñez²¹⁰ citando a Salandra señala “la diferencia que existe entre títulos individuales y títulos seriales. Nos dice que los títulos individuales son aquellos que se emiten en determinado caso concreto, con relación a cierta operación que tiene lugar frente a persona determinada como la letra de cambio, el cheque, etc”.

Tratándose de títulos emitidos en serie, comenta que estos nacen de una declaración unilateral de la voluntad realizada frente a una pluralidad indeterminada de personas como las acciones, las obligaciones, por citar algunos ejemplos.

²⁰⁹ Cfr. Igartúa Araiza, Octavio. Ob. cit. p. 59

²¹⁰ Carvallo Yáñez, Erick. Tratado de Derecho Bursátil, 3ª. Edición, Porrúa, México, 2001, p. 40

Complementando lo anterior, el doctor De la Fuente²¹¹ proporciona un concepto de títulos seriales, señala que “son documentos que representan un compromiso de pago o una parte del capital del emisor y de los cuales no se expide un documento único, se emiten en serie (dos o más títulos) y tienen dentro de una emisión características corporativas y patrimoniales que los hacen fungibles entre sí”.

Respecto a la emisión en masa este autor apunta²¹² que será “el conjunto de títulos que nacen de un solo acto jurídico”.

4.2.3. Intermediación Bursátil

Uno de los aspectos esenciales en las relaciones jurídicas que se presentan en el mercado de valores, es la llamada intermediación bursátil. A través de ésta se busca poner en contacto a la oferta y la demanda de valores.

Comenta Igartúa Araiza que en la exposición de motivos de la LMV de 1975, se estableció que la creación de intermediarios debidamente calificados y controlados, a efecto de que éstos en la realización de los actos jurídicos inherentes a su objeto, permitiría que las operaciones se realicen con la expedición, economía y seguridad, de tal forma que se procuraría mantener protegidos los intereses del público inversionista en el mercado de valores.²¹³

Señala Ruiz Torres que debe identificarse que sujetos se ubican dentro de la oferta y aquellos que están en la demanda de valores. Nos dice que por el lado de la oferta se ubican los emisores de los valores y en cuanto al lado de la demanda encontramos al público inversionista.²¹⁴

En virtud de lo anterior se debe señalar a los sujetos que participan en el mercado de valores, por lo que los sujetos que intervienen son:

²¹¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 571

²¹² Idem.

²¹³ Cfr. Igartúa Araiza, Octavio. Ob cit. p. 149

²¹⁴ Cfr. Ruiz Torres, Humberto. Ob cit. p. 201

- ° Emisores
- ° Inversionistas
- ° Intermediarios Bursátiles

- ° Emisores

“Los emisores son entidades o empresas que tienen como función principal dentro del mercado de valores, la de emitir instrumentos que serán objeto de intermediación, con el propósito de captar recursos para obtener financiamiento, ya sea en forma de capital accionario o mediante títulos de deuda”.²¹⁵

Existen diversos tipos de emisores, siendo estos:

- ° Gubernamentales: Gobierno Federal
Gobiernos Estatales y el Distrito Federal
Gobiernos Municipales
- ° Empresas Paraestatales: Banca de Desarrollo
Fideicomisos Públicos
- ° Empresas Privadas de capital fijo o capital variable:
Industriales, comerciales y de servicios.
Entidades Financieras
Grupo Empresarial
- ° Inversionistas

Por lo que respecta a los Inversionistas, “son las personas físicas o morales que, teniendo excedentes monetarios los canalizan al mercado de

²¹⁵ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 611

valores para demandar y adquirir valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, constituyendo un factor fundamental en el mercado. Los recursos del público inversionista contribuyen al financiamiento de las empresas”.²¹⁶

º Intermediarios Bursátiles

Antes de identificar a los intermediarios bursátiles, es preciso apuntar que se considera como intermediación bursátil; la LMV en su artículo 2º Fracción XV, define a ésta como la realización habitual y profesional de actos tendientes a poner en contacto a la oferta y demanda de valores, operaciones por cuenta de terceros como comisionista, mandatario o cualquier otro carácter, cuya intervención en el acto jurídico respectivo será por cuenta propia o en representación de terceros y por último la negociación de valores por cuenta propia con el público en general o con otros intermediarios que actúen de la misma forma o por cuenta de terceros.

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

“...XV. Intermediación con valores, la realización habitual y profesional de cualquiera de las actividades que a continuación se indican:

- a) Actos para poner en contacto oferta y demanda de valores.

- b) Celebración de operaciones con valores por cuenta de terceros como comisionista, mandatario o con cualquier otro carácter, interviniendo en los actos jurídicos que correspondan en nombre propio o en representación de terceros.

- c) Negociación de valores por cuenta propia con el público en general o con otros intermediarios que actúen de la misma forma o por cuenta de terceros”.

Respecto el catalogo de actos enumerados en los incisos de la fracción del artículo inmediato anterior, cabe destacar lo siguiente:

- a) Actos para poner en contacto oferta y demanda de valores.

²¹⁶ Ibidem. P. 629

El maestro Ruiz Torres, señala que los actos tendientes a poner en contacto a la oferta y la demanda de valores, se presentan cuando el intermediario recibe de su clientela una gran cantidad de valores para su colocación y ofrecimiento entre el gran público inversionista. En tales condiciones, ofrece dichos valores entre los inversionistas y de esta manera se configura el contacto de la oferta y la demanda. Así de esta forma, el intermediario capta recursos del público y los canaliza, en el mercado primario, a los emisores, proveyéndolos de recursos que de otro modo en cuanto a su adquisición, sería más costosa.²¹⁷

b) Celebración de operaciones con valores por cuenta de terceros como comisionista, mandatario o con cualquier otro carácter, interviniendo en los actos jurídicos que correspondan en nombre propio o en representación de terceros.

La comisión mercantil comenta el maestro Carvallo Yáñez²¹⁸ “se ha entendido tradicionalmente como un contrato de mandato aplicado a actos concretos de comercio, en virtud del cual el comitente confiere la comisión mercantil y el comisionista es la persona que la desempeña, siendo requisito indispensable que el comitente realice actos de comercio de manera habitual”.

La intermediación bursátil es realizada a través de sujetos denominados intermediarios del mercado de valores, por lo que de conformidad con el artículo 113 de la LMV, señala quienes son considerados con este carácter.

Artículo 113.- Los intermediarios del mercado de valores serán:

- I. Casas de bolsa.
- II. Instituciones de crédito.
- III. Sociedades operadoras de sociedades de inversión y administradoras de fondos para el retiro.

²¹⁷ Cfr. Ruiz Torres, Humberto. Ob cit. p. 201

²¹⁸ Carvallo Yáñez, Erick. Ob cit. p. 30

IV. Sociedades distribuidoras de acciones de sociedades de inversión y entidades financieras autorizadas para actuar con el referido carácter de distribuidoras.

° Casas de Bolsa

Son sociedades anónimas organizadas conforme a las disposiciones especiales de la Ley del Mercado de Valores, y en lo no previsto, se estará a lo establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Para organizarse y operar requieren previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (Artículo 115 LMV).

Comenta el maestro De la Fuente que la justificación de su existencia obedece fundamentalmente a la imposibilidad jurídica de que el público en general pueda comprar directamente acciones o títulos de deuda de las empresas que buscan recursos del gran público inversionista a través de una oferta pública de valores, toda vez que estos intermediarios son los únicos autorizados para realizar operaciones en el salón de remates de la Bolsa.²¹⁹

° Instituciones de Crédito

Son entidades financieras autorizadas para prestar el servicio de banca y crédito. De conformidad a la LIC, son dos las instituciones facultadas para prestar dicho servicio, y son:

° Instituciones de Banca Múltiple. “Son sociedades anónimas de capital fijo, autorizadas discrecionalmente por el Gobierno Federal a través de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, para prestar el servicio de banca y crédito en los términos de la Ley de Instituciones de Crédito”.²²⁰

° Instituciones de Banca de Desarrollo. “Son sociedades nacionales de crédito con personalidad jurídica y patrimonios propios, constituidas por el

²¹⁹ Cfr. De la Fuente Rodríguez, Jesús. Ob cit. p. 633

²²⁰ Ibidem. p. 346

Gobierno Federal, para apoyar financieramente actividades productivas para el desarrollo económico del país, a través de operaciones de banca múltiple”.²²¹

4.3. Bursatilización de Hipotecas

La bursatilización en términos generales es una forma de financiamiento alternativa a los medios comúnmente utilizados para la obtención de crédito. Hasta hace algunos años era prácticamente desconocida por los agentes económicos en México, no obstante que a la fecha ha tenido un auge significativo en los esquemas de financiamiento de aquellos entes que buscan recursos para continuar con su desarrollo y cumplir con sus objetivos empresariales.

4.3.1. Concepto

El primer paso para comprender a la bursatilización de hipotecas, consiste en establecer un concepto de la acepción bursatilización.

Por lo novedoso que resulta este medio de financiamiento, en el Sistema Jurídico Mexicano no existe definición del término bursatilización, en consecuencia resulta difícil encontrar alguna definición genérica del concepto.

En este sentido el maestro Ascencio Triujeque²²² comenta que “el vocablo bursatilización no se encuentra previsto dentro del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Así mismo señala que el término fue acuñado dentro del mercado en México, toda vez que en otros países se utilizan otras expresiones como titulización (España), securitización (Argentina) y *securitization* (Estados Unidos y Gran Bretaña) términos sobre lo que se ha formado el neologismo bursatilización”.

²²¹ Idem.

²²² Ascencio Triujeque, Alfonso. *Régimen Jurídico de la Bursatilización de Activos Financieros*, Academia Mexicana de Derecho Financiero, 2005, p. 14

Continúa apuntando que el vocablo “bursatilización” tiene su origen en la denominación estadounidense *securitization* de la que viene a ser prácticamente una traducción ya que lo relativo a valores “*security*” en México se refiere a lo bursátil.²²³

Por su parte el maestro Almoguera Gómez²²⁴ señala que “el término *securitización* tiene su origen en el ámbito de las finanzas, en específico dentro de los mercados financieros para definir al medio de financiamiento obtenido por los demandantes de recursos a través del mercado de capitales, evitando de esta manera la forma tradicional de financiamiento vía instituciones de crédito”.

El citado autor en su obra intitulada “La Titulización Crediticia” proporcionada algunas definiciones del término titulización, iniciando con G. Salem quien define a la titulización como el proceso en que los prestatarios trasladan su demanda de crédito desde las instituciones bancarias hacia los mercados abiertos, colocando la deuda mediante bancos de inversión.

Otro autor que menciona es C. Cummings, quien señala que acudiendo a una mayor expansión del concepto, define el proceso de titulización como aquel que implica, en alguna fase o estadio, la compra o venta de activos financieros, conectando directamente a demandantes y oferentes a través de los mercados financieros.

Otros autores que cita Almoguera Gómez son: Henderson y Scott, H. Morrisey, J. Rosental, J. Ocampo y E. Hull.

Henderson y Scott definen la titulización como el proceso que acontece cuando los activos de una entidad prestamista son sacados del balance y financiados por inversores que adquieren un instrumento financiero negociable

²²³ Cfr. Idem.

²²⁴ Almoguera Gómez, Ángel. *La Titulización Crediticia* (Un estudio interdisciplinar), Civitas, Bolsa de Madrid, España, 1995 p. 27

que refleja el endeudamiento sin que sea posible (o en todo caso limitada) la apelación al prestamista original.

Por su parte H. Morrissey señala que se trata del proceso de conversión de préstamos o derechos de crédito en instrumentos negociables. Más específicamente, permite que activos de pequeña cuantía, no negociables, y de diferente solvencia crediticia, sean reconvertidos en nuevos líquidos valores negociables acompañados de mejoras crediticias y ofreciendo flujos financieros que pueden diferir notablemente de los provenientes de los flujos originales de respaldo.

Los autores J. Rosental y J. Ocampo definen a la titulización crediticia diciendo que es el proceso estructurado por el cual los préstamos y otros derechos de cobro son agrupados, colocados y vendidos en la forma de valores (comúnmente denominados valores respaldados por activos).

E. Hull define la titulización de activos como el proceso de obtención de recursos financieros mediante la emisión de valores negociables respaldados o atendidos a través de futuros flujos de tesorería procedentes de activos generadores de rentas.

De las definiciones antes señaladas existe un común denominador, esto es, la idea de transformación de activos financieros.

En virtud de lo anterior, tomando en cuenta que no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de la bursatilización, a continuación me permito proporcionar una definición de dicha institución de la siguiente manera: *es un proceso de conversión de ciertos activos generadores de flujos que quedan agrupados bajo condiciones homogéneas, que se transmiten mediante ciertos actos jurídicos a un vehículo especial, que aseguran un flujo regular de fondos, para emitir valores que se colocan en el mercado de valores entre el gran público inversionista.*

Respecto a las definiciones vertidas con anterioridad, el maestro Ascencio Triujeque²²⁵ destaca notas distintivas de la bursatilización:

“a) Es un proceso. Significa que la bursatilización es un conjunto sistemático de operaciones, dotado de un marco jurídico específico, que se produce en el ámbito de un sistema financiero que conecta el mercado crediticio y de valores poniendo a disposición del gran público inversionista nuevos valores negociables.

Este proceso genera varias operaciones conforme a las cuales son ofertados títulos valor aptos para circular, con el respaldo o valor subyacente de activos que han sido separadamente jurídicamente del patrimonio y balance del originador e incorporados al patrimonio de un vehículo emisor, derivados de operaciones previamente realizadas por el originador, que servirán como fuente de pago.

b) Se basa en flujos financieros procedentes de una agrupación predeterminada de activos financieros. Es decir, que lo que adquiere el vehículo intermedio regularmente son derechos que subyacen a las emisiones que éste realiza con una serie de deducciones y adiciones, que es lo que percibe el gran público inversionista. Los flujos de dinero efectivo, en gran medida provienen de esos activos financieros.

c) Activos financieros que son cedidos o enajenados. En esta parte de la bursatilización los activos tienen efectos jurídicos asociados al proceso, que se ven influidos por dos elementos básicos: el primero se refiere a la multiplicidad de formas para transmitir esos activos y la prudencia que debe haber en la misma y el segundo tiene que ver con la solvencia general del emisor que deberá responder de los recursos obtenidos.

d) Transformación de flujos financieros para destinarlos al pago de una emisión de valores negociables. La transformación de flujos financieros

²²⁵ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. pp. 17 - 18.

consiste básicamente en la devolución del capital prestado y el pago de intereses que se realiza, de acuerdo con el calendario pactado a los prestatarios- clientes de la entidad cedente. Dicha transformación puede obedecer a las necesidades específicas del financiamiento o bien al tipo de producto que el mercado demanda, por ejemplo, en el supuesto cuando se tienen flujos que generan los activos a tasa fija y el mercado puede demandar tasa variable y viceversa, en otro caso es el relativo en el cual los activos pueden ser de corto plazo y el financiamiento es requerido a largo plazo”.

4.3.2. Naturaleza Jurídica

En virtud de que se han transcrito diversos conceptos que definen a la bursatilización, es necesario saber qué significado tiene dicha institución para el derecho.

En este sentido cabe destacar lo apuntado por el maestro Bugeda Lanzas²²⁶, quien comenta que “él proceso de bursatilización en su estructura es un negocio jurídico complejo, toda vez que en la práctica su instrumentación está en función de los bienes o activos que se vayan a bursatilizar; no obstante lo anterior, continua señalando que en cada proceso se puede notar un elemento fundamental en este negocio, esto es, existe la necesidad de contar con un emisor independiente o vehículo intermedio, pues la división en la relación jurídica entre causante u originador y el inversionista final, constituye la razón de ser del negocio en sí mismo”.

El citado autor²²⁷, señala que en el negocio de la bursatilización existen rasgos comunes como son la existen de una dualidad esencial, una titularidad dividida y una relación dinámica, explicándolo de la siguiente manera:

° “Dualidad esencial.- Ese elemento distingue a la emisión de obligaciones con garantía específica, de la emisión de valores sustentados por

²²⁶ Bugeda Lanzas, Jesús. *Estudios de Derecho Bursátil en Homenaje a Octavio Igartúa Araiza*, 1ª. Edición, Porrúa, México, 1997, pp. 79 y 80.

²²⁷ Ibidem. pp. 80 - 81

activos a través de un patrimonio autónomo (fideicomiso), o de una persona moral con personalidad jurídica, cuyo único objeto consiste en la emisión de tales valores (corporación independiente o subsidiaria).

Dicho dualismo básico hace que el negocio jurídico de la bursatilización sea, por naturaleza, multilateral, pues deben intervenir, al menos tres manifestaciones de voluntad concurrentes al fin que se persigue, es decir, la creación de valores para su colocación en los mercados secundarios, tanto de manera pública como privada. En efecto, además de la voluntad del originador tiene que manifestarse la voluntad del vehículo intermedio, por conducto de la institución fiduciaria cuando se trate de un fideicomiso (patrimonio autónomo), o de una corporación o sociedad tenedora creada expresamente para ese efecto. Los valores que dichos vehículos emiten deben ser, a su vez, aceptados por los inversionistas, quienes, cambio de su titularidad, pagan las cantidades que se les soliciten en los respectivos prospectos u ofertas circulares.

° Titularidad Dividida.- Estas tres manifestaciones de voluntad, aun cuando no sean simultáneas sino sucesivas en tiempo, deben recaer sobre causas concatenadas y sus respectivos objetos. Nuestro breve análisis ha de completarse con la relación jurídica establecida mediante la bursatilización. Aquí existe, como en nuestro fideicomiso, una discrepancia entre la titularidad jurídica y la titularidad económica. Desde el punto de vista jurídico el causante se relaciona con el vehículo intermedio, mediante la transferencia de los activos que servirán de base a los valores correspondientes; surgiendo una segunda relación entre dicho vehículo y los inversionistas que adopta la forma de una emisión de valores. Sin embargo, al causante le alcanzan los beneficios de tal proceso, pues los fondos obtenidos por el vehículo intermedio en la colocación de sus títulos le son traspasados de manera inmediata, entre otros procedimientos, a través de cuentas o depósitos bancarios. Tal dualidad jurídica con una base esencialmente unitaria desde el punto de vista económico, hace que la bursatilización cubra varios aspectos y ofrezca múltiples beneficios.

° Relación Dinámica.- Existen autores que califican a la bursatilización como un “proceso”, siendo en tal virtud su naturaleza dinámica por esencia constituyendo una innovación financiera, que no solo permite sino mas bien impone una separación de riesgos. La bursatilización como conjunto ordenado y sucesivo de operaciones comprende, una serie de fases: a) originación o formalización de las operaciones crediticias; b) realización del proceso; c) mejora crediticia y obtención de la correspondiente calificación (rating); d) emisión y aseguramiento de la colocación de valores; e) gestión y administración de las operaciones bursatilizadas; amortización de la emisión; y g) liquidación del vehículo intermedio.

La intervención de las distintas partes principales y complementarias, ejerciendo funciones enlazadas entre sí y que se refuerzan recíprocamente, propias del proceso de bursatilización, confirma su dinamismo básico. Sólo en la interrelación de cada una de las fases con las demás, se comprende el alcance y las posibilidades de este nuevo método financiero, o sea, se trata de un negocio complejo con diversas prestaciones que se reducen a su unidad fundamental, sin que aisladamente y con autonomía las unas de las otras, puedan funcionar ni desplegar los efectos de reducir los riesgos, finalidad última perseguida por este mecanismo”.

En virtud de lo anterior, el maestro Ascencio Triujeque²²⁸ considera que “tanto el conjunto de negocios que en cada caso configuran una operación, como el contenido de ellos varían dependiendo de las necesidades y objetivos de quienes la promueven. Es evidente que de todas las relaciones jurídicas que se gestan en estos procesos, existe un rasgo común que presenta cualquier tipo de bursatilización, esto es, la transmisión de activos financieros a un vehículo especial que emite títulos valor y que pagan a los inversores cuyos derechos vienen respaldados con los recursos obtenidos por los activos financieros adquiridos”.

²²⁸ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. p. 21

Continúa apuntando que es por ello que no se puede precisar con exactitud la naturaleza jurídica de la bursatilización, por lo que es necesario combinar el análisis de los actos específicos para las operaciones de este tipo con las posibilidades de una configuración negocial que ofrecen las categorías generales de nuestro derecho privado regidoras de los negocios que componen aquellas.

Finalmente concluye señalando que la bursatilización es un negocio complejo que no se identifica con una figura jurídica especial sino que involucra diversos actos jurídicos que son determinados de acuerdo con los bienes y derechos que se pretende afectar y de las características de los títulos que se lleguen a emitir.

4.4. Sujetos

En un proceso de bursatilización participan diversos sujetos, por lo que de conformidad a la clasificación del maestro Bugeda Lanzas²²⁹ tenemos que existen sujetos que intervienen de manera permanente y otros sólo participan en alguna etapa del proceso. En este sentido son:

- I) Sujetos Principales
- II) Sujetos Complementarios

° Sujetos Principales

- a) Originador o Causante

“Es el titular de los activos que van a ser objeto de la bursatilización o simplemente se encarga de reunirlos. Pueden ser personas físicas o morales quienes pueden afectar bienes o derechos, tales como: cuentas por cobrar o cualquier derecho de crédito, rentas, cualquier bien o activo que produzca los

²²⁹ Cfr. Bugeda Lanzas, Jesús. Ob cit. p. 81

ingresos que serán fuente de repago de los títulos que posteriormente se emitan”.²³⁰

“Para el caso de los créditos hipotecarios de conformidad a lo dispuesto por el artículo 2996 del Código Civil para el Distrito Federal, únicamente estarán facultadas las Instituciones de Crédito reconocidas por la LIC, para ceder los derechos correspondientes a sus créditos, por lo tanto se trata de originadoras de derechos de crédito que la legislación civil reconoce”.²³¹

Así mismo, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado (SOFOL), tendrán el carácter de originadoras, siempre y cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) autorice de manera expresa, por lo que podrán ceder sus derechos de crédito, los cuales serán objeto de un proceso de bursatilización.

b) Vehículo o Emisor

“Es el ente que hace posible la transformación de los activos originales a títulos negociables. Se trata de un intermediario que sirve de enlace entre el originador de los activos y el adquirente de los títulos cuya actividad principal es vincular a los sujetos de la relación jurídica”.²³²

En este sentido, el vehículo jurídico emisor es aquel que adquiere los derechos de crédito con garantía hipotecaria que serán objeto de la bursatilización y realiza la oferta, ya sea pública o privada, de valores de captación de recursos con los cuales liquidara las cuentas por cobrar adquiridas.

El vehículo jurídico emisor puede ser constituido principalmente como una sociedad mercantil, en su modalidad de sociedad anónima, o mediante la constitución de un fideicomiso.

²³⁰ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. p. 33

²³¹ Idem.

²³² Idem.

c) Inversionista

Es el adquirente de los títulos valor que emite el vehículo y por ende el titular de los derechos en ellos insertos .

“Su función principal dentro del proceso bursatilizador, radica en que a través de estos sujetos depende el buen funcionamiento del mercado de valores. De manera adicional el inversionista en cierta medida determina las características con la que se inicia una emisión en dicho mercado, situación que influye de manera directa en la liquidez de los instrumentos emitidos y también determina el precio de los títulos valor, que redundan en la consecución de uno de los fines de la bursatilización que entre otros, es obtener recursos ajenos a buen precio”.²³³

d) Administrador

“Generalmente es el originante quien con base a un acuerdo de administración y con una contraprestación, toma a su cargo la tarea de continuar con la administración de los activos transferidos. De esta forma el originante mantiene los activos, por una razón fundamental que es el conocimiento de su clientela así como las tácticas y las técnicas de cobranza que ha desarrollado en el tiempo dado el conocimiento y características de su clientela que constituyen una situación importante en la relación general con los demás participantes”.²³⁴

Así mismo, el administrador, está encargado de administrar los activos, cuidando de ellos y con la obligación de mantener informado al emisor así como a los inversionistas sobre el estado que guardan estos activos y los flujos fuente de pago.

²³³ Ibidem. p. 34

²³⁴ Ibidem. p. 35

e) Representante Común

“Esta figura sugiere una comunidad de partes representadas por una sola persona que tiene como obligación cuidar y defender los intereses de esa comunidad. En la bursatilización se constituye en el representante de los inversionistas en la emisión respectiva, su participación es fundamental, al tal grado que el legislador le ha conferido facultades de suscripción del título de emisión a efecto de que se verifique que los términos y condiciones insertos en los documentos que formalizan una emisión, así como los bienes afectos al vehículo o emisor se encuentren debidamente integrados”.²³⁵

El cargo de representante común será desempeñado por la persona designada en forma personalísima y solo podrá renunciar por causas graves que serán determinadas por un juez, de conformidad por lo dispuesto por el artículo 216 de la LGTOC.

º Sujetos Complementarios

a) Intermediario Bursátil

Tiene como función colocar los valores emitidos por el vehículo o emisor entre el gran público inversionista.

Este sujeto cumple con una función de gran trascendencia que es la de hacer sensible tanto a la oferta como a la demanda de los niveles de precio que deberán tener los títulos a emitir. Esto es que aprecian el potencial de adquisición de valores que pudiera existir por parte del público inversionista; convirtiéndose en un canal de información de los niveles de precio y tasa que espera el mercado de la emisión.²³⁶

²³⁵ Idem.

²³⁶ Idem.

b) Agencia Calificadora de Riesgos

“Son instituciones que cuentan con autorización administrativa para prestar los servicios de calificación de valores, básicamente referidas al riesgo de pago, son de carácter profesional e independiente y son requisito indispensable para la emisión de valores en caso de oferta pública, o bien cuando están destinados a inversionistas institucionales que de acuerdo a sus regímenes de inversión requieren esta calificación”.²³⁷

El maestro Bugeda Lanzas²³⁸ señala que “si bien, desde el punto vista estrictamente jurídico no participa en la relación acreedor y deudor ni complementa la actividad directa de las partes, su misión es tan importante que sin ella la bursatilización no sería posible. La calificación de riesgo se convierte en un elemento determinante para llevar a cabo la bursatilización y determina en buena medida el gran éxito de la misma”.

c) Entidad de Apoyo Crediticio

“Es la parte que otorga su apoyo obligándose a cubrir cualquier faltante de fondos que produzcan los activos bursatilizados ya sea por morosidad de los deudores finales o por cualquier otra causa, consolidando así la efectividad del esquema financiero frente al inversionista y los intermediarios”.²³⁹

“Su función es la de cubrir el riesgo de pago principalmente de los activos bursatilizados al otorgar su respaldo, obligándose a cubrir cualquier insuficiencia de recursos que produzcan dichos activos. En muchas ocasiones el tipo de calificación o el nivel de riesgo de las emisiones esta determinado en alguna medida por el tipo de garantía adicional que pueda otorgarse a efecto de elevar el nivel de calificación”.²⁴⁰

²³⁷ Idem.

²³⁸ Bugeda Lanzas, Jesús. Ob cit. p. 83

²³⁹ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. p. 38

²⁴⁰ Idem.

d) Patrocinador

El maestro Bugeda Lanzas considera al patrocinador como parte complementaria en el proceso de bursatilización, así mismo señala que “el impulso de la bursatilización, su apoyo crediticio o de garantía y la coordinación de las distintas funciones concurrentes en este sistema de financiamiento, corresponden al patrocinador (sponsor), que puede coincidir con la persona del originador o causante o con el intermediario financiero. A veces la sociedad dueña de la empresa que funge como causante desempeña ese papel, o bien cualesquiera otras que pudieran tener un interés directo o indirecto en el buen éxito del financiamiento estructurado”.²⁴¹

4.5. Activos susceptibles de bursatilizar

En el proceso de bursatilización es fundamental determinar el tipo de activos que serán objeto de bursatilizarse; en virtud de lo anterior debe señalarse que existen ciertos requisitos básicos que debe reunir el grupo de activos. Existen varias opiniones para precisar estos requisitos, por lo que de conformidad con el maestro Bugeda Lanzas²⁴² quien destaca los siguientes:

“(i) Liquidez: Las cuentas por cobrar deben generar flujos de efectivo suficientes para amortizar y pagar los intereses o rendimientos de los valores que se emitan con su respaldo.

(ii) Homogeneidad: La bursatilización se facilita cuando las cuentas por cobrar presenten condiciones similares, tanto por su documentación como por sus características financieras. La similitud permite su agrupamiento en el vehículo jurídico y su eficiente administración.

²⁴¹ Bugeda Lanzas, Jesús. Ob cit. p. 82

²⁴² Ibidem. p. 92

(iii) Transferibilidad: Es de particular relevancia que los valores sean fácilmente transferibles al vehículo jurídico emisor, pues de otro modo se entorpece todo el proceso de bursatilización.

(iv) Unilateralidad: Es sumamente recomendable que los activos que sea transferida al vehículo jurídico emisor, desde ese momento, solo genere derechos y no obligaciones para el titular y que no esté sujeta a contraprestaciones de clase alguna que puedan ser invocadas por los deudores finales frente al vehículo emisor.

Cuando el activo tenga por causa un negocio jurídico bilateral, el originador deberá haber cumplido previamente con las obligaciones a su cargo de tal manera que el deudor final no pueda oponer al pago excepciones de clase alguna, ya sea porque resulten de la situación de facto o por el negocio de cesión propiamente dicho, como sería el caso del endoso de título de crédito que represente el activo transferido”.

El citado autor²⁴³ comenta que “aunque pueden señalarse algunas otras características, tales como la evaluación, la diversificación geográfica a efecto de diversificar el riesgo asociado con una determinada región, la disgregación entre un gran número de deudores finales de los activos, la incidencia de morosidad y otros parecidos, debe hacerse una caracterización particular para cada proceso de bursatilización”.

Los activos que son generalmente bursatilizados son los siguientes:

- ° Prestamos con garantía hipotecaria
- ° Prestamos para la adquisición de automóviles
- ° Cuentas por cobrar de tarjetas de crédito
- ° Operaciones de arrendamiento financiero de toda clase de bienes
- ° Prestamos a consumidores por parte de tiendas departamentales
- ° Derechos de cobro sobre el servicio de agua

²⁴³ Idem.

° Derechos de cobros por cuotas de peaje

Toda vez que el objeto de la presente investigación es la bursatilización de hipotecas, solo se hará énfasis a este tipo de activos.

Se debe señalar en primer término que cualquier tipo de crédito hipotecario es bursatilizable, incluso aquellos que se encuentren vencidos, mal formalizados, sin embargo las características de los créditos inciden directamente en el precio en que podrían ser adquiridos por el público inversionista.

El maestro Ascencio Triujeque²⁴⁴ apunta que “este tipo de activos originan un flujo de ingresos por concepto de intereses y pago de principal que reúnen características específicas, en virtud de que traen implícita una garantía real sobre el bien inmueble que garantiza las obligaciones de carácter económico asumidas por el deudor. En este sentido, como notas distintivas, se trata de operaciones a largo plazo regularmente, intereses reducidos con un régimen fiscal de bajo impacto que genera condiciones idóneas para un proceso bursatilizador”.

Los prestamos con garantía hipotecaria, señala el citado autor se pueden clasificar de acuerdo a la naturaleza del bien gravado, a la clase de entidad financiera acreedora, a las condiciones financieras y a los seguros que se incorporan a esas operaciones.

Así mismo, ciertas categorías de activos estarán determinadas por el tipo de intereses que al efecto se estipule, ya sea fijo o variable, los planes amortización, límites en cuanto al monto máximo en los pagos que deba realizar el deudor, entre otros aspectos.

El punto relativo a los intereses de carácter fijo que en los contratos hipotecarios son comunes, los esquemas de pago tanto del principal como de

²⁴⁴ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. p. 25

los accesorios son constantes hasta el vencimiento de la operación, lo cual permite cierta flexibilidad para el diseño de estructuras específicas de acuerdo a los requerimientos del mercado.

Los préstamos con interés variable se revisan en forma periódica y habrá que estar muy atentos al índice o tasa de referencia así como a su evaluación y repercusiones sobre la capacidad de pago de los prestamistas, aspectos que involucran un análisis detallado el cual es desarrollado por las calificadoras.

4.6. Transmisión de los activos objeto de la bursatilización

En el proceso de bursatilización de hipotecas, uno de los principales objetivos y de gran trascendencia es la separación o aislamiento del riesgo propio de dichos activos de la entidad que los origina, es decir, que los activos a bursatilizar sean separados de los activos del cedente u originante y se mantengan inalcanzables para sus acreedores, a fin de proteger la cesión de derechos, evitando en la medida posible que dicha transmisión pueda ser alterada, afectada o anulada.

Lo anterior, es con el objeto de que el tenedor del valor emitido no tenga el riesgo de un posible quebranto del originador y no entre en concurso de acreedores, pues con la segregación la fuente de su pago se le pretende aislar del proceso de concurso.

Así en este sentido el maestro Ascencio Triujeque²⁴⁵ afirma que “las contingencias de la transmisión de los activos, suelen eliminarse mediante la traslación de la titularidad de los activos al vehículo emisor por parte del causante u originante, siempre que el título sea definitivo e irrevocable, sin que

²⁴⁵ Ibidem. p. 76

la potencial masa de la quiebra se extienda hasta abarcar los bienes o activos trasladados”.

Generalmente, el originador documenta sus financiamientos mediante la celebración de contratos de mutuo, crédito o préstamo mercantil y pagares suscritos por el deudor en un monto igual al préstamo.

La transferencia de los activos financieros, en el caso de que estén documentadas con títulos de crédito, se puede realizar por cualquiera de las dos modalidades cambiarias que señala la LGTOC, i) la simple tradición; y ii) el endoso, tratándose de títulos nominativos, o por cualquier otro medio previsto en la ley, esto es, mediante la cesión ordinaria de derechos, cuando los derechos de crédito no estén documentados en títulos de crédito o cuando estos no sean endosables.

Cuando en la instrumentación del proceso bursatilizador, el vehículo emisor sea un fideicomiso, la transmisión de los activos será mediante cesión ordinaria.

Al respecto el maestro Ascencio Triujeque²⁴⁶ apunta que “la figura de la cesión de derechos se desplazó del derecho civil (artículos 2029 al 2061 del Código Civil para el Distrito Federal) al derecho mercantil regulando la figura en algunos artículos del Código de Comercio (389 a 391), así mismo insertándose en la LGTOC en la cual se regula el descuento bancario de conformidad a los artículos 288 a 290 y en lo que corresponde a la figura del endoso lo previsto en los artículos 26 a 41. Por lo que se debe señalar en que consiste cada tipo de cesión, esto es, en el derecho civil y en el derecho mercantil”.

4.6.1. Cesión de Derechos en materia Civil

La figura jurídica más utilizada en la bursatilización de activos financieros, dada el amplio espectro de su contenido, es la cesión de derechos,

²⁴⁶ Ibidem. p. 75

la cual acontece cuando un acreedor transfiere a otro los derechos que tenga contra su deudor, aun sin el consentimiento de éste, salvo que tal cesión estuviere prohibida por la ley, se hubiese convenido en no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho.

La cesión de derechos es una forma de transmisión de obligaciones que se puede dar a través de un contrato.

De conformidad al artículo 2029 del CCF establece respecto a esta figura lo siguiente:

Artículo 2029. Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor.

En este sentido el maestro Bejarano Sánchez²⁴⁷ define a la cesión de derechos como “un contrato en virtud del cual el titular de un derecho (cedente) lo transmite a otra persona (cesionario), gratuita u onerosamente, sin alterar la relación jurídica”.

Por su parte el maestro Gutiérrez y González²⁴⁸ proporciona un concepto de cesión, de la siguiente manera “es un acto jurídico del tipo contrato, en virtud del cual un acreedor, que se denomina cedente, transmite el derecho que tiene respecto de su deudor, a un tercero, que se denomina cesionario”.

Por otro lado, el maestro Bejarano Sánchez²⁴⁹ comenta que “la cesión es un contrato cambiante porque asume la esencia de diversos contratos como la compraventa, permuta o donación. Cabe señalar que no es un contrato diferente de la compraventa, permuta o donación, sino que toma la naturaleza de uno u otro”.

²⁴⁷ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob cit. p. 330

²⁴⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob cit. p. 969

²⁴⁹ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob cit. p. 331

En este sentido el CCF en su artículo 2031, establece respecto a esta situación lo siguiente:

Artículo 2031. En la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en este Capítulo.

Este artículo se debe interpretar tomando en cuenta la intención del legislador de aplicar las normas del contrato que se asemeje a la cesión, por lo que se puede destacar lo siguiente:

° Cuando la cesión se hace a cambio de un precio cierto y en dinero, como sería el caso de la bursatilización, en virtud de que el originador recibe a cambio de la cesión de sus derechos de crédito el producto de la venta o colocación en el mercado de capitales los valores emitidos, por lo que tiene un carácter de compraventa, por lo que las obligaciones y normas relativas a los contratos de compraventa la cesión de derechos tendrá el carácter de onerosa.

° En el caso de que la cesión se realice a cambio de algún otro bien que no sea dinero, esta tendrá el carácter de permuta, por lo que le serán aplicables las reglas y normas de dicho contrato.

° Cuando se transmite a título gratuito el derecho del cedente al cesionario tendrá el carácter de donación y le serán aplicables las reglas y normas de dicho contrato.

En virtud de lo anterior, el maestro Gutiérrez y González²⁵⁰ sostiene que “la cesión se regula no tanto por normas especiales que da la ley para ella, sino que se rige principalmente por las reglas del contrato cuya apariencia asume, y solo de manera aislada se le aplican normas específicas que le consagra el Código (Código Civil para el Distrito Federal)”.

²⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob cit. p. 970

4.6.2. Efectos de la Cesión de Derechos

Los efectos de la cesión de derechos se deben analizar en función de la relación que guarda un sujeto respecto de otro, esto es desde cuatro puntos de vista, a saber:

- a) Entre cedente y cesionario
 - b) Entre cesionario y deudor
 - c) Entre cedente y deudor
 - d) Frente a terceros
-
- a) Entre cedente y cesionario

Unos de los efectos de la cesión de derechos es lo que se trasmite por virtud de ésta. El CCF en su artículo 2032 establece:

Artículo 2032. La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, **hipoteca**, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal.

Con base en este artículo en una cesión de derechos, tratándose de créditos hipotecarios, a fin de bursatilizarlos, el cedente sería el originador de los derechos accesorios en este caso las hipotecas a su favor, colocándolo en una mejor situación de ofertar dichos activos, toda vez que los valores que se emitan tendrán una mejor aceptación en el mercado y por consecuencia el precio de los mismos será más conveniente para el originador.

El cesionario tiene respecto al cedente, las obligaciones derivadas del contrato cuya naturaleza se asemeja a la cesión:

° Si la semejanza es una compraventa, está obligado al pago de un precio.

° Si la semejanza es una permuta, tendrá la obligación derivada de garantizar que entrega una cosa de su propiedad, y las demás obligaciones inherentes a este contrato.

b) Entre cesionario y deudor

Los efectos que produce la cesión de derechos entre cesionario y el deudor son de especial importancia, en virtud de que la obligación de pago por parte deudor es modificada ya que ahora se encuentra obligado frente a un nuevo acreedor. Esta modificación a la relación contractual le afecta directamente al deudor, al respecto el maestro Gutiérrez y González²⁵¹ señala que "... el contrato de cesión de derechos presenta una importante derogación del principio de "*res inter alios acta*" del cual determina que los contratos sólo surten efectos y traen consecuencias entre las partes que los celebraron. La excepción al principio es porque el contrato de cesión proyecta sus efectos y afectan al deudor del cual el crédito fue cedido, siendo que en ningún momento forma parte del contrato de cesión, esto, al deudor del crédito que se cede".

Uno de los requisitos fundamentales en toda cesión, a fin de que el cesionario pueda exigir al deudor el pago del crédito, consiste en que aquél le haga saber a éste la operación realizada con su acreedor, motivo por el cual debe notificarle de manera fehaciente la cesión pactada, la cual puede hacer por medio de testigos, de notario público o judicialmente. En este sentido el artículo 2036 establece:

Artículo 2036. En los casos a que se refiere el artículo 2033, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario.

La notificación que le debe hacer el cesionario al deudor es con el propósito de que el cesionario pueda exigir al deudor el pago del crédito, por lo

²⁵¹ Ibidem. p. 976

que es necesario que el deudor se dé por notificado de la celebración del contrato de cesión de derechos entre cedente y cesionario a efecto de que está obligado a pagar a su nuevo acreedor.

Sin embargo, existe una excepción a esta obligación, la cual reviste un carácter trascendental, toda vez que incide directamente en el objeto de la presente investigación.

El artículo 2926 del CCF fue objeto de reformas, las cuales fueron publicadas en el Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Mayo de 1996. Se adicionaron dos párrafos a dicho numeral.

Dentro del contexto del mercado hipotecario, el maestro Ascencio Triujeque²⁵² comenta que “existían una serie de factores que impidieron en cierta medida llevar a cabo bursatilizaciones de cartera de crédito con garantía hipotecaria y dicho artículo fue materia de análisis a fin de hacer posible dicha bursatilización. Fueron dos factores que impedían lo anterior: i) la dificultad de ceder derechos derivados de contratos de crédito con garantía hipotecaria; y ii) la tardanza que usualmente caracteriza a los procedimientos judiciales para la ejecución de sentencia”.

“Lo anterior significaba modificar la legislación local en esta materia, pues los códigos civiles de los Estados de la República, requieren, salvo algunas excepciones, que los créditos para ser objeto de cesión consten en escritura pública, notificar al deudor e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, por lo que el artículo 2926, fue adicionado con dos párrafos, lo cual abrió la posibilidad de realizar la cesión sin los mencionados requisitos, solo en el caso de instituciones del sistema bancario y de aquellas de seguridad social que otorgan créditos como una prestación de carácter laboral”.²⁵³

²⁵²Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. p. 77

²⁵³ Cfr. Ibidem. p. 78

Así en este sentido el 7 de julio de 1994, el Ejecutivo Federal envió una iniciativa al Congreso de la Unión, con la intención de impulsar la creación de un mercado secundario de créditos con garantía hipotecaria que hiciera posible a las entidades participantes, la cesión en forma ágil de los créditos destinados a la vivienda obteniendo a cambio nuevos recursos con los cuales se otorgarían más créditos para satisfacer la demanda de vivienda.

En virtud de lo anterior, en la Exposición de Motivos²⁵⁴ en uno de sus párrafos dispone lo siguiente:

“Para la constitución de tal propósito resulta indispensable facilitar la cesión de créditos hipotecarios por lo que se considero necesario, como en otros casos previstos en el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la república en materia federal, establecer que no se requiera de notificación al deudor ni inscripción en el Registro Público de la Propiedad para la cesión”.

Esta iniciativa no fue aprobada en aquella ocasión, por lo que permaneció dos años en estudio y el 24 de mayo de 1996, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que reforma y adiciona varias leyes, entre las cuales se modifica el artículo 2926 del CCDF, quedando en los siguientes términos:

Artículo 2926.-

“...Las **instituciones del sistema bancario mexicano**, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, **y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro**, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la

²⁵⁴ Vid. Exposición de motivos de la iniciativa para reformar el artículo 2926 del entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal enviada al Congreso de la Unión para impulsar la creación de un mercado secundario de hipotecas de fecha 7 de julio de 1994.

administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de el o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta”.

Esta reforma, constituyó un avance en materia legislativa en el marco jurídico aplicable a la bursatilización de créditos con garantía hipotecaria.

No obstante lo anterior, el maestro Ascencio Triujeque²⁵⁵ comenta: “a la fecha las reformas no han sido suficientes, ya que cuando surge la decisión de llevar a cabo una bursatilización, es fundamental centrar la atención en los activos que serán objeto del proceso bursatilizador, lo cual implica que se haga un análisis profundo desde su proceso de originación hasta el último acto que sea necesario para hacer liquido dicho activo. Por lo que resulta necesario definir desde el punto de vista jurídico la forma en que deberá transmitirse ese activo a efecto de conservar esos derechos y legitimar a quien los mantendrá hasta que se hagan totalmente líquidos”.

En este sentido, “será necesario llevar a cabo transmisiones perfectas de dichos activos desde el punto de vista de su tradición en sentido jurídico y cuidar en extremo lo relativo a la legitimación adecuada que deberá hacerse de los mismos a favor de la o las personas que se vayan a encargar de su administración, cobranza y ejecución tanto extrajudicial como judicial, en el evento de que surja un incumplimiento por parte de los obligados directos”.²⁵⁶

²⁵⁵ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. 80

²⁵⁶ Idem.

c) Entre cedente y deudor

Los efectos de la cesión de derechos entre cedente y deudor, de acuerdo a lo expuesto por el maestro Gutiérrez y González son los siguientes: “Desliga a las partes acreedor original y deudor, desde que se notifica al deudor. Al momento en que el acreedor original transmite su derecho al cesionario y la operación se le notifica en forma debida al deudor, deja de existir entre éste y aquél, relación alguna con motivo de ese derecho de crédito; a partir de ese momento, los efectos de la relación jurídica, se trasladan de la persona del cedente al cesionario”.²⁵⁷

En este sentido, cuando ya se ha realizado la cesión, observando las formalidades requeridas, y una vez que el deudor ha sido debidamente notificado, la relación entre el cedente y el deudor se extingue por completo, substituyendo el cesionario al cedente en sus derechos y obligaciones.

Por otro lado, la cesión no surtirá efectos si se trata de créditos incedibles. Aunque al deudor se le notifique en forma la cesión, seguirá ligado frente al cedente, sin tener relación alguna con el cesionario, cuando lo que debe es un crédito incedible.

d) Frente a terceros

La operación que realizan cedente y cesionario, no produce efectos frente a los terceros que no intervienen en el acto, sino hasta que de manera fehaciente conste haberse notificado al deudor.

Mientras no se verifica la cesión conforme a las reglas previstas por el CCDF, los acreedores del cedente pueden llegado el caso, hacer que se embargue su crédito, y los acreedores del cesionario no podrán embargar los derechos que en su oportunidad le asistirán a éste.

²⁵⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. p. 980

4.6.3. Cesión de Derechos en materia Mercantil

La cesión de derechos en materia mercantil, se presenta principalmente en tres formas:

i) El descuento de crédito en libros, que está previsto en los artículos 288 a 290 de la LGTOC.

ii) El descuento de títulos de crédito que se realiza por medio del endoso en propiedad, que en algunos casos se realiza través de la cesión de créditos, por no poderse endosar los títulos, ya sea por imposibilidad jurídica al contener la leyenda “no negociabilidad”, o por imposibilidad física en el supuesto de que el descuento sea de un gran número de títulos de crédito. A este tipo de cesiones el Código de Comercio las denomina “Cesiones de Créditos no Endosables”, previstas dentro del Título Quinto, Capítulo III, en los artículos 389 a 391, del citado ordenamiento.

Así en los citados numerales se establece que los créditos mercantiles que no sean endosables se transferirán por medio de cesión y se menciona en el artículo siguiente que ésta solo produce sus efectos cuando sea notificada ante dos testigos.

iii) Mediante la figura del Endoso, regulado en los artículos 26 a 41 de la LGTOC.

° Endoso

El endoso es una forma de transmitir un título de crédito nominativo, de conformidad con lo establecido en la LGTOC, por medio del cual el tenedor de un título de crédito se lo transmite a un tercero legitimando a este como nuevo acreedor y conservando el título todas sus características propias. Los títulos al portador se transmiten por simple tradición, con la entrega física del título y sin necesidad de ninguna anotación.

El maestro Dávalos Mejía²⁵⁸ señala que por definición, el endoso únicamente puede realizarse en los títulos a la orden; este “consiste en transmitir un título que legitima al nuevo titular, y permite que aquél conserve sus características de incorporación, literalidad y autonomía, porque el título debe entregarse, debe constar en su texto y en tanto el motivo del endoso no influya en que la deuda siga siendo ejecutable sin más trámite que su vencimiento”.

El endoso de un título no cambia las características del mismo. El endosar un título da como resultado la puesta en circulación del mismo que es una de las características de todo título de crédito.

Las formalidades que requiere la LGTOC para realizar el endoso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 29 de la ley cambiaria, es que el endoso debe constar en el título relativo o en hoja adherida al mismo, y debe reunir los siguientes requisitos:

i) El nombre del endosatario; en el supuesto de que no contenga el nombre del endosatario será un endoso en blanco, por lo que la ley cambiaria considera que la transmisión se está haciendo al portador, según lo previsto en el artículo 32 segundo párrafo de la LGTOC.

ii) La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre. Es un requisito esencial para la transmisión del título, ya que aun si cumple con todos los demás requisitos el endoso será nulo sin la firma del endosante pues su voluntad no está manifiesta.

iii) Debe señalarse la clase de endoso de que se trate, esto es, en propiedad, en procuración, en garantía. En el supuesto de que no se señale el tipo o clase de endoso, se considerará que se trata de un endoso en propiedad, de acuerdo con el artículo 30 de la LGTOC.

²⁵⁸ Dávalos Mejía, Carlos. Ob cit. p. 115

iv) Debe contener el lugar y fecha del endoso. En el supuesto de que no se señale lugar y fecha la ley presume que se realizó en el domicilio del endosante y justamente en la fecha en que el endosante adquirió el documento, de conformidad con el artículo 30 de la LGTOC. Esta situación, es con la finalidad de no crear una confusión en cuanto al tiempo en que los derechos derivados del título de crédito fueron adquiridos por el nuevo acreedor para efectos de la prescripción y para determinar la competencia aplicable en caso de un posible conflicto.

Por otro lado, debe destacarse lo dispuesto por el artículo 34 de la LGTOC, esto es que el endoso en propiedad no obliga solidariamente al endosante, sino en los casos en que la ley establezca solidaridad. Ahora bien, tratándose de procesos de bursatilización de activos, en ocasiones, cuando dichos activos se documentan en un título de crédito se hace a través de un pagaré. En virtud de lo anterior les es aplicable el artículo 90 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece:

Artículo 90.- El endoso en propiedad de una letra de cambio (pagaré) obliga al endosante solidariamente con los demás responsables del valor de la letra (pagaré), observándose, en su caso, lo dispuesto por el párrafo final del artículo 34.

En este sentido, el endosatario tiene acción cambiaria respecto de todos los endosantes de un pagaré, esto es, los endosantes tienen solidaridad cambiaria.

Derivado de lo anterior, en un proceso de bursatilización de activos en donde se busca que dichos activos sean totalmente separados del patrimonio del originador, en beneficio tanto para el tenedor del valor como del propio originador, un endoso en propiedad de los pagarés, que documentan las cuentas por cobrar, vincularía en solidaridad cambiaria al originador, lo que para los tenedores sería benéfico, pero no así para aquel, pues se busca que el riesgo de la cobranza de las cuentas cobrar en cuestión, lo corran los

tenedores, a través del vehículo jurídico emisor y con base en la calidad del activo. A cambio se les otorga un premio vía el descuento en el precio de colocación o en el rendimiento ofrecido.

Así pues, para librar al originador de la solidaridad cambiaria, la propia LGTOC, en su artículo 34 segundo párrafo, establece:

Artículo 34.- ... Cuando la ley establezca la responsabilidad solidaria de los endosantes, estos pueden librarse de ella mediante la cláusula “sin mi responsabilidad” o alguna equivalente.

De lo anterior, resulta necesario que en un proceso de bursatilización en donde se pretenda transferir las cuentas por cobrar documentadas en pagarés mediante endoso, éste se debe hacer insertándose la cláusula “sin mi responsabilidad”.

4.7. Naturaleza del vehículo instrumental

Como quedo asentado en líneas anteriores, en todo proceso de bursatilización de activos, en el caso que nos ocupa (hipotecas), existe un vehículo jurídico emisor; el cual puede ser constituido mediante un: i) fideicomiso; y ii) a través de una sociedad mercantil, en su modalidad de sociedad anónima.

En México la mayoría de los procesos de bursatilización han adoptado al fideicomiso como vehículo jurídico emisor, ya que por sus características y flexibilidad jurídica, es la mejor alternativa.

A efecto de sustentar esta afirmación, debemos partir del concepto de fideicomiso, en este sentido con base a lo dispuesto en la LGTOC, así como las consideraciones vertidas por la doctrina, en el capítulo segundo de la presente investigación quedo asentado que: El fideicomiso es un contrato en virtud del cual el fideicomitente afecta y destina la propiedad de ciertos bienes o

derechos, para la realización de un fin lícito y determinado a otra persona llamada fiduciaria, quien se obliga a cumplir lo dispuesto por el fideicomitente, todo esto en beneficio de un sujeto denominado fideicomisario.

Con base a este concepto, se infiere que el fideicomiso puede ser constituido de muy diversas formas y con muy distintos fines, dejando a la voluntad de las participantes una gran autonomía en cuanto a la organización y operación del fideicomiso.

Por lo anterior, la figura del fideicomiso como vehículo emisor es la mejor opción, en virtud de la gran flexibilidad que presenta y por la facilidad de estructurarlo en forma ad hoc para cada proceso de bursatilización que se lleve a cabo. En este sentido se pronuncia el maestro Dávalos Mejía, quien apunta que la aplicación y utilidad del fideicomiso es prácticamente innumerable; pueden existir tantos tipos de fideicomisos como hipótesis en la mente de un técnico, es decir, como tantas necesidades tenga el fideicomitente, ya sea en cuanto a los bienes que pretenda afectar en fideicomiso, o en cuanto a los derechos específicos que le quiere hacer llegar a los fideicomisarios.²⁵⁹

Es tan versátil la figura del fideicomiso que existe una amplia variedad de fideicomisos en cuanto a su instrumentación. En este sentido, dentro de esa amplia gama de fideicomisos, el que interesa para los efectos de esta investigación, es el llamado fideicomiso de colocación bursátil.

En este sentido, en el proceso de bursatilización de hipotecas, también se ha optado por el fideicomiso de colocación bursátil, a efecto de que este sea el instrumento que emita los valores en el gran público inversionista.

Así, mediante dicha figura es posible: i) crear un patrimonio autónomo constituido por los créditos hipotecarios; ii) es factible emitir los valores que serán objeto de la colocación respectiva del proceso bursatilizador y otorga a sus tenedores el derecho a percibir una parte alícuota de los frutos o

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*. p. 607

rendimientos de dicho patrimonio, así como el reembolso del valor nominal de los títulos o, en su caso, el derecho a la parte alícuota del producto neto que resulte de la venta del citado patrimonio; iii) es viable además celebrar otros actos jurídicos necesarios para la instrumentación y cobranza que debe celebrarse con la institución originadora; y iv) entre otro aspecto de la versatilidad de dicha institución, es posible crear distintas categorías de valores para desarrollar estructuras encaminadas al mejoramiento del riesgo de los activos a bursatilizar.

La estructura del fideicomiso es esencialmente la misma que para cualquier otra clase de fideicomiso. Esto es, debe instrumentarse señalando a un fideicomitente, una institución fiduciaria, un fideicomisario, los derechos o bienes objeto del fideicomiso que el fideicomitente destinará a un fin lícito y determinado.

i) Fideicomitente

Constituye el primer elemento personal en la relación jurídica que se presenta en esta institución, es el sujeto que crea el fideicomiso mediante la aportación sus bienes y derechos para el cumplimiento de los fines que desea.

En el proceso bursatilizador, el fideicomitente será el originador de de los derechos de crédito respaldados con garantía hipotecaria, quien habrá de destinarlos a un fin lícito y contratará con una institución de crédito a efecto de que, de acuerdo con los fines del fideicomiso, emita y coloque los certificados de participación ordinarios con el fin de obtener recursos.

ii) Institución fiduciaria

La institución fiduciaria como quedo asentado en el capítulo segundo, es la persona o la institución encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso.

La fiduciaria es, por regla general, la institución de crédito, ya sea múltiple o de desarrollo, autorizada por el Gobierno Federal para practicar las operaciones mencionadas en el artículo 46 fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito.

No obstante lo anterior, se apunto en el citado capítulo que las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Casas de Bolsa, Sociedades Financieras de Objeto Limitado y el Banco de México, tienen la capacidad jurídica para ser fiduciarios, toda vez que sus respectivos marcos jurídicos lo autorizan para ello.

Para el caso de la bursatilización de hipotecas, esta será la Institución de Crédito que al efecto se designe.

iii) Fideicomisarios

El fideicomisario es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

En este sentido, el fideicomisario o fideicomisarios en la bursatilización de hipotecas serán los tenedores de los certificados de participación ordinarios que, al efecto, emita la fiduciaria, los cuales tienen derecho a que, con el producto de la cobranza de los créditos hipotecarios, se les amorticen sus certificados a su valor nominal más los intereses que éstos en su caso hayan generado, además del derecho a una parte alícuota del patrimonio fideicomitado, que en todo caso incluiría los rendimientos generados por el efectivo que se mantuviera en el patrimonio fideicomitado.

iv) Objeto del fideicomiso

El objeto del fideicomiso es de conformidad al artículo 386 de la LGTOC, el cual señala que: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y

derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular”

En este sentido, en el proceso bursatilizador de hipotecas en el cual el vehículo jurídico emisor es el fideicomiso, el objeto del mismo serán los derechos de crédito con garantía hipotecaria que se afectan a dicho instrumento jurídico, en el entendido de que dichos derechos sean enajenables.

v) Fines del fideicomiso

El fin o fines en el fideicomiso, implica el destino que el fideicomitente decidió darle a los bienes o derechos que afectó en el contrato. La ley cambiaria señala que el fin del fideicomiso puede ser cualquiera, siempre y cuando este:

- a) Sea lícito y determinado (Artículos. 381, 382);
- b) No se constituya en fraude de terceros (Artículo. 386, tercer párrafo);
- c) No sea secreto (Artículo. 394 fracción I.);
- d) No conceda beneficios a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la muerte de la anterior (Artículo. 394, fracción II);
- e) La vigencia del contrato no exceda de más de cincuenta años, en el supuesto de que se designe como fideicomisaria a una persona moral, que no tenga el carácter de derecho público o institución de beneficencia, estableciéndose como excepción, aquellos que tengan como finalidad la conservación de museos de carácter científico o artístico y no tengan fines de lucro (Artículo. 394, fracción III).

En el caso de la bursatilización de hipotecas, el fideicomiso de colocación bursátil, tendrá como fin principal emitir los certificados de participación ordinarios respaldados específicamente con los activos, en este caso, los derechos de crédito con garantía hipotecaria, afectados en fideicomiso, los cuales serán los valores que se coloquen entre el gran público inversionista.

Entre los diversos fines previstos en el citado fideicomiso se deben prever los siguientes:

° Que la fiduciaria adquiera la titularidad de los créditos hipotecarios objeto de la bursatilización destinándolos a los fines del fideicomiso;

° Que la fiduciaria emita certificados de participación ordinarios amortizables para ser colocadas entre el gran público inversionista de conformidad con las bases que, al efecto, se determinen;

° Que la fiduciaria entregue el producto de la colocación a la institución fideicomitente;

° Que la fiduciaria realice la administración y cobranza de los créditos hipotecarios o bien que contrate los servicios de un tercero para realizar dichas actividades;

° Que la fiduciaria pague a los tenedores de los certificados de participación ordinarios, con el producto de la cobranza de los créditos, los rendimientos convenidos en el acta de emisión así como las amortizaciones que se hubieren pactado;

° Que la fiduciaria mantenga y administre, en su caso, los fondos de liquidez que se hubieren pactado; y

° Que la fiduciaria ejercite todas las acciones legales necesarias para conservar y hacer valer los derechos derivados de los créditos fideicomitados.

vi) Naturaleza

A efecto de dar debida seguridad a los tenedores de los certificados de participación ordinarios, el fideicomiso se debe de constituir como irrevocable,

ya que en caso contrario pudiera existir la presunción de un potencial vínculo entre el originador y el propio fideicomiso, hecho que pudiera tener efectos adversos con la calificadora de valores con relación al riesgo.

Así mismo, puede constituirse un fideicomiso marco o maestro, esto es, estructurarse de tal forma que sea utilizado para varias emisiones de certificados de participación ordinarios, cada una con sus propias características. Para tal fin, por cada emisión se debe realizar previamente una aportación al fideicomiso del proceso bursatilizador de hipotecas, la cual constituirá fondo exclusivo para el respaldo de dicha emisión.

Cada emisión, según lo determine el comité técnico del fideicomiso, tendrá su propio rendimiento y plazo y podrá contar con una o varias series con distintos rendimientos y plazos de amortización. De esta forma el fideicomiso marco o maestro puede ser utilizado para un programa de bursatilización de hipotecas y no solo para una emisión, lo que reduce tiempos para la segunda y posteriores emisiones y desde luego reduce gastos.

vii) Certificados de Participación Ordinarios

Los valores que emite el fideicomiso para efecto de bursatilizar los derechos de crédito con garantía hipotecaria son certificados de participación ordinaria. Estos constituirán los valores de captación, estos es, que con los recursos que el fideicomiso obtenga o capte de su venta se pagarán los derechos de crédito que adquirió del originador.

En este orden de ideas, podría surgir duda respecto a qué tipo de certificados de participación debe emitir el vehículo emisor, tratándose de una bursatilización de hipotecas.

Al respecto el maestro Ascencio Triujeque²⁶⁰ señala que se ha comentado sobre “la duda que existe en el caso de la bursatilización de créditos hipotecarios, si los certificados en cuestión son ordinarios o inmobiliarios, en virtud de la hipoteca que existe en forma accesoria al crédito que se transmite, toda vez que esta comprende un derecho real, y de acuerdo con la fracción XI del artículo 750 del CCDF, se considera que son bienes inmuebles los derechos reales sobre estos. En este sentido, continua apuntando, la mayoría de los estudiosos del derecho coincide de que se trata de certificados ordinarios, toda vez que la operación se funda en el crédito y no en el contrato accesorio, ya que constituye una garantía adicional a la operación, que brinda seguridad al proceso bursatilizador”.

De conformidad al artículo 228-A de la LGTOC, éstos son títulos de crédito que representan:

I) El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita.

II) El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores.

III) El derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

El maestro Rodríguez Rodríguez²⁶¹, califica como fiduciarios a estos certificados de participación. El tenedor de un certificado fiduciario tiene: a) Derecho a los rendimientos; b) Derecho a una cuota de propiedad o titularidad; o c) Derecho a los rendimientos y a una cuota del importe de liquidación.

²⁶⁰ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. p.133

²⁶¹ Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, 21ª edición, Editorial Porrúa, tomo II, México, 1988, p. 121

El derecho a que se refiere el inciso a) del artículo 228-A de dicho ordenamiento solo le concede a su titular la posición de un fideicomisario participe, que tiene los derechos de un acreedor. Es cierto que corresponde al mismo una acción real para los casos de enajenación indebida de los bienes, pero esa acción no altera su posición de acreedor.

El derecho a que se refiere el inciso b) del citado precepto, añade a la posición de fideicomisario acreedor, la de destinatario de una parte de estos bienes del fideicomiso al extinguirse este.

Por lo que respecta al inciso c) del dicho artículo se puede notar que el tenedor solo podrá ejercer derechos típicamente obligatorios; la participación en el importe de la enajenación de bienes no serán suyos.

Por otro lado, los certificados de participación ordinarios pueden ser amortizables o no amortizables.

Los certificados amortizables o también conocidos como reembolsables, además del derecho a los frutos o rendimientos del patrimonio fideicomitado, dan derecho al reembolso del valor nominal del título, lo anterior de acuerdo con el artículo 228-J de la LGTOC.²⁶²

Los certificados que no dan derecho al reembolso del valor nominal del título son los llamados no amortizables o no reembolsables.

De conformidad al artículo 228-K de la LGTOC, los certificados no amortizables no obligan a la fiduciaria a hacer el pago del valor nominal de ellos a sus tenedores, en ningún momento. Al terminar el fideicomiso base de la emisión de los certificados, y de acuerdo con las resoluciones de la asamblea general de tenedores de estos, la emisora procederá a hacer la adjudicación o venta de los bienes fideicomitados y la distribución del producto neto de la misma.

²⁶² Cfr. Dávalos Mejía, Carlos. Ob cit. 351

4.8. Instituciones Calificadoras en los procesos de bursatilización

En la bursatilización de hipotecas, la valuación de créditos tiene particular relevancia, en virtud de que ningún otro tipo de crédito depende en tan gran medida del valor del inmueble dado en garantía subyacente.

Las valuaciones de los créditos hipotecarios son realizadas por agencias calificadoras de valores, así para que éstas puedan organizarse y funcionar con el carácter de calificadoras de valores necesitan autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

El maestro Ascencio Triujeque señala que las calificadoras “son sociedades independientes que analizan la calidad crediticia del emisor y por tanto están encargadas del proceso de calificación crediticia, desempeñan un papel muy importante en la ejecución y éxito de toda operación de bursatilización. Por ello, a través de dicho proceso se pretende proveer a los inversionistas de la información necesaria y de una opinión completa, suficiente, transparente y sobre todo independiente, basada en elementos cualitativos y cuantitativos, pasando de un análisis general como es el entorno macroeconómico, a uno particular, como son los estados financieros, balances, etc., del originador, del emisor si fuera el caso, etc., con la finalidad de que el inversionista pueda realizar comparaciones entre las distintas operaciones, facilitando la toma de decisiones”.²⁶³

Asimismo, continua apuntando²⁶⁴, “la principal garantía crediticia de los inversores, en el caso de la bursatilización de hipotecas, viene dada por los créditos con garantía hipotecaria sujetos a la operación. El mercado de

²⁶³ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob. cit. p. 42

²⁶⁴ Ibidem. p. 43

bursatilizaciones no podría funcionar sin el “*rating*” ya que este proporciona información crucial, permitiendo la evaluación de riesgos de los créditos, incrementando la transparencia y eficiencia en su gestión y, por tanto, mejorando el proceso de formación de precios. Por lo que se puede sostener, que la intervención de una agencia calificadora en cualquier proceso de bursatilización añade valor a la operación”.

En este sentido el citado autor define a la calificación crediticia como la evaluación, realizada por una agencia independiente y especializada, de la capacidad de un deudor para hacer frente a sus compromisos de pago asumidos en una determinada emisión.

Por tanto, al calificar, se está estimando el denominado riesgo de crédito o de solvencia de un acreditado, constreñido a las obligaciones asumidas en una emisión de deuda y normalmente consistentes en el pago de intereses, cualquiera que sea su modalidad, y la satisfacer el cumplimiento del principal. Esta valoración del riesgo crediticio incide de manera importante en cualquier potencial inversionista, que este en aptitud de plantearse adquirir títulos procedentes de la emisión calificada.

En este orden de ideas, resulta importante señalar lo que representa para el emisor y el inversionista, las consecuencias de la calificación crediticia.

Para el caso del emisor, señala el maestro Bugeda Lanzas²⁶⁵ una de las principales consecuencias que ofrece la calificación crediticia para éste sujeto, “consiste en que su oferta es calificada en cuanto al riesgo de crédito, así su imagen corporativa como entidad emisora, cuya emisión se califica, resulta beneficiada ya que por una parte se ha sometido al juicio profesional e independiente de la agencia calificadora con la transparencia informativa que ello supone, y por otra, supone que al obtener una buena calificación está comunicando a los mercados su fortaleza financiera”.

²⁶⁵ Bugeda Lanzas, Jesús. Ob cit. p. 110

Tratándose de los inversionistas, apunta el citado autor²⁶⁶ “la calificación de la emisión de valores simplifica la decisión de inversión para el gran público inversionista al ofrecerle, a través de una información asimilable, esto es de fácil entendimiento y que se mantiene actualizada (siendo posible una revisión), una valoración del riesgo crediticio de cada emisión. Además, el hecho de permitir la comparación entre distintas ofertas de valores, es posible establecer una jerarquía exigiendo un mayor rendimiento a los títulos con calificación menor”.

Las principales Agencias de Calificación Crediticia a nivel mundial son *Moody’s Investors Service, Standard & Poor’s y Fitch Investors Service*.

4.9. Mecanismos para la reducción del riesgo

En los procesos de bursatilización de hipotecas resulta importante determinar el riesgo asociado por la falta de pago del crédito hipotecario. Como quedo señalado en el numeral anterior, en la valuación de los créditos, el riesgo lo determinarían las agencias calificadoras basándose en el valor comercial del paquete de créditos hipotecarios que pretenden bursatilizarse, determinado mediante estudios históricos y estadísticos del desempeño de la cartera de los citados créditos propiedad del originador.

En virtud de lo anterior, se debe definir al riesgo, por un lado y por otro, a la calificación de riesgo. El riesgo en términos generales es “la contingencia, probabilidad o proximidad de un peligro o daño, se trata de una situación en donde no hay posibilidad de otorgar una garantía”.²⁶⁷

La calificación de riesgo es “el proceso de evaluar los valores representativos de deuda o capital a partir de un conjunto de información

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob. cit. p. 41

proporcionada por el emisor, y expresar una opinión acerca de la calidad de dichos valores”.²⁶⁸

En este sentido, el riesgo inherente a los créditos hipotecarios se determina un margen prudente de seguridad.

El margen prudente de seguridad, es determinado tomando en consideración, entre otras cosas, lo siguiente: i) análisis histórico del desempeño de los créditos hipotecarios; ii) condiciones de mercado; iii) riesgo país; iv) volatilidad de las tasas de interés; y v) servicio de cobranza de la cartera. Este margen de seguridad está íntimamente relacionado con la calificación que se le da a la emisión correspondiente. Por lo que si se pretende obtener una mejor calificación es necesario ampliar el margen de seguridad.

No obstante lo anterior, el riesgo presentado por determinada cartera de créditos hipotecarios se puede mejorar, incluyendo en el proceso bursatilizador un mecanismo de reducción de riesgo.

Los tipos de mecanismos para la reducción del riesgo se clasifican en: i) mejora crediticia interna; y ii) mejora crediticia externa.²⁶⁹

La mejora crediticia, en términos generales, es “la protección necesaria para incrementar la calidad y liquidez de una cartera inicial de activos, a través de las garantías o algún otro medio jurídicamente válido en un determinado momento en una bursatilización de activos”.²⁷⁰

i) Mejora crediticia interna

La mejora crediticia interna, señala el maestro Bugeda Lanzas²⁷¹ “consiste esencialmente en las medidas que se incluyen dentro de la propia

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Ibidem. p. 54

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ Bugeda Lanzas, Jesús. Ob cit. p.111

estructura del patrimonio del vehículo emisor, con la finalidad específica de cubrir cualquier faltante en el servicio o pago de los valores emitidos”.

Por su parte, el maestro Ascencio Triujeque²⁷² comenta que se trata de esquemas que se sustentan en la sobrecobertura de la emisión, “consiste básicamente en la cesión al vehículo emisor de un conjunto de activos, cuyo valor financiero supera al importe recibido como consecuencia de la emisión de valores. Por lo que ese exceso de generación de flujos sobre los pagos comprometidos constituyen el excedente para hacer frente al riesgo crediticio y, en general, a las necesidades de liquidez que se le puedan presentar al patrimonio fideicomitido”.

ii) Mejora crediticia externa

La mejora crediticia externa se constituye mediante la participación de un tercero en la operación.

El maestro Bugeda Lanzas, comenta: “cuando los mecanismos que respaldan la liquidez de los activos bursatilizables no forman parte del patrimonio que ellos integran, entonces se está en presencia de apoyos externos”.²⁷³

El citado autor, hace una clasificación de los apoyos crediticios externos, entre los que destacan los siguientes:

i) Agencias de gobierno. El mercado hipotecario norteamericano tuvo un gran desarrollo en gran medida debido a la presencia de organismos del gobierno federal. La creación de la Administración Federal de Viviendas, tuvo como objetivo asegurar los préstamos privados, disminuyendo su riesgo. En 1968, el Congreso de los Estados Unidos, creó la Asociación Hipotecaria Nacional del Gobierno, la cual podía emitir certificados de participación con

²⁷² Ascencio Triujeque, Alfonso. Ob cit. 55

²⁷³ Bugeda Lanzas, Jesús. Ob cit. p.113

base a paquetes o carteras de hipotecas, con el pleno respaldo del Gobierno Federal de los Estados Unidos de América.

ii) Seguros. En los procesos de bursatilización de hipotecas las instituciones de seguros de crédito pueden participar tanto en forma pasiva, como inversionistas institucionales, como en forma activa, mediante la cobertura de ciertos riesgos propios de la bursatilización. Con la participación de estas instituciones, es posible absorber diferentes contingencias, tales como: i) satisfacción de la falta de pago por el deudor de los créditos hipotecarios; ii) el pago de las cuentas insolutas en caso de siniestro previsto en la póliza; iii) la garantía de la integridad del patrimonio que pertenece al vehículo emisor, para fortalecer su solvencia.

iii) Cartas de crédito contingentes. Son obligaciones asumidas por instituciones de crédito a favor de los tenedores de los valores emitidos, para hacerse efectivo cuando descienda a cierto nivel el flujo de los créditos hipotecarios que sean bursatilizados. Por lo general se considera que tales cartas de crédito son garantías o avales bancarios otorgados al vehículo emisor a favor de los inversionistas finales como beneficiarios.

iv) Contratos de recompra. El originador puede obligarse con el vehículo emisor a la recompra de aquellos créditos hipotecarios que no sean pagados a su vencimiento, adquiriéndolos contra el pago en efectivo o contra la sustitución de otros créditos hipotecarios vigentes y similares.

4.10. Comentario

En este capítulo se explicó las ventajas que ofrece el proceso de bursatilización de hipotecas a los agentes económicos que buscan liquidez y continuar con su crecimiento económico; así como para el gran público inversionista que desea adquirir esos valores.

No obstante lo anterior, para hacer una reflexión sobre la crisis hipotecaria en los Estados Unidos de Norteamérica, ante todo, conviene señalar que la bursatilización de valores ofrece enormes ventajas financieras y es una innovación que debe preservarse. Lo que se tiene que evitar es su utilización imprudente, tal como sucedió en el caso de las hipotecas de “alto riesgo” (*Subprime*) en el mercado americano.

El caso de las hipotecas de alto riesgo ocurrió en un contexto de abundancia de liquidez y de falta de prevención al riesgo, que se ha interpretado como un error en la conducción de la política monetaria de Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto, diversos analistas sostienen que, durante la era del Sr. Greenspan al frente de la Reserva Federal, la Tasa de Fondos Federales permaneció muy baja durante mucho tiempo. A lo anterior, se agregó una política regulatoria orientada a promover la adquisición de vivienda por parte de los consumidores de bajos ingresos. En el contexto citado, los estándares crediticios se volvieron muy laxos. Así mismo, hay que agregar la euforia del auge inmobiliario ante el muy bajo costo del crédito de largo plazo y el persistente aumento de precios de las viviendas.

Está claro que, a medida que inició su aumento la Tasa de Fondos Federales (que pasó de 1% a 5.25%), esa tendencia a la alza se trasladó a otras tasas de interés. El mercado hipotecario de alto riesgo sufrió en el proceso debido a la proliferación de moratorias y al crecimiento de la cartera vencida. Al suspenderse los pagos normales de los créditos hipotecarios aludidos, ello afectó a los valores financieros que tenían como garantía tales hipotecas.

La segunda parte del proceso, mediante el cual la fragilidad de los créditos hipotecarios de alto riesgo se traslado hacia otros ámbitos del sistema financiero, fue la bursatilización de las hipotecas mencionadas. Dicho proceso, que dota de liquidez a mercados que tradicionalmente no la tienen, como el hipotecario, lo hace mediante la creación de paquetes de valores, respaldados por activos, como pueden ser los créditos hipotecarios (incluyendo los de alto

riesgo), y colocados entre instituciones financieras e inversionistas, a tasas de rendimiento que son atractivas comparadas con las que ofrecen los valores tradicionales, como los bonos; Incluso, las hipotecas de alto riesgo; que son activos de baja calidad, respaldaron la emisión de valores de corto plazo, como lo es el Papel Comercial, instrumento por excelencia entre instituciones financieras para obtener en el mercado créditos de corto plazo.

A la postre, la bursatilización de hipotecas de alto riesgo fue imprudente o, dicho de otra forma, los emisores de los valores bursatilizados incurrieron en riesgo moral. La aseveración no es ociosa pues, como lo señala el Fondo Monetario Internacional, desde 2004 un monto creciente de los créditos *subprime* dejó de estar garantizado, debido al relajamiento de los estándares crediticios. De hecho, para 2006, alrededor del 90% de los créditos de ese año ya no estaba garantizado.

En este sentido, lo que ocurrió en el mercado de hipotecario fue que a medida que las tasas de interés iban en ascenso, y aumentaba cada vez más lentamente el precio de las viviendas, un número creciente de hipotecas pasó a la moratoria y, de ahí, a la cartera vencida de las instituciones hipotecarias. Esto propició pérdidas mayores entre los adquirientes de valores garantizados con hipotecas de alto riesgo y de obligaciones de deuda colateralizada, en particular, los correspondientes a 2006. Una vez que las instituciones del sector financiero, empezaron a desprenderse de sus inversiones en valores bursatilizados para evitar pérdidas mayores, descubrieron que esos valores eran crecientemente ilíquidos. Pero el problema fue más allá cuando el mercado se negó a aceptar Papel Comercial para fondear necesidades de liquidez de corto plazo, debido a la incertidumbre sobre la calidad de las garantías de tales valores. De ahí el recurso a las inyecciones de liquidez.

Las calificadoras de valores comenzaron a reducir la calificación de los bonos respaldados en hipotecas, lo cual generó una crisis de confianza entre los inversionistas.

El mercado no identificó el verdadero riesgo que podría conllevar este tipo de operaciones ante una situación de impago generalizada de los créditos otorgados, los cuales sólo una minoría de clientes estaba en condiciones de liquidar, y aún ellos, enfrentarían la encrucijada de asumir altos costos derivados de comisiones por pago anticipado o afrontar ajustes al alza en sus pagos mensuales.

Uno de los efectos de esta crisis ha sido las primeras quiebras de las entidades especializadas en estos productos de crédito hipotecario.

Por lo que, en la primera semana de octubre del 2008, el efecto de dicha crisis se materializó con la caída de las bolsas de valores en todo el mundo, lo cual afectó los valores de mercado de las entidades financieras más importantes del plano global.

El efecto de *subprime* en México, ocasionado por las hipotecas de alto riesgo en el mercado de los Estados Unidos de América, ha impactado a nuestro país de manera importante, a pesar de que la legislación en materia financiera, para emitir créditos de alto riesgo en nuestro país es muy clara; ya que señala que ninguna institución que vaya a otorgar un crédito hipotecario debe omitir la revisión en el Buró de Crédito de la situación del solicitante, pues de no hacerlo, se verán obligadas a reservar hasta el 100 por ciento del valor del crédito.

En este sentido, México cuenta con “Bonos Respaldados por Hipotecas” (Borhis) que emite la Sociedad Hipotecaria Federal, sin embargo, son instrumentos de reciente utilización.

De hecho, pocas instituciones, por su tamaño, capacidad o estrategia se encuentran en condiciones de emitirlos representando apenas poco más del 3 por ciento del total de los bonos corporativos de largo plazo en circulación en el mercado.

Además, México cuenta con una supervisión estricta por parte de autoridades sobre el otorgamiento de hipotecas y la bursatilización de carteras de crédito. La existencia de organismos públicos como el INFONAVIT hace viable otorgar hipotecas a trabajadores de escasos recursos en función de su capacidad de pago, a tasa fija y sin poner en alto riesgo la recuperación del financiamiento.

El principal riesgo para México de la crisis *subprime* en Estados Unidos proviene del desempeño de la economía de ese país, en especial por la profunda interdependencia que tenemos como socios comerciales y principal destino para las exportaciones.

Derivado de lo anterior, una de las principales lecciones que deja esta crisis es fortalecer la administración integral de riesgos de las instituciones financieras, tomando en cuenta que en una economía mundial interdependiente, los capitales financieros se mueven sin trabas y a gran velocidad, de manera tal que los impactos se propagan de manera ágil.

Por otro lado, es necesaria una mayor transparencia en el sistema financiero; conocer a detalle el riesgo que pueden enfrentar las entidades financieras por medio de modelos adecuados de valoración del riesgo que representa el poseer ciertos activos dentro y fuera del balance.

La baja en el consumo producirá necesariamente una contracción de la demanda de bienes de exportación, por lo cual, el reto para las economías emergentes, en este caso México, proveedoras del mercado norteamericano, será el de buscar los mecanismos adecuados a fin de atenuar los efectos de esta desaceleración promoviendo el gasto interno y teniendo presente la lección que nos deja la aplicación de medidas de alto riesgo para acelerar de manera artificial la economía de un país.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La bursatilización en términos generales, es un medio alternativo de financiamiento para compañías o agentes económicos que, buscan la obtención de recursos para el desarrollo de sus actividades inherentes a su objeto social.

SEGUNDA. Establezco que la naturaleza jurídica de la bursatilización es un proceso complejo, que no se identifica con alguna figura jurídica especial, sino que esta estructurado por diversos actos jurídicos, que se satisfacen de conformidad al diseño que implemente el causante u originante de los activos a bursatilizarse, atendiendo a los bienes y derechos que se pretende afectar.

En este sentido, no existe un concepto genérico delimitado, pero si una descripción común del proceso y de los elementos que lo integran.

TERCERA. El concepto de bursatilización de hipotecas, debe entenderse como: Un proceso de conversión de ciertos activos generadores de flujos anticipados de dinero, que permite a una institución agrupar créditos hipotecarios de su propiedad en condiciones homogéneas, que se transmiten mediante ciertos actos jurídicos a un vehículo especial, el cual asegura un flujo regular de fondos, para emitir valores que se colocan en el mercado de valores entre el gran público inversionista, otorgando a sus tenedores el derecho a participar en el rendimiento de los referidos créditos.

CUARTA. Se afirma que los activos a bursatilizar deben reunir, la característica de liquidez, esto es, activos generadores de recursos en efectivo en forma periódica constante y permanente durante un periodo de vida dado.

QUINTA. La cesión de los créditos respaldados con garantía hipotecaria al vehículo jurídico emisor, debe cumplir todos los requisitos de fondo y de forma requeridos por la ley, esto es con la finalidad de separar totalmente a dichos créditos del patrimonio del originante.

SEXTA. El Fideicomiso, en un proceso de bursatilización de hipotecas es el vehículo emisor idóneo, por sus características; flexibilidad jurídica propia, esto es, la adaptabilidad en su operación, respecto al tipo proceso que al efecto se lleve a cabo. En este sentido, la fiduciaria debe poner a prueba su capacidad profesional y total actitud responsable, ya que por lo regular se enfrenta a la posibilidad de realizar múltiples tareas en las que debe poner cuidado y precauciones totales.

SÉPTIMA. El propósito del Fideicomiso que el originante establece, es: efectuar una emisión de valores que se colocaran en el mercado entre el gran público inversionista; que reciba el producto de la colocación, si así se estipulo en el fideicomiso respectivo; y satisfacer prestaciones a favor de los inversionistas conforme a la literalidad de los valores que se emitan.

OCTAVA. La institución fiduciaria en el proceso de bursatilización de hipotecas, se convierte en el eje alrededor del cual giran todos los actos jurídicos tendientes a dar cumplimiento a lo establecido por el originante, porque es por una parte el titular de los créditos hipotecarios que le transfirió el originante; tiene el carácter de depositaria y será además la emisora de los valores que se colocaran entre los inversionistas.

NOVENA. La fiduciaria debe procurar que la inversión se realice precisamente en aquello que se le señalo, no solo desde el punto de vista del tipo de instrumento, sino también desde el punto de vista de una distribución porcentual predeterminada y de una temporalidad también fijada de antemano por la calificadora, respecto de los activos a bursatilizarse.

DECÍMA. El patrimonio fideicomitado es la fuente y respaldo de la emisión de valores, respecto de la cual es necesaria la intervención de la calificadora de valores, quien analiza y estudia las características de los créditos hipotecarios y mide su capacidad generadora de recursos atendiendo sobre todo a los actos que le dieron origen a dichos créditos para poder medir los riesgos que el activo no llegue a producir lo que de él en teoría se espera.

DÉCIMA PRIMERA. Un aspecto fundamental en un proceso de bursatilización de hipotecas, radica precisamente en los estudios financieros que realiza la calificadora, pues de ahí se desprende las características y condiciones de los valores por emitir, determinando situaciones tales como el plazo de su vigencia, la tasa de rendimiento, la periodicidad en la que este se habrá de cubrir, el momento del reembolso del valor nominal de dicho valor, entre otras mas de naturaleza similar que fijan las condiciones del proyecto de inversión.

DÉCIMA SEGUNDA. A efecto de dar debida seguridad a los tenedores de los certificados de participación ordinarios, el fideicomiso se debe de constituir con el carácter de irrevocable, ya que en caso contrario pudiera existir la presunción de un potencial vínculo entre el originador y el propio fideicomiso, hecho que pudiera tener efectos adversos con la calificadora de valores con relación al riesgo.

Asimismo, puede constituirse un fideicomiso marco o maestro, esto es, estructurarse de tal forma que sea utilizado para varias emisiones de certificados de participación ordinarios, cada una con sus propias características. Para tal fin, por cada emisión se debe realizar previamente una aportación al fideicomiso del proceso bursatilizador de hipotecas, la cual constituirá fondo exclusivo para el respaldo de dicha emisión.

BIBLIOGRAFÍA.

ACOSTA ROMERO, Miguel. *Nuevo Derecho Bancario*, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZÁN ALANIZ, Pablo Roberto, *Tratado teórico práctico de Fideicomiso*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

ALMOGUERA GÓMEZ, Ángel. *La Titulización Crediticia* (Un estudio interdisciplinar), Editorial Civitas, Bolsa de Madrid, España, 1995.

ASCENCIO TRIUJEQUE, Alfonso. *Régimen Jurídico de la Bursatilización de Activos Financieros*, Academia Mexicana de Derecho Financiero, México, 2005.

BATIZA, Rodolfo, *El Fideicomiso, Teoría y práctica*, Séptima Edición, Editorial Ius, México, 1995.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Quinta Edición, Editorial Oxford, México, 1999.

BUGEDA LANZAS, Jesús. *Estudios de Derecho Bursátil en Homenaje a Octavio Igartúa Araiza*, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

CARVALLO YÁNEZ, Erick. *Tratado de Derecho Bursátil*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Décimo cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Títulos y operaciones de crédito*, Tercera Edición, Editorial Oxford, México, 2003.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, tomos I y II, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

----- *Contratos*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Décimo cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

IGARTÚA ARAIZA, Octavio. *Introducción al Estudio del Derecho Bursátil Mexicano*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, Quinta Edición, Asociación Nacional del Notariado A.C., México, 1990.

ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit, *El Fideicomiso Mexicano*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Sexto, Volumen II, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

ROALANDINI, Jesús. *El Fideicomiso Mexicano: retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio*, Primera Edición, Textos Jurídicos Bancomer, México. 1998.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Vigésimo primera Edición, Editorial Porrúa, México 1988.

RÚIZ TORRES, Humberto Enrique, *Derecho Bancario*, Segunda Edición, Editorial Oxford, México, 2003.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Décimo séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano*, Décimo novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*, Décimo Octava Edición, Editorial Porrúa. México, 2004.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel A., *Contratos Civiles*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil Federal

Código Civil para el Distrito Federal

Código Federal de Procedimientos Civiles

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Inversión Extranjera

Ley de Instituciones de Crédito

Ley del Banco de México

Ley del Mercado de Valores

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito