



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

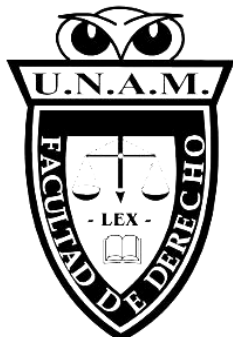
**ESTUDIO EXEGÉTICO DEL PATRIMONIO
FIDEICOMITIDO Y SU VINCULACIÓN EN EL
CONCURSO MERCANTIL**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
JESÚS GARCÍA ZAMORA**

**ASESOR:
DR. ALBERTO FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO**



MÉXICO, D.F.

MAYO 2013.



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. DR. ISIDRO AVILA MARTINEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

El alumno: **JESUS GARCIA ZAMORA**, realizó bajo la supervisión del **SUSCRITO**, el trabajo titulado: **“ESTUDIO EXEGETICO DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO Y SU VINCULACION EN EL CONCURSO MERCANTIL”**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”.

Atentamente.
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”.
Ciudad Universitaria, a 13 de Mayo de 2013.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

- c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
- c.c.p. Secretaría de Exámenes Profesionales de la Facultad de Derecho.
- c.c.p. Archivo Seminario.
- c.c.p. Alumno.
- AFMP/*csv.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, gracias por caminar siempre a mi lado.

A mi madre Lucina Zamora Aguilar, por su amor infinito, su confianza ciega y su constante ejemplo de trabajo y entereza, sin los cuales simplemente no habría podido llegar a este punto.

A mi padre Gilberto Cruz García Romero, cuyo ejemplo provocó en mí la necesidad de querer ser más grande, ir más lejos y llegar más alto.

A mis hermanos Lorena, Gilberto y Maricruz, a quienes admiro y agradezco todos los momentos brindados y experiencias compartidas, las cuales le han dado un sabor muy especial a mi vida y han hecho de mí una mejor persona.

A mis sobrinos, cuya sonrisa y cariños me fortalecen cada día, gracias Magaly, Gael, Mishel, Alondra, Wendy y Aarón.

A mis abuelos, especialmente a Benito Zamora Morales (†), cuyo recuerdo de la confianza que depositó en mí, fue factor determinante para la conclusión de este trabajo.

A mis amigos, quienes me han engrandecido, han colmado mi vida de momentos maravillosos y me honran con la posibilidad de compartir su crecimiento, llenándome de orgullo con cada paso que dan, en especial a: Iván Quintero, Karla Meza, Roberto Villegas, Juan Manuel Peña, Giovanni Osorio, Diana Rivera, Karla Ramírez, Orquídea Teodosio, Ingrid Soria, Jorge Cano, Luz Olivares, Jorge Quero, Alain Ávila, Manuel Pérez, Jainik Nava y Laura Ponce.

A Claudia Stephany González porque este trabajo lleva impregnado, invariablemente, el amor, comprensión y amistad de que me has colmado desde que éramos niños;

A Anaid Esquivel Bazán, porque tu amistad y ejemplo se convirtió en un pilar durante mi carrera universitaria y vida personal.

A Emmanuel Aguirre porque tu amistad y las experiencias compartidas han sido fundamentales en mi desarrollo personal.

A Jorge Armando Núñez González, pues dejaste de ser un simple compañero de juego para mostrarte como un amigo y pieza clave en la conclusión de este trabajo, gracias por tu apoyo constante, tu ejemplo y hasta lo no existencial.

A Marco Antonio Granados Morales, Raúl Sánchez Martínez, Juan José Saldaña Pascual, Juana María Acosta Narváez, Erwin Ventura y Calixto López, a quienes respeto y agradezco sus consejos y conocimientos compartidos desde el ámbito laboral, gracias a ustedes confirmé el sentido honesto, noble y profundo del ejercicio de la abogacía.

A mis maestros, por sus enseñanzas y ejemplo que ha sido fuente de inspiración para llegar más alto, particularmente a Luis Monsalvo Valderrama, Alejandro Torres Estrada, Jesús Rodríguez de la Fuente y, de forma especial al Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero, quien además me honró con la dicha de haber fungido como asesor en la elaboración del presente trabajo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por haberme cobijado desde que tuve 15 años, permitiéndome la dicha aprender, crecer y madurar en sus aulas.

Finalmente, gracias a todas aquellas personas que han confiado en mí, hecho que me permitió llegar a esta meta que veo casi concluida y me impone la responsabilidad mínima de multiplicar mis esfuerzos para corresponderles.

“Por mi raza hablará el espíritu”

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I. CONCEPTOS PRELIMINARES.	1
1. EL CONCURSO MERCANTIL.....	1
1.1 ANTECEDENTES.....	1
1.2 CONCEPTO.....	4
1.3 FINES DEL CONCURSO MERCANTIL.	8
1.4 SUPUESTOS Y REQUISITOS.....	9
1.4.1 PRESUPUESTO OBJETIVO.....	10
1.4.2 PRESUPUESTO SUBJETIVO.....	11
2. EL FIDEICOMISO.....	12
2.1 ANTECEDENTES.....	12
2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.....	14
2.2.1 EL FIDEICOMISO COMO ACTO DE COMERCIO Y OPERACIÓN DE CRÉDITO.....	16
2.2.2 EL FIDEICOMISO COMO MANDATO.....	16
2.2.3 EL FIDEICOMISO COMO DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD.....	18
2.2.4 TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO.....	19
2.2.5 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	21
2.2.6 EL FIDEICOMISO COMO UN PATRIMONIO SIN TITULAR.....	22

2.2.7 EL FIDEICOMISO CONTRATO.....	24
2.3 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FIGURA.....	28
2.3.1 ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.....	28
a) FIDEICOMITENTE.....	28
b) FIDUCIARIA.....	31
c) FIDEICOMISARIO.....	32
2.3.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	34
a) DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.....	34
b) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.....	35
c) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.....	37
2.3.3 FORMA DEL FIDEICOMISO.....	38
2.3.4 RELACIÓN ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA SU CREACIÓN.....	40
2.4 EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	41
2.4.1 EL PATRIMONIO.....	42
a) TEORIA CLASICA DEL PATRIMONIO.....	42
b) TEORIA DEL PATRIMONIO AFECTACIÓN.....	43
c) CONCEPTO DE PATRIMONIO.....	45
2.4.2 SITUACION JURIDICA DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.....	45
2.4.3 PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	49

2.4.4 RÉGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	53
--	----

CAPÍTULO II. EL CONCURSO MERCANTIL SEGUIDO CONTRA UN PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL..... 57

1. LA INCLUSION DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO SUJETO DE CONCURSO MERCANTIL.....	58
1.1 PRESUPUESTOS PROCESALES.....	58
1.2 EL COMERCIANTE.....	60
1.3 LA PERSONA.....	60
1.3.1 LA PERSONA FÍSICA.....	61
1.3.2. LA PERSONA MORAL.....	62
1.4 LA PERSONA Y EL PROCESO.....	66
1.5 LA PERSONA Y EL FIDEICOMISO.....	67
2. POSIBILIDAD DE CONCURSO EN EL FIDEICOMISO.....	70
2.1 POSTURAS EN RELACIÓN AL CONCURSO DEL FIDEICOMISO.....	72
2.1.1 DOCTRINA.	72
a) ANALOGÍA A LA SUCESIÓN DEL COMERCIANTE.....	78
b) ES LA EMPRESA ES EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO Y NO EL COMERCIANTE.....	83
c) EL ÚNICO PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y QUIEBRA ES LA CESACIÓN DE PAGOS O INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE LAS OBLIGACIONES Y EL PRESUPUESTO SUBJETIVO ES PRESCINDIBLE.....	84

d) OTRAS POSTURAS.....	86
2.1.2 JUICIOS TRAMITADOS EN CONTRA DE PATRIMONIOS DADOS EN FIDEICOMISO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	87
CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO EN EL TRATAMIENTO DEL CONCURSO MERCANTIL VINCULADO AL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	102
1. DERECHO CONTINENTAL.....	102
1.1 ARGENTINA.....	102
1.1.1 CONCURSO MERCANTIL.....	102
1.1.2 FIDEICOMISO.....	105
a) NATURALEZA JURÍDICA.....	105
b) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.....	106
1.1.3 POSIBILIDAD DEL CONCURSO DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.....	108
1.2. ESPAÑA.....	113
1.2.1 CONCURSO MERCANTIL.....	113
1.2.2. FIDEICOMISO Y POSIBILIDAD DE SU CONCURSO.....	114
1.3. URUGUAY.....	116
1.3.1 CONCURSO MERCANTIL.....	116
1.3.2 FIDEICOMISO.....	118
a) NATURALEZA JURIDICA.....	118
b) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES DADOS EN	

FIDEICOMISO.....	119
1.3.3 POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL FIDIECOMISO.....	120
2. DERECHO ANGLOSAJON.....	121
2.1 EL TRUST.	121
2.1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA.....	121
2.1.2. PERSONALIDAD Y SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES EN TRUST.....	126
2.2. LA QUIEBRA O BANKRUPTCY.....	130
2.3. POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL TRUST.....	132
3. CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1985, CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL TRUST Y A SU RECONOCIMIENTO.....	134
3.1. SITUACIÓN PATRIMONIAL Y POSIBILIDAD DE QUIEBRA.....	135
4. QUEBEC.....	136
CAPÍTULO IV. PROPUESTA LEGISLATIVA VINCULADA CON INCLUSIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.....	138
1. FACTORES QUE DEMANDAN UNA MODIFICACIÓN A LA HIPÓTESIS DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO SUJETO DE CONCURSO MERCANTIL.....	139
1.1. PERSONALIDAD ATÍPICA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	139
1.2. IMPRECISIÓN REGULATORIA ENTORNO AL CONCURSO MERCANTIL DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD	

EMPRESARIAL.....	141
2. SENTIDO DE LA PROPUESTA.....	143
3. PROBLEMÁTICA A RESOLVER EN LA HIPÓTESIS DEL CONCURSO MERCANTIL DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	146
3.1 LEGITIMACIÓN PARA ACUDIR AL CONCURSO MERCANTIL.....	146
3.2 COMUNICACIÓN PROCESAL EN EL CONCURSO MERCANTIL: EMPLAZAMIENTO Y CONTESTACIÓN.....	149
3.3 LIMITACIÓN DE REGLAS PARA EL VISITADOR POR EL SECRETO FIDUCIARIO.	151
3.4 DECLARACIÓN DE CONCURSO CON MOTIVO DE LOS ARTÍCULOS 33 Y 35 DE LA LCM.	152
3.5 SUSTITUCIÓN FIDUCIARIA.	154
4. PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.....	156
4.1 PROPUESTA DE MODIFICACIONES A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.....	156
4.2 PROPUESTA DE MODIFICACIONES A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.....	168
CONCLUSIONES	170
BIBLIOGRAFIA	174

INTRODUCCIÓN.

El correcto desempeño de las actividades que realizan las empresas en nuestro país es fundamental para lograr los grandes objetivos del Estado: la generación de empleos, la disminución de las tasas de pobreza, el incremento de los índices que reflejan la calidad de vida de la población y, en general, el crecimiento y estabilidad de México. Por esta razón, cuando una empresa enfrenta problemas de liquidez y, aún más, de insolvencia, el hecho se vuelve preocupante para el Estado pues los efectos que pueden detonarse no afectan sólo a la empresa directamente involucrada, sino a también a aquellas que establecieron relaciones de negocios con ella, a los trabajadores que perciben su salario de dicha empresa y a la cadena productiva que funciona a partir éstos recursos.

Este riesgo latente de la quiebra es uno de los factores por los cuales el Estado ha fijado como prioridad la conservación de la empresa, antes de proceder a la liquidación de los activos cuando devenga en insolvente. Bajo esta lógica, la Ley de Concursos Mercantiles sustituyó a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, pues ésta fue insuficiente para atender los conflictos presentados en una realidad económica totalmente distinta a aquella en la que fue concebida, por lo que la nueva legislación incorporó diversos cambios con el objeto adaptarse a los nuevos requerimientos que la economía demandaba.

Uno de los cambios que presentó la ley concursal, fue concebir al Patrimonio Fideicomitado para el desarrollo de actividades empresariales como sujeto de concurso mercantil. Dicha incorporación rompió con diversos postulados del Derecho y fue la que motivo la elaboración del presente trabajo, cuyo fin es presentar un estudio relativo al Patrimonio fideicomitado y su vinculación con el concurso mercantil, para determinar su viabilidad y, en su caso, la mejora de la legislación actual.

En el Capítulo I se definen las bases conceptuales del concurso mercantil, del fideicomiso y de su patrimonio, con el objetivo de establecer los aspectos fundamentales que permitan el correcto desarrollo análisis propuesto.

Durante el Capítulo II se profundiza en el análisis y cuestionamiento de la hipótesis planteada. Se abordan opiniones de diversos tratadistas como Raúl Cervantes Ahumada, Joaquín Rodríguez Rodríguez, Rodolfo Batiza y José Luis de la Peza, quienes se pronunciaron en relación a la hipótesis que se estudia, con motivo de la, entonces vigente, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos; así como opiniones vertidas en relación a la Ley de Concursos Mercantiles, como las sustentadas por Elvia Arcelia Quintana Adriano. Asimismo, se analizan dos procesos jurisdiccionales en los que los juzgadores en turno entraron al conocimiento de la hipótesis en cuestión, uno de ellos tramitado durante la vigencia de la LQSP y el otro durante la vigencia de la LCM.

En el Capítulo III, con un enfoque de Derecho Comparado, se estudia la forma en la que la hipótesis es regulada en diversos países y sistemas jurídicos, a saber: Argentina, España y Uruguay, por lo que toca al Derecho continental; los Estados Unidos de América por lo que corresponde al Derecho anglosajón; y la mención especial del Derecho de Quebec, en Canadá.

Finalmente, en el Capítulo IV se abordan los aspectos o problemáticas que son consecuencia de la regulación actual, ya sea por la ausencia de normas que las resuelva o bien por el conflicto que genera la interacción de las instituciones de concurso y fideicomiso, para con ello dar lugar a una propuesta cuyo objetivo es aportar la regulación suficiente en relación a la posibilidad de que el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial sea sujeto de concurso mercantil.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS PRELIMINARES.

1. EL CONCURSO MERCANTIL.

1.1 ANTECEDENTES.

La condición social, política y económica del México de los años noventa estuvo caracterizada por su agresividad y rapidez, ejemplos de ello fueron el crecimiento poblacional de 1985 a 1995 en más de 22 millones de habitantes¹; la migración y concentración en zonas urbanas en un 74%²; el cambio de una economía preponderantemente proteccionista y regional, a una con nuevos flujos financieros y mayor apertura comercial en el intercambio de bienes y servicios a niveles internacionales, como consecuencia de la firma de diversos tratados internacionales como el de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de América y Canadá y; la más severa crisis a la que México se enfrentaba en los últimos treinta años.

En contraste con las condiciones de 1943, año que fue expedida la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (LQSP), los cambios no fueron menores para la empresa, pues el financiamiento bancario se había multiplicado once veces, las exportaciones cincuenta y las importaciones otro tanto³. En los noventa, la empresa mexicana entró a un proceso competitivo imprevisto y complejo: la competencia dejó de ser local o en un mercado cerrado, las empresas dejaron de ser unidades económicas unipersonales o familiares para dar cabida a entidades complejas, en las que el ingreso de los grandes capitales mexicanos o extranjeros sería el común denominador. Estos cambios constituyeron algunos de los factores que detonaron el incumplimiento generalizado de obligaciones en múltiples empresas que no lograron adaptarse a nuevos requerimientos de mercado

¹ <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo147&s=est&c=27746> Consultada al 13 de marzo de 2012.

² <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo114&s=est&c=23643> Consultada al 13 de marzo de 2012.

³ *Cfr.* C. MÉJAN CARRER, Luis Manuel, Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles [en línea], Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, sin fecha ni lugar de edición [fecha de consulta: 11 de abril de 2012]. Disponible en <http://www.ifecom.cif.gob.mx/PDF%5Cestudio%5C20.pdf>, p. 9.

de la década de los noventa, contexto en el que surge la Ley de Concursos Mercantiles (LCM) en el año 2000.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos tuvo una sola reforma desde su emisión en 1943, razón por la cual, concluyen los estudiosos de la materia, ésta resulto poco efectiva para solucionar los conflictos empresariales, pues transcurrió el tiempo sin una correcta adecuación al entorno económico-social sobre la cual empezó a girar, por los siguientes factores:

- El deudor era quien tenía el control del proceso, especialmente en la suspensión de pagos, pues él era el único que podía proponer un convenio y quien solía prolongar su negociación casi de forma indefinida, para efecto de alargar el proceso de la suspensión, durante el cual ni se hacían pagos ni se generaban intereses, con independencia del crédito que se tratase. Esto hacía ver el proceso como una verdadera amenaza para quienes facilitaban recursos al comerciante (proveedores y financieros).
- La junta de acreedores que tenía, entre otras funciones, reconocer y calificar los créditos, se convertía en un obstáculo para arribar a acuerdos constructivos, dado el debate contradictorio que se establecía entre todos ellos. Lejos de buscar el fin común era una guerra de todos contra todos.
- El ejercicio de la sindicatura resultaba ineficiente pues se confería a las cámaras industriales y de comercio o algún banco de desarrollo (pues los bancos múltiples rechazaban sistemáticamente el encargarse de ellas), quienes ejercían la función delegándola en las personas físicas que ellas estimaban adecuadas.
- El proceso resultaba demasiado formal y burocrático pues el juez asumía una gran cantidad de funciones y facultades decisorias que poco tenían que ver con su especialidad, el Derecho, acercándose más a temas financieros, contables, administrativos e incluso de ingeniería financiera.⁴

⁴ *Ibidem*, pp. 10-11.

Lo anterior trajo como resultado diversos esfuerzos en el Congreso de la Unión⁵ buscando brindar un esquema jurídico acorde con la realidad social de los nuevos años, intentando resolver problemas derivados de la figura de la suspensión de pagos como la dilación en los procedimientos, los problemas en la integración y funcionamiento de los órganos de la quiebra y llevando a cabo una revisión de las disposiciones de índole penal.

Los mencionados esfuerzos, también estuvieron inspirados en diversos documentos de índole internacional, a saber: la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza y la Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés); los principios y pautas de los Sistemas efectivos de insolvencia del Banco Mundial y los Principios para los trabajos de equipos de acreedores en caso de insolvencia de la Asociación Internacional de Profesionales en Reestructuración, Insolvencia y Quiebra (INSOL por sus siglas en inglés)⁶. Todo ello trajo como resultado no solo en una reforma a la LQSP sino su abrogación y la emisión de una nueva ley.

Así, el 12 de mayo de 2000 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la actual Ley de Concursos Mercantiles con el objetivo de “Proporcionar la normatividad pertinente para maximizar el valor de una empresa en crisis mediante su conservación, con lo cual se protege el empleo de sus elementos humanos; se evita la repercusión económica negativa a la sociedad, producida por la pérdida de una empresa que le proporciona bienes o servicios; y se recupera el esfuerzo empresarial que dicha empresa representó para su titular. En caso de que fuese imposible conservar la empresa en manos de sus dueños [establecer] las normas que permitieran preservar el valor económico de la empresa o de los bienes y derechos que la integran mediante un

⁵ En 1994 el Diputado Daniel de la Garza Gutiérrez de la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional presentó el primer intento para expedir nueva legislación misma que no trascendió, sin embargo, constituye reflejo de la necesidad de cambio que imperaba en la materia.

⁶ *Cfr.*, C. MEJAN, Luis Manuel, *La ley de concursos mercantiles a la luz del derecho internacional privado en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C., México, 2002, pp. 79-80

procedimiento de liquidación ordenada que maximizara el producto de la enajenación y diera trato equitativo al comerciante y sus acreedores”⁷.

1.2 CONCEPTO.

La palabra “concurso” tiene sus raíces en la voz del latín culto *concursum*, -us, término que da la idea de ayuda, concurrencia, simultaneidad de hecho, causas o circunstancias; por otro lado la voz en español en una quinta acepción se entiende como “competición, prueba entre varios candidatos para conseguir un premio”⁸. Seguida del calificativo mercantil las ideas descritas nos indican que el concurso mercantil es aquello que se caracteriza por una pluralidad de sujetos, cosas y/o circunstancias relacionadas con los comerciantes con el objetivo de conseguir un fin determinado. Es la participación en un mismo acto de diversas personas que se hallan interesadas en él o sus consecuencias jurídicas.

Cabe señalar que la Ley de Concursos Mercantiles ha sido objeto de múltiples críticas, entre las que se encuentran aquellas que argumentan la deformación de diversas figuras jurídicas, así como el uso de terminología inadecuada, partiendo de su propia denominación, pues quizá para hacer de lado la idea de la Quiebra, el legislador omitió ese concepto y utilizó el de Concurso, probablemente intentado dejar claro que la conservación de la empresa es el objetivo prioritario de esta Ley y que la quiebra era el último de ellos, no obstante que ésta se sigue regulando en la LCM. De acuerdo a opiniones de algunos juristas como el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, con ello se hizo de lado toda una tradición jurídica en la que las instituciones de concurso y quiebra eran figuras que correspondían a distintos campos del derecho, la de Concurso al Derecho Civil y la de quiebra al derecho Mercantil⁹.

Luis Carlos Felipe Dávalos Mejía, al referirse al tratamiento que conforme a la Ley se le da al comerciante que cae en el supuesto de incumplimiento generalizado de sus obligaciones, señala que el Concurso Mercantil debe entenderse como “El estado

⁷ Exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, presentada el 23 de noviembre de 1999 por miembros de las fracciones parlamentarias de los partidos Revolucionario Institucional y de la Cámara de Senadores.

⁸ Voz “concurso”. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

⁹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Porrúa, México, 2008, pp. 1026-1029.

jurídico en que se ubica un comerciante cuando es declarado en concurso por un juez, declaratoria que lo somete a una esfera jurídica normativa personal diferente de la que tenía antes de haber concursado”. Por otra parte el mismo autor señala que este concepto se utiliza también para referirse al “juicio especial que se inicia con la declaración de dicho estado jurídico”¹⁰. Lo anterior lleva a concebir al concurso como un concepto dual, por una parte nos referimos a él como un estado jurídico y por otra como un procedimiento jurisdiccional.

El Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles refiere que el concurso mercantil “es un procedimiento jurisdiccional al que se somete un comerciante cuando incumple generalizadamente con el pago de sus obligaciones, que tiene por objeto lograr la conservación de la empresa del comerciante, mediante el convenio que éste suscriba con sus acreedores reconocidos o, en su defecto, vender la empresa, sus unidades productivas o los bienes que la integran para pagar a los acreedores”¹¹.

Por su parte Luis Fernando Sanromán Martínez lo define de la siguiente manera: “Es un procedimiento universal, en el cual un deudor que necesariamente es Comerciante es sometido ya sea de manera voluntaria o coaccionada, debido a que ha incumplido generalizadamente en el pago de dos o más obligaciones a juicio de un auditor (visitador) y del Juez, de conformidad con los supuestos de la ley aplicable, procedimiento que tiene como finalidad, siempre que sea posible, conservar a la empresa que se encuentra en problemas financieros, mediante la celebración de un convenio con sus acreedores y en caso de que no sea posible dicho convenio, se declarará en quiebra al Comerciante para liquidar el patrimonio, y con el resultado pagar hasta donde sea posible a sus acreedores”¹².

La Doctora Elvia Arcelia Quintana Adriano señala: “El concurso mercantil es un juicio que tiene como finalidad que el comerciante que incumple generalizadamente sus obligaciones de pago sea sujeto de negociación de pasivos o, en su defecto, de la venta

¹⁰ DÁVALOS MEJÍA, Luis Carlos Felipe, *Introducción a la Ley de Concursos Mercantiles*, Oxford University Press, México, 2002, pp. 1 y 2.

¹¹ IFECOM, portal de la red internet <http://www.ifecom.cjf.gob.mx>. Consultada al 1 de Septiembre de 2011.

¹² SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, *Concursos Mercantiles*, Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, México 2010, p. 23.

de las unidades productivas o bienes que la integran para el pago de las referidas obligaciones”¹³.

En este sentido la LCM refiere lo siguiente:

Artículo 1o.- La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil.

Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios.

Artículo 2o.- El concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas, denominadas conciliación y quiebra.

Artículo 3o.- La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos.

Considerando las definiciones citadas y las disposiciones de la LCM considero fundamentales los siguientes puntos sobre el Concurso mercantil:

- Es un estado jurídico al que se somete un comerciante.
- Es un procedimiento jurisdiccional seguido contra ó por un comerciante.
- Es un procedimiento universal y de orden público.
- La causa que detona el procedimiento es el incumplimiento generalizado de las obligaciones por parte del comerciante.
- Es un procedimiento que surge de la necesidad de evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones ponga en riesgo la viabilidad de la misma por lo que el procedimiento tiene como fin primordial la conservación de la empresa.
- Cuando no es posible la conservación de la empresa se busca la liquidación de los bienes para pagar hasta donde sea posible a los acreedores reconocidos.

En virtud de lo anterior, formulo una acepción sobre el concepto, que intenta recoger los aspectos fundamentales desarrollados por los estudiosos de la materia y ubicar en éste

¹³ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Concursos mercantiles: doctrina, ley, jurisprudencia*, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 20 y 21.

todos los elementos necesarios para el desarrollo del presente tema de investigación. Así, entiendo al concurso mercantil como el procedimiento jurisdiccional universal y de interés público, por virtud del cual, el comerciante queda sujeto a un estado jurídico diverso como consecuencia del incumplimiento generalizado de sus obligaciones, y cuyo objetivo inicial es lograr la conservación de la empresa a través de la negociación de los pasivos con los acreedores y, cuando no sea posible, la liquidación de los bienes que la integran, para con el resultado pagar a los acreedores reconocidos hasta donde sea posible y siguiendo las reglas de prelación al efecto establecidas.

En la anterior definición hago hincapié en la idea de interés público dado que la misma LCM, conforme a su artículo primero asume dicho carácter, hecho que constituye la justificación para ser ventilado en instancias federales o, por ejemplo, la no concesión de la suspensión definitiva en amparo tratándose de la visita de verificación regulada por la ley.¹⁴

Utilizo la idea de *procedimiento jurisdiccional* considerando que la declaración de Concurso puede desarrollarse por un lado como un juicio, es decir, como una forma heterocompositiva de resolver los conflictos que se exponen a la decisión de un tercero denominado juez para que éste los resuelva con base en lo alegado por las partes en la demanda y contestación y lo acreditado en la etapa probatoria respectiva¹⁵; o bien iniciarse como un procedimiento que detona el comerciante a través de una solicitud con lo que no existe *litis* propiamente pero sí un procedimiento de posible afectación al comerciante y sus acreedores.

Por otra parte es necesario precisar que el nuevo estado jurídico del comerciante es una situación a la que éste “*queda sujeto*”, pues de esta forma se incluye tanto el sometimiento a dicho estado mediante solicitud, como el resultado de la sentencia que declara el concurso mercantil.

¹⁴ Cfr Tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación con los rubros “CONCURSO MERCANTIL. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA QUIEBRA, ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA” y “SUSPENSIÓN. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA DESIGNACIÓN Y LA ACTUACIÓN DE UN VISITADOR DEL INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS DE CONCURSOS MERCANTILES, PORQUE DE CONCEDERSE SE PARALIZARÍA EL PROCEDIMIENTO RELATIVO Y, POR ENDE, SE AFECTARÍA EL INTERÉS SOCIAL Y SE CONTRAVENDRÍAN DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO”.

¹⁵ Cfr., BUCIO ESTRADA, Rodolfo y CASASA ARAUJO, Aldo, Concursos Mercantiles: Proceso y procedimientos en México, Porrúa, México, 2006, pp 3-10.

Finalmente hay que precisar que la definición queda así estructurada pues en ella se consideran las tres etapas que contempla la Ley de concursos mercantiles. En este sentido no obstante que dicha ley refiere que el Concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas (conciliación y quiebra) comparto la idea del Doctor Alberto Fabián Mondragón Pedrero¹⁶ en la que el concurso mercantil mexicano consta de tres etapas: la preliminar, la de conciliación y la de quiebra. De esta manera, el concurso mercantil no puede sino perseguir otra cosa que los fines de cada una de sus etapas, es decir, el sometimiento del comerciante a un estado jurídico como consecuencia del incumplimiento generalizado de sus obligaciones (etapa preliminar), el mantenimiento de la empresa que éste dirige mediante la celebración de un convenio frente a sus acreedores (conciliación) y cuando ello no sea posible la liquidación del patrimonio que la conforma para solventar las deudas a sus acreedores (quiebra).

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de la acción concursal, adopto la postura que detalla Joaquín Rodríguez y Rodríguez refiriéndose a Antonio Brunetti, quien concibe a la quiebra como un procedimiento de procedimientos, un procedimiento que se constituye de forma *sui generis* y que engendra múltiples formas de procedimientos en sentido amplio: de carácter ejecutivos, de jurisdicción voluntaria, administrativos, con efectos de interés privado y social, individual y colectivo que asemeja a una acción de clase en la que el actor, tratándose de demanda, puede ser uno solo y no obstante ello su acción trae consigo implicaciones jurídicas para el resto de los acreedores del comerciante¹⁷.

1.3 FINES DEL CONCURSO MERCANTIL.

El concurso mercantil consta de tres etapas la Preliminar o de Concurso, la de Conciliación y la de Quiebra, cada una de estas etapas tiene diversos fines:

La etapa preliminar busca que el juez determine “si la empresa tiene la liquidez suficiente para hacer frente a sus pasivos en un plazo relativamente corto dentro de un juicio cuyo único propósito es precisamente ése: concluir si la empresa se debe

¹⁶ Apuntes de la cátedra Derecho Concursal impartida por el Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero en la Facultad de Derecho de la UNAM, Ciudad Universitaria, 2009.

¹⁷ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Porrúa, México, 1999, p. 297.

concurrir, por carecer de la liquidez requerida”¹⁸, es decir, por que se ubica en los extremos de los supuestos de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Concursos Mercantiles y que el comerciante quede sujeto a la regulación que al efecto aporta la LCM. Para ello el Visitador puede acceder a los documentos, instalaciones, equipos y entrevistarse con funcionarios de la empresa para emitir el dictamen correspondiente en el que se determinará si los supuestos mencionados se han actualizado.

En la segunda etapa o de Conciliación, un Conciliador determina quienes, con qué derecho y hasta por qué monto resultan acreedores del comerciante concursado, determinado lo anterior deberá buscar que los acreedores y el deudor lleguen a un convenio conciliatorio a fin de mantener la viabilidad de la empresa. Es en esta etapa en la que se observan diversos recursos judiciales que tienen a su potestad las partes en relación a la sentencia que declaro el concurso, el reconocimiento de créditos u otro aspecto en el que se vean afectados.

La tercer etapa o de quiebra implica que la empresa de la que es titular el comerciante no es viable y no fue posible la conciliación entre las partes, por lo que el Síndico deberá proceder a vender la masa en quiebra como un todo o en partes a fin de que con el producto sean liquidadas las deudas del comerciante a los acreedores reconocidos.

1.4 SUPUESTOS Y REQUISITOS.

Para hacer referencia al concurso mercantil, al igual que sucedió con la institución de la quiebra, se debe estar ante la presencia de dos presupuestos normativos básicos. El primero tiene un sentido objetivo que se traduce en el incumplimiento generalizado de las obligaciones de conformidad con las reglas establecidas por la LCM, el cual es análogo a la cesación de pagos en la quiebra y; el segundo con un carácter subjetivo, mismo que se actualiza en la figura del comerciante. De no presentarse ambos supuestos, en principio, el concurso mercantil no puede actualizarse.

¹⁸ DÁVALOS, *op. cit.*, p. 18.

1.4.1 PRESUPUESTO OBJETIVO.

De la revisión del capítulo II del Título Primero de la LCM denominado “De los supuestos mercantiles”, se desprende que la acción concursal puede ejercerse por el Ministerio Público, los acreedores o el comerciante, cuando este último incumple generalizadamente en el pago de sus obligaciones, entendiéndose por ello el incumplimiento en sus obligaciones de pago a dos o más acreedores distintos y que éstas:

- 1) Tengan al menos treinta días vencidas,
- 2) Representen al menos el 35% de todas sus obligaciones a cargo, cuantificadas a la presentación de la demanda o solicitud de concurso y,
- 3) No tenga activos circulantes¹⁹ para hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones vencidas a la fecha de demanda o solicitud.

Cabe señalar que de conformidad con criterios establecidos por el Poder Judicial de la Federación²⁰ es necesario demostrar que la persona que inicia o contra la que se inicia el procedimiento concursal está en alguno de los supuestos mencionados o bien demostrar alguno de los extremos de presunción del artículo 11 de la ley o alguno de causa análoga e éstos, es decir:

- Inexistencia o insuficiencia de bienes para trabar embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra por cosa juzgada.
- Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores.
- Ocultación o ausencia del comerciante o cierre de la empresa sin dejar persona al frente de la ella que pueda cumplir con sus obligaciones.

¹⁹ Los activos circulantes que engloba este concepto son: efectivo en caja y depósitos a la vista; clientes y cuentas por cobrar o depósitos e inversiones a plazo cuyo vencimiento no sea superior a noventa días naturales posteriores a la fecha de presentación de la demanda o solicitud; títulos valores para los cuales se registren regularmente operaciones de compra y venta en los mercados relevantes, que pudieran ser vendidos en un plazo máximo de treinta días hábiles bancarios, cuya valuación a la fecha de la presentación de la demanda o solicitud sea conocida.

²⁰ Tesis de la Novena época denominadas CONCURSOS MERCANTILES, PARA LA ADMISIÓN DE SU SOLICITUD, NO BASTA CON LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y CON LA SIMPLE AFIRMACIÓN DE UNA PERSONA, SINO QUE SE REQUIERE DEMOSTRAR PRESUNTIVAMENTE EL INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DEL COMERCIANTE; CONCURSO MERCANTIL, DECLARACIÓN DE. PROCEDE CON BASE EN PRESUNCIONES LEGALES y; CONCURSO MERCANTIL, SOLICITUD DE. BASTA DEMOSTRAR EN FORMA PRESUNTIVA LOS EXTREMOS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES DE PARA QUE SEA ADMITIDA A TRÁMITE.

- Realizar prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones.
- Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio frente a sus acreedores.

1.4.2. PRESUPUESTO SUBJETIVO

Como quedó referido anteriormente, el presupuesto subjetivo del concurso mercantil se actualiza en la figura del Comerciante, pues es el único sujeto que puede ser sometido a dicho proceso de conformidad con el artículo 9º de la LCM. Al respecto, el artículo 4º fracción II, de la LCM mercantiles determina que el comerciante es:

*“La persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio²¹. Este concepto **comprende al patrimonio fideicomitido** cuando se afecte a la realización de actividades empresariales [...]”*

Es precisamente de dicho punto del emerge el presente trabajo, pues la definición transcrita equipara al patrimonio fideicomitido a la figura del comerciante, rompiendo el esquema jurídico establecido pues parece que la LCM le otorga al acto jurídico del fideicomiso personalidad jurídica de la que carecía antes de la emisión de la LCM.

En su conjunto, el Concurso mercantil es un proceso judicial, y como tal debe regirse bajo las formalidades esenciales de todo procedimiento y contar con cada una de las etapas de éste, es decir, una expositiva, una probatoria, una de alegatos y una en la que se dicte la sentencia respectiva, en ese sentido de admitirse sin más la incorporación del patrimonio fideicomitido como sujeto de concurso se presentarían una serie de conflictos que serán abordados en páginas subsecuentes, como determinar ¿a quién se llevará a concurso mercantil en un acto jurídico que no entraña personalidad jurídica alguna y en el que se ven involucrados 3 sujetos distintos?; ¿bajo qué intereses se contestará la demanda?, ¿qué excepciones podrían presentarse o en qué términos se haría ello, por

²¹ De conformidad con el artículo 3º del Código de Comercio lo son las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hace de él su actividad habitual y las personas morales constituidas en arreglo a las leyes mercantiles nacionales o que siendo extranjeras ejercen actos dentro del territorio nacional.

ejemplo, ante una excepción de falta de personalidad?; ¿cómo se hará frente a la violación del negocio fiduciario durante la visita de inspección?.

Por otro lado, en el supuesto de que el concursado sea un acto jurídico como el fideicomiso quedan expuestas interrogantes como: ¿con quién negociarán los acreedores frente a un acto jurídico como el fideicomiso?, ¿cuáles es el margen de negociación si el resultado de ésta puede afectar el interés jurídico de tres sujetos distintos?, ¿qué bienes podrán ser objetos de negociación?.

Sobre el particular, la exposición de motivos de la ley únicamente refiere: “*La Iniciativa regula los concursos de las personas que, de acuerdo con nuestras leyes, tienen el carácter de comerciantes. Se aclara que puede ser sometido a concurso el patrimonio fideicomitado, cuando se afecte a actividades empresariales*”. En virtud de lo cual, considero indispensable ahondar en el estudio de las características del fideicomiso para determinar si éstas hacen permisible que se constituya como sujeto de concurso mercantil.

2. EL FIDEICOMISO.

2.1 ANTECEDENTES.

La palabra fideicomiso proviene del latín *fideicommissum*, que a su vez proviene de la voz *fides*, ambos conceptos remiten a la idea de “fe”, y de *commissus*, término que se entiende como confiado, esta interpretación etimológica permite precisar que el fideicomiso parte de la fe o confianza que existe entre dos o más personas para su celebración. Dicho vocablo fue utilizado desde los tiempos del derecho romano, sin embargo, de acuerdo a lo que dejan por sentado autores como Guillermo Floris Margadant, Miguel Acosta Romero u Horacio Sánchez Sodi, el fideicomiso como actualmente se entiende no tiene su raíz en dicho derecho, pues en Roma el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero, la *fiducia* era una forma solemne de transmitir la propiedad, en la que el receptor del bien transmitido se obligaba a retransmitirlo a su vez a un tercero,

con la finalidad de eludir las restricciones a la transmisión testamentaria para determinadas personas cuando existía impedimento para la designación directa de los bienes, partía de la confianza del testador para que el receptor retransmitiera la propiedad de los bienes al tercero²².

También en Roma existió otra especie de *fiducia* en relación a los créditos, denominada *fiducia cum creditore*, concebida para los acreedores que requerían una garantía real sobre los créditos otorgados. Por virtud de éste acto durante la existencia del crédito el acreedor adquiría un bien del acreditado por un sestercio de su precio real, obligándose a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio una vez que éste hubiere pagado la deuda.²³

Además de las figuras citadas existieron otras de relevancia y parecido al fideicomiso como el *salman* (prenda inmobiliaria), *manusfidelis*, *use*, *mayorazgos* o *capellanías*, sin embargo, la mayor parte de la doctrina sostiene que el fideicomiso mexicano encuentra sus antecedentes en una figura del derecho anglosajón denominada *trust* y por virtud de cual se da “una relación fiduciaria que surge generalmente por la voluntad expresa de quien teniendo la disposición de determinados bienes: *settlor*, *creator* o *trustor* (equivalente del fideicomitente), otorga su posesión al *trustee* (equivalente del fiduciario), quien se obliga en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero denominado *cestui que trust*. Cabe mencionar que el gran punto de contacto de esta figura con la romana es la confianza, al tratarse de una figura regida bajo el derecho de equidad, la relación entre el *trustee* y el *trustor* es de plena confianza respecto de los bienes que se le entregaran por lo que el *trustee* no puede delegar la ejecución de sus obligaciones²⁴.

²² Cfr., SANCHEZ SODI, Horacio, El fideicomiso en México, Editores Greca, México, 1996, pp. 9 y 10.

²³ Cfr., FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, Undécima edición, Ed. Esfinge, México 1982, p. 501.

²⁴ Cfr., ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZÁN ALANIZ, Pablo, Tratado teórico práctico de fideicomiso, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 9 y 13.

En México el fideicomiso se introdujo con la Ley Bancaria de 1924, sin embargo, fue hasta junio de 1926 que la Ley de Bancos de fideicomiso detalló el campo normativo para esta figura. Esta última norma reguló en su artículo 6º que: “el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario”.

Actualmente el fideicomiso se encuentra regulado por la LGTOC, Título Segundo De las Operaciones de Crédito, Capítulo V, que comprende de los artículos 381 al 407, incluidos 13 artículos que regulan el denominado Fideicomiso de garantía.

A diferencia de la ley de 1926 que catalogó al fideicomiso como un mandato irrevocable, la LGTOC fue omisa en precisar la naturaleza jurídica de dicho acto, aspecto en relación al cual no existe uniformidad doctrinaria, razón por la cual se abordarán las principales posturas, adoptando de forma preliminar de la definición del Diccionario Jurídico Mexicano en el que se indica: “contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo”²⁵.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO Y CONCEPTO.

La naturaleza de una cosa o un concepto es la “esencia y propiedad característica de cada ser. Especie, genero o clase de las cosas”²⁶. Desde el punto de vista científico es “el campo objetivo al que se refiere la observación científica; es una concepción funcional y no dogmática que no se identifica con un principio o con una apariencia metafísica, ni con un determinado sistema de relaciones necesarias”²⁷. El Doctor

²⁵ _____, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo IV, UNAM-Porrúa, México, 2007, p. 208.

²⁶ Real Academia Española, *op. cit.*, voz “naturaleza”.

²⁷ ABBAGNANO, Nicola, citado en MEDOZA POPOCA, Oswaldo Aníbal, *El fideicomiso público*, Ed. Porrúa, México, 2010, p. 14.

Oswaldo Aníbal Mendoza Popoca refiere: “cuando se trata de precisar la naturaleza jurídica de un objeto de estudio, estamos intentado efectuar un análisis que nos lleve a identificar qué es lo que ese objeto hace mejor en el terreno de lo jurídico, o dicho de otra manera, cuál es la mejor posición que a ese objeto podemos darle en razón de la función que desempeña”²⁸.

La ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 es omisa en precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso pues únicamente refiere: “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”.

Probablemente esta omisión es producto de la importación de una figura extraña al Derecho nacional y las consecuentes dificultades que enfrentaron sus redactores para establecer posturas concretas vinculadas con los efectos que se generan con el fideicomiso. Ejemplo de dicha indeterminación es la postura adoptada por el Lic. Pablo Macedo, uno de los redactores de la LGTOC quien se pronunció en relación a si los bienes fideicomitados integran un patrimonio sin titular, de la siguiente forma: “en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos constituir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica”²⁹.

Dado que desde su origen la regulación no delimita la naturaleza jurídica del fideicomiso, han surgido diversas teorías que intentan explicar cuál es ésta, las cuales se exponen a continuación:

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 38.

2.2.1 EL FIDEICOMISO COMO ACTO DE COMERCIO Y OPERACIÓN DE CRÉDITO.

Esta teoría surge a partir de un análisis de la estructura legal del fideicomiso en la LGTCO., Este acto se encuentra regulado dentro del Capítulo V, del Título Segundo denominado “de las Operaciones de Crédito”, por lo que partiendo de la técnica legislativa empleada para ello, se considera al Fideicomiso como una Operación de Crédito, del genero Acto de comercio, pues la misma ley en su artículo 1º determina: “*las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta son actos de comercio*”, norma que permite afirmar la mercantilidad del fideicomiso desde el punto de vista objetivo, en tanto que subjetivamente su mercantilidad queda determinada por las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, es decir, instituciones formalmente comerciantes en términos de los artículos 1 y 3 del Código de comercio y 385 y 395 de la LGTOC.

Doctrinalmente existe consenso al referir que el fideicomiso es un acto de comercio, sin embargo, coincido con Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alaniz quienes refieren: “en sentido estricto no es una operación de crédito, pues mediante su constitución ni se recibe ni se otorga crédito y del análisis de los artículo 346 a 359 [actualmente 381 en adelante] de la ley indicada no se prevé ni se dice expresamente, que mediante el fideicomiso pueda otorgarse u obtenerse crédito”³⁰.

2.2.2 EL FIDEICOMISO COMO MANDATO

Conforme lo refiere Jorge Alfredo Domínguez Martínez, esta tesis fue sostenida principalmente por Ricardo J. Alfaro en su *Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos institución semejante al trust del derecho inglés*, quien indicó que el fideicomiso contiene “un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que lo transmite llamado fideicomitente a

³⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, p. 158.

beneficio de un tercero denominado fideicomisario”³¹. La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 recogió esta postura en el artículo 6º: “el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario”.

Considero como impropia dicha postura pues el fideicomiso respecto del mandato mantiene las siguientes diferencias que los hacen incompatibles:

- El objeto del mandato es la obligación al mandatario para que éste ejecute por cuenta del mandante los actos jurídicos que el primero le encarga, sin que sea indispensable transmisión de propiedad alguna. En tanto, de conformidad con el artículo 381 de la LGTOC el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes, para que éstos sean destinados a determinados fines lícitos.
- El fideicomiso debe siempre celebrarse por escrito, por lo que no ha lugar a la manifestación del consentimiento de las partes de forma tácita. En cambio el mandato podrá aceptarse y ejecutarse de forma tácita a partir de los actos que impliquen la celebración de los actos jurídicos relacionados al mismo, en términos del artículo 2546 del Código Civil Federal (CCF).
- Los elementos personales para su generación son distintos. Mientras que para celebrar el mandato se requiere de un mandante y un mandatario en términos del artículo 2546 del CCF, para celebrar el fideicomiso es necesaria la determinación de tres sujetos, a saber fideicomitente, la fiduciaria y el fideicomisario. Si bien el fideicomisario puede ser indeterminado, en términos de artículo 382 de la ley de títulos y operaciones de crédito, como lo apunta Sánchez Sodi: “el análisis

³¹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso, Negocio jurídico; régimen fiscal inmobiliario; instrumento en la inversión extranjera, el nuevo fideicomiso de garantía, las reformas de 2003*, Porrúa, México, 2009, p 148.

teleológico nos lleva a conocer directamente al beneficiario directo del fideicomiso”³².

2.2.3 EL FIDEICOMISO COMO DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD

Esta corriente sostiene que el fideicomiso no es un contrato sino una declaración unilateral de la voluntad y sostiene que en el fideicomiso hay dos momentos distintos, la constitución y la ejecución del fideicomiso. Esta teoría sostiene que no obstante que el fideicomiso pueda celebrarse en un contrato no es el acuerdo de voluntades el que lo constituye sino la declaración unilateral del fideicomitente. Uno de los autores que defendió esta postura fue Jorge Alfredo Domínguez Martínez quien señala que el fideicomiso es un negocio unilateral, en cuanto a su constitución y contractual respecto a su ejecución, así entonces el fideicomiso es un negocio jurídico constituido mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, y la ejecución de los actos tendientes para ello deben realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

No obstante lo anterior, el mismo autor refiere: “Por nuestra parte, tal y como lo afirmamos con anterioridad, participamos de la idea de que el fideicomiso, en su fase constitutiva, fue antes de la reformas de 2003 un acto unilateral y no sólo, sino además, que el contrato celebrado ante fideicomitente, fideicomisario, o juez de primera instancia del lugar por una parte y fiduciaria por la otra, tuvo por objeto no la constitución del fideicomiso, sino su ejecución. [...] Fue pretensión de las reformas de 2003 actualizar el fideicomiso con franca contractualidad, es decir, si bien no hay un precepto en la modificación de los artículos del 381 al 394 a que el fideicomiso es un contrato, varias disposiciones aplicables fueron modificadas para hacer prevalecer una naturaleza contractual de la figura”³³.

³² SANCHEZ SODI, *op. cit.*, p. 23.

³³ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp41-53.

Miguel Acosta Romero, desecha esta teoría de la unilateralidad del fideicomiso indicando: la declaración unilateral de voluntad debe ser reconocida expresamente por la ley, la que señalará cuáles son los efectos de la misma, hecho que se desprende de la exposición de motivos que incorporó a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones en materia Civil Federal³⁴; la sola manifestación unilateral de voluntad no trasmite los bienes o derechos pues es indispensable la aceptación de la fiduciaria para que esta se dé y exista perfeccionamiento del acto jurídico traslativo, tal como lo confirmara Pablo Macedo, autor que influenció directamente en el legislador que incorporase el Fideicomiso a la LGTOC, refiriendo que la fiduciaria “puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él pues se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes“.³⁵

2.2.4 TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO.

Esta teoría expone que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud de la versatilidad de la que dicho acto goza en el ámbito jurídico, virtud que impide restringirlo a ser sólo un contrato. El negocio jurídico puede entenderse como “el acto que se celebra con la expresa intención de generar consecuencias de derecho, pero no algunas que previa y expresamente contenga el orden jurídico, sino unas especiales y específicas producto del libre juego de la voluntad de los que en el acto participan, de donde viene a ser que el negocio jurídico es auténticamente creador de consecuencias de derecho”³⁶.

³⁴ Cabe señalar que al respecto, como lo hace ver Oswaldo Aníbal Mendoza Popoca, hay “discusión entre los tratadistas para determinar si los individuos están en la posibilidad jurídica de comprometerse a todo aquello que siendo lícito y posible puedan establecer, o bien sólo están en la posibilidad en aquellos casos que prevea la legislación”, es decir, no existe consenso en relación a si pueden existir formas de Declaración unilateral de voluntad distintas a las expresamente reconocidas por la ley, “los autores se cuestionan si las consecuencias jurídicas se producen por la voluntad de los individuos, o provienen exclusivamente de la ley, o se requiere el concurso de ambos factores. Si se acepta la primera posibilidad, se actúa en el marco liberal del principio de la autonomía de la voluntad, pero si se inclina la respuesta por admitir cualquiera de las otras dos posibilidades se restringe el ámbito de aplicación de tal principio y ello tiene consecuencias con relación al tema de la declaración unilateral de voluntad que estamos tratando, en tanto que se le considere como apta fuente general de obligaciones, o bien sólo como fuente excepcional para los casos que expresamente prevea la ley”. De: MEDOZA POPOCA, Oswaldo Aníbal. *El fideicomiso público*. Ed. Porrúa, México, 2010, pp. 26-29.

³⁵ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, pp 177-180.

³⁶ MENDOZA POPOCA Oswaldo Aníbal, *op. cit.*, p. 17.

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, uno de los principales impulsores de esta teoría, expone que el fideicomiso es un negocio jurídico dada la diversidad de fines que pueden realizarse con el mismo, indicando: “La simple lectura de los quince artículos que se contienen en el capítulo de la LGTOC, correspondiente al fideicomiso, pone inmediatamente de manifiesto el campo tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de esas operaciones; más aún precisamente por ello no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al Derecho Privado mexicano que cuente con la versatilidad de ésta (...) Además, los fines que se proponen mediante la celebración de un fideicomiso van desde una transmisión de propiedad, pasando por la garantía de una prestación y la administración de un capital, hasta la liquidación de una universalidad para después de la muerte de su titular. En fin todas las consideraciones anteriores sólo permiten afirmar que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos, en oposición a los actos stricto sensu”³⁷.

Sobre esta postura Miguel Acosta Romero resume que los tratadistas que reconocen el concepto de negocio jurídico lo definen como un hecho consistente en una manifestación de voluntad para producir efectos reconocidos por el orden jurídico y además lícitos, en ese sentido destaca que esta terminología no está reconocida en México pues el derecho nacional retoma la corriente francesa del hecho y acto jurídico, respecto de la cual, se puede afirmar que quienes sostienen la tesis del negocio jurídico lo que hacen es cambiar la palabra acto por la palabra negocio, pues en cuanto a los efectos que originan coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones.³⁸ Incluso otros autores además de referir que el derecho nacional adopta la teoría francesa del hecho y acto jurídico en el sistema, indican que la noción de negocio jurídico es “lo mismo que el acto jurídico pero dicho en forma menos clara”³⁹.

³⁷ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp 36 y 37.

³⁸ *Cfr.*, ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, p. 174

³⁹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 21.

2.2.5 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

Este concepto fue desarrollado en países en los que no se había aceptado la inclusión de una figura como el fideicomiso, el trust anglosajón o un concepto equivalente, parte del hecho de que el fideicomiso es una de las especies del Negocio Jurídico. El negocio fiduciario puede definirse como “un acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por éste último de destinar el objeto transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá la confianza que para ello le tuvo el primero”⁴⁰. Los negocios fiduciarios se caracterizan por las discrepancias habidas entre el fin pretendido y el medio para alcanzarlo, dos diversas relaciones, la primera de naturaleza real y externa representada por la enajenación efectuada del fiduciante al fiduciario, y otra de carácter obligacional interno u oculto, es decir, el compromiso de adquirirlo y destinar los bienes que le fueron transmitidos para la realización de un fin específico⁴¹. Para su celebración se requiere de dos sujetos un enajenante denominado fiduciante y quien adquiere la cosa o derecho conocido como fiduciario.

El negocio fiduciario puede ser entendido también como “aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley – con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes-, y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación”⁴².

De acuerdo con Ferrara el negocio fiduciario “es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca. Consta: 1º de un contrato real positivo con la transferencia de la propiedad o el crédito que se realiza de modo perfecto e irrevocable. 2º De un contrato obligatorio negativo: la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido para

⁴⁰ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 167.

⁴¹ *Cfr., Ibidem*, pp. 167-173.

⁴² ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, p. 170.

restituirlo después al transferente o a un tercero. En otras palabras el primer negocio es siempre un negocio real exteriorizado, efectivamente realizado entre las partes, y el segundo negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto que sólo tiene eficacia interna entre las partes”⁴³.

En ese sentido Jorge A. Piña Medina recoge las aseveraciones de Rodolfo Batiza de la siguiente forma: “tiene el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes y frente a terceros” y continúa refiriéndose a Cervantes Ahumada “Si el negocio fiduciario es atípico por definición y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación”.⁴⁴

De forma adicional apunta Sánchez Sodi que al manejar el negocio fiduciario únicamente se hace referencia a dos sujetos personales, quien transmite y quien recibe, omitiendo a un tercero (fideicomisario), aunque “la finalidad puede o no beneficiar a una persona determinada con capacidad jurídica para recibir los beneficios, en el fideicomiso tanto del punto de vista histórico, legal y práctico siempre busca que el beneficio sea recibido por una persona o personas con la capacidad jurídica necesaria para recibir los efectos del fideicomiso, por lo que en esta figura se habla de tres elementos personales, a saber: fideicomitente, fideicomisario y fiduciario”⁴⁵.

2.2.6 EL FIDEICOMISO COMO UN PATRIMONIO SIN TITULAR.

Esta posición sugiere la existencia de patrimonios carentes de un titular, sus promotores precisan que existen dos tipos de patrimonio, por un lado existe el patrimonio de personas cuyo titular es un sujeto plenamente identificado y por otro lado existe el patrimonio impersonal, patrimonio afecto a un fin o patrimonio de destino, el que no tiene

⁴³ PIÑA MEDINA, Jorge A., *Fideicomisos y certificados de participación inmobiliaria en zona prohibida*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 95. Consulta electrónica al día 11 de abril de 2012 en el sitio <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/121/pr/pr6.pdf>

⁴⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁵ SANCHEZ SODI, Horacio, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

un propietario pero se encuentra destinado a cierta finalidad, los derechos no pertenecen a nadie más que al patrimonio mismo⁴⁶.

De acuerdo a la cita que hace el doctor Domínguez Martínez, para Landerreche Obregón: “resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición de un órgano que realice el fin que persigue. En este caso no puede existir propietario de los bienes afectados al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación al fin perseguido se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata”⁴⁷. Continúa señalando que el patrimonio del fideicomiso “constituye una unidad que se conserva en el campo mientras dure el fideicomiso, independientemente de que los bienes que lo formulaban en su origen se sustituyan por otra que quedan como los sustituidos, afectos al fin del fideicomiso”⁴⁸.

Ernesto Gutiérrez y González apunta que, producto de la influencia ejercida por las corrientes francesa, suiza y alemana, la legislación civil mexicana: “A) Acepta la tesis clásica que sólo las personas pueden tener patrimonio, al contrario del sistema de Estados Unidos de América en donde también los animales irracionales pueden ser titulares de patrimonios; B) Con la moderna teoría del patrimonio de afectación, se acepta la posibilidad de que una persona sea titular al mismo tiempo de varios patrimonios autónomos y diversos, destinados a la realización de fines jurídico-económicos diversos. Así se reconocen como patrimonios autónomos: I.- El de familia; II.- El de la sociedad conyugal; III.- Del ausente; IV.- El del o los herederos; V.- El patrimonio del concursado”⁴⁹. Lo que implica que aún el patrimonio afectación corresponde a una persona física o jurídica reconocida por la legislación local.

⁴⁶ *Cfr.*, DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 151-153.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Porrúa, México, 2005, p. 70.

En este mismo sentido Jorge Alfredo Domínguez Martínez reitera que “es innegable la existencia de ciertas masas de bienes con fines específicos y autónomos como el patrimonio familiar, pero dicha autonomía va en función del vínculo jurídico-económico que el derecho reconoce para afectar a un conjunto de bienes y no en relación a la persona”⁵⁰. El patrimonio, al constituir una facultad o potestad jurídica de una persona envuelve derechos y obligaciones que solo pueden hacerse valer por su titular frente sus deudores y por éstos contra el titular. “Afirmar que puede existir un patrimonio sin dueño, es formular un concepto contrario a la realidad misma. Es necesario que el conjunto de bienes tenga siempre como soporte un titular que debe ser una persona física o moral”⁵¹.

Finalmente Domínguez Martínez indica que “la afectación de bienes que tuvo lugar en el fideicomiso antes de las reformas de 2003 no implicó una autonomía tal del patrimonio correspondiente, que se traduzca en una masa de relaciones carentes de titular, según los fundamentos de la teoría sustentada por Landerreche Obregón. Menos ahora con el señalamiento expreso de efectos traslativos fideicomitente-fiduciario”⁵².

2.2.7 EL FIDEICOMISO CONTRATO.

Esta teoría es la más consistente y la que adopto en relación al fideicomiso, la cual parte del hecho de que el fideicomiso cabe en lo que conocemos como contrato, de acuerdo a lo establecido en el CCF en sus artículos 1792 y 1793 que disponen respectivamente:

“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”

⁵⁰ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 157.

⁵¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, 2000, p.17.

⁵² *Ídem.*

Este acuerdo de voluntades es celebrado entre fideicomitente y fiduciaria, por virtud del cual se crean derechos y obligaciones para cumplir una finalidad lícita y determinada en provecho de un tercer sujeto denominado fideicomisario, cabe señalar que este sujeto puede ser el mismo fideicomitente, un tercero ajeno a la relación jurídica o bien las el fideicomitente puede ser omiso en señalarlo en términos del artículo 382 de la LGTOC.

Es importante destacar que el artículo 392 Bis de la LGTOC dispone: “En el supuesto de que a la institución fiduciaria no se le haya cubierto la contraprestación debida, *en los términos establecidos en el contrato respectivo*, por un periodo igual o superior a tres años, la institución fiduciaria podrá dar por terminado, sin responsabilidad, el fideicomiso”, elemento a favor de la postura que aquí se adopta.

Además, esta postura se ve reforzada por la doctrina anglosajona en relación al funcionamiento del trust en Estados Unidos de América e Inglaterra, al respecto el Dr. Miguel Acosta Romero, citando a Scott, refiere: “el trust es una relación jurídica completa de la cual, las obligaciones del *trustee* son solo una parte, [...] el trust es un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia, incluye no solo las obligaciones que el *trustee* tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del trustee y el resto del mundo”⁵³. De dicha referencia se desprende la existencia de dos o más sujetos para su formación y la generación de derechos y obligaciones correlativas entre el fideicomitente y fiduciaria de forma recíproca o en relación al tercero fideicomisario.

Por otra parte el 13 de mayo de 2003 el Ejecutivo Federal envió Iniciativa legislativa que entre otros puntos vino a modificar el esquema regulatorio del fideicomiso⁵⁴, es de

⁵³ ACOSTA ROMERO, Miguel y Otro, *Op. cit.*, p. 189.

⁵⁴ Decreto para reformar, adicional y derogar diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la

resaltar que en la exposición de motivos de dicha reforma textualmente se observa lo siguiente:

“El fideicomiso ha sido desde hace varios años una figura de enorme trascendencia en las relaciones jurídicas. En México, su expansión ha sido extraordinaria. Por su flexibilidad y potencialidad para coadyuvar en diversas formas al desarrollo de múltiples áreas y actividades, debido al beneficio que esta figura permite otorgar con un patrimonio fideicomitado por cualquier persona, es fundamental que la ley exprese con nitidez los alcances y límites de este concepto.

Por tal motivo, esta iniciativa propone establecer una definición de fideicomiso. En primer término, al fideicomiso se le define como un contrato, lo cual pretende revalorar y consolidar la importancia de un acuerdo de voluntades y de la libre convencionalidad de las partes para alcanzar ciertos fines en los términos y condiciones que a su elección consideren más convenientes. Asimismo, el hecho claro de que esta figura sea un contrato permite anticipar los alcances y consecuencias que pudiese tener cuando se presentan situaciones que vician el consentimiento de las partes. En conclusión, al definir al fideicomiso como un contrato se alcanza un equilibrio entre la enorme potencialidad que el propio libre consentimiento de las partes puede otorgar a dicha figura, en virtud de su flexibilidad, con la seguridad jurídica que se respalda desde el momento en que todo contrato se encuentra sujeto a los principios generales de derecho.”

Es importante destacar que dicha reforma no fue publicada en el sentido propuesto, pues la Cámara de Diputados como cámara revisora en la discusión de 3 de abril de 2003 determinó “conservar la naturaleza del fideicomiso como negocio jurídico, a fin de mantener la flexibilidad de esta figura en cuanto a su estructura y objetivos, cambio que se apoya en diversas tesis que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación”,

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, enviada por instrucciones del Presidente de la República al Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores.

ante lo cual es necesario reiterar que el negocio jurídico es una doctrina no adoptada en México y destacar que los cambios sustanciales que se realizaron a la ley van encaminados a “contractualizar” al fideicomiso.

En relación a lo anterior, Alfredo Domínguez Martínez, el principal promotor de la teoría del negocio jurídico, expone: “Es de reconocerse, sin embargo, que la actitud legislativa [en las reformas a la LGTOC de 2003] tendiente a hacer prevalecer la contractualidad en el fideicomiso, se evidencia en la modificación sustancial del art. 387 de la LTOC que suprime la mención contenida en su texto anterior, por la cual el fideicomiso podía constituirse por testamento”⁵⁵. En otro apartado de su obra indica que “fue pretensión de las reformas de 2003 actualizar el fideicomiso con franca contractualidad, es decir, si bien no hay un precepto en la modificación de los artículos del 381 al 394 a que el fideicomiso es un contrato, varias disposiciones aplicables fueron modificadas para hacer prevalecer una naturaleza contractual de la figura. Como tales podemos mencionar por ejemplo, que, como dijimos, ahora el fideicomitente ya no destina, sino que transmite a la fiduciaria; además desapareció la posibilidad permitida por el segundo párrafo del art. 385. En su texto anterior a esas reformas, en el sentido de que el fideicomiso llegare a constituirse sin designar nominalmente institución fiduciaria, y por el contrario ahora dispone que para la validez del fideicomiso se requiere ‘la aceptación del encargo por parte del fiduciario’. Igualmente quedó suprimida la mención de que el fideicomiso puede constituirse por testamento como expresamente lo preveía el art. 387”⁵⁶.

Por otro lado, la LGTOC en su artículo 2º determina como supletorias a las leyes mercantiles especializadas y generales, así como a los usos bancarios y mercantiles, en este sentido es común en la contratación bancaria el uso de los términos Convenio o Contrato para referirse al Fideicomiso. En el mismo sentido la circular 1/2005 emitida por Banco de México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de

⁵⁵ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 373.

⁵⁶ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 53.

2005, no obstante de considerar al fideicomiso como una “Operación”⁵⁷, en su texto refiere la necesidad de celebrar un contrato, por ejemplo señala “3.1 Para la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, las Instituciones Fiduciarias *deberán ajustarse a lo pactado en el contrato* de Fideicomiso, en el cual se podrá estipular la posibilidad de recibir instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico” ó “5.1 Las Instituciones Fiduciarias deberán entregar al fideicomitente y, en su caso, al fideicomisario al momento de la suscripción del contrato de Fideicomiso una copia de éste, así como un inventario de los bienes o derechos que integren el patrimonio del Fideicomiso”.

Bajo esta línea de investigación se puede afirmar que el fideicomiso es el contrato por virtud del cual un sujeto denominado fideicomitente, transmite a una persona autorizada por la ley denominada fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos a efecto de que ésta realice fines lícitos y determinados, los cuales podrán generarse en beneficio de un tercero denominado fideicomisario.

2.3 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FIGURA.

2.3.1 ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.

De la lectura del artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, se desprende la existencia de tres elementos personales que ahora detallamos:

a) FIDEICOMITENTE.

Miguel Acosta Romero indica que el fideicomitente “es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes”⁵⁸.

⁵⁷ Fideicomiso: “Operación en virtud de la cual el fideicomitente transmite a una Institución Fiduciaria la propiedad o titularidad de bienes o derechos para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia Institución Fiduciaria”

⁵⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, p. 221.

Por su parte, Rafael de Pina lo define como “la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria”⁵⁹.

En el artículo 381 de la LGTOC se señala por un lado que “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” y por otro, en el artículo 383, se determina que “Sólo 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”.

Los puntos que considero fundamentales del artículo 383 citado, son:

1. Se trata de una persona física o moral capaz. La capacidad puede entenderse como la aptitud para devenir en titular de derechos y obligaciones y de hacer valer esos derechos y obligaciones por sí mismo.

De acuerdo al CCF la capacidad jurídica de goce se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte (Art. 22) y la de ejercicio es adquirida a partir de la mayoría de edad (Art. 24), salvo que existan limitaciones establecidas por ley. Esta aseveración es reafirmada por el artículo 1798 del mismo código, donde se indica que son hábiles para celebrar contratos cualquier persona que no tenga alguna excepción para ello por ley.

Por lo que hace a las personas morales de conformidad con el Artículo 25 del mismo ordenamiento:

⁵⁹DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1976, p 220.

“Son personas morales:

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 Ley General de Sociedades Mercantiles indica que reconoce como sociedades mercantiles las siguientes:

I.- Sociedad en nombre colectivo;

II.- Sociedad en comandita simple;

III.- Sociedad de responsabilidad limitada;

IV.- Sociedad anónima;

V.- Sociedad en comandita por acciones, y

VI.- Sociedad cooperativa.

Al ser una ficción, la capacidad de estas personas morales se genera al momento en el que sean constituidas en arreglo a la disposición legal que corresponda, y su capacidad queda delimitada por su objeto social mediante el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de los órganos que las representen.

Cabe señalar que además de las leyes citadas pueden existir otras que reconozcan diversas personas morales, pero es indispensable que éstas provean la regulación necesaria para su constitución o bien refieran que ésta se hará en términos análogos a los establecidos en alguna de las sociedades referidas como sucede con las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión por ejemplo y la regulación que al efecto delimita la Ley del Mercado de Valores.

2. Esa persona capaz es titular de bienes o derechos.

3. Transmite sus bienes o derechos a la realización de un fin determinado. En consecuencia su capacidad jurídica y legitimación en relación a los bienes deberá ser suficiente para celebrar cualquier acto traslativo de dominio, por ejemplo, compraventa, permuta, donación o mutuo, es decir ser el propietario del bien en términos del Código Civil.

b) FIDUCIARIA.

Miguel Acosta Romero recoge diversas opiniones de juristas en relación a la fiduciaria, indicando que la fiduciaria “es la institución de crédito que tiene concesión (véase nota al pie) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como tal”⁶⁰; por su parte Cervantes Ahumada indica: “es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados”⁶¹; Rafael de Pina refiere que “es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso”⁶² y Sánchez Sodi indica: “es quien recibe la propiedad de los bienes con el objeto de destinarlos a una finalidad específica”⁶³.

En este sentido la LGTOC regula en el artículo 386: “Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley” y el artículo 395 del mismo ordenamiento que detalla qué personas morales podrán actuar como fiduciarias en los denominados Fideicomisos de garantía

Toda vez que el referido artículo 386 no delimita como lo hace el respectivo 395 quienes pueden actuar como fiduciarias, debemos acudir entonces a las disposiciones emitidas en diversas normas, de donde tenemos que las personas autorizadas son:

⁶⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, p. 238.

Resulta indispensable precisar que la concesión que indicó el autor otorgaría la SHCP, de conformidad con el artículo 8º de la Ley de Instituciones de Crédito, actualmente es una autorización que otorgan los Estados Unidos Mexicanos por conducto de la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y opinión favorable del Banco de México.

⁶¹ *Ídem*.

⁶² DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho, op. cit.*, p. 220.

⁶³ SANCHEZ SODI, Horacio, *op. cit.* p. 43.

- Ley de Instituciones de Crédito, artículo 46, fracción XV. Faculta a las Instituciones de banca múltiple para practicar las operaciones de fideicomiso sin limitación relacionada a su objeto social.
- Ley del Mercado de Valores, en su artículo 183 faculta a las casas de bolsa para practicar operaciones de fideicomiso vinculadas a su objeto social.
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en su artículo 34 establece que estas sociedades podrán practicar operaciones de fideicomiso siempre que éstas no contravengan los límites establecidos por la misma ley
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en su artículo 16 faculta a este tipo de Instituciones para actuar como fiduciarias con las limitaciones de su objeto social.

Cabe señalar que, en términos del artículo 395 de la LGTOC, las Instituciones de Banca Múltiple, de Seguros, de Fianzas y Casas de Bolsa podrán participar también como fiduciarias en los fideicomisos de garantía. Por su parte las Sociedades financieras de objeto múltiple (SOFOM) a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; los Almacenes generales de depósito, y las Uniones de crédito podrán ser fiduciarias únicamente en los fideicomisos de garantía.

c) FIDEICOMISARIO.

El artículo 382 de la LGTOC indica:

“Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.

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

Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables. La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses”

En resumen, el fideicomisario es aquella persona física o moral capaz, designada en el acto que constituyó el fideicomiso o en uno posterior para recibir los provechos o beneficios generados con el fideicomiso, recalando que el fideicomiso es válido no obstante este no haya sido designado, siempre que el fin del fideicomiso sea lícito y determinado y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

Sobre el particular, señala Miguel Acosta Romero: “Es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe), del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad”⁶⁴ y por su parte Rafael de Pina señala: “es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso”⁶⁵.

En relación a la capacidad requerida por el fideicomisario apunta el Dr. Mendoza Popoca que cuando en la ley se expresa “capacidad necesaria” la LGTOC se refiere a la capacidad de goce misma que de conformidad con la legislación civil se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte con la salvedad que desde la concepción el concebido entra en una esfera de protección legal, indica: “la capacidad de goce es la necesaria para ser fideicomisario; no se trata de la de ejercicio porque ese tipo de capacidad está referida no a la recepción del beneficio, sino a la exigibilidad de ese mismo beneficio. El fideicomisario tiene derechos varios, algunos de los cuales le facultan para exigir del fiduciario que actúe en cumplimiento de la encomienda que recibió, y es para este tipo de situaciones, en donde podremos encontrar limitaciones a la capacidad del fideicomisario, pero en todo caso se tratará de la capacidad de ejercicio y tales limitaciones pueden quedar subsanadas a través de diversas vías, por ejemplo, con la intervención de un representante legal”⁶⁶.

⁶⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.*, p. 433.

⁶⁵ DE PINA, Rafael, *op. cit.* p. 210.

⁶⁶ MENDOZA POPOCA, Oswaldo Aníbal, *op. cit.*, p. 54.

2.3.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

a) DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.

Además de los derechos y obligaciones que surjan del contrato que dé origen al fideicomiso, la LGTOC detalla una serie de derechos y obligaciones a cargo del Fideicomitente, los derechos en beneficio de éste son:

1. La designación de fiduciario en el contrato respectivo, destacando que la designación del fideicomiso no es un elemento de existencia o validez para la existencia del fideicomiso.
2. Contrario sensu, constituye un derecho del fideicomitente la no designación de fideicomisario(s).
3. Reservar derechos para sí sobre los bienes entregados en fideicomiso. Este derecho resulta trascendente cuando el fideicomisario es una persona distinta del fideicomitente pues en este acto por un lado se restringe el alcance de los beneficios que se produzcan en su favor del fideicomiso y por otro continúa la vinculación con el fideicomiso mismo y los bienes en la medida de la restricción que haga el fideicomitente. Dentro de las reservas que considero fundamentales son:
 - a. La revocación del fideicomiso por causa determinada.
 - b. Exigir rendición de cuentas a la fiduciaria
 - c. Imputar responsabilidad a la fiduciaria por incumplimiento en el objeto del fideicomiso.
 - d. Remoción de la fiduciaria.
4. La designación de uno o varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente los beneficios del fideicomiso. En relación a este derecho están prohibidas aquellas designaciones sucesivas en las cuales el beneficio se conceda a diversas personas que deban substituirse por muerte de la anterior, a menos que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas antes de la muerte del fideicomitente.
5. Recibir bienes remanentes a la extinción del fideicomiso.

Obligaciones:

1. Transmitir la propiedad de los bienes para que la fiduciaria lleve a cabo las operaciones de fideicomiso. Sobre este punto en particular existen posturas encontradas en relación a si en el fideicomiso existe una transmisión efectiva de la propiedad del fideicomitente a la fiduciaria por lo que es necesario se observen las consideraciones planteadas en el punto 2.3.3.
2. Pago de los honorarios y gastos que haya pactado con el fiduciario.

b) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.

En relación a la Fiduciaria en la LGTOC se regulan los siguientes derechos:

1. Celebrar actos de dominio y ejercitar todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, hecho del que resulta indispensable la transmisión de la propiedad sobre los bienes dados en fideicomiso para que dichos actos puedan celebrarse y sea ésta quien ejerza los derechos y acciones que de éstos se deduzca. Destacan en este punto las facultades que pueden concederle al fideicomisario vía contrato para:
 - a. Gravar bienes.
 - b. Facultad de transigir, comprometer en árbitros, desistirse y pleitos y cobranzas. Estas facultades al igual que la de administración resultan indispensables para cumplir con los fines del fideicomiso pues de lo contrario estaría imposibilitado para ejercer acciones en relación a los bienes dados en fideicomiso y no poder actual como padre de familia. Cabe señalar que al no ser ésta una facultad u obligación así contenida en la ley las partes pueden pactar situaciones diversas en las que, por ejemplo, la fiduciaria únicamente deba dar aviso al fideicomitente o fideicomisario para que éstos ejerzan las acciones que estimen pertinentes.

- c. Facultad de administración, dentro de las cuales se destacan la facultad de dar bienes en arrendamiento, contratación de personal⁶⁷, etc.
2. Dar por terminado sin responsabilidad el fideicomiso si no se le ha cubierto contra prestación por un periodo igual o mayor a 3 años, para lo cual la fiduciaria deber notificar tanto al fideicomitente como al fiduciario de su decisión por falta de pago y otorgándoles un plazo de 15 días para que éstos cumplan con el pago de las contraprestaciones debidas. Transcurrido el plazo referido y una vez que la fiduciaria realice esfuerzos razonables para la localización de fideicomitente y fideicomisaria (publicación de edictos en términos del código de comercio) los bienes liquidados podrán ser abonados a una cuenta global en términos del artículo 61 de la LIC y los bienes que no lo sean podrán ser enajenados para hacerse líquidos y abonarse a la misma cuenta.

Asimismo se hace referencia a las siguientes obligaciones a cargo de la fiduciaria:

1. Cumplir con el fideicomiso de acuerdo al acto constitutivo, lo que se traduce en la imposición que tiene la fiduciaria para responder por los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento de lo pactado en el contrato del fideicomiso en términos del artículo 80 de la LIC y que encuentra su limitante y posibilidad de excusa si los fines, mecanismos o instrucciones del fideicomiso sean ilícitas.
2. Mantenerse en su cargo y no excusarse del mismo sino por causas graves a juicio del Juez de primera instancia del tribunal del lugar en que se constituyó el fideicomiso.
3. Obrar como buen padre de familia en relación al manejo de los activos que integran al fideicomiso, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que

⁶⁷ De conformidad con la LIC en su artículo 82 dispone “El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso.

los bienes sufran por su culpa. De conformidad con la doctrina, pues la ley no determina algo al respecto, el padre de familia es aquél “hombre recto, honesto, diligente y que actúa siempre de buena fe”⁶⁸

4. Registrar contablemente y de forma separada lo relacionado a los bienes integrantes del fideicomiso y mantenerlos de forma separada de sus activos de libre disponibilidad a efecto de que éstos no se confundan con los activos y pasivos del resto de los negocios de la fiduciaria.
5. Notificar al fideicomitente y fideicomisario de su decisión de dar por terminado el fideicomiso en términos de la ley y como fue descrito en el apartado de los derechos de la fiduciaria o de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato respectivo.
6. Transmitir los bienes del fideicomiso al fideicomisario o fideicomitente a la terminación de éste, conforme haya sido pactado en el contrato respectivo.
7. Inscribir el Fideicomiso en el Registro Público de la Propiedad y el comercio cuando la existan bienes inmuebles afectos a éste.
8. Mantener el secreto bancario de conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito a fin de impedir que la fiduciaria de noticias de las operaciones realizadas en el fideicomiso a personas que no tengan interés jurídico en la relación.

c) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.

La LGTOC regula diversos derechos a favor del Fideicomisario, para lo cual resulta indispensable reiterar que de conformidad con el artículo 382 el fideicomisario puede no existir, siempre que el objeto del fideicomiso sea lícito y conste la aceptación de la fiduciaria; éste puede ser nombrado en el contrato constitutivo o en un acto posterior; que el fideicomitente puede revestir la calidad de fideicomisario y; que la fiduciaria podrá adquirir el carácter de fideicomisaria únicamente en los fideicomisos de pago y de garantía. Hecha la precisión los derechos en beneficio del fideicomisario son:

1. La toma de decisiones cuando así se haya estipulado en el acto constitutivo.

⁶⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel y Otro, *op. cit.*, pp 246 y 247.

2. Exigir el cumplimiento de la institución fiduciaria lo que podrá ser observado en términos de las instrucciones y fines señalados en el contrato respectivo.
3. Atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio ya sea de mala o fe o en exceso de las facultades que por virtud de ley o contrato le correspondan.
4. Reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado como consecuencia de los actos descritos en el punto anterior. Cabe señalar que esta determinación del artículo 390 de la LGTOC no tiene como efecto que los bienes sean entregados al fideicomisario si no que los bienes a reivindicar regresen a formar parte del patrimonio fideicomitado pues aunque el fideicomisario pueda ejercer la acción el propietario de los bienes fideicomitados no deja de ser la fiduciaria.
5. La transmisión a su favor de los bienes o derechos que conformaron el fideicomiso una vez cumplida la finalidad de éste y si así fue pactado por las partes.
6. Requerimiento de cuentas que la institución fiduciaria deberá otorgar en un plazo no mayor a 15 días en términos del artículo 85 de la LIC.

Es indispensable precisar que el fideicomisario si bien adquiere los beneficios que se generen con el fideicomiso, éste no adquiere a la celebración de fideicomiso la propiedad de los bienes fideicomitados, sino que “los beneficios que el fideicomiso representa para él están amparados por una serie de derechos de crédito contra la institución fiduciaria. El principal de esos derechos envuelve la posibilidad legal de exigir el cumplimiento de los fines del fideicomiso”⁶⁹.

2.3.3. FORMA DEL FIDEICOMISO.

Al referirse a la forma de los contratos, el Doctor Ernesto Gutiérrez y González indica que ésta es: “la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o lo permita la ley”⁷⁰.

⁶⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 203.

⁷⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.* p. 261.

El CCF reconoce en el artículo 1803 dos formas de externar el consentimiento por las partes, a saber:

- Forma expresa. Consistente en la expresión del consentimiento verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.
- Forma tácita. Consistente en la expresión del consentimiento por medio de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

El mismo CCF en su artículo 1796 dispone: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

En este orden de ideas, los contratos son clasificados en razón de la forma en la que las partes deben externar o plasmar su voluntad en:

- Consensuales: Aquellos que se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades sin revestir alguna forma particular establecida por la ley.
- Formales: Aquellos que para su perfeccionamiento es necesario que las partes manifiesten su voluntad de forma escrita, en caso contrario dicho acto puede ser atacado de nulidad pues éste constituirá un requisito de validez del acto jurídico de que se trate.
- Solemnes: Son aquellos actos que para su perfeccionamiento es necesario el cumplimiento de solemnidades, precisiones y/o exactitudes establecidas por la ley, por ejemplo, la mención expresa de cierta oración al momento de la contratación. Sin el acatamiento a estas precisiones la ley no sanciona los efectos pretendidos por las partes pues, en ese tipo de actos, estamos ante la presencia de un requisito de existencia y no de validez.

El artículo 387 de la LGTOC precisa que la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito, puesto que no se precisa la existencia de solemnidad alguna en la constitución, concluyo que el fideicomiso es un acto formal en oposición a los solemnes y consensuales. Cabe precisar que el artículo 388 de la LGTOC regula que aquellos fideicomisos que impliquen la transmisión de bienes inmuebles deberán inscribirse en el Registro Público y el artículo 2320 del CCF dispone que serán otorgados en escritura pública aquellas enajenaciones que excedan el valor de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, regla que deberá ser acatada por las partes del fideicomiso en particular.

2.3.4 RELACIÓN ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA SU CREACIÓN.

De la revisión de los derechos y obligaciones de las partes involucradas en el fideicomiso en el punto 2.3.2, de las partes no se advierte la intención de generar un ente jurídicamente distinto de fideicomitente, fiduciaria y/o fideicomisaria, por lo que la relación jurídica entre éstas es la de acreedores y deudores en forma recíproca y según corresponda en cada uno de los derechos de los que son titulares. Por ejemplo, el derecho de Recibir bienes remanentes a la extinción del fideicomiso a favor del fideicomitente corresponde al deber jurídico de la fiduciaria de entregárselos al primero; el deber a cargo de la fiduciaria de mantener el secreto bancario de conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito es inversamente proporcional al derecho que tiene el fideicomitente al tratamiento de sus datos personales patrimoniales; y el derecho de la fiduciaria de dar por terminado el contrato si no se le ha cubierto contra prestación por un periodo igual o mayor a 3 años corresponde a la obligación del fideicomitente de pagar los gastos y honorarios pactados a la celebración del fideicomiso.

No obstante que de las partes y la ley no se advierte el surgimiento de un comerciante, la LCM al parecer dota de personalidad jurídica a un contrato, lo cual jurídicamente se advierte imposible por carecer de los atributos de la personalidad que caracterizan a las

personas físicas o jurídicos, aspectos que serán tratados tan pronto abordemos todos los aspectos del fideicomiso a partir de los cuales se puede argumentar la personalidad jurídica como característica del fideicomiso.

2.4 EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

En líneas precedentes se identificó que de conformidad con el artículo 4º de la LCM, el concurso mercantil es susceptible de entablarse en contra de un Patrimonio Fideicomitado, toda vez que de acuerdo a dicha legislación este patrimonio adquiere la calidad de comerciante, de la siguiente forma: “Comerciante. (...) Este concepto comprende al patrimonio fideicomitado cuando se afecte a la realización de *actividades empresariales*”. En virtud de lo cual es necesario verter consideraciones vinculadas al patrimonio fideicomitado, sujeto de concurso mercantil.

En concordancia con el concepto dado de patrimonio, se puede indicar que el patrimonio fideicomitado es el conjunto de bienes, obligaciones y derechos que integran al fideicomiso correspondiente, cuya titularidad es transmitida por el fideicomitente al fideicomisario para el cumplimiento de los fines pactados en el contrato de fideicomiso. De conformidad con el artículo 386 de la LGTOC 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 términos del mismo numeral los bienes o derechos dados en fideicomiso están *afectos* al fin que se destinan y consecuentemente sólo puede ejercerse sobre ellos los derechos y acciones dirigidas al cumplimiento de dicho fin. En este sentido la *afectación* puede entenderse como el cúmulo de limitaciones a la disposición libre de ciertos bienes por parte de la institución fiduciaria⁷¹.

A efecto de sentar bases que permitan determinar la posibilidad de concurso del patrimonio en fideicomiso para actividad empresarial, se asentarán algunas consideraciones en torno al patrimonio.

⁷¹ Cfr. MENDOZA POPOCA, Oswaldo Aníbal, *op. cit.*, p. 69.

2.4.1 EL PATRIMONIO

En torno al patrimonio existen diversas teorías que lo explican, son dos las que resultan fundamentales y de inspiración directa en el legislador mexicano, a saber:

a) TEORÍA CLÁSICA DEL PATRIMONIO.

Esta teoría define al patrimonio como: “El conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derecho”⁷². Esta teoría tiene sus bases en diversos principios que se anotan a continuación de acuerdo a la síntesis que de ellos hace el autor Ernesto Gutiérrez y González:

- Sólo las personas pueden tener patrimonio en virtud de que sólo ellas tienen aptitud en devenir como sujetos de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismos. Descartando la idea de que algún otro ente, que no sea la persona jurídica, pueda ser titular de derechos y obligaciones pues es la persona el centro de imputación de esos derechos.
- La persona necesariamente debe tener un patrimonio.
- La persona sólo puede tener un patrimonio ó Unicidad del patrimonio pues este resulta una emanación de la persona y todos sus bienes o deudas forman una masa única.
- El patrimonio es inseparable de la persona por lo que no puede enajenar o separarse de la totalidad de éste.

Esta teoría fue objeto de diversas críticas en sus fundamentos, que se resumen de la siguiente forma por sus detractores:

- La teoría clásica confunde patrimonio y capacidad, esto es porque la persona no necesariamente debe o puede tener un patrimonio podrá suceder el caso de una persona nunca en su vida posea un bien, ejemplo ilustrado con un niño abandonado a su suerte nombre ni bien que lo acompañe. A pesar de no tener patrimonio, esa persona en cambio, tendrá siempre la aptitud de adquirir un patrimonio, aptitud que

⁷² PLANIOL y RIPERT, citado por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad, Porrúa, México, 2004, p. 53.

de acuerdo a la legislación civil, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte y se denomina capacidad.

- La persona puede tener más de un patrimonio. Al respecto se hacen evidentes casos en los que una persona tiene dos o más patrimonios como el caso de el patrimonio heredado que no se confunde con el del heredero en el proceso sucesorio en virtud del beneficio de inventario reconocido en nuestro país en el artículo 1678 del CCF: “La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese”.
- El patrimonio si puede separarse de la persona. Este error, indican los tratadistas, surge de confundir la capacidad con el patrimonio pues éste puede transmitirse en su totalidad o en su caso no tenerse, no así la capacidad que es inalienable y acompaña a la persona desde su nacimiento hasta su muerte. Indican que tan es susceptible de enajenación que el mismo CCF en su artículo 2332 dispone que “Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte **o la totalidad** de sus bienes presentes” y que no obstante que el numeral 2347 determine que “es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias” ello solo establece una limitación a un principio de enajenación total del patrimonio en beneficio y protección del donante.⁷³

b) TEORÍA DEL PATRIMONIO AFECTACIÓN.

Esta teoría surge como resultado de las críticas descritas a la teoría clásica del patrimonio, concretamente en relación a la posibilidad de que existan diversas masas o patrimonios atribuibles a un sujeto, las cuales sean independientes entre sí, en atención a los fines económicos-jurídicos que la persona le reserve, por ejemplo, el patrimonio dedicado por una persona a fines comerciales, que es distinto de aquel destinado al

⁷³ Cfr. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, 2004, *op. cit.*, pp. 53 a 62.

cumplimiento de obligaciones de carácter familiar, esto es, una persona tiene tantos patrimonios como fines jurídico-económicos tenga.

En ese sentido Rafael Rojina Villegas indica con relación al patrimonio en afectación “el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin; se requieren por consiguiente, los siguientes elementos: 1º Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin, 2º Que este fin sea de naturaleza jurídico-económica. 3º Que el derecho organice con fisonomía propia y por consiguiente, con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones. Si no se cumplen estos requisitos, no habrá patrimonio de afectación”⁷⁴.

La legislación nacional influenciada por ambas doctrinas las establece de la siguiente forma:

- A) Acepta la tesis clásica que sólo las personas pueden tener patrimonio, al contrario del sistema de Estados Unidos de América en donde también los animales irracionales pueden ser titulares de patrimonios;
- B) Con la moderna teoría del patrimonio de afectación, se acepta la posibilidad de que una persona sea titular al mismo tiempo de varios patrimonios autónomos y diversos, destinados a la realización de fines jurídico-económicos diversos. Así se reconocen como patrimonios autónomos: I.- El de familia; II.- El de la sociedad conyugal; III.- Del ausente; IV.- El del o los herederos; V.- El patrimonio del concursado⁷⁵.

⁷⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p18.

⁷⁵ *Cfr.*, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio...*, *op. cit.*, p. 70.

c) CONCEPTO DE PATRIMONIO.

Resulta imprescindible precisar que un eje común en las teorías clásicas y del patrimonio afectación es el aspecto pecuniario, es decir, que los bienes o derechos que integran al patrimonio sean susceptibles de apreciación económica. Al respecto, existen teorías posteriores que además de recoger principios de las ya descritas, refieren la existencia de una connotación no pecuniaria, moral del patrimonio o lo que algunos autores denominan como derechos de la personalidad, sin embargo, no se reparará en consideraciones más allá de aquella en la que el suscrito adopta el concepto y razonamientos que al efecto elabora Ernesto Gutiérrez y González. En virtud de lo anterior el patrimonio puede ser entendido como “el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho”⁷⁶.

El bien o cosa es “toda aquella realidad corpórea o incorpórea, interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular”⁷⁷.

La universalidad jurídica o de derecho, se refiere a que el concepto de patrimonio comprende todos los derechos y obligaciones que son imputables a la persona, en otras palabras “es un conjunto de obligaciones y derechos y cosas físicas, abstractamente considerados como una unidad, por lo cual de manera independiente, que las partes de ésta varíen, la unidad queda sujeta a un mismo régimen jurídico”⁷⁸.

2.4.2 SITUACION JURIDICA DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.

Uno de los temas que causan mayor polémica para el caso del fideicomiso es el papel que tienen los bienes que integran el patrimonio fideicomitado, básicamente la problemática desemboca en dos aspectos concretos:

⁷⁶ *Ibidem*, p. 67.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 143.

- Determinar si la naturaleza del fideicomiso corresponde a la un patrimonio sin titular, aspecto que fue abordado en el apartado 2.2.6, desestimando la misma pues no es acorde al sistema jurídico mexicano;
- Si el fideicomiso no constituye en sí mismo una persona jurídica o un patrimonio sin titular, determinar a quién le corresponde la titularidad de los bienes que integran el fideicomiso, aspecto que será abordado a continuación.

Muestra de la problemática en este punto son las palabras de los redactores de la LGTOC en las que no existió una postura clara del tema, el Licenciado Pablo Macedo indicó lo siguiente: “En ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos constituir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica”⁷⁹. Es entonces que resulta indispensable abordar dicho punto para precisar a quién le corresponde el derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitados.

De forma clásica se ha definido a la propiedad como “el derecho real de usar, gozar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua”⁸⁰. Actualmente el artículo 830 del CC dispone que “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes” en virtud de que si bien el propietario o titular puede disponer de sus bienes debe hacerlo con respeto a las limitaciones que al efecto prevean las leyes en un lugar y tiempo determinado, en protección de los intereses sociales o de terceros. Considerando lo anterior, podemos definir a la propiedad como “el derecho real más amplio para usar, gozar y disponer de las cosas dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época”⁸¹, lo que implica que el uso, goce y disposición del derecho de propiedad se extienden tanto como sea determinado por las limitaciones que al efecto establezca las disposiciones normativas en un tiempo y espacio concreto.

⁷⁹ MENDOZA POPOCA Oswaldo Aníbal, *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁰ PLANIOL Y RIPERT, obra citada por GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *El patrimonio...*, *op. cit.*, p.268.

⁸¹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *El patrimonio...*, *op. cit.*, p. 281.

La LGTOC regulaba hasta 2003 lo siguiente “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente *destina* ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.

La discusión entre los doctrinarios estuvo enfocada a determinar quién era el propietario de los bienes dados en fideicomiso, puesto que la ley en ninguno de sus numerales hacía mención de alguna transmisión de propiedad sino únicamente del destino o, lo que resultó un sinónimo, la afectación de bienes a determinados fines. Estas discusiones generaron interesantes manifestaciones como la de Raúl Cervantes Ahumada quien señaló: “el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se le atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado [...] El fiduciario es titular no propietario. [...] Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica”⁸².

En ese sentido Jorge Alfredo Domínguez Martínez apuntó: “la fiduciaria, es en efecto, la titular de los bienes fideicomitados; es decir, a ella corresponde el carácter de sujeto activo de todos los derechos y acciones a que nos hemos referido no se alude a la suerte que corre el derecho de propiedad del fideicomitente sobre los repetidos bienes, sino que por el contrario cuando lo mencionan es con el objeto precisamente de que no vaya a ser confundido con la titularidad”⁸³. Señaló también que “no es que el fideicomitente transmitiera los bienes a la fiduciaria, por el contrario, el fideicomitente como propietario de los bienes fideicomitados, conservaba la propiedad sobre los mismos, con la salvedad de que con apoyo en los ordenamientos legales aplicables, les daba un destino tendiente a la realización de los fines dispuestos por el mismo propietario, y que además, la propia ley protegía de tal forma que no podían ser objeto de actos distintos a los relacionados con la consecución de dichos fines, situación similar, por no decir idéntica en el fondo se presentaba con el patrimonio de la familia”⁸⁴.

⁸² CERVANTES AHUMADA, Raul, *Títulos y operaciones de crédito*, Porrúa, México, 1999, pp. 306.

⁸³ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo., *Op. Cit.*, p. 205.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 215.

Sirvió de apoyo a las manifestaciones transcritas el hecho de que la fiduciaria solamente ejerce los derechos y acciones que estén dirigidas al cumplimiento de los fines del fideicomiso con lo que al no haber una libre disposición de los bienes la propiedad a favor de la fiduciaria es inexistente.

De manera opuesta autores como Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alaníz sostuvieron que, incluso antes a la reforma de 2003, el fideicomiso gozaba de efectos traslativos pues la transmisión de titularidad o propiedad resulta necesaria para que la institución fiduciaria realice los fines a los que está obligada. Expresamente indican que la fiduciaria “debe tener capacidad para disponer de los bienes por fideicomitir, al no reservarse ningún derecho o acción sobre ellos, se desposee de todos los derechos y acciones que pudiere tener sobre dichos bienes y principalmente del derecho de propiedad. Muestra también que la institución fiduciaria adquiere todos los derechos y acciones requeridos para el cumplimiento del fideicomiso, que son los mismos que han salido del patrimonio del fideicomitente. Son esos derechos y acciones, principal y casi únicamente su “propiedad”, o de otra manera dicho, la “titularidad” de esos bienes, máxime si así se expresa en el acta constitutiva”⁸⁵

A partir del año 2003 el artículo 381 de la LGTOC establece: “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”. Asimismo el artículo 384 indica que “sólo 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”⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, *op. cit.* pp, 279-283.

⁸⁶ Anteriormente dispuso: “Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.

Dicha reforma aparentemente vendría a disipar las dudas en relación a si existe transmisión o no de la propiedad en el fideicomiso, sin embargo, como lo refiere Oswaldo Aníbal Mendoza Popoca surgen interrogantes como las que él hace notar y que me permito reproducir de forma literal: “¿es el fiduciario un propietario sin limitación, o su propiedad tiene límites o modalidades no obstante que la ley no las establece?; suponiendo que se aceptara que se trata de una propiedad sui géneris, una propiedad especial, una categoría diferente de propiedad, ¿cuál es la naturaleza de los derechos y acciones que se refieren al fin que en cada caso se establezca y que son los únicos que se refieren al fin que en cada caso se establezca y que son los únicos que se pueden ejercitar respecto de los bienes en fideicomiso, según reza el segundo párrafo del artículo 386 de la LGTOC?”⁸⁷

Ante ello considero fundamental atender las causas que originaron la reforma en comento, al respecto el legislador en la exposición de motivos presentada en la Cámara de diputados en 2002, justificó el sentido de la reforma de la siguiente manera:

“En la propia definición que se propone establecer en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se adicionaría que por virtud de este contrato el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos. Este punto también resulta fundamental para propiciar que el fideicomiso pueda tener el máximo provecho, en beneficio de las partes. Si la propiedad o titularidad de los bienes o derechos se transmite, la institución fiduciaria puede a plenitud disponer de los mismos. Es entonces que el objeto del contrato puede ser destinado hacia su mayor valor. La convicción de que el contrato de fideicomiso es de transmisión de propiedad o titularidad de bienes o derechos se sustenta también en algunas tesis jurisprudenciales, como la emitida en 1997 por el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, en 1998, cuando estableció respecto del fideicomiso de garantía que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitados afectos al fin que se destinan.

Por supuesto que la disposición plena de dichos bienes o derechos tiene un destino establecido en forma precisa en el propio contrato; el fideicomitente transmite la propiedad o titularidad de bienes o derechos a la institución fiduciaria sólo para que aquellos sean destinados a fines lícitos y determinados. Así, es el propio acuerdo de voluntades el que establece los alcances y límites del derecho de propiedad del que goza plenamente la institución fiduciaria.”

Coincido con la postura que plantea que por virtud del fideicomiso existe una transmisión de propiedad y que ésta debe atribuírsele entonces a la fiduciaria. Además de así disponerlo la ley, considero que resulta indispensable para la fiduciaria dicha

⁸⁷ MENDOZA POPOCA, Oswaldo Aníbal, *op. cit.*, p 44.

transmisión a efecto de cumplir de forma correcta su encomienda como lo hacen ver Acosta Romero y Almazán Alaniz. Por otro lado, si se atiende a la definición que se adopta de propiedad como “el derecho real más amplio para usar, gozar y disponer de las cosas dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época”⁸⁸, se verá que las limitaciones que al efecto tiene la fiduciaria en la disposición de los bienes son naturales a la concepción moderna del derecho de propiedad y éstas constituyen las limitantes que reconoce la ley en forma directa o mediante la autonomía de la voluntad de las partes para la protección de los derechos del fideicomitente y fideicomisario frente a la fiduciaria, limitantes que encuentran su frontera en la licitud y el cumplimiento de los fines encomendados de conformidad con el artículo 381 y, que por tanto podrán ampliarse en el contrato constitutivo respectivo.

2.4.3 EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Es indudable que el fideicomiso presenta una versatilidad amplia en el mundo jurídico, si bien el objeto directo del fideicomiso siempre será la transmisión de bienes o derechos del fideicomitente a la fiduciaria, son los fines de la transmisión los que representan una gama infinita de posibilidades, tantas como necesidades existan en los contratantes. De manera genérica se pueden mencionar los fideicomisos de garantía generados para el cumplimiento de una obligación y preferencia en el pago, en el que la fiduciaria puede asumir a su vez el carácter de fideicomisaria; fideicomisos para el pago de obligaciones a cargo del fideicomitente; fideicomisos de administración cuyo fin es que la fiduciaria efectúe operaciones de guarda, conservación, o cobro de frutos de los bienes dados en fideicomiso a favor del beneficiario; fideicomisos públicos de los que echa mano el Estado para auxiliar al titular del ejecutivo federal en áreas prioritarias del desarrollo del país, es decir, aquellas áreas que tiendan a la satisfacción de los intereses nacionales y las necesidades de uno o varios sectores del Estado mismo; fideicomisos para creación de fundaciones de asistencia social; y, entre otro muchos fines, los llamados fideicomisos para actividad empresarial, especie a la que serán dedicadas las siguientes

⁸⁸ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *El patrimonio...*, op. cit., p. 281.

líneas en virtud del artículo 4º de la LCM que los reconoce como sujetos de concurso mercantil.

El término *empresa* posee un carácter preponderantemente económico, ésta puede ser entendida como la unidad económica para la prestación de bienes y servicios o como lo señala Jorge Witker Velásquez “la empresa puede conceptualizarse como la unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue la obtención de beneficios, a través de la explotación de la riqueza, la publicidad, el crédito, la propiedad intelectual, etcétera. Por su parte la empresa mercantil se caracteriza por contar con: 1) Organización lucrativa de personal; 2) Capital y; 3) Trabajo”⁸⁹.

Al ser una unidad económica, la empresa carece de personalidad jurídica y de hecho Código de Comercio (CC) no la reconoce de forma expresa sino que de forma aislada se refiere a ella, a diferencia del operador de la empresa, esto es, la persona física o moral que desarrolla esa actividad con un enfoque lucrativo y hace de ella su actividad habitual, es decir, el comerciante o empresario.

En este orden de ideas las actividades empresariales son aquellas actividades lucrativas que, basadas en el capital y trabajo, buscan la obtención de ciertos beneficios o ganancias económicas, generalmente mediante la producción de bienes o el ofrecimiento de servicios.

Ni la LGTOC, CC, CCF ó LIC, detallan qué debe entender legalmente por actividades empresariales por lo cual acudimos a la legislación fiscal que al efecto establece en el CFF, artículo 16, que son actividades empresariales las consistentes en:

- Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter.

⁸⁹ WITKER VELÁZQUEZ, Witker, *Introducción al Derecho económico*, McGraw-Hill Interamericana Editores, México, 2005, p. 35.

- Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.
- Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.
- Las demás que estén consideradas en las leyes federales y no estén contempladas en dicho artículo.

En términos generales podemos mencionar que el fideicomiso para actividad empresarial, a diferencia de cualquier otro que se genere tendrá como fin la realización de actos de especulación comercial. La calificación de "empresarial" para el caso del fideicomiso no deriva necesariamente del acto constitutivo del fideicomiso sino de las actividades que en el desempeño del mismo realice la fiduciaria, en este sentido el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa emitió la tesis denominada RÉGIMEN FISCAL DE LOS FIDEICOMISOS.- LO QUE LO DETERMINA SON LAS ACTIVIDADES QUE REALIZAN Y NO EL FIN QUE SE PERSIGUE CON SU CONSTITUCIÓN que indica textualmente:

En términos de lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en el ejercicio fiscal de 1991, cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, le será aplicable el régimen fiscal ahí determinado; en consecuencia, son las actividades que se realicen a través del fideicomiso y no el fin que con el mismo se persiga o el motivo por el cual se determinó su creación, lo que determina el régimen fiscal del mismo, por lo que, en el caso, resulta intrascendente que el fin del fideicomiso sea crear un incentivo laboral para los funcionarios de la actora⁹⁰.

Carlos Felipe Dávalos Mejía precisa: “por una parte, el patrimonio fideicomitado afecto a la realización de actividades empresariales es considerado como un comerciante susceptible de concurso. Es decir, a partir de la publicación de la LCM, el fideicomiso también es susceptible de quebrar, pero sólo aquel que sea, precisamente, un fideicomiso empresarial y, por tanto, que esté inscrito en el padrón fiscal como un contribuyente, sujeto generador del impuesto sobre la renta precisamente por las actividades empresariales que realice”.⁹¹

2.4.4 RÉGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

El artículo 1° del CFF determina:

“Art. 1.- *Las personas físicas y las morales*, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas.

...

⁹⁰ Tesis:V-TA-2aS-40 emitida en la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, aprobada en sesión del 3 de junio de 2003, Juicio No. 15116/00-11-02-7/859/02-S2-09-04, Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa Quinta Época, Tomo 137, Página 175. 9/2003

⁹¹ DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Consideraciones de orden práctico en torno a la calificación de “comerciante” — con un breve apunte comparatista con los términos Piercing the Corporate Veil (levantamiento del velo corporativo) y grupo empresarial— y de “insolvencia”, de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, pp 30 a 32. Obra consultada en Biblioteca Jurídica Virtual del instituto en la liga <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr4.pdf>.

Las personas que de conformidad con las leyes fiscales no estén obligadas a pagar contribuciones, únicamente tendrán las otras obligaciones que establezcan en forma expresa las propias leyes”.

El artículo 14 del CFF dispone:

“Artículo 14.- Se entiende por enajenación de bienes:

...

V. La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

a) En el acto en el que el fideicomitente designe o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.

b) En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

Cuando el fideicomitente reciba certificados de participación por los bienes que afecte en fideicomiso, se considerarán enajenados esos bienes al momento en que el fideicomitente reciba los certificados, salvo que se trate de acciones.”

Asimismo, el último párrafo del artículo 16 del mismo ordenamiento señala:

“Art. 16.- ...

Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros; por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales”.

Por otra parte, en la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) se determina:

“Art. 13.- “Cuando se realicen actividades empresariales a través de un fideicomiso, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley [DE LAS PERSONAS MORALES DISPOSICIONES GENERALES], el resultado o la pérdida fiscal de dichas actividades en cada ejercicio y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales”.

Con motivo de éstos artículos el fideicomiso adquiere la calidad de “contribuyente. Son precisamente estos supuestos los que sirven de fundamento a algunos autores para sostener que el fideicomiso puede gozar de personalidad jurídica con base en la regulación fiscal, sin embargo considero que esta postura resulta equivocada pues la legislación fiscal no regula que el fideicomiso será considerado como ente jurídico con personalidad distinta de los contratantes sino que éstas leyes reconocen que el fideicomiso puede ser utilizado como medio para el desarrollo de actividades

productivas, mismas que de acuerdo al espíritu de la regulación fiscal deben gravarse, tal como sucede con la enajenación de bienes.

Por otro lado, si bien la regulación que aporta LISR para el fideicomiso está concentrada en el Título II, De las personas morales, el artículo 8º determina que al referirse a personas morales “se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México”, observándose que no hace referencia alguna al fideicomiso, el que, reitero, sólo es un medio para el desarrollo de actividades empresariales.

En consecuencia, adopto la postura que al efecto deja por sentada Eduardo Castillo Lara, quien precisa: “los fideicomisos son contemplados en el Código Fiscal de la Federación, que en su artículo 16 considera ‘empresa’ a la persona física o moral que realiza actividades empresariales sea directamente o a través de fideicomisos. Por tanto, aún cuando, como se dijo antes, los fideicomisos no tienen personalidad jurídica ni son comerciantes, para efectos fiscales se les considera contribuyentes que tienen las obligaciones de todo contribuyente, que indician con la obligación de inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes ya que realizan toda clase de actividades empresariales”⁹², lo que reitera lo mencionado en líneas precedentes, que la regulación fiscal que al efecto provee el Estado mexicano más que gravar al fideicomiso mismo grava las actividades que las partes desarrollan en él por conducto de la fiduciaria, a fin de que éste no constituya un medio para la evasión de impuestos.

De esta forma, una vez que se ha precisado aspectos fundamentales para el desarrollo de la presente investigación como la esencia del concurso mercantil y del fideicomiso, así como vertido los razonamientos que llevan a afirmar que tanto el fideicomiso como su patrimonio carecen de personalidad jurídica, se da paso al estudio de la hipótesis

⁹² CASTILLO LARA, Eduardo, *El concurso Mercantil y su Proceso*, Oxford University Press, México, 2007, p9.

contenida en el artículo 4º de la LCM que considera al patrimonio fideicomitido para actividad empresarial como sujeto de concurso mercantil, a efecto de precisar si es jurídicamente correcta su regulación, tanto desde el punto de vista sustantivo como del procesal.

CAPÍTULO II

EL CONCURSO MERCANTIL SEGUIDO CONTRA UN PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

En el primer capítulo se identificó al concurso mercantil como el procedimiento jurisdiccional universal y de interés público, por virtud del cual, el comerciante queda sometido a un estado jurídico diverso, como consecuencia del incumplimiento generalizado de sus obligaciones; dicho sometimiento tiene como efectos generales lograr la conservación de la empresa del comerciante a través de la negociación de los pasivos con los acreedores y, cuando no sea posible, la liquidación de los bienes que la integran para con su producto pagar a los acreedores reconocidos hasta donde sea posible, siguiendo las reglas de prelación al efecto establecidas.

La LCM regula lo que debe entenderse por el término *comerciante*, de la siguiente forma:

“Artículo 4o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

...

Comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Este concepto comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de esta Ley.”

Esta regulación es la que motiva el presente trabajo pues aparentemente la LCM le atribuye al patrimonio fideicomitido una especie de personalidad jurídica que no le otorga la LGTOC, a partir de la cual puede quedar sometido a un procedimiento jurisdiccional el cual tiene entre otras consecuencias, la de someter al sujeto demandado o solicitante a un estado jurídico diverso, dado por el incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

En tal virtud, considero necesario realizar un breve estudio entorno a los presupuestos procesales y la personalidad jurídica, para abordar posturas que identifican como positiva la inclusión en el concurso del fideicomiso y el estudio de juicios tramitados en ese sentido a fin de determinar si es jurídicamente correcta la postura del legislador.

1. LA INCLUSIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO SUJETO DE CONCURSO MERCANTIL.

En la iniciativa de la LCM, respecto de la inclusión del patrimonio fideicomitido como sujeto de concurso mercantil, únicamente se hace la siguiente mención:

“La Iniciativa regula los concursos de las personas que, de acuerdo con nuestras leyes, tienen el carácter de comerciantes. Se aclara que puede ser sometido a concurso el patrimonio fideicomitido, cuando se afecte a actividades empresariales. Se conservan las disposiciones relativas al concurso de los socios ilimitadamente responsables, la sucesión del comerciante y las sucursales de empresas extranjeras y se perfeccionan las referentes a las sociedades irregulares”.

Cabe señalar que la ley que precedió a la LCM, es decir, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, no incluyó disposición similar en relación al fideicomiso, sin embargo, fue regulada la quiebra del comerciante fallecido, situación de acuerdo a reconocidos tratadistas es prueba de que no es necesario como presupuesto subjetivo la existencia de una persona comerciante, por ejemplo, Raúl Cervantes Ahumada apuntó: “En nuestro ordenamiento, si bien es cierto que la quiebra se aplica sólo a empresas comerciales, no es requisito que exista un sujeto jurídico quebrado, como suelen creer los tratadistas”⁹³, estas opiniones serán abordadas una vez analizados los presupuestos procesales de cualquier procedimiento jurisdiccional, incluyendo por su puesto al concurso mercantil.

1.1 PRESUPUESTOS PROCESALES.

El juicio o proceso es “el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio

⁹³ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho de quiebras, op. cit.* pp. 34 y 35.

planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador”⁹⁴, es así un “conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a un caso concreto controvertido para solucionarlo o redimirlo”⁹⁵. Esos actos son entonces realizados por tres tipos de sujetos, uno de ellos ajeno e imparcial al conflicto, designado por el Estado en su representación de impartidor de justicia, es decir los jueces, otros como terceros ajenos al litigio y finalmente los directamente involucrados, “las partes”.

Cipriano Gómez Lara apunta que al hablar de partes en un juicio o proceso “desde el punto de vista jurídico se refiere a los sujetos de derecho, es decir a los que son susceptibles de adquirir derechos y obligaciones”, continúa, “no basta para ser parte, en sentido procesal, la sola personalidad jurídica, sino debe tenerse capacidad de ejercicio, entendida ésta como la posibilidad de efectuar válidamente actos jurídicos en beneficio, o perjuicio propio o ajeno”⁹⁶.

Resulta indispensable que todo proceso sea iniciado por una persona física o jurídica, la cual además debe ser capaz para ejercer y hacer valer por sí mismo los derechos que le corresponden en contra de otra persona física o jurídica, contra la cual se interpone la acción para que ésta responda por sus obligaciones, de acuerdo a la decisión que al efecto emita un juez o tribunal en representación del Estado.

Una de las particularidades que frente a la teoría general del proceso reviste el concurso mercantil es que la persona que lo solicita o contra la que se inicia este proceso reviste el carácter de comerciante, de lo contrario el proceso deberá entablarse en la vía civil de acuerdo a la legislación local que corresponda.

⁹⁴ OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, Harla, México, 1991, p. 183.

⁹⁵ GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, México, 2002, p. 95.

⁹⁶ *Ibidem*, pp- 189-194.

1.2 EL COMERCIANTE.

El comerciante es precisamente el sujeto primigenio del concurso mercantil. Inicialmente la LCM dispone en su artículo 4, fracción II, que el comerciante es “la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio”. Por su parte el Código de Comercio determina en su artículo tercero quienes son considerados como comerciantes:

“Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio”.

Lo anterior se reduce a que el comerciante para el derecho mercantil en general es necesariamente una persona, física o jurídica, pero necesariamente una persona que cumpla con los requisitos que al efecto detallan las leyes mercantiles, mayormente la LGSM.

Cabe señalar que existen los denominados *sujetos accidentales de comercio*, que constituyen una segunda categoría de sujetos de derechos mercantil “personas que sin ser comerciantes, ni ejecuten actos de comercio quedan sujetos en cuanto una serie de actos a las leyes mercantiles”⁹⁷ regulados en principio por el artículo cuarto del CC que dispone:

“Artículo 4o.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles.”

1.3 LA PERSONA.

Hans Kelsen indica: “ la persona es un centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos”⁹⁸. Jorge Alfredo Domínguez Martínez por su parte precisa que la persona “es todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a

⁹⁷ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1991, p.159.

⁹⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho; traducción del original en alemán Roberto J. Verneng*, Porrúa, México, 2003.

los humanos como a las personas morales precisamente los primeros como seres y las segundas como entes. Ambos son sujetos de derechos y obligaciones”⁹⁹. Son así las personas físicas y las morales los dos tipos de personas que han sido reconocidas por el derecho mexicano.

1.3.1 LA PERSONA FÍSICA.

Javier Álamo refiere que las personas físicas son “genéricamente los humanos desde su concepción hasta su muerte, específicamente los humanos nacidos vivos y viables a los que la ley les reconoce personalidad y capacidad de goce, teniendo facultades para ser titulares de derechos y obligaciones”¹⁰⁰.

El CCF al referirse a la capacidad precisa cuándo inicia y cuándo termina la personalidad jurídica del individuo al establecer:

“Art. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley”.

Las personas poseen una serie de características precisadas por el Estado a través de sus leyes, estos elementos constituyen elementos inherentes y comunes a todo sujeto físico o jurídico, denominados atributos de la personalidad: “caracteres inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos”¹⁰¹.

Doctrinalmente se han reconocidos como atributos de la persona física los siguientes:

1. Capacidad.

⁹⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1998, p. 131

¹⁰⁰ ALAMO Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano : la sociedad anonima mexicana, no es anonima, es nominada : la sociedad de gestion colectiva, no es de gestion, es representativa simple*, Porrúa, México, 2000, p.16.

¹⁰¹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil...*, op. cit. pp. 166.

2. Estado Civil.
3. Patrimonio.
4. Nombre.
5. Domicilio.
6. Nacionalidad.

Estos atributos serán analizados en relación a la persona jurídica en el siguiente apartado pues ésta la que podría asimilarse en mayor o menor medida al fideicomiso o su patrimonio.

1.3.2. LA PERSONA MORAL.

La persona moral o también conocida como “persona jurídica” es un ente irreal o intangible que puede actuar en el mundo del derecho, es el fruto de una ficción jurídica, es decir, el resultado de “un procedimiento de la técnica jurídica en virtud del cual se atribuye a algo [la concurrencia de diversas personas] una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor le corresponde”¹⁰².

Resulta fundamental precisar que “persona jurídica no es ya toda reunión de personas o *todo conjunto de bienes destinados a un fin*, sino una unión tal que dé vida a una unidad orgánica, un ente al que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes [...]. Persona jurídica puede ser, pues, definida como toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales”¹⁰³.

La formalización de constitución de las personas morales entonces será posible cuando la ley así sancione la voluntad de los individuos integrantes y cuando éstos cumplan los

¹⁰² GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Porrúa, México, 2008, p. 122.

¹⁰³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil Tomo I, Introducción y persona desechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, 2007, p. 426.

requisitos que al efecto establezca la misma, de esta forma se constituirá un nuevo ente capaz de ser un centro de imputación normativa como lo refiere Kelsen, el cual deberá tendrá una serie de atributos a su nascente personalidad como se verá a continuación. El fin principal de crear estas ficciones es dotar a un ente de todos los elementos para poder actuar en el mundo del derecho, es decir hacer valer sus derechos y hacer frente a sus obligaciones en la vida jurídica, por ejemplo, en un juicio.

El CCF reconoce diversos tipos de personas morales:

“Artículo 25.- Son personas morales:

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.”

Por su parte la LGSM, regula:

Artículo 1o.- Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

I.- Sociedad en nombre colectivo;

II.- Sociedad en comandita simple;

III.- Sociedad de responsabilidad limitada;

IV.- Sociedad anónima;

V.- Sociedad en comandita por acciones, y

VI.- Sociedad cooperativa.

Los atributos de la personalidad de las personas morales son: capacidad, denominación o razón social, patrimonio, domicilio y nacionalidad.

1. Capacidad.

Se ha manifestado que la capacidad puede entenderse como la aptitud para devenir en titular de derechos y obligaciones y de hacer valer esos derechos y obligaciones por sí mismo. De acuerdo al CCF la capacidad jurídica de goce se adquiere con el nacimiento

y se pierde con la muerte (Art. 22), en tanto la capacidad de ejercicio adquirida a la mayoría de edad no encuentra limitantes salvo aquellas establecidas expresamente por la ley (Art.24).

Para el caso de las personas morales la capacidad está limitada en razón del objeto, la naturaleza de la sociedad y los fines descritos en el estatuto del que se desprende su constitución, se puede afirmar que “dichas entidades no pueden adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios”¹⁰⁴, por lo que “la capacidad de ejercicio y de goce se mide en función de su finalidad y de la nacionalidad de los socios que la integran”¹⁰⁵, es decir, los derechos de los que puede ser titular la persona moral son proporcionales al objeto de la institución y a las limitantes que establezcan las leyes.

Al efecto el artículo 26 del CCF regula:

“Art. 26.- Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios *para realizar el objeto de su institución*”.

Rafael Rojina Villegas abunda: “la capacidad de las personas morales se distingue de las personas físicas en dos aspectos a) en las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio, pues esta depende exclusivamente de circunstancias propias e inherentes al ser humano, tales como la minoría de edad, la privación de la inteligencia [...]; en las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Podemos formular como regla general la de que dichas entidades no pueden adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios”¹⁰⁶.

2. Patrimonio.

¹⁰⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, Tomo I..., *op. cit.*, p. 426.

¹⁰⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *op. cit.* p. 270.

¹⁰⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, Tomo I..., *op. cit.*, p. 426

El patrimonio es el conjunto de bienes, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho. Al respecto fueron vertidas sendas consideraciones a las que me remito como si aquí se insertasen del punto 2.3.1 del Capítulo I.

Cabe hacer la precisión que el patrimonio de las personas morales es distinto e independiente del de sus integrantes no obstante la interacción que pueda existir entre ellos de acuerdo a lo que establezca la ley, por ejemplo, la Sociedad en nombre colectivo en la que los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones contraídas por la persona moral en términos del artículo 25 de la LGSM.

3. Denominación o razón social (nombre).

“Es el medio por el cual el Derecho identifica e individualiza a una persona moral”¹⁰⁷. La denominación social es un conjunto de palabras que tiene un carácter impersonal y puede revestir cualquier nombre. En cambio, la razón social se compone con los nombres de algunos o todos los socios integrantes de la sociedad lo que permite identificarla.

Existen reglas diversas para el uso de denominación o razón social, por ejemplo las sociedades en comandita simple se deben constituir bajo una razón social en o las sociedades de responsabilidad limitada podrán constituirse bajo cualquiera de las dos, o anterior en términos del LGSM.

4. Domicilio.

El domicilio puede entenderse como la sede jurídica de un sujeto, esto es, el lugar donde el Estado considera se encuentra una persona para el cumplimiento de sus obligaciones. El artículo 33 del CCF establece:

¹⁰⁷ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil...*, op. cit. p. 295.

“Art. 33. Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en este lugar, en cuanto a todo lo que a esos actos se refiera.

Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales”.

Este atributo es de suma trascendencia en cualquier proceso judicial al ser uno de los elementos que permite fijar la competencia si el criterio rector así lo permite, en el caso del concurso mercantil, de conformidad con el artículo 17 de la LCM será competente para conocer del proceso el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su Domicilio.

5. Nacionalidad.

En este sentido la Ley de nacionalidad determina en el artículo 8º “Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal”.

Rafael Rojina Villegas refiere que “la ley impone y reglamenta todas y cada una de las características mencionadas [atributos de la personalidad], sin que quede al poder de la voluntad del sujeto crearlas o extinguir las. Para algunos atributos como son el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad, se reconocen ciertos efectos a la voluntad, en cuanto que el ordenamiento jurídico permite v. gr.: que el patrimonio pueda ser transmitido o modificado mediante acto jurídico”¹⁰⁸.

1.4 LA PERSONA Y EL PROCESO.

Analizados algunos de los presupuestos dictados por la teoría general del proceso y realizado una breve revisión de los aspectos que dan carácter a la persona, se pueden enarbolar las siguientes consideraciones:

¹⁰⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, Tomo I..., *op. cit.*, p. 423.

- Sólo las personas son titulares de derechos y obligaciones.
- Sólo las personas o sus legítimos representantes pueden hacer valer los derechos y obligaciones de las que son titulares.
- Existen dos tipos de personas: físicas y morales.
- Las personas morales, una vez que cumplen los requisitos para constituirse como tales, de acuerdo a la ley gozan de personalidad jurídica propia, lo que las dota de facultades para ejercer derechos y contraer obligaciones.
- El concurso mercantil constituye un proceso jurisdiccional y como tal debe conducirse en concordancia con los principios procesales, con la particularidad de que este proceso es seguido en contra un comerciante.
- De acuerdo con los presupuestos procesales estudiados, el concurso mercantil al igual que cualquier otro juicio deberá ser impulsado por las partes, las cuales “desde el punto de vista jurídico se refiere a los sujetos de derecho, es decir a los que son susceptibles de adquirir derechos y obligaciones”¹⁰⁹, es decir, deben ser personas.

No obstante lo anterior, la LCM aparentemente dota de personalidad a un contrato que por sí mismo no puede tenerle, razón por la cual se hará una breve comparación del fideicomiso de cara a la persona jurídica a fin de identificar si éste contrato cuenta con los elementos para contraer derechos o hacer valer obligaciones por sí mismo y, consecuentemente, actuar en un juicio.

1.5 LA PERSONA Y EL FIDEICOMISO.

En líneas subsecuentes será contrastado el Contrato Constitutivo del Fideicomiso Centro Histórico de la Ciudad de México¹¹⁰ contra el acta constitutiva de la persona moral “Administración Portuaria Integral de Mazatlán, S.A. de C.V.”¹¹¹, empresa de

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp- 189-194.

¹¹⁰ Documento disponible por parte del Distrito Federal en su página de la red mundial internet www.centrohistorico.df.gob.mx.

¹¹¹ Documento disponible en el portal de transparencia del gobierno federal en la liga <http://portaltransparencia.gob.mx/pdf/091713.pdf>.

participación estatal mayoritaria, en relación a los atributos que constituyen a las personas morales:

Administración Portuaria Integral de Mazatlán S.A. de C.V.	Fideicomiso Centro Histórico Ciudad de México.
RAZON O DENOMINACIÓN SOCIAL	
Art.1.- “La sociedad se denomina ADMINISTRACIÓN PORTUARIA INTEGRAL DE MAZATLÁN. Esta denominación deberá estar seguida por las palabras “sociedad anónima de capital variable” o por su abreviatura “S.A. de C.V.”	En este acto el fideicomiso adopta el nombre del contrato, en el caso concreto, Fideicomiso Centro Histórico de la Ciudad de México, sin embargo, en la práctica bancaria es común encontrar contratos en los que el nombre no existe o bien su única referencia es un número, ej., “Fideicomiso 4134”.
DOMICILIO	
Art. 5.- “Domicilio. El domicilio de la sociedad será Mazatlán, Sinaloa.”	No se precisa domicilio alguno del fideicomiso, caso contrario de quienes intervienen: Fideicomitente y Fiduciaria (Cláusula Décima). Cabe señalar que las partes como firmantes del contrato pactan que en caso de controversia entre ellas (no frente a terceros) serán competentes jueces del Distrito Federal y renuncian al fuero que les pueda corresponder en razón de sus domicilios.
PATRIMONIO	
Art. 8.- “Acciones. El capital social estará	Cláusula Quinta “El Patrimonio del

representado por acciones ordinarias y nominativas, con valor nominal de CIENTO NUEVOS PESOS cada una...”	Fideicomiso se integrará con: 1.- La cantidad inicial de \$50,000.00 (CINCUENTA MIL PESOS), que el FIDEICOMITENTE aporta a éste fideicomiso, cantidad por la cual la “FIDUCIARIA” otorga el recibo más amplio y eficaz que en derecho proceda (...).
CAPACIDAD	
Se ha dicho que la capacidad está estrictamente relacionada al objeto social. Para el caso de la persona moral podemos identificar: Art. 3.- “Para cumplir su objeto, la sociedad podrá, con las restricciones que deriven de la ley o que se establezcan en el título de concesión: 1.Solicitar y obtener concesiones y permisos...”.	No se advierte cláusula alguna en la que los contratantes otorguen facultades al fideicomiso por sí mismo para actuar. Se observan en la Cláusula décima las facultades de un comité técnico para la operación del fideicomiso y en la Sexta el acuerdo para que la institución fiduciaria cuente con todas aquellas facultades que sean necesarias para el ejercicio del fideicomiso.
NACIONALIDAD	
Al haberse constituido de conformidad con la legislación mexicana según se aprecia en la cláusula primera y establecer domicilio en la república mexicana, la persona moral tiene nacionalidad mexicana.	El fideicomiso quedó constituido bajo la legislación mexicana sin embargo no se detecta domicilio alguno que nos permita establecer la misma conclusión que se ha manifestado para la persona moral.

Revisados estos elementos se advierte que el fideicomiso no reúne los requisitos para ser considerada como una persona moral, consecuentemente es incongruente concebir que el fideicomiso o su patrimonio, sin ser persona ninguno de ellos, sea sujeto de

concurso mercantil como hace referencia la LCM. El fideicomiso suele carecer de nombre o denominación social; carece también de domicilio no obstante que las partes fijen competencia territorial para el cumplimiento de sus obligaciones o resolución de controversias, criterio que resulta fundamental para determinar la nacionalidad de una persona moral; y finalmente no se advierte capacidad del fideicomiso mismo sino de sus partes.

El único elemento que resulta compatible es el patrimonio fideicomitado, sin embargo, al no constituirse una persona moral ¿a quién pertenece dicho patrimonio? Se ha concluido en el Capítulo I, apartado 2.3.3, que de acuerdo a nuestra legislación el patrimonio fideicomitado se atribuye a la institución fiduciaria, que sí es persona, de acuerdo a lo que establece el artículo 381 de la LGTyOC:

“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”.

Del contrato de fideicomiso no surge una persona jurídica distinta de sus integrantes sino que éste es el mecanismo en el que consta la voluntad de sus creadores, o como lo refiere el profesor Javier Álamo “los contratos en sí mismo no son personas, pueden generarlas, pero no es el caso”¹¹².

2. POSIBILIDAD DE CONCURSO EN EL FIDEICOMISO.

Al ser el concurso mercantil una de las especies del género “Proceso”, requiere por consecuencia que su substanciación sea realizada por sujetos procesales, a los cuales se ha identificado necesariamente como personas.

Por otro lado, se observa que el fideicomiso es en sí mismo un contrato y que aún intentando atribuirle a éste las características propias de una persona, esta labor arroja resultados negativos, razón por la cual en una primera conclusión, afirmo como impropia

¹¹² ALAMO, Javier, *op. cit.*, p. 43.

la redacción del artículo 4, fracción II, de la LCM, que equipara al patrimonio dado en fideicomiso a la figura de comerciante.

Algo que resulta indudable y de lo que este trabajo no pretende mantenerse al margen es que detrás del fideicomiso operan verdaderas empresas, muchas de ellas con importante impacto en la economía mexicana, por ejemplo, en el desarrollo y operación de complejos turístico-hoteleros o la prestación de servicios. Empresas que surgen bajo el modelo del fideicomiso dadas las facilidades otorga al inversionista nacional o extranjero y el hecho de permitirle hacer frente a impedimentos legales como la denominada Cláusula Calvo.

El de la voz realizó la consulta número 0610100057912 ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), por virtud de la cual el Servicio de Administración Tributaria (SAT) informa que al 8 de mayo de 2012 existen 1,022 fideicomisos para actividad empresarial dados de alta en el Registro Federal de Contribuyentes¹¹³, esto es, al menos 1,022 empresas asentadas en territorio mexicano, generadoras de un sinnúmero de empleos fijos y cuyo cierre impactaría de la misma forma que lo hiciera una empresa que opere por conducto de una persona moral.

Este punto resulta de suma trascendencia para los fines que persigue el Derecho y aunque estimo que jurídicamente no fundamenta la personalidad que la LCM aparentemente le otorga al fideicomiso, sí hace latente la necesidad de fijar o adecuar reglas para la liquidación del fideicomiso ante el incumplimiento generalizado de las obligaciones contraídas con motivo de éste, lo que permitiría alcanzar verdaderamente los fines de su inclusión en la Ley de Concursos mercantiles.

La intención de las siguientes líneas será abordar diversos razonamientos vertidos por diversos tratadistas como Raúl Cervantes Ahumada, José Luis de la Peza, Miguel Acosta Romero, quienes se manifestaron a favor de la inclusión del fideicomiso en el

¹¹³ La respuesta fue otorgada por conducto electrónico el día 8 de mayo de 2012.

proceso concursal, incluso antes de su incorporación en la LCM, así como la revisión de antecedentes judiciales que presentaron esta posibilidad, antes y después de la entrada en vigor de la LCM. Cabe señalar que a partir de la expedición de la LCM hasta agosto de 2011, es decir, más de once años, existe sólo un antecedente registrado en los términos estudiados de acuerdo con información proporcionada por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles¹¹⁴.

2.1 POSTURAS EN RELACIÓN AL CONCURSO DEL FIDEICOMISO.

2.1.1 DOCTRINA.

En la doctrina mexicana existen una serie de posturas, prácticamente uniformes, que impulsan la idea de la quiebra del fideicomiso, hoy concurso. Estas nociones se encuentran sustentadas en mayor o menor medida por sus autores como opiniones u obras completas previas a la entrada en vigor de la LCM, sin embargo, es trascendente analizarlas pues fueron éstas las que precisamente hicieron eco en la actual ley.

Raúl Cervantes Ahumada en su obra *Derecho de quiebras* señaló:

“En nuestro ordenamiento, si bien es cierto que la quiebra se aplica sólo a empresas comerciales, no es requisito que exista un sujeto jurídico quebrado, como suelen creer los tratadistas. En efecto, en nuestro sistema legal puede producirse la quiebra sin que exista sujeto jurídico quebrado. Tal sería el caso de que un menor deviniera por herencia, titular de una empresa comercial en la que cayera insolvencia, se produciría el estado de quiebra pero el menor, incapaz de adquirir la calidad de comerciante no sería personalmente quebrado. Podemos señalar además que nuestra ley distingue entre quiebra del comerciante que puede constituirse cuando la insolvencia haya sobrevenido en vida del mismo, y quiebra de la sucesión del comerciante, cuando después de su muerte, su empresa haya caído en insolvencia. Cómo la sucesión no es sujeto jurídico, su quiebra sería la de la empresa, sin efectos personales sobre el empresario, que en el caso no existiría. Otro ejemplo más: podría darse, en nuestro sistema jurídico, la quiebra de una empresa fideicomitida. En tal supuesto no serían considerados quebrados ni el fiduciario, ni el fideicomitente, ni el fideicomisario (otro problema sería si el fiduciario por su actuación, resultare responsable de la insolvencia de la empresa; pero su responsabilidad no lo convertiría en quebrado). Siempre, lo que se somete al proceso de quiebra es la empresa comercial, cuya existencia es, por tanto el primer presupuesto de la quiebra.

¹¹⁴ Información proporcionada en la consulta 00869511 realizada al Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación.

Es claro que lo normal será que el titular de la empresa se vea afectado personalmente como quebrado; pero ello no excluye la posibilidad de quiebras sin sujeto jurídico fallido.”¹¹⁵

Jorge Barrera Graf consideró: “existió una grave omisión de nuestra LQSP al no haber previsto la quiebra del patrimonio fideicomitado, cuando sí previó en cambio, la quiebra de la sucesión de un comerciante. Con Rodríguez Rodríguez nos inclinamos a creer que ‘el patrimonio dado en fideicomiso, como patrimonio separado, es por sí susceptible de quiebra”¹¹⁶

Joaquín Rodríguez Rodríguez expuso: “un patrimonio dado en fideicomiso queda a salvo de toda declaración de quiebra, ya que no queda comprendido en la quiebra del fideicomitente, ni en la del fiduciario, ni en la del fideicomisario. Es cierto esto último pero no debe olvidarse que el patrimonio dado en fideicomiso como patrimonio separado, es por sí susceptible de quiebra”¹¹⁷.

Rodolfo Batiza asentó: “aún cuando la ley de la materia establece como supuestos de la declaración de quiebra dos elementos, a saber: tratarse de una persona que sea comerciante, y que cese en el pago de sus obligaciones consideramos que no hay objeción legal de fondo para que un patrimonio en fideicomiso pueda ser declarado en quiebra a pesar de no tener personalidad jurídica, y aunque tal posibilidad es más bien teórica [...] sería poco probable que el fiduciario en situaciones de insolvencia del patrimonio fideicomitado, no recurriera a los medios preventivos que autoriza el Título Sexto de la Ley de Quiebras”¹¹⁸

Por su parte Dominguez Martínez al referirse a esta posibilidad, apuntó: “consideramos por nuestra parte que obviamente si bien no hay en efecto ese carácter de comerciante, sí es requisito para que proceda la quiebra, que, como lo hace notar De la Peza, los

¹¹⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho de quiebras*, op. cit., pp. 34 y 35.

¹¹⁶ BARRERA GRAF, Jorge, *Estudios de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1958, Pp. 371 nota 58.

¹¹⁷ RODRIGUEZ RODRIGEZ, Joaquin, *La separación de bienes en la quiebra*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, pp209.

¹¹⁸ BATIZA, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, Porrúa, México 1985, p. 308.

actos que realice la fiduciaria en ejecución del fideicomiso sean actos de comercio, como puede serlo la explotación de un almacén de ropa, y no de naturaleza civil, por ejemplo la explotación de inmuebles de productos, dado que según el sentido del artículo 75 del CC el arrendamiento de inmuebles es un acto de naturaleza civil. Sea como fuere, lo cierto es que el clamor doctrinal terminó por tener eco en la ley de manera tal que conforme a la fracción II del artículo 4º de la LCM, el concepto de comerciante comprende al patrimonio fideicomitado cuando se afecte la realización de actividades empresariales.”¹¹⁹

Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alanís precisaron: “no obstante a que el patrimonio no tiene personalidad jurídica propia este si puede quebrar”¹²⁰ aspecto que consideran se reitera con la quiebra del patrimonio que conforma la sucesión del comerciante que se contemplaba ya en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

José Luis de la Peza fue uno de los tratadistas que abordó el tema en un sentido más profundo, en su obra *Ensayo sobre el patrimonio en fideicomiso y la posibilidad de su quiebra* concluye que el patrimonio dado en fideicomiso debe ser considerado susceptible de quebrar. Basó su tesis en los siguientes aspectos:

1. Existen dos presupuestos normativos para la quiebra: el objetivo que es la cesación de pagos y el subjetivo que es el comerciante, sin embargo, sólo la insolvencia o cesación de pagos es el único verdadero presupuesto, el único que resulta necesario y esencial para que se actualice la quiebra.

La cesación de pagos, señaló, es la imposibilidad en que se encuentra el titular del patrimonio de cubrir las obligaciones líquidas y vencidas que gravitan sobre el mismo por la carencia de bienes disponibles para ello.¹²¹

¹¹⁹ Dominguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso...*, op. cit. p. 226.

¹²⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel y/otro, op. cit., pp. 207.

¹²¹ Cfr., *Ibidem*, p. 63

Según este autor, la calidad de comerciante del quebrado, es sólo un aspecto accidental para dicho estado jurídico, contemplado por razones históricas o de conveniencia, el cual ha dejado de ser considerado en algunos países como presupuesto necesario (con tradiciones jurídicas diversas a los sistemas del derecho civil) e incluso en el derecho nacional pareciera quedar relegado en algunas hipótesis normativas¹²², por ejemplo:

- El comerciante retirado cuando se comprueba la cesación de pagos anterior a su retiro o su muerte (Art. 3, LQSP), donde un sujeto que deja de ser comerciante por dejar de ejercer el comercio es sujeto de quiebra.
- La quiebra de la sucesión del comerciante cuando la empresa de que era titular sigue en marcha (Art. 3 LQSP). Tema que será reiterado en los siguientes puntos pues constituye otro de los ejes de su investigación.
- Quiebra de sociedades irregulares, que de conformidad con el artículo segundo de la LGSM poseen personalidad jurídica, sin embargo, al no constituirse en arreglo a las disposiciones mercantiles, indica, carecen de cualidad de comerciantes.

Enfocándose en el supuesto de la quiebra de la sucesión del comerciante, contemplada en el artículo tercero de la LQSP y que hoy recoge el artículo 12 de la LCM, indicó que reconocer la “quiebra de la sucesión de un comerciante” cambia por completo el sistema personalista seguido por la LQSP pues se reconoce un estado jurídico propio de un patrimonio, universalidad que tiene como titulares a los herederos del comerciante del difunto, sin embargo, no es a ellos a quienes se somete a un proceso falencial sino al mismo patrimonio que no se confundirá con sus respectivos bienes sino hasta después de la división y adjudicación, en tanto dure dicho proceso el patrimonio es común a los herederos pero sin perder su individualidad.¹²³

¹²² Cfr., *Ibidem*, pp. 74 y 82.

¹²³ Cfr., *Ibidem*, p.67.

Con esta hipótesis queda demostrado que el presupuesto subjetivo es un elemento accesorio a la quiebra, el comerciante es prescindible y consecuentemente donde se presente una cesación de pagos se puede establecer un estado jurídico de quiebra, sin que ello deba implicar necesariamente la existencia de sujeto fallido. Se erige así el patrimonio en cesación de pagos como el verdadero presupuesto normativo.

2. No concibió la idea de dotar de personalidad jurídica al fideicomiso o su patrimonio para poder someterlo a un proceso falencial pues ello resulta jurídicamente impropio e innecesario al poder prescindir del elemento subjetivo de la quiebra.
3. Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio independiente, autónomo o en afectación, separado de su titular. La titularidad de éste le corresponde a la institución fiduciaria pero no su propiedad pues enfrenta una serie de limitaciones que los alejan en cuanto a su ejercicio, en proporción de los fines consignados para el fideicomiso.¹²⁴

En este sentido, el patrimonio fideicomitado constituye una universalidad jurídica separada de la institución fiduciaria y al poder tener cualquier la persona uno o más patrimonios separados del suyo propio, no hay razón para pensar que en uno de ellos no pueda presentarse el supuesto de cesación de pagos y que, una vez presentada, ésta no debe afectar al resto de patrimonios ni a su persona.¹²⁵

Bajo estas premisas concluyó que existen dos posibilidades, por un lado la posibilidad teórica de que el patrimonio pueda quebrar en la medida de que en éste aparezca el estado de cesación de pagos (incumplimiento generalizado de las obligaciones), único presupuesto procesal y por otro la posibilidad legal de que así suceda, aplicando en ello

¹²⁴ Cfr. De la Peza, José Luis, *Ensayo sobre el patrimonio en fideicomiso y la posibilidad de su quiebra*, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, México, 1952, p. 81

¹²⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 73-75.

un método analógico en relación al patrimonio de la sucesión del comerciante que legitimaría esta posibilidad: ambos patrimonios constituyen una universalidad de derecho; ambos tienen un titular sujeto de derechos y obligaciones; en ambos casos el patrimonio está separado de su titular; y, finalmente, el patrimonio fideicomitado puede aumentar y disminuir su caudal por lo que puede actualizarse un desequilibrio entre activos y pasivos que impliquen cesación de pagos, tal y como sucede en la sucesión del comerciante cuando la empresa de que se trate sea una empresa mercantil.¹²⁶

Por su parte Gilberto Chávez Orozco en su trabajo *El fideicomiso y la posibilidad de la quiebra de su patrimonio* coincide con la postura sustentada por los autores que han sido analizados en páginas anteriores de que es posible la verificación del proceso de quiebra, hoy concurso, tratándose de un fideicomiso, sin embargo, lo hace con importantes diferencias en sus planteamientos, incluso desestimando la tan recurrida analogía a la posibilidad de quiebra de la sucesión del comerciante.

Chávez Orozco expone que el Derecho mercantil moderno ha dejado de ser un Derecho con preponderancia subjetiva para pasar a ser un derecho objetivo, el cual más que buscar regular a la persona comerciante busca la regulación de la empresa mercantil, no obstante que el CC y demás leyes no lo reconozcan claramente aún de esta forma.¹²⁷

Precisa que particularmente en el Derecho de quiebras la empresa es el núcleo de éste y no el sujeto quebrado puesto que los efectos de dicha declaración judicial van encaminados más al patrimonio que a la persona, cuyo único efecto es reducir la capacidad para ejercer el comercio¹²⁸. En este sentido estima como un error el hecho de que la LQSP hubiera considerado como presupuesto la existencia de un comerciante y precisa que es la empresa, entendida como una unidad económica para la producción de bienes o distribución de bienes o servicios, el verdadero primer presupuesto para la

¹²⁶ Cfr., *Ibidem*, p.74 y 82.

¹²⁷ Cfr., CHAVEZ OROZCO, Gilberto, *op. cit.*, p. 163.

¹²⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 164.

declaración del estado de quiebra, en tanto la cesación de pagos, característica de la que son susceptibles los patrimonios, es el segundo presupuesto.

Concluye su trabajo exponiendo que al presentarse con motivo del patrimonio fideicomitido los dos presupuestos de la quiebra: una empresa comercial y una posible cesación de pagos, no hay lugar a negar la posibilidad de someter a quiebra al fideicomiso o su patrimonio¹²⁹.

De lo esbozado en líneas anteriores se puede observar que el autor José Luis de la Peza, constituye un referente obligado, pues fue el primero en estudiar el tema de forma puntual y profunda, proponiendo la quiebra del patrimonio fideicomitido. No menos importantes fueron las opiniones de autores como Raúl Cervantes Ahumada, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Jorge Barrera Graf, Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Miguel Acosta Romero, pues en su conjunto terminaron teniendo eco en la actual LCM. No obstante lo anterior, considero que los argumentos sobre los cuales descansa esta propuesta obligan a reflexionar, por lo que me refiero a cada uno de ellos en los siguientes temas:

a) ANALOGÍA A LA SUCESIÓN DEL COMERCIANTE.

Esta postura parte de la base de considerar que la LQSP en su artículo tercero¹³⁰ reguló la posibilidad de quiebra de “la sucesión del comerciante” y con ello rompió el sentido personalista de la ley mexicana, aceptando que puede someterse a un patrimonio (sucesión del comerciante) a un proceso falencial, sin que sea necesario que una persona quede sujeta a las normas que rijan dicho proceso. De esta forma no se afecta en su persona a los herederos legítimos, titulares de dicho patrimonio, pues no es ellos a quienes se somete al proceso de concurso sino sólo al el patrimonio mismo como consecuencia de la cesación de pagos (incumplimiento generalizado de obligaciones) que en torno a él se presenta. Al haberse aceptado esta hipótesis de proceso sin sujeto,

¹²⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 165, 166.

¹³⁰ Equivalente al artículo 12 de la LCM.

la situación es replicable por analogía para el caso de fideicomiso pues al igual que la masa hereditaria, el patrimonio fideicomitado se haya separado de la fiduciaria¹³¹.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, antes de la reforma de 2003 en la LGTOC respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso y la transmisión de la propiedad del fideicomitente a la fiduciaria, expresó que el único caso posible de quiebra de un patrimonio no imputable a un sujeto, podría ser el de la quiebra de los bienes dados en fideicomiso, pues no existía certeza de a quien correspondían los bienes o si se trataba incluso de un patrimonio autónomo¹³². Esta opinión interpretada *contrario sensu* permite entender que la “quiebra de la sucesión del comerciante” no constituye realmente un supuesto de juicio sin sujeto físico o jurídico sometido al proceso, o que sea un proceso seguido en contra de un patrimonio sin titular, opinión que sostengo con base en los siguientes puntos.

Considero, que intentar justificar una figura por imitación de otra, resulta un argumento débil por sí mismo, estimo que una figura debe incorporarse de acuerdo a las necesidades particulares de los hechos que se intentan regular, realizar lo contrario puede implicar que estas normas devengan en figuras incompatibles y/o disfuncionales, letra muerta.

Por otro lado, es incorrecto el silogismo que nos lleva a afirmar que la quiebra de “la sucesión del comerciante” implica la ausencia de sujeto físico o jurídico que quede sujeto al proceso de quiebra.

Me permito afirmar lo anterior partiendo de que la terminología “contra la sucesión de un comerciante” desde el punto de vista técnico resulta impropia. Al igual que sucede con el fideicomiso, en el léxico jurídico se le da un trato de persona a esta figuras cuando no lo es, usualmente en el ambiente jurídico se tienen juicios tramitados como “Sucesión de Juan Gómez vs Empresa de metales S.A.”, asimismo en el ámbito normativo diversas leyes como la LQSP y la LCM gramaticalmente regulan como personas a figuras que no

¹³¹ Ver supra p. (20 de este archivo)

¹³² Cfr., *Op. cit.* RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, p. 301.

lo son, tenemos por ejemplo: “la quiebra de la sucesión del comerciante” ó “la sucesión del Comerciante podrá ser declarada en concurso mercantil”.

Esta terminología no es correcta por ser común. Como se analizó en el punto 1.3.2 del presente capítulo, el artículo 25 del CCF detalla cuáles son las personas morales reconocidas por la legislación civil, la Sucesión o Herencia no se encuentra reconocida en alguno de los supuestos que dicha norma enlista, por lo que no es un ente que pueda comparecer ser titular de derechos y obligaciones y mucho menos comparecer a juicio. Es interesante establecer que el artículo 1281 del CCF señala: “la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”¹³³. De acuerdo con Ernesto Gutiérrez y González: “herencia o sucesión mortis causa es el régimen jurídico tanto sustantivo como procesal, por medio del cual se regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimonial-pecuniarios de una persona física llamada causante a otra u otras físicas o morales llamadas causahabientes, así como la declaración o el cumplimiento de deberes manifestados para después de la muerte del causante”¹³⁴. En otras palabras es la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones que fueron propiedad de una persona física, con motivo de su muerte a las personas que de acuerdo a la ley tienen el derecho de adquirirlos.

Siendo la masa hereditaria objeto de la sucesión, a la cual también suele denominársele herencia o sucesión. Dicho patrimonio no constituye ni una persona ni un patrimonio sin titular como pudiera parecer sino que de acuerdo a una ficción legal del CCF en el artículo 1660, los efectos de aceptación de herencia y su posterior adjudicación se retrotraen al instante siguiente del fallecimiento del que fue su titular. El autor mencionado en el párrafo anterior lo recoge de la siguiente forma: “por mandato de ley en el último momento de la vida del autor de la herencia, se están transmitiendo sus

¹³³ Hay que precisar, lo infortunado de dicho artículo al referir “los bienes del difunto” pues éste dejó de tener capacidad para ser titular de derechos y obligaciones a partir del momento de su muerte de conformidad con el Art. 22 de CCF.

¹³⁴ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho sucesorio inter vivos y mortis causa*, Porrúa, México 2003, p 78-79.

bienes a sus herederos, y el hecho de que estos no sean conocidos en ese instante, en especial cuando se está en el evento de que no hubo testamento, no quiere decir que la propia ley esté impedida para determinar efectos retroactivos hasta ese instante de la muerte del autor de la herencia, al momento en que los herederos sean conocidos, y que se apruebe el testamento o que el juez declare herederos legítimos”¹³⁵.

Los artículos 1660 y 1290 del CCF disponen:

“Artículo 1660.- Los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a quien se hereda.”

“Artículo 1290.- El legatario adquiere derecho al legado puro y simple así como al de día cierto, desde el momento de la muerte del testador.”

De esta forma se evita incorporar la denominada herencia yacente e independientemente del tiempo que transcurra, el patrimonio no carece de un titular pues los efectos jurídicamente quedan retrotraídos al instante siguiente de la muerte siendo sus titulares los herederos. No obstante lo anterior, para dar certeza jurídica a los acreedores y deudores hasta en tanto se adjudiquen los bienes, entra en posesión de la masa hereditaria un sujeto denominado albacea quien no es necesariamente heredero.

El albacea representa a los herederos en sus derechos, y en su caso los suyos se tener la calidad de heredero, frente a terceros y hasta en tanto se realice la adjudicación de bienes a cada uno de los que serán sus propietarios. Situación que se podría presentar en un juicio concursal.

Bajo esta lógica, no se puede concluir que en el denominado “concurso seguido en contra de la sucesión de un comerciante”, se estuviera frente a un patrimonio sin titular o un proceso en el que no exista ningún sujeto sometido, pues en el mismo, los herederos que aceptan la herencia quedan sometidos involuntariamente a un proceso falencial sin ser incluso comerciantes y estando obligados a que sus intereses se hagan valer por el albacea, frente a los acreedores del *de cujus*, ello obedece simplemente a la

¹³⁵ *Ibidem*, p. 87.

naturaleza de los bienes que heredan y los convierte en una especie de comerciantes accidentales¹³⁶ sin que la herencia se confunda con su patrimonio antes de la adjudicación ya que los bienes recibidos son a beneficio de inventario.

Por lo anterior, estimo que este supuesto no constituye en realidad una modalidad de quiebra sin sujeto jurídico sometido al proceso concursal, cierto es que los efectos en la persona del concursado no se presentan pues éstos constituyen una sanción al comerciante por el indebido manejo de su empresa que lo llevó al incumplimiento generalizado de sus obligaciones, sin embargo, sí existen titulares plenamente identificados a raíz de una ficción legal, los cuales concurren a deducir sus intereses por conducto del albacea.

Aunado a lo anterior, a partir de 2003 la LGTOC rompió el debate, al menos desde el punto de vista legal. En términos del artículo 381 existe una transmisión de propiedad plena a la fiduciaria por lo que se conoce desde un principio que es ésta la titular del patrimonio fideicomitido y cualquier procedimiento debería entenderse, en principio, con la misma.

En este sentido Jorge Barrera Graf apunta: “los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación o patrimonio autónomo, el cual de ninguna marea sería un patrimonio sin titular puesto que propietario o titular de él es la institución fiduciaria. Ahora bien, la institución fiduciaria normalmente es titular o propietario de un patrimonio general y de tantos patrimonios o de de afectación cuantos fideicomisos se hayan constituido con su intervención; cada uno de dichos patrimonios constituyen una masa o conjunto de bienes que integran una universalidad, cada patrimonio debe ser administrado por reglas propias y sobre todo cada uno responde a deudas propias (...) con los patrimonios fideicomitidos la institución fiduciaria solo responde de las

¹³⁶ Supra 1.2, capítulo II.

obligaciones que se hayan contraído de acuerdo al fin para el que se constituyo el fideicomiso”¹³⁷.

Si está determinado claramente quien es el titular del patrimonio, ¿existe justificación para someter al patrimonio y no a su titular a un proceso concursal? Considero que no, por lo que habrá de desentrañar cual fue la mente del legislador al regularlo.

b) ES LA EMPRESA ES EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO Y NO EL COMERCIANTE.

Este argumento fue presentado por Gilberto Chávez Orozco, quien expuso la posibilidad de la quiebra del fideicomiso partiendo de la base de que en el derecho mercantil internacional, sobre todo en países de tradición del *common law*, las leyes mercantiles regulan a la empresa y no al comerciante, situación acentuada en los procesos de quiebra ya que los efectos de la declaración quiebra (concurso) van dirigidos al patrimonio y por excepción a la persona. Dicho autor sostuvo que a raíz de dicha tendencia global, el derecho mexicano en 1984 iniciaba una transformación en materia mercantil, pasando de un Derecho subjetivista a un Derecho objetivo que regula a la empresa con independencia de si es o no comerciante. En este sentido al constituirse una empresa bajo el fideicomiso para actividad empresarial ésta es susceptible de quiebra con independencia de si es o no comerciante¹³⁸.

Coincido con el autor en estudio, en el sentido de que el Derecho mercantil global, especialmente el anglosajón, está enfocado a la regulación de situaciones de hecho como la empresa, con independencia de temas como la personalidad jurídica. Aspectos que en sistemas del Derecho Continental resultan de trascendental importancia tanto en la sustancia como en el proceso, como ha sido analizado en líneas anteriores. Sin embargo, a 28 años de que este autor sustentó su teoría considero que el sistema legal mexicano continúa siendo rigorista al grado que continúa vigente el régimen subjetivista

¹³⁷ BARRERA GRAF, Jorge, Estudios de derecho mercantil, Porrúa, México, 1958, pp. 369, 370.

¹³⁸ Ver supra pp ____.

en el que sólo las personas tienen derechos y obligaciones y son las únicas que por sí o por representante pueden comparecer en juicio.

De existir reformas integrales en el sentido propuesto por Sánchez Orózco, se admitiría sin más que el patrimonio fideicomitado pueda ser sometido a un proceso mercantil y comparecer en él, pues no se repararía en intentar esclarecer la forma en la que un ente que no es persona y no tiene capacidad jurídica puede hacerlo. Admitirlo sin dichas reformas integrales, puede traer lagunas jurídicas diversas, que en la práctica podrían convertir a la ley en letra muerta o convertir una buena intención en una serie de letargos procesales interminables que impedirían lograr el objeto prioritario del concurso: “la conservación de la empresa”.

Por otro lado, esta idea rompe con la concepción del Patrimonio, como lo hace con el de persona, pues se ha entendido como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones *atribuibles a un sujeto*, el cual, según este postulado, no es necesario que exista.

Adicionalmente, de acuerdo a la LGTOC en su artículo 381, en el fideicomiso existe una transmisión de propiedad del fideicomitente a la fiduciaria, con lo que el presupuesto subjetivo está plenamente identificado y no habría necesidad de recurrir a crear a la empresa como un nuevo sujeto de regulación.

c) EL ÚNICO PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y QUIEBRA ES LA CESACIÓN DE PAGOS O INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE LAS OBLIGACIONES Y EL PRESUPUESTO SUBJETIVO ES PRESCINDIBLE.

Como se ha referido en líneas anteriores este postulado fue presentado por José Luis de la Peza, quien argumentó que la cesación de pagos (incumplimiento generalizado de las obligaciones) es el único verdadero presupuesto de los procesos de quiebra (hoy concurso mercantil) ya que la necesidad de un presupuesto subjetivo se mantuvo en la

LQSP por aspectos meramente históricos. Lo anterior lleva a concluir que la necesidad de tener un comerciante (persona) en el proceso es totalmente prescindible, como sucede con la quiebra de la sucesión del comerciante donde no hay sujeto jurídico sometido al proceso de quiebra¹³⁹.

En líneas que anteceden se han vertido opiniones que contrastan la idea de que en la “quiebra de la sucesión del comerciante” se prescinde de sujeto durante el proceso, por lo que me enfocaré a considerar si la cesación de pagos (incumplimiento generalizado de obligaciones) es el único presupuesto necesario para declarar el concurso mercantil y el presupuesto subjetivo es prescindible.

Estimo que la necesidad de un presupuesto subjetivo en la LQSP y la LCM va más allá de una cuestión histórica, pues se parte de la base de que en el derecho mexicano sólo las personas son titulares de derechos y obligaciones y son las únicas que pueden hacer valer éstos y comparecer en juicio.

Por otro lado, considero necesario conservar la dualidad titular-bien, pues tanto el fideicomiso como su patrimonio están impedidos física y jurídicamente para actuar por sí mismos. Al constituirse un patrimonio fideicomitido es evidente que podrán incrementarse o reducirse los bienes que lo integran, como consecuencia de los negocios generados para cumplir los fines del mismo, pero éstos no incurren por sí mismo en el supuesto de insolvencia sino que ésta se genera como consecuencia de los actos de su titular y debe ser éste a quien se someta al proceso respectivo, más aún, si está plenamente identificado, caso concreto: la fiduciaria.

Jorge Barrera Graf menciona: “El empresario se trata de un elemento esencial. En cuanto que la empresa como unidad, carece de personalidad jurídica propia y en cuanto que su patrimonio tampoco constituye una persona moral (...) se necesita una persona que actúe como su titular. Este titular es el empresario. A él corresponde la organización

¹³⁹ Ver supra ____.

de los elementos que conforman la empresa (...) derechos, deudas y obligaciones que integran su patrimonio”¹⁴⁰.

Cabe señalar, que si se acepta que el único presupuesto requerido es el incumplimiento generalizado de las obligaciones, éste es un hecho que afecta directamente a la Persona, pues el estado de incumplimiento generalizado es una situación patrimonial y el patrimonio constituye uno de los atributos de los sujetos jurídicos.

Por otro lado, afirmar que el patrimonio mismo puede ser sujeto de un proceso jurisdiccional de quiebra o de concurso es olvidarse o hacer de lado un presupuesto esencial no sólo del concurso sino de cualquier procedimiento jurisdiccional que es el elemento subjetivo, mismo que como fue visto en el punto 1.1 del presente capítulo, debe ser persona capaz que pueda hacer valer los derechos y obligaciones que se susciten en el juicio.

d) OTRAS POSTURAS.

Existen algunos autores que exponen su rechazo a la forma en la que la LCM equipara al patrimonio fideicomitido con el comerciante. Al efecto, Elvia Arcelia Quintana Adriano manifiesta: “concebir al fideicomiso con fines empresariales dentro del concepto de comerciante es una connotación carente de técnica jurídica, además con desconocimiento de conceptos jurídicos fundamentales tales como: persona, personalidad, patrimonio, entre otros”¹⁴¹; continúa: “con lo anterior se estaría planteando una aberración jurídica que obligaría al cuestionamiento y, por ende, al replanteamiento de figuras clásicas tales como los contratos, el fideicomiso; uno de los universos de la Ciencia del Derecho Mercantil, o sea los sujetos comerciantes, personas físicas o morales, así como las respectivas disposiciones jurídicas que las regulan”, “sería recomendable para el legislador revisar el contenido del artículo 4 de la LCM a la luz del anterior análisis y de acuerdo al objeto que persigue, es decir, rescatar el

¹⁴⁰ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1997, pp95.

¹⁴¹ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Concursos... Op. cit.* p. 65.

patrimonio del comerciante afecto a un fideicomiso e integrarlo a la masa de concurso mercantil”¹⁴².

Hiram L. De León Rodríguez expone: “es anticonstitucional entender como persona al patrimonio fideicomitado, por que el fideicomiso no es una persona, sino una figura jurídica que afecta un bien con un fin determinado encomendado a una institución fiduciaria que tiene su propio patrimonio y el patrimonio de afectación o fideicomiso. El incumplimiento a los fines del fideicomiso jamás podrá ser motivo de quiebra del patrimonio fideicomitado. Si acaso fuese el ilegal el fideicomiso por perjudicar a los acreedores del comerciante, podría pedirse la ilegalidad del fideicomiso para la reversión de los bienes al comerciante del fideicomitente”¹⁴³.

Eduardo Castillo Lara expone lo que considero uno de los puntos olvidados por la ley y la doctrina en general, los aspectos procesales. Después de concluir que en el aspecto teórico se podría aceptar la regulación del artículo 4º de la LCM y hacer de lado las limitantes en relación figuras como personalidad y capacidad, cuestiona la forma en que sería llevado el proceso ante un sujeto que al no tener capacidad no puede hacer valer sus derechos ¿Quién contesta la demanda?, ¿a quién se demanda?, ¿en donde se demanda?.¹⁴⁴

Finalmente, Miguel Acosta Romero, sostuvo en su obra *Tratado teórico práctico de fideicomiso* que el patrimonio dado en fideicomiso puede quebrar aún sin ser persona, posteriormente en conjunto con Tania Romero Miranda realiza una crítica al artículo 4º de la LCM y cuestiona: “¿con qué base, los legisladores lo igualan (al patrimonio fideicomitado) a un comerciante y le otorgan una personalidad jurídica que no tiene”¹⁴⁵, y continúan, “es un error que se considere al patrimonio fideicomitado como persona

¹⁴² *Ibidem*, pp. 65 y 67.

¹⁴³ DE LEÓN RODRÍGUEZ, Hiram L., *La Nueva Legislación Mercantil*, Universidad Nacional Autónoma de Nuevo León, México, 2000, p. 45.

¹⁴⁴ *Cfr.* CASTILLO LARA, Eduardo, *El concurso...*, *op. cit.* p. 10.

¹⁴⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel y ROMERO MIRANDA Tania, *Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras*, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 192.

jurídica, igualándolo al comerciante que tiene una completa e indudable personalidad jurídica¹⁴⁶.

Coincido con estos últimos autores en el sentido de que fue desafortunada la forma en la que la LCM incorporó al patrimonio fideicomitido al proceso de concurso mercantil, sin embargo, la existencia de verdaderas empresas que operan detrás de un fideicomiso hace latente la necesidad de lograr un proceso de liquidación en aras de proteger la empresa como eje fundamental de la economía mexicana, intentar suprimir la intención del legislados por ser aberrante o impropia considero sería un desacierto aún mayor.

2.1.2 JUICIOS TRAMITADOS EN CONTRA DE PATRIMONIOS DADOS EN FIDEICOMISO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Abordadas diversas posturas doctrinarias en pro y en contra de la quiebra o concurso del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial, se inicia una breve revisión de dos asuntos que han sido ventilados en instancias judiciales, con la finalidad de observar la eficacia o necesidad de una regulación *ad hoc* de cara a situaciones de insolvencia en el fideicomiso para actividad empresarial.

El primer caso objeto de estudio ha sido revisado a partir de la obra de Gilberto Chávez Orozco¹⁴⁷, se refiere a senda apelación tramitada durante la vigencia de la LQSP consecuencia de la resolución que emitió el Juez Decimoquinto de lo Civil en el Distrito Federal, en la cual declaró el concurso mercantil de un fideicomiso para actividad empresarial, bajo la premisa de que el fideicomiso de hecho “actúa” como empresa e incurrió en un estado de cesación de pagos. Esa sentencia fue recurrida y de ella conoció la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, cuyos magistrados la revocaron con base en las siguientes consideraciones:

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 195.

¹⁴⁷ CHAVEZ OROZCO, Gilberto, *El fideicomiso... op. cit.*, p. 147 a 152.

1. Se revocó la sentencia que declaró la quiebra del patrimonio fideicomitado para actividad empresarial pues el Juez declaró en estado de quiebra lo que es legalmente y sin discusión alguna, una simple operación, en el entendido de que sólo puede establecerse tal situación jurídica en contra de una persona física o moral siempre que sea comerciante.
2. En el caso concreto no se actualizó que se tratara de una persona física o moral y de acuerdo a la legislación nacional los bienes dados en fideicomiso no gozan de personalidad jurídica autónoma propia y, consecuentemente, no pueden ser considerados comerciantes.

Ante dicha resolución el acreedor en el fideicomiso interpuso Juicio de Amparo, resuelto por el Juez Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, quien tuvo a bien negar el amparo al quejoso bajo las siguientes premisas:

1. No obstante que los fideicomisos para actividad empresarial suelen operar como verdaderas empresas, no por que desarrollen dicha actividad la ley debe considerarlas como personas, y de hecho no lo hace.
2. El fideicomiso es sólo un acto mercantil, puesto que la ley sustantiva no la dota de personalidad jurídica.

El patrimonio objeto del fideicomiso constituye un patrimonio autónomo distinto al del fideicomitente, fiduciaria o fideicomisaria pero de ninguna forma se puede identificar una persona moral pues lo anterior no lo establece la LGTOC.

3. La cesación de pagos (incumplimiento generalizado de las obligaciones) es una situación que puede presentarse únicamente en personas, físicas o morales, consideradas como comerciantes y toda vez que el patrimonio dado en

fideicomiso no puede ser considerado como comerciante, al no ser persona, éste no puede incurrir en dicha cesación.

Ante dicha resolución, el quejoso interpuso recurso de revisión resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil en el Distrito Federal quien emitió resolución bajo las siguientes consideraciones:

1. Es cierto que el fideicomiso puede operar como una empresa, sin embargo, aún cuando funcione como tal, el fideicomiso no debe ser considerado como persona moral, pues la ley sustantiva no lo dota como tal, razón por la cual no puede ser sujeto de quiebra ya que los únicos que pueden ser declarados en tal son los comerciantes.
2. No hay en la legislación mexicana hipótesis alguna para declarar la quiebra del patrimonio fideicomitado.
3. El propietario de los bienes dados en fideicomiso es la institución fiduciaria y es esta entonces quien debe responder de cualquier acción judicial que afecte los bienes dados en fideicomiso, en términos de las disposiciones legales vigentes pero de ninguna forma el propio fideicomiso puede responder por sí mismo.
4. No implica que los deudores queden indefensos pues además de la acción ordinaria mercantil pueden exigir que con capital de la propia fiduciaria en términos del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares se determine responsabilidad para así proceder contra bienes del fideicomiso o de la fiduciaria.

En relación a estas resoluciones coincido con los Magistrados de la Cuarta Sala Civil que conocieron de la apelación así como con el Juez de Distrito que conoció del amparo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato, por lo que ni éste ni su patrimonio

tienen personalidad jurídica alguna, presupuesto necesario para haber procedido a la quiebra de dicho patrimonio como si se tratase de un comerciante y presupuesto indispensable en todo proceso.

En el caso específico haber decretado la quiebra de dicho fideicomiso aplicando la LQSP hubiera sido por demás ilegal, pues no existía disposición alguna en la que los juzgadores hubieran fundado su actuar, sin embargo, el polo opuesto de dicha determinación es que por una aplicación textual de la ley se genere incertidumbre jurídica para los acreedores e inversionistas que contrajeron obligaciones con la fiduciaria con motivo del fideicomiso y ello constituya un camino fructífero para perpetrar fraude en contra de éstos.

Bajo esta premisa resultaba, y lo sigue siendo, necesario encontrar una solución que evite la constitución de fideicomisos para actividad empresarial con fines de eludir obligaciones sin consecuencia jurídica alguna pero buscando también la conservación de la empresa, y fue precisamente el artículo 4º de la LCM el que se ocupó de dicha hipótesis aunque desde mi punto de vista lo realizó de una forma que no fue la más afortunada, pues someter a juicio a un patrimonio fideicomitado y dotarlo de personalidad jurídica es una solución que si bien es legal, rompe la armonía del sistema legal mexicano y constituye un absurdo de cara a temas como la personalidad jurídica, contratos, proceso, capacidad y otros tantos como los que han manifestado autores previamente citados como Elvia Arcelia Quintana Adriano, Miguel Acosta Romero y Eduardo Castillo Lara.

Existe antecedente diverso resuelto bajo el régimen de la LCM, del que conoció el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal quien declaró el Concurso Mercantil a un patrimonio fideicomitado para actividad empresarial en términos del artículo 4º de la citada ley, ello en el expediente 159/2005.

El análisis que se realizará en líneas subsecuentes parte de la información proporcionada por el IFECOM en términos de la Ley Federal y Acceso a la Información Pública Gubernamental, mediante solicitudes tramitadas con los folios 00869511, 00190512, 00869511, 00190712, 00190612 y 00241612, en las cuales se presentaron algunas limitantes, legales para conocer datos relevantes dentro del juicio que por ser datos personales fue imposible obtener para clarificar algunas situaciones descritas en los documentos proporcionados; presupuestales, en relación al coste de la emisión de copias simples del expediente de que se trata y; administrativas con relación a los tiempos de la autoridad requerida y la forma de obtención de dicha información, todas ellas las que limitaron la revisión del expediente en comento a las sentencias que declararon el concurso mercantil y la quiebra, documentos que forman parte integrante de dichas consultas.

De acuerdo a información proporcionada por el IFECOM, el expediente 159/2005 constituye el único antecedente que se ha tramitado en los términos estudiados, desde la emisión de la ley hasta agosto de 2011¹⁴⁸, fecha de contestación a la primer solicitud planteada a la autoridad.

En el expediente 159/2005 se ventiló el concurso mercantil de Autoconstrucción, S.A. de C.V. y el Patrimonio Fideicomitido Empresarial (Fideicomiso Irrevocable de Administración e Inversión Número 04903-1, siendo la Fiduciaria Banca Serfín, Sociedad Anónima, División, Fiduciaria) en el que la primera fue fideicomitente. En la sentencia que declaró el concurso mercantil el Juez de Distrito asentó:

El apoderado de la persona moral “en su carácter de apoderado general de ésta y especial de Patrimonio Fideicomitido Empresarial (Fideicomiso Irrevocable de Administración e Inversión Número 04903-1, siendo la Fiduciaria Banca Serfin, Sociedad Anónima, División, Fiduciaria, personalidad que se le reconoció en términos de las copias certificadas de los testimonios notariales, anexos 1 y 2 que se acompañaron a la solicitud de concurso, solicitaron la declaración en estado de quiebra de concurso mercantil en etapa de conciliación de sus representadas”.

¹⁴⁸ Consulta 00869511 realizada al Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación.

Lo primero que surge de éste extracto es que es que en el expediente se acumularon dos procesos falenciales: el del comerciante persona moral Autoconstrucción, S.A de C.V. y el del comerciante Patrimonio Fideicomitido 04903-1, ambos en forma de solicitud por un mismo representante.

Doctrinalmente la acumulación es la unión de diversos asuntos en un sólo expediente para que se resuelvan en una misma sentencia definitiva con fines de economía procesal y para que no se dicten sentencias contradictorias en asuntos relacionados¹⁴⁹.

La LCM tiene como regla general la no acumulación de procesos concursales de diversos comerciantes ni la acumulación de juicios de otra naturaleza a los concursales, ello, en opinión de Eduardo Castillo Lara, con la finalidad de racionalizar recursos judiciales y evitar resoluciones jurídicas complejas¹⁵⁰. En este sentido el artículo 15 de la LCM dispone que “no se acumularán los procedimientos de concurso mercantil de dos o más comerciantes”, en tanto el artículo 85 dispone: “las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de concurso mercantil, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al concurso mercantil, sino que se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador”.

No obstante lo anterior, la misma ley hace excepción a su regla y contempla como supuestos de acumulación los siguientes:

1. Concursos de la sociedad controladora y las sociedades controladas, artículo 15.
2. Concursos de dos sociedades controladas de una misma sociedad controladora, artículo 15.
3. El concurso de los socios ilimitadamente responsables que se acumulan a los de la sociedad, artículo 14.

¹⁴⁹ Cfr., CASTILLO LARA, Eduardo, *El concurso...*, op. cit. p. 392

¹⁵⁰ *Ídem*.

Pese a lo descrito, en el expediente en comento fueron tramitados los procesos de dos comerciantes, el de la persona moral Autoconstrucción S.A. y el de el fideicomiso Patrimonio Fideicomitado 04903-1, sin que exista regulación alguna que permita dicha acumulación no obstante que la primera sea fideicomitente del segundo.

Por otro lado, se observa que fue el apoderado de la persona moral, quien solicitó el concurso mercantil no sólo de la persona moral sino también del fideicomiso con un carácter de “apoderado especial”¹⁵¹.

En esa tesitura es cuestionable que sea el apoderado del fideicomitente quien haya solicitado el concurso mercantil y no la institución fiduciaria pues si bien la LCM crea lagunas en relación ante quien se demanda al patrimonio fideicomitado o quién podrá solicitar el concurso mercantil, considero debería solicitarlo quien tiene legitimación legal para ello, es decir, la institución fiduciaria como titular de todos los derechos y obligaciones para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, en este sentido existen los siguientes criterios judiciales:

FIDEICOMISOS. LAS ACCIONES EN SU CONTRA DEBEN EJERCITARSE CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

Una exégesis de los artículos 381 a 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, permite concluir que los fideicomisos, por su propia naturaleza, se traducen en negocios jurídicos por medio de los cuales los fideicomitentes constituyen un patrimonio autónomo distinto del perteneciente a las partes que intervienen en su formación a través del contrato correspondiente, afecto a un fin lícito determinado, teniendo el fiduciario todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento de sus fines sin embargo, cualquier acción en su contra debe ejercitarse contra la institución fiduciaria, la cual para cumplir con las resoluciones que al respecto pronuncien las autoridades competentes afectan, en la medida que sea necesario, los bienes materia del fideicomiso.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, T. XXI, enero de 2005, tesis v.2o.42K, p. 1772, núm. Registro 179,579, aislada, materia(s) común.

FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACION A LA FIDUCIARIA.

¹⁵¹ Resulta también inadecuado el lenguaje utilizado por el juzgador que refiere que el patrimonio fideicomitado es “representado”, entendiendo que la representación es un acto que requiere personalidad jurídica para ejecutarse, tanto de quien la otorga como de quien la ejerce.

El fideicomiso es un contrato en el que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria atento al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, máxime cuando se reconoce, por tercera persona, que se trata de un fideicomiso y, partiendo de tal premisa, debe concluirse que con ello prácticamente se debe reconocer la legitimación de la fiduciaria para tener intervención en la controversia natural sin que obste a lo anterior la circunstancia de que en el contrato base de la acción intervenga otra persona física en representación del fideicomiso, ya que por disposición expresa legal, corresponde la debida representación en el juicio a la fiduciaria, siendo menester que se le conceda la garantía de audiencia en esa controversia; por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral ya que el fideicomiso es un contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Amparo en revisión 153/1995. Nacional Financiera, SNC, como fiduciaria de (Infotec). 26 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la federación*, Octava época, T. XV-I febrero de 1995, tesis I.3oC.768 C, p. 187, núm. Registro 209,85, aislada.

Se debe tomar en consideración que el RESULTANDO PRIMERO de la sentencia refiere que mediante escrito presentado el día ocho de agosto de dos mil cinco el apoderado de la persona moral, en su carácter de apoderado general de ésta y especial del patrimonio fideicomitado solicitó la declaración de concurso de sus representadas, es decir, el patrimonio fideicomitado y la persona moral. Toda vez que la titularidad de los bienes que lo constituyen por ley le corresponden a la institución fiduciaria, cabe cuestionar quién facultó al apoderado del fideicomitente para solicitar el concurso mercantil del fideicomiso en comento.

Una hipotética respuesta es que la fiduciaria o el comité técnico del fideicomiso otorgó dichas facultades a un “apoderado especial”, situaciones ambas en las que la fiduciaria tendría pleno conocimiento de la solicitud de concurso mercantil en relación a los bienes de los cuales es titular. Sin embargo, esta hipótesis queda relegada cuando se continúa con la lectura de la sentencia en cuestión, y esta refiere que una vez admitida la solicitud de concurso mercantil se designó visitador y se despachó la orden de visita correspondiente a los comerciantes Autoconstrucción, S.A de C.V. y el Patrimonio Fideicomitado 04903-1¹⁵², precisando en el RESULTANDO TERCERO lo siguiente:

¹⁵² Ver Considerando tercero.

La visita de la diversa comerciante Patrimonio Fideicomitido 04903-1 se inicio el 20 de septiembre de 2005 a lo cual se dejó citatorio a empleada de la Fiduciaria Banca Serfin, Sociedad Anónima, División, Fiduciaria, dado que no se encontró al Delegado Fiduciario quien debió esperar a las 9:30 hrs del 21 de septiembre de 2005 (...) al ser atendidos por quien manifestó ser el Delegado Fiduciario se negó a conocer de la orden visita argumentando que no se encontraba notificada judicialmente del asunto y que además se encontraba impedido a proporcionar alguna información, en términos del artículo 118 de la Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito (sic).¹⁵³

Se observa que la fiduciaria no conocía de la solicitud de Concurso Mercantil presentada por el “apoderado especial” y que éste apoderado no actuó bajo sus instrucciones, pues no tendría sentido que la misma solicitante, interesada en que se acreditaran los supuestos de los artículos 9 y 10 de la LCM impidiera el acceso al visitador y se hiciera sujeto de imposición de posibles sanciones procesales. Cabe cuestionarse quién está facultado para solicitar el concurso mercantil de un patrimonio fideicomitido, en un proceso en el que, como se verá más adelante, la capacidad de ejercicio se verá reducida no en el solicitante sino en la fiduciaria; considero que debe ser por regla general la fiduciaria.

Toda vez que la fiduciaria se negó a dar acceso al visitador para que realizara las diligencias correspondientes, el Juez comisionó a un actuario a efecto de requerir a la Institución Fiduciaria para que permitiera acceso al visitador y sus auxiliares, a fin de cumplimentar la orden de visita. Ante la presencia del actuario estuvieron presentes Directora Ejecutiva Fiduciaria, Director Ejecutivo Jurídico, Director de Negocios Fiduciarios y Subdirector Fiduciario de la institución fiduciaria quienes manifestaron su impedimento para atender diligencia alguna pues las notificaciones estaban dirigidas de forma incorrecta, ya que la fiduciaria no tenía la denominación asentada en autos. Con dicha razón actuarial se dio vista al solicitante del concurso mercantil y se habilitó nuevamente al actuario a efecto de volver a requerir a la Fiduciaria el acceso al visitador¹⁵⁴.

¹⁵³ Cfr., Considerando Tercero, IV párrafo.

¹⁵⁴ Ver resultando TERCERO.

Ante la presencia del visitador, la fiduciaria por conducto de sus factores se negó nuevamente a proporcionar información alguna lo que genero que el actuario fuera nuevamente comisionado pero esta vez facultado para imponer una medida de apremio a la institución fiduciaria, ante la negativa reiterada de permitir el acceso al visitador se le impuso una multa a la institución fiduciaria y fue declarada en concurso mercantil en términos del artículo 35 de la LCM que dispone:

Artículo 35.- El Comerciante y su personal estarán obligados a colaborar con el visitador y sus auxiliares. En caso de que no colaboren, obstruyan la visita o no proporcionen al visitador o a sus auxiliares los datos necesarios para que pueda producir su dictamen, a petición del visitador el juez podrá imponer las medidas de apremio que considere pertinentes, apercibiendo al Comerciante que de no colaborar se le declarará en concurso mercantil.

Al haber acreditado la “legitimación procesal” del fideicomiso por ser un acto jurídico celebrado conforme a la legislación nacional¹⁵⁵ y el juez precisa:

“si es la propia comerciante quien solicita su concurso y la ley de la materia la faculta para ello, claro es que se encuentra legitimada la causa para iniciar su propio concurso mercantil, sin embargo, únicamente se procederá a determinar en los siguientes considerandos si la comerciante Autoconstrucción S. A. incumplió generalizadamente el pago de sus obligaciones, ya que con respecto del patrimonio fideicomitido mediante auto de 22 de noviembre de 2005 se le declaró en concurso mercantil, en términos del artículo 35 de la Ley de Concursos Mercantiles y, tal circunstancia no amerita mayor pronunciamiento, porque ese evento surge a virtud de una sanción que la propia le impone ante la contumacia y rebeldía de quien esté obligado a permitir el desahogo de la visita, por lo que ante esa obstaculización, como en el caso ocurrió la ley sanciona de manera predeterminada que el sujeto a concurso se constituirá como tal sino permite la práctica de dicha visita, como así sucedió que el diversa comerciante Patrimonio dado en Fideicomiso ya está colocado en concurso mercantil y, por ello esa circunstancia no amerita mayor pronunciamiento”.

Si bien el juez actuó conforme a la letra de la ley en su artículo 35, considero que dicho numeral está enfocado al proceso seguido en forma de demanda y no de solicitud. A pesar de que no exista un apartado de demanda y uno de solicitud en la LCM, la

¹⁵⁵ “La legitimación del patrimonio fideicomitido se encuentra demostrada porque la calidad del comerciante se acredita con los anexos cuatro y cinco que se exhibieron en la solicitud de concurso mercantil, consistentes en las copias cotejadas del contrato de fideicomiso irrevocable de administración e inversión en el que se advierte que la fiduciaria es Banca Serfín, Sociedad Anónima, División, Fiduciaria”.

generalidad de los artículos de ésta están dirigidos a la forma de tramitación de los juicios de concurso y de forma excepcional a las solicitudes.

Es necesario partir de la base en la que dicha norma constituye una sanción para aquel comerciante demandado que impide verificar si se cumplen los supuestos que aduce su contraria, el actor, para que sea declarado en concurso mercantil, sin embargo, en el caso que se estudia el interesado en dicha declaración es el comerciante-patrimonio fideicomitido pues éste solicita la declaración de concurso y es él mismo quien debe acreditar los extremos legales de la LCM, sin embargo, al oponerse a que se conozca la verdad jurídica de sus finanzas se le “sanciona” declarándolo en lo que él mismo solicitó, trayendo con ello la satisfacción de sus pretensiones, lo que da cabida al absurdo de que para ser declarado en concurso mercantil, como solicitante, basta oponerse a la diligencia de visita trayendo como beneficio fundar la acción en presunciones. Bajo esta modalidad la visita ordenada en Ley resulta innecesaria¹⁵⁶.

El 26 de septiembre de 2006, nueve meses después de que se dictó la sentencia que declaró el concurso mercantil, se emitió sentencia que declaró la quiebra a la persona moral y patrimonio fideicomitido.

En esta sentencia se observa que una vez abierta la etapa de conciliación ésta se desarrolló en un plazo de 185 días naturales como lo marca la ley, por lo que al no haberse solicitado alguna prórroga y no haber sometido a consideración del juez convenio judicial alguno, éste procedió a declarar la quiebra de la persona moral y del Patrimonio fideicomitido en términos del artículo 167, fracción II, de la LCM que dispone:

“Artículo 167.- El Comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando:

II. Transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en esta Ley”

¹⁵⁶ En relación al comerciante AUTOCONSTRUCCION S.A. de C.V., éste acreditó su legitimación para solicitar el concurso y ser declarado en tal, mediante estados financieros de los ejercicios 2002 al 2004.

Respecto de esta sentencia, al ser consecuencia de la declaración de concurso, no se hará mayor detenimiento en relación de las cuestiones que, manifestadas con motivo de la sentencia que declaró el concurso, se repiten en la que declara la quiebra, pues particularmente en el caso del patrimonio fideicomitido ambas declaraciones obedecen a consecuencias legales del artículo 35 como 167 de la LCM y no al actuar de las partes en el proceso¹⁵⁷.

Como consecuencia de la declaración de quiebra, en términos del artículo 169 de la LCM, el juez suspendió la capacidad de ejercicio de la persona moral concursada respecto de los bienes y derechos que integran todo su patrimonio y que actualmente conformaron la masa de la quiebra, en relación al fideicomiso lo precisó de la siguiente forma:

“CUARTO. Por lo que hace al Patrimonio Fideicomitido Empresarial (Fideicomiso Irrevocable de Administración e Inversión Número 04903-1, siendo la Fiduciaria Banca Serfín, Sociedad Anónima, División, Fiduciaria), se declara que queda suspendida la capacidad de ejercicio de la fiduciaria con relación a la materia y fines del fideicomiso, conjuntamente con los parámetros que novaron el negocio fiduciario, contenidos en el convenio modificatorio y sobre el contrato de fideicomiso irrevocable de inversión que son los siguientes: [detalle de los bienes susceptibles de integrar al patrimonio fideicomitido].”

...

Dicho fideicomiso ahora será administrado por el síndico quien para el ejercicio de sus funciones y con sujeción a lo previsto en el artículo 180 de la Ley de Concursos Mercantiles, contará con las más amplias facultades de dominio y de administración que en derecho proceda, consecuentemente, el comité técnico y los delegados fiduciarios en el fideicomiso deberán entregar al síndico toda la información y documentación relativa a tal fideicomiso, con el fin de que pueda desarrollar su encargo.

Se puede observar en este último, punto que todo el proceso fue llevado por el patrimonio fideicomitido “representado” por un apoderado especial, del cual se desconoce el origen y amplitud de sus facultades y respecto del cual se presume no fue designado por la fiduciaria, sin embargo, los efectos en la persona del quebrado no se omiten ni recaen en el solicitante-patrimonio fideicomitido, sino que recaen en la

¹⁵⁷ Cabe señalar que ninguna de las sentencias aquí analizadas, de conformidad con la información proporcionada por el IFECOM, fue recurrida por lo que ambas quedaron firmes.

fiduciaria, quien además de no solicitar el concurso, no estuvo notificada en el proceso de los alcances de la solicitud.

Si los efectos recaen sobre la institución fiduciaria considero que es ésta quien debería ser la facultada para solicitar el concurso mercantil y es a quien se le debería someter al proceso de concurso evitando la incorporación de figuras ajenas al derecho mexicano como un fideicomiso con personalidad jurídica. En el caso concreto estimo que resulta incongruente que los efectos del concurso mercantil recaigan en un sujeto que no estuvo debidamente emplazado o notificado de dicho proceso, notificación que en su caso debió realizarse en forma de demanda.

Como se puede observar existen diversas lagunas que ante un conflicto entre los intereses de acreedores del fideicomiso y su titular, podrían generar que la sola declaración de concurso mercantil deviniera en una etapa de difícil tramitación, impidiendo de forma directa que la empresa del comerciante fuera conservada con motivo de dilaciones procesales, en una situación financiera en la que el tiempo apremia para poder llevar a buen término el rescate de la empresa.

Al efecto, es importante hacer notar la presencia de irregularidades procesales en una secuencia concursal en la que no existió propiamente *litis*, lo que de cierto modo minimiza su complejidad:

1. La acumulación ilegal de dos procesos de concurso mercantil.
2. Incertidumbre en la modalidad bajo la cual se tramitó el concurso mercantil pues de derecho estamos frente a una solicitud de concurso, sin embargo, de hecho la institución fiduciaria, como titular de los bienes objeto del fideicomiso, no fue notificada de las pretensiones del patrimonio fideicomitido por conducto de su apoderado especial. Considero que en este caso el procedimiento debió haberse llevado como demanda, supuesto ante el cual, hubiera sido totalmente correcto que en caso de impedir la visita la fiduciaria hubiese sido declarada en concurso.

3. Queda la interrogante de la forma en la que queda regulado y relegado el secreto bancario ante la obligación de la fiduciaria de entregar documentos al visitador, quien es un auxiliar del juez pero no constituye autoridad.
4. La viabilidad de aplicar el artículo 35 de la LCM como sanción en caso de solicitudes de concurso mercantil.

Una vez que han sido reflexionados estos dos procesos, considero que si bien existen diversos aspectos que hacen de difícil concepción el concurso mercantil en contra del patrimonio fideicomitido no es dable proponer la eliminación de dicho supuesto legal sino de su adecuación, ello en aras de lograr la armonía con el sistema legal mexicano y principalmente el cumplimiento de los fines del fideicomiso: la conservación de la empresa.

Antes de intentar propuesta alguna, se hará una revisión de la forma en la que éste supuesto ha sido abordado en otras latitudes legislativas a efecto de identificar puntos de contacto y/o divergencia que nos lleven a una mejor postura.

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO EN EL TRATAMIENTO DEL CONCURSO MERCANTIL VINCULADO AL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

El objetivo del presente capítulo es abordar la forma en la que el fideicomiso y el concurso mercantil son considerados en otras latitudes jurídicas, a efecto de determinar si en ellas el patrimonio fideicomitido para actividad empresarial es susceptible de constituirse como sujeto de concurso mercantil, como sucede en el derecho mexicano.

Para efectos de lo anterior, el estudio será planteado en relación a una muestra aleatoria de países integrantes del Sistema jurídico de filiación romano-cristiana, constituido en mayor parte por países latinoamericanos y gran parte de países europeos como España, Francia o Italia, sistema también conocido como del *civil law* o del Derecho continental, al que pertenece México; por otra parte, se abordará la regulación generada en el denominado Derecho común inglés o *common law*, pues, como se ha estudiado, el fideicomiso mexicano encuentra sus antecedentes en el *trust* del derecho anglosajón, sistema integrado principalmente por la Gran Bretaña y los Estados Unidos de América¹⁵⁸.

1. DERECHO CONTINENTAL.

1.1. ARGENTINA.

1.1.1 CONCURSO MERCANTIL.

El concurso mercantil en Argentina está regulado por la Ley 24.522 o Ley de Concursos y Quiebras, promulgada y sancionada en 1995¹⁵⁹, así como por sus respectivas leyes modificatorias 25.589 y 26.086.

¹⁵⁸ Cfr., CASTAÑAN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1999, pp. 28- 33.

¹⁵⁹ Ley consultada al 5 de junio de 2012 a través de la base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Argentina, en la página electrónica <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm#1>

Este proceso descansa sobre el principio de universalidad pues sus efectos se producen en la totalidad de bienes del deudor salvo aquellos que bienes que deban excluirse por disposición normativa (Art. 1º de la ley 24.522). El mismo está comprendido por dos etapas: concurso preventivo y quiebra.

El criterio objetivo para la declaración del concurso preventivo es la cesación de pagos. De conformidad con lo dispuesto por el artículo primero de la Ley 24.522, la cesación de pagos puede ser entendida como “un estado general y permanente de desequilibrio patrimonial, que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles”¹⁶⁰. En términos del artículo 78 de la Ley, la cesación de pagos se actualiza cuando “el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan”.

Ariel Ángel Dasso precisa que en la ley argentina existen supuestos limitados en los que a pesar no constituirse una verdadera cesación de pagos, puede iniciarse el proceso concursal por ejemplo, la declaración de concurso para el demandado en el extranjero en relación a créditos que deban hacerse efectivos en Argentina, de conformidad con el artículo 4 de la misma Ley¹⁶¹.

El criterio subjetivo del concurso mercantil encuentra su regla en la personalidad jurídica del sujeto con independencia de su calidad o no de comerciante. Ángel Dasso apunta: “toda persona física y persona jurídica de carácter privado es sujeto de los procedimientos concursales, de la misma manera que las sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal fueren parte. También lo es el patrimonio del fallecido en tanto separado de los sucesores y los deudores domiciliados en el extranjero pero sólo respecto de los bienes existentes en el país. Sólo están expresamente excluidos del concurso los sujetos cuyas crisis son reguladas por leyes especiales: de entidades de seguros; del sistema integrado de jubilaciones y pensiones. Las sociedades

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 306.

¹⁶¹ ANGEL DASSO, Ariel, *Derecho concursal comparado*, Editorial Legis, Argentina, 2008, pp. 118-119

mutuales, originariamente excluidas, fueron sin embargo consideradas sujetos del procedimiento en virtud de la ley 25.374, art. 37”¹⁶².

La Ley de Concursos y Quiebras dispone:

“Artículo 2°.- Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos:

- 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores.
- 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.”

En primer término es de hacer notar que no existe una regulación diversa para comerciantes y no comerciantes en aquél país, sino que basta acreditar la existencia de un estado de cesación de pagos atribuible a alguno de los sujetos que detalla la ley, sea de existencia *visible* ó *ideal*.

Cabe señalar que en el Derecho argentino existen dos tipos de personas, las personas de existencia ideal y las personas de existencia visible. El Código Civil de la Nación regula: “todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas”¹⁶³. En este sentido se puede precisar, que las personas de existencia visible son el equivalente al término de personas físicas del derecho mexicano, en tanto las personas ideales corresponden a las personas morales o jurídicas.

¹⁶² *Ibidem*, p. 118.

¹⁶³ Art. 32 del Código Civil de la Nación, Argentina. Legislación consultada al 5 de junio de 2012 a través de la base de datos del Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Argentina en la dirección electrónica http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_librol_S1_tituloI.htm.

De acuerdo al Código Civil de la Nación existen dos tipos de personas ideales o morales, primeramente las personas ideales públicas: conformadas por el Estado, Provincias, Municipios, Entidades Autárquicas (entidades con personalidad jurídica propia con responsabilidad subsidiaria del Estado argentino) y las Iglesias. Por otro lado existen las personas ideales de carácter privado conformadas por: Asociaciones y Fundaciones con patrimonio propio y sociedades civiles y comerciales. Supuestos en los que de ninguna forma queda comprendido el fideicomiso¹⁶⁴.

Como excepción a los aspectos de personalidad jurídica del concursado, encontramos que de acuerdo con la legislación argentina se puede tramitar el concurso preventivo en relación a los bienes del finado con independencia de que exista una empresa en funcionamiento, esta acción puede ser ejercida por cualquiera de los herederos pero deberá ratificarse por el resto de ellos (Artículo 11, Ley 24.522).

1.1.2 FIDEICOMISO.

a) NATURALEZA JURÍDICA.

El fideicomiso se encuentra regulado en la Ley 24.441 o Ley del Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Al igual que la legislación mexicana, la ley provee una definición del fideicomiso pero no precisa de forma determinante cuál es la naturaleza jurídica del mismo. La ley 24.441 dispone:

“ARTICULO 1º — Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”

¹⁶⁴ Art. 32 a 35 del Código Civil de la Nación, Argentina.

Al igual que en México, en aquél país sudamericano se presentan una serie de discusiones doctrinarias en relación a la naturaleza jurídica del fideicomiso, algunas de esas posturas lo impulsan como un contrato y algunas otras argumentan que se trata de un negocio jurídico, acto jurídico o negocio fiduciario, según el autor que las sustente. Carlos A. Molina Sandoval refiere que el antecedente de la actual regulación, es decir, el proyecto de 1998 del Código Civil de la República de Argentina unificado con el Código de Comercio, mejor conocido como Proyecto 1998, estableció en su artículo 1452 qué se entiende por fideicomiso, lo que se realizó de la siguiente forma: “[el fideicomiso es] el contrato por el que el fiduciante o fideicomitente se compromete a transmitir la propiedad de bienes al fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio del beneficiario que se designe en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”¹⁶⁵ situación por la que sostiene el fideicomiso se trata de un contrato.

Aspecto sobre el que no se abunda en razón de las consideraciones realizadas en torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso en el Capítulo I del presente trabajo.

b) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.

Carlos A. Molina Sandoval precisa: “En esencia, el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que es un medio o vehículo apto para otorgar seguridades y garantías a un negocio subyacente determinado. En efecto, *constituye un patrimonio separado* del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, salvo la acción del fraude”¹⁶⁶

En la República de Argentina el derecho real de dominio es aquél por virtud del cual un bien o una cosa se encuentra sometida a la acción y voluntad de su titular. El dominio perfecto está caracterizado por su perpetuidad y la ausencia de gravámenes, este derecho deviene en imperfecto cuando está sujeto a una temporalidad determinada o

¹⁶⁵ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Euros editores, Argentina, 2009, p. 17.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 19.

bien a un gravamen específico¹⁶⁷, el Código Civil de la Nación regula en relación a éste último lo siguiente:

“Art. 2.661. Dominio imperfecto es el derecho real, revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”.

Como fue anotado, este tipo de dominio o forma de propiedad se denomina imperfecto pues su principal característica es que carece de perpetuidad¹⁶⁸. Dentro de este tipo de dominio se encuentra el denominado “dominio fiduciario” que la misma ley regula de la siguiente forma:

“Art. 2.662. Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso [no mayor a 30 años en términos del art.4º de la ley 24.441], para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

En el mismo sentido el artículo 11 de la ley 24.441 dispone:

“ARTICULO 11. — Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.”

En estos términos, no cabe duda quién es el titular del patrimonio fideicomitado: la institución fiduciaria. Sin embargo, la propiedad de la que esta es titular es imperfecta pues el dominio que ésta tiene sobre los bienes dados en fideicomiso, no sólo deviene en dominio imperfecto sino un dominio fiduciario, lo que implica que además de no ser perpetuo, sus derechos son proporcionales al objeto del fideicomiso. El artículo 17 de la ley 24.441 dispone:

¹⁶⁷ Art. 2.506 y 2.507 Código Civil de la Nación, Argentina.

¹⁶⁸ Cfr., *Ibidem*, pp.80-81.

“ARTICULO 17. — El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.”

Carlos A. Molina Sandoval Precisa: “existe una total separación patrimonial, rasgo estructural del fideicomiso, entre ambos patrimonios [el patrimonio en fideicomiso y el de la institución fiduciaria], ya que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones del fideicomiso, como tampoco los bienes del fideicomiso responden por las obligaciones del fiduciario. No obstante ello el patrimonio fiduciario sí responde por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”¹⁶⁹. En este sentido la ley 24.442 dispone:

“ARTICULO 14. — Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 [de la responsabilidad por daños] del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

“ARTICULO 15. — Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

1.1.3 POSIBILIDAD DE CONCURSO DEL FIDECOMISO.

Ante el supuesto de la insuficiencia de activos para hacer frente a las obligaciones contraídas por la fiduciaria en el ejercicio del fideicomiso, la Ley 24.441 rechaza de forma tajante la posibilidad de quiebra del fideicomiso, a la vez que opta por un proceso de liquidación especial en el que se realizan algunas reminiscencias al derecho concursal. Textualmente regula:

“ARTICULO 16. — Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales,

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 83.

procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24”.

De conformidad con lo anterior, la liquidación del fideicomiso deberá ser realizada una vez acreditada la insuficiencia de fondos y la institución fiduciaria deberá enajenar los activos correspondientes y repartirlos entre los acreedores respetando el orden de privilegios que al efecto establece la Ley de Concursos y Quiebras, rubro similar al reconocimiento, graduación y prelación de créditos del derecho concursal mexicano.

Es incierto a quien le corresponde la acción para determinar si existe o no insuficiencia de bienes para hacer frente a las obligaciones adquiridas con motivo del fideicomiso, sin embargo, puede presumirse que ésta le corresponde a la fiduciaria en virtud de la ley adjetiva civil que dispone:

“Art. 413.- El que ostente un interés legítimo puede entablar acción a fin de hacer cesar un estado de incertidumbre, que le cause perjuicio sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, aún sin lesión actual”

En relación a la forma en que se deberá llevar a cabo la liquidación de la sociedad existen múltiples dudas puesto que la ley 24.441 “no establece cuál es la extensión del término liquidación, ni a qué clase de liquidación se refiere (judicial o extrajudicial). Aun entendiéndose que la liquidación debe efectuarse de manera extrajudicial, tampoco existen pautas concretas que permitan vislumbrar la dinámica de la liquidación [...] no hay normas expresas que contemplen un procedimiento liquidatorio abstracto, habrá que recurrir a alternativas de liquidación de bienes específicas. Pero ¿qué normas?, ¿las del procedimiento sucesorio, societario, concursal o de división de condominio?”¹⁷⁰.

Por esta razón una parte de la doctrina argentina ha pugnado por la incorporación del fideicomiso como sujeto de concurso mercantil, buscando recovecos que permitan al menos la concursabilidad preventiva del fideicomiso para que los deudores entren a la

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 326-327.

esfera de certidumbre otorgada por la ley concursal, ello sin llegar a la quiebra pues ésta la única que queda prohibida por la ley. Ante dicha intención de concursar pero no quebrar, cabe cuestionarse qué sucedería si se declara el concurso preventivo del fideicomiso y al no ser viable continuar con la operación del mismo fuera necesario declarar la quiebra y se estuviera frente a la prohibición expresa de la ley. Considero que la limitación legal es clara, determinante e incluye al supuesto de concurso preventivo.

No obstante lo anterior, autores como Carlos A. Molina Sandoval recogen de forma clara algunas particularidades, las cuales me permito recoger, por un lado apunta:

“Consideramos que no ha sido acertada la exclusión del patrimonio fideicomitado de las soluciones concursales, no se comprende el fundamento de la distinción máxime cuando la Ley Concursal incluye supuestos de liquidación del patrimonio. Así el art. 2 autoriza la declaración de concurso del patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores y de los bienes existentes en el país de deudores extranjeros”¹⁷¹.

Continúa señalando el autor en estudio:

“Si el fideicomiso fuese un sujeto de derecho no habría inconvenientes en incluir el precepto en la norma del art. 2, LCQ [Ley de concursos y quiebras], que establece, como principio, la concursabilidad de todos los sujetos. Pero es un patrimonio. Y, como tal, no encuadra en el supuesto de la norma. Máxime que siendo un patrimonio la aplicación de la ley concursal asume algunas particularidades que no se dan el concurso de las personas (físicas y jurídicas).”¹⁷²

Uno de los argumentos que han permitido que este artículo se mantenga vigente, es que de esta forma el fideicomiso queda sustraído a un proceso concursal que puede resultar

¹⁷¹ Ibídem, pp. 315.

¹⁷² Ibídem, pp. 324.

ser demasiado lento y en perjuicio de los acreedores, traduciéndose en un proceso de liquidación extrajudicial o judicial tan pronta y expedita como lo quieran las partes.

Los detractores sostienen varias críticas al respecto, el primero de los puntos objeto de crítica es considerar como suficiente para la liquidación del fideicomiso “la insuficiencia de bienes fideicomitidos para atender las obligaciones pendientes”, siendo que el concurso va más allá de una mera cuestión aritmética entre activos y pasivos sino de un supuesto de cesación de pagos como el de la Ley de Concursos y Quiebras, es decir, “un estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular a las obligaciones exigibles”¹⁷³.

Además de ese aspecto, considero que uno de los equívocos de la Ley argentina es que parece dejar de lado una de las razones de ser de los procesos concursales, la conservación de la empresa, pues ante la simple insuficiencia de bienes para hacer frente a las deudas contraídas por la fiduciaria con motivo del fideicomiso, se procede de forma directa a la liquidación del patrimonio fideicomitado sin importar la unidad productiva, motor de cualquier economía.

Un segundo aspecto de crítica radica en que la ley 24.441 únicamente remite a la ley concursal en lo que hace la graduación y prelación de créditos, sin embargo, no detalla ni hace remisión en relación a una serie de supuestos de suma importancia que resumo de consideraciones realizadas por Walter Ruben Tonr:

1. De qué forma deberá notificarse a los acreedores de la fiduciaria la decisión de liquidar el mismo el fideicomiso
2. Cómo determinará la fiduciaria si los créditos que le presenten los deudores son legítimos o válidos.
3. No existe una prohibición a la fiduciaria para que continúe disponiendo de los bienes hasta concluida la liquidación.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 306.

4. No se hace mención expresa para que durante el proceso de liquidación no sigan generándose intereses a favor de los acreedores pues éstos serán diversos con cada uno de ellos, un contrato puede prever la generación de intereses a una tasa legal otros pueden ser convenidos y resultar exorbitantes.
5. No se prevé un mecanismo de pago expedito a créditos como los laborales.
6. No se prevé una suspensión acciones patrimoniales “en contra del fideicomiso” ni de ejecuciones en contra del mismo.
7. No se precisa en qué supuestos podrá suspenderse el procedimiento de liquidación, por ejemplo, si un acreedor no es reconocido por la fiduciaria o no fue notificado.
8. Se observa falta de parcialidad pues quien liquida es la fiduciaria, por lo que es menester importar una figura como la del síndico.¹⁷⁴

Estos aspectos radican esencialmente en los límites en la actuación de la fiduciaria como rector de la liquidación en caso de insuficiencia de bienes.

De lo anterior, se puede resumir la existencia de tres corrientes, de las cuales ninguna sostiene que la ley deba mantener su regulación: la primera impulsa reformas a la ley concursal en pro de que el fideicomiso sea sujeto de concurso mercantil; la segunda sostiene como eje una reforma a la ley 24.441 con una remisión clara a la Ley de Quiebras o Concursos en todo lo que no sea previsto por ella a efecto de evitar mayor generación de disposiciones legales; y la tercera impulsa una serie de reformas a la ley 24.441 para que ésta establezca un procedimiento propio que asegure la rapidez del proceso liquidatorio, bajo la premisa de que estas reglas no menoscaben el derecho de terceros, es decir, de los acreedores en estricto respecto a la *par conditio creditorum* o igualdad de trato a todos los acreedores, postura con la que particularmente coincide.

¹⁷⁴ RUBEN TON, WALTER, *El fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra*, Publicaciones de la Universidad Notarial Argentina, Edición virtual obtenida de la página http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf), pp. 1-4.

1.2 ESPAÑA.

2.1 CONCURSO MERCANTIL.

Al igual que en Argentina en España el concurso queda regulado bajo un mismo proceso con independencia de si los sujetos son o no comerciantes. Ariel Ángel Dasso precisa que en el derecho español el elemento subjetivo del concurso mercantil es la persona natural o jurídica sin importar su calidad o no de comerciante, no obstante que el incumplimiento del empresario implique mayores riesgos crediticos, pues la prioridad del legislador fue establecer soluciones idénticas a problemas similares¹⁷⁵.

La exposición de motivos de la ley detalla:“La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”¹⁷⁶.

En este sentido la Ley concursal 22/2003 dispone:

“Artículo 1. Presupuesto subjetivo. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”.

¹⁷⁵ Cfr., ANGEL DASSO, Ariel, *Derecho concursal comparado*, Editorial Legis, Argentina, 2008, p. 495.

¹⁷⁶ _____, *De la Consolidación*, Boletín Oficial del Estado, España, 2010, pp. 6 y 7.

Se puede observar que la Ley Concursal no hace mención particular en relación a la quiebra del fideicomiso y la única posibilidad que hace ver en relación a un ente carente de personalidad es la el concurso de la herencia, con las salvedades que ello implica.

El criterio objetivo para determinar el Concurso queda regulado de la siguiente forma:

Art. 2. Presupuesto objetivo.– La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

1.2.2 EL FIDECOMISO Y LA POSIBILIDAD DE SU CONCURSO.

El fideicomiso es una figura que no ha sido incorporada al Derecho español del todo, actualmente sólo existe regulación en relación a designaciones fiduciarias con fines sucesorios o *mortis causa*.

Con motivo de esta falta de aceptación Esther Arroyo i Amayuelas apunta: “en nuestro estado legislativo actual entiendo que, al no haber ratificado España el CLHT [Convenio de La Haya de 1985], la solución debe pasar por acudir a las instituciones funcionalmente equivalentes en sus fines o efectos, y de ser posible a la vez, en su estructura, aunque, desde luego, los efectos necesariamente tengan que ser limitados y, además, todo ello, conforme a nuestras reglas... Lo expuesto impide admitir el *trust*, sobre todo el angloamericano, en España en tanto no se ratifique la CLHT mientras tanto, habrá que acudir a instituciones equivalentes”¹⁷⁷

Por su parte, Javier Carrascosa González refiere: “el *trust* es un buen ejemplo de institución desconocida en el derecho español. El *trust* no se regula como tal, en

¹⁷⁷ ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Directora), *El trust en el derecho civil*, Editorial Bosch, España, 2007, pp. 62 y 63.

ninguna de sus variantes, en Derecho español ni en otros Derechos continentales. En este primer nivel, es una institución desconocida en Derecho español”.¹⁷⁸

El Código Civil Español únicamente regula lo siguiente:

Artículo 781.

Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Artículo 783.

Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

A modo de conclusión se puede observar que la legislación española únicamente admite el concurso de personas físicas o jurídicas y por excepción el concurso de la herencia siempre que no se haya llevado a cabo su aceptación pura y simple, siguiendo para ello las reglas del derecho sucesorio español.

En dicho sistema no es dable el concurso del fideicomiso o de su patrimonio, en primer lugar por la falta de adopción de esta figura y en segundo lugar pues en los criterios objetivos y subjetivos para llevar a cabo el concurso se observa una clara tendencia regulatoria hacia la persona y no al patrimonio como sujeto independiente de su titular.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 369.

1.3. URUGUAY.

1.3.1 CONCURSO MERCANTIL.

En la República Oriental del Uruguay el Concurso queda regulado por la Ley 18.387 denominada “Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial”¹⁷⁹ promulgada en 2008 y que dispone lo siguiente:

Artículo 1º. (Presupuesto objetivo).- La declaración judicial de concurso procede respecto de cualquier deudor que se encuentre en estado de insolvencia.

Se considera en estado de insolvencia, independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores, al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones.

Es importante hacer notar que a diferencia de la legislación española y argentina, la ley 18.387 uruguaya está dirigida a quién desempeñe actividades empresariales con independencia de si tiene o no el carácter de comerciante.

De conformidad con el artículo primero del Código de Comercio Uruguayo el comerciante es todo aquel individuo que: 1.- Tiene capacidad de contratar; 2.- Está inscrito en la matrícula de comerciantes de aquél país y; 3.- Ejerce actos de comercio haciendo de ello su actividad habitual. Asimismo el Código de Comercio dispone en su artículo sexto: “Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio, no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio”.

En relación a quienes pueden ser sujetos de concurso mercantil la Ley 13.387 dispone:

Artículo 2º. (Presupuesto subjetivo).- La declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, persona física que realice actividad empresarial o persona jurídica civil o comercial.

¹⁷⁹ Legislación revisada al 6 de junio de 2012 en su versión electrónica de la página <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18387&Anchor=> correspondiente al parlamento de la República Oriental del Uruguay.

Se considera actividad empresaria a la actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios.

Se encuentran excluidos del régimen de esta ley el Estado, los entes autónomos, los servicios descentralizados, los Gobiernos Departamentales y las entidades de intermediación financiera, en este último caso con excepción de las normas relativas a la calificación del concurso, contenidas en el Título IX.

En el caso de los deudores domiciliados en el extranjero, se aplicará lo dispuesto en el Título XIII de esta ley. Las personas físicas no comprendidas en la presente ley se seguirán regulando por el Título VII del Libro II del Código General del Proceso (Concurso civil) y normas concordantes.

En este sentido el Título VII del libro II del Código General del Proceso dispone:

“Art. 452. Ejecución colectiva.- Procede la ejecución colectiva cuando el deudor se encontrare en estado de cesación de pagos la que se realizará mediante el concurso para el deudor civil y la quiebra para el deudor comerciante.

La quiebra se registrará por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio.”

De los dos códigos se observa una clara tendencia a la concursabilidad de las personas, sean civiles o comerciantes, sin embargo, al igual que las legislaciones que han sido objeto de análisis, el artículo tercero de la ley concursal contempla el concurso en relación a los bienes del fallecido, regulándose de la siguiente forma:

Artículo 3º. (Concurso de la herencia).- Procederá el concurso de la herencia del deudor fallecido, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la herencia hubiera sido aceptada a beneficio de inventario.
- 2) Cuando, declarado en concurso el deudor, éste hubiera fallecido durante la tramitación del mismo. En este caso, el concurso del deudor continuará de pleno derecho como concurso de la herencia, sin retrotraer las actuaciones.

Cabe precisar que esta ley no contempla posibilidad alguna para el concurso del fideicomiso.

1.3.2 EL FIDEICOMISO

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay dispuso hasta el año 2003 lo siguiente:

Artículo 865. Todo fideicomiso es nulo, cualquiera que sea la forma con que se le revista.

Fue hasta que entró en vigor la ley 17.703 o Ley Fideicomiso que esa figura fue incorporada al Derecho uruguayo, ello genera especial interés pues al ser tan reciente su incorporación se presume como una figura vanguardista y que recoge lo más recientes de doctrina y legislación internacional.

La Ley 17.703¹⁸⁰ define el fideicomiso de la siguiente forma:

“Artículo 1º. (Definición).- El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.”

a) NATURALEZA JURIDICA.

En cuanto a su naturaleza jurídica el fideicomiso es concebido como un negocio jurídico y de acuerdo a los artículos 2, 4 y 5 de la Ley, éste puede revestir dos modalidades:

¹⁸⁰ Legislación revisada al 6 de junio de 2012 en su versión electrónica de la página <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17703&Anchor=> correspondiente al parlamento de la República Oriental del Uruguay.

A) Fideicomiso contrato. Adquiere esta naturaleza cuando es celebrado *inter vivos* y deberá ser otorgado por escrito y elevado a escritura pública cuando así lo exija la naturaleza de los bienes otorgados en fideicomiso. Este acto transmite la propiedad de los bienes, consecuentemente transmite la titularidad de los derechos reales o personales en relación a los bienes fideicomitidos.

Los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso contrato son bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros, incluyéndose las universalidades de bienes.

B) Fideicomiso testamento. En virtud de este acto el testador confiere al fiduciario el derecho personal de reclamar a los herederos la entrega de los bienes y derechos que lo integran. Pueden ser objeto de éste todos los bienes integrantes de la herencia o una parte de ésta o sobre bienes, derechos, universalidades de bienes, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio.

b) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO

La legislación Uruguaya es expresa en aceptar la teoría del patrimonio en afectación, pues precisa:

Artículo 6°. (Propiedad Fiduciaria).- Los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario.

El conjunto de bienes y derechos fideicomitidos deberá individualizarse en el instrumento que los determine.

...

Si el fiduciario fuera una persona casada bajo el régimen legal de sociedad conyugal, los bienes y derechos fideicomitidos, no ingresarán a la masa de gananciales, rigiéndose a todos los efectos por las normas que regulan los bienes propios. La retribución que el fiduciario casado perciba por su actividad se rige por los principios generales.

Del artículo transcrito se observa que con el fideicomiso se crea un patrimonio autónomo cuyo titular es la fiduciaria de conformidad con el artículo primero previamente citado, la cual dicho sea de paso podrá ser cualquier persona física o jurídica que tenga

capacidad para ejercer el comercio de conformidad con el artículo 11 de la ley, existiendo de forma paralela un Registro público de fiduciarios profesionales y la restricción para que en el fideicomiso financiero sea fiduciaria una institución de intermediación financiera o una sociedad administradora de fondos de inversión¹⁸¹.

1.3.3. POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL FIDIECOMISO

Si partimos de los supuestos del concurso uruguayo en los que solo las personas en insolvencia y que realicen actividades empresariales pueden ser objeto de este proceso judicial; y del fideicomiso en que la fiduciaria indiscutiblemente es la titular del patrimonio fideicomitado y éste se erige como patrimonio en afectación o autónomo del de la fiduciaria; considero que la fiduciaria no tendría limitantes para ser sometida a concurso mercantil en relación, única y exclusivamente, de los bienes que integran el patrimonio afectación del fideicomiso pues tenemos un comerciante titular de un patrimonio, el fideicomitado, y un estado de insolvencia propio de la fiduciaria con relación a dichos bienes.

No obstante lo anterior, al igual que la legislación argentina, la uruguaya es clara e impide la quiebra o concurso en relación al patrimonio fiduciario. La ley 13.703 dispone lo siguiente:

Artículo 8º. (Alcance de la responsabilidad).- Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra, concurso o liquidación judicial. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario según disposiciones contractuales, procederá su liquidación privada, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

¹⁸¹ Los Fideicomisos Financieros son aquellos en los que los beneficiarios son titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario, títulos representativos de deuda garantizados con los bienes que integran el fideicomiso o de títulos mixtos que otorgan derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente, en este tipo de fideicomisos sólo pueden fungir como fiduciarias bancos y sociedades administradoras de fondos de inversión (Art. 25 y 26)

Asimismo, el artículo 31 de la misma ley determina:

Artículo 31°. (Insuficiencia patrimonial).- En el caso de insuficiencia del patrimonio del fideicomiso financiero para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el fiduciario frente a terceros, o en el caso de otras contingencias que pudieran afectar dicho cumplimiento, el fiduciario citará a los tenedores de títulos de deuda a los efectos de que, reunidos en asamblea resuelvan sobre la forma de administración y liquidación del patrimonio.

La convocatoria de la asamblea de tenedores de títulos de deuda, se regirá por las normas de la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989, en cuanto a la convocatoria de asambleas de sociedades anónimas, en lo pertinente.

Se observa que la regulación es similar en relación a Argentina pues hace de lado de forma tajante la quiebra o concurso del fideicomiso, sin embargo, es más específica que ésta, pues hace por un lado la remisión a la ley concursal para la graduación y prelación de créditos y, por otro lado, remite a la legislación societaria para el caso de la liquidación del patrimonio, situaciones no previstas en la legislación argentina. No obstante ello existen diversos puntos de incertidumbre como los planteados por Walter Ruben Ton en relación a la legislación argentina y para las que me remito al punto 1.1.3 del presente capítulo en aras de evitar repeticiones innecesarias.

2. DERECHO ANGLOSAJÓN.

2.1 EL TRUST.

2.1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA

El *trust* es el equivalente en el derecho anglosajón del fideicomiso, de hecho, como fue referido en páginas precedentes, esta figura constituye un antecedente directo del fideicomiso mexicano y de las modalidades adoptadas en otros países como Argentina o Uruguay, sin embargo, se deberá considerar que cada una de estas figuras se ha desarrollado de acuerdo a las exigencias propias de los sistemas en las que se han regulado, por lo que son figuras independientes y distintas.

En el sistema anglosajón no existe una concepción uniforme entorno a esta institución, de hecho los teóricos parecen haber desestimado dicha tarea, pues consideran que al

precisar la forma en la que una figura debe concebirse se limita necesariamente su versatilidad, característica indiscutible del *trust*.

Maitland y Scott citados por Rodolfo Batiza indican: “el *trust* es una institución de gran elasticidad y amplitud, tan elástico y amplio como el contrato, no hacemos alarde de nuestro concepto de contrato, pero ello se debe a que en todos los sistemas jurídicos se encuentra el mismo concepto, y en todos ellos es tan elástico y amplio como el nuestro. El *trust*, en cambio es un medio para hacer disposición de bienes, y ningún otro sistema jurídico cuenta para ese objeto con un instrumento tan flexible, y es esto lo que hace al *trust* único, pues los fines para los cuales puede emplearse son tan ilimitados como la imaginación de los abogados”¹⁸².

En el mismo sentido, Sonia Martín Santisteban expresa: “resulta difícil, por no decir imposible, dar una definición única del instituto del *trust*. Ante todo porque no existe “el *trust*” sino una serie innumerable de *trusts* [...] los propios juristas de *common law* no coinciden en una noción unívoca del instituto. Buena prueba de ello son las definiciones que nos ofrecen los textos norteamericanos del *Second Restatement of the law, Trust*; el proyecto del *Third Restatement* y el *Uniform Trust Code*”¹⁸³.

A continuación se revisarán algunas nociones sustentadas por diversos autores, sin ánimo de exhaustividad, pues coincido que dicha tarea además de resultar aventurada podría devenir en infructuosa, sino únicamente para sentar bases que permitan identificar cómo se entiende y regula al *trust*.

En este sentido, El *Restatement of the law, Trust*¹⁸⁴ precisa: “Un *trust* cuando no va calificado con el término “*charitable*”, “*resulting*” o “*constructive*” [caritativo, resultante o

¹⁸² BATIZA, Rodolfo, *Tres estudios sobre el fideicomiso*, Imprenta Universitaria, México, 1954, p. 30.

¹⁸³ MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del “Civil Law”*, Editorial Aranzadi, España, 2005, pp. 32 y 33.

¹⁸⁴ El *Restatement* es una recopilación o sistematización de jurisprudencia emitida por los tribunales de los Estados Unidos de América, éstos son elaborados por el Instituto de Derecho Norteamericano y aunque carecen de validez

constructivo], es una relación fiduciaria sobre la propiedad que sujeta la persona titular de dicho derecho, a obligaciones en equidad en beneficio de otra persona y que surge como resultado de una manifestación de la voluntad de crearlo”¹⁸⁵.

Martín Santisteban aporta: “el *trust* de *common law* consiste en una relación fiduciaria en virtud de la cual un sujeto llamado *trustee*, a quien le son atribuidos los derechos y poderes de un autentico propietario, gestiona un patrimonio con una finalidad preestablecida, lícita y no contraria al orden público”¹⁸⁶.

Por su parte Javier Carrascosa González indica: “el *trust* anglosajón es la relación jurídica creada por acto *inter vivos (trust ded)* o *mortis causa (will)* por una persona constituyente del *trust (settlor)*, mediante la colocación de bienes o activos bajo el control de otra persona (*trustee*), en interés de un beneficiario (*beneficiary* o *cestui que trust*) o con un fin determinado”¹⁸⁷.

Según las consideraciones hechas este último autor, el *trust* o fideicomiso anglosajón tiene fundamentalmente dos modos de concebirse:

- *Trusts* legales. Aquellos creados por los tribunales cuando así lo prevé la ley, por ejemplo para evitar enriquecimiento ilegítimo en una sociedad o para la liquidación de bienes atribuibles a un sujeto declarado en quiebra (*constructive trust* o interpretativos).
- *Trusts* voluntarios. Es decir, un negocio jurídico creado por el *settlor* que crea relaciones multilaterales. De acuerdo con sus finalidades pueden ser:
 - o Sucesorios, cuando son constituidos a favor de personas determinadas que poseen derechos sucesorios como los hijos menores.

oficial, sin embargo, recogen reglas de derecho en el sistema anglosajón y constituyendo una fuente indirecta en la aplicación del Derecho.

¹⁸⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *op. cit.* p. 35.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹⁸⁷ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER (Directora), *op. cit.* p. 366.

- De economía matrimonial, cuando son constituidos para la administración de los bienes conyugales.
- De inversión, cuando es constituido para la gestión de valores mobiliarios, de pensiones, de representación, obtención de otros bienes, etc.

De lo anterior, se puede observar una versatilidad mayor a la que presenta el fideicomiso del derecho mexicano, incluso una comparación entre dos de las modalidades del *trust* podría arrojar figuras diametralmente distintas. En razón de lo anterior, el estudio será centrado en una categoría denominada de los llamados *trust expresos*, tal como lo hace Rodolfo Batiza.

El *trust expreso* es aquél del que puede acreditarse su existencia y la voluntad de su creador. Se constituye a través de la manifestación verbal, escrita o por cualquier otro medio que pueda ser acreditado. En dicha manifestación se deben describir los elementos en los que el *trust* se desenvolverá, por ejemplo, precisar los bienes que formaran parte del *trust*, señalar los sujetos que fungirán como *trustee* y beneficiario, y/o delimitar los fines para los cuales es creado.¹⁸⁸

Quedan excluidas las siguientes modalidades de la categoría de *trust expresos*:

- *Resulting trust*: Aquellos en los que no existe un consentimiento expreso o bien en los que después de su análisis se desprende que no se concedió un beneficio o derecho a favor otro.
- *Constructive trust*: Creados por un tribunal en una situación determinada a efecto de impedir el enriquecimiento ilegítimo de una de las partes en un juicio.
- *Charitable trust*: *Trusts* asimilables a las fundaciones, revisten interés social y su naturaleza no puede limitarse a un contrato¹⁸⁹.

¹⁸⁸ YARZA OCHOA, Carlos, *El derecho de propiedad en el fideicomiso*, Tesis Profesional, Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, México, 1949., pp29.

¹⁸⁹ BATIZA, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 45-46.

Sergio Cámara Lapuente indica que deben concurrir tres tipos de certezas para la constitución del *trust*: 1) la certeza de constitución del *trust*, sea de forma expresa o presunta; 2) la certeza de quiénes son los beneficiarios-objeto de la liberalidad del que constituye, pues son éstos quienes en un momento dado pueden exigir el control del *trust* y; 3) la certeza de cuáles son los bienes objeto del *trust*, lo que implica la plena identificación de éstos, a efecto de que constituyan un patrimonio separado del que le corresponde al *trustee* o *fiduciaria*¹⁹⁰.

De acuerdo con Rodolfo Batiza, los principales medios para la creación de los *trusts expresos* son los siguientes:

- Declaración de *trust*: En este *trust* no existe transmisión de bienes y tiene lugar cuando el titular de los bienes, el *settlor*, adquiere el carácter de *trustee* para que los beneficios sean recibidos por un tercero. Situación que en el derecho mexicano no es contemplada.
- Ejercicio de una facultad de designación: Se presenta cuando una persona realiza una donación o testamento a favor de otra, para que ésta última designe al *cestui que trust* o beneficiario que recibirá los frutos del fideicomiso. Únicamente se concede una facultad de decisión, en ejercicio de la cual podrá también nombrar el *trustee*.
- Promesa de *trust*: Consiste en la promesa que hace el *settlor* a una persona para designarla como beneficiaria. Si fue gratuita y no consta en instrumento sellado, carece de obligatoriedad¹⁹¹.

De acuerdo con Rodolfo Batiza, las diversas formas de creación del *trust expreso*, resumidas en líneas que preceden, pueden ser matizadas “artificialmente” como propias de un contrato. Sin embargo, se puede concluir que las finalidades y la naturaleza de cada una de las acciones que dan lugar al *trust* durante su constitución, se asemejan

¹⁹⁰ Cfr., CAMRA LAPUENTE, Sergio, *El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea*. En *Derecho Privado Europeo*, Ed. Colex, España, 2003, p. 114.

¹⁹¹ Cfr., BATIZA, Rodolfo, *op. cit.* pp.44-49.

más a lo que identificamos como una declaración unilateral de voluntad, pues para que sea válido el único requisito es que se pueda acreditar la voluntad del creador y no el consentimiento o aceptación del *trustee*¹⁹².

Sonia Martín Satisteban refiere que se deben distinguir dos momentos: el “negocio constitutivo” y el “negocio dispositivo”. En el primero el *trustor* dispone la forma o criterios bajo los cuales el *trustee* deberá llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones por lo que constituye un negocio unilateral que no requiere aceptación expresa del *trustee* por lo que si éste desea desvincularse deberá manifestarlo de forma expresa, este acto no reviste ningún requisito especial más allá de acreditar la voluntad del *settlor*¹⁹³. En cambio, el negocio dispositivo puede ser uno o que exista pluralidad de ellos, este acto es necesario para que el *trust* pueda producir plenamente los efectos deseados pues en este separa el patrimonio del *trustor* a favor del *trustee*, de acuerdo a las finalidades que hayan sido establecidas en el acto constitutivo. Si sólo existiera el negocio constitutivo el beneficiario carecerá de acción legal para exigir el cumplimiento.

La formalidad requerida en cada para el negocio dispositivo es proporcional a los requisitos de forma para la transmisión de la propiedad de los bienes que integren el *trust*. Para el negocio constitutivo el único requisito es que pueda probarse su existencia.

2.1.2. PERSONALIDAD Y SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES EN TRUST.

De conformidad con Sergio Cámara Lapuente: “el *trust* carece de personalidad jurídica. La gran ventaja que comporta es que supone la constitución de una universalidad jurídica, un conjunto separado de bienes y derechos dentro del patrimonio del *trustee*, sin haber de observar ninguna formalidad especial. Dicho patrimonio no es una persona jurídica; nunca el *common law* ha acudido a la personificación para considerar el *trust*, sin perjuicio de que en determinados casos, el *trustee*, pueda, opcionalmente, ser una sociedad o persona jurídica¹⁹⁴.”

¹⁹² Cfr., BATIZA, Rodolfo, *op. cit.* p. 61.

¹⁹³ Cfr., MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto...*, *op. cit.*, pp 43 a 46.

¹⁹⁴ CAMARA LAPUENTE, Sergio, *El trust y la fiducia...* *op. cit.*, p. 113.

Es indudable que la propiedad del *trust* le corresponde al *trustee*, a quien se puede identificar como la fiduciaria. En este sentido Sonia Martín Santisteban precisa: “al *trustee* le corresponde la *legal ownership*, lo que significa que le corresponde la propiedad pero que su título es considerado por la *Equity* como un título no pleno. El ejercicio de su derecho se encuentra sujeto a los límites que implica el tener que actuar en beneficio ajeno. Ello no limita la validez ni la eficacia de los actos que pueda realizar”¹⁹⁵.

En palabras de Roberto Molina Pasquel el *trust* “es una propiedad regida por la ley de la que es titular el *trustee* pero respecto a la cual no debe (aunque sí puede) ejercitar ilimitadamente los derechos que la Ley reconoce a los propietarios, sino sólo los que le obliga y permite ejecutar un conjunto de normas positivas de eficacia procesal, que se llaman reglas de equidad. Puede, sí, el *trustee* vender en ejercicio de las atribuciones que al propietario le reconoce la Ley Común; pero si no debió hacerlo, un tribunal puede nulificar esa venta con una larga serie de consecuencias, ya que violó una regla de conducta que lo obligaba a no ejecutar los derechos que conforme a la ley tenía y podía ejercitar”.¹⁹⁶

De acuerdo con Sergio Cámara Lapuente en el fideicomiso convergen dos tipos de titularidades, la del *trustee* y la del beneficiario “el *trustee* posee una propiedad legal, por el hecho de la transferencia de los bienes, que se defiende por el Derecho estricto (reglas y tribunales de *common law* en el específico sentido de *ius civile*). Por tanto, según el *common law* el fiduciario es el titular del derecho transferido y las obligaciones que adquiere en el momento de la adquisición no son exigibles conforme a este Derecho, sino sólo a través de una jurisdicción distinta, la *Equity*, con sus reglas y tribunales propios. Gracias a ella, el beneficiario ostenta una propiedad de equidad. El

¹⁹⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto... op. cit.*, p. 54.

¹⁹⁶ MOLINA PASQUEL, Roberto, *Ensayo sobre la propiedad en el trust. Jus. Revista de derecho y ciencias sociales*, TOMO XXIV, México, julio-septiembre 1950, p. 528.

derecho de la titularidad del *trustee* está, de esta forma, sometido plenamente al interés del beneficiario o del fin establecido para el *trust*¹⁹⁷

Se puede concluir que en el *trust* se constituye un patrimonio nuevo que le corresponde al *trustee* pero que no se confunde con el patrimonio de éste, es decir, un patrimonio autónomo o lo que en México se ha adoptado como patrimonio en afectación, lo que lo sustrae de las acciones que intenten ejercerse en contra del *settlor* o *trustee*. Así el artículo III.2 de los *Principles of european trust law*¹⁹⁸ sugiere:

“el fondo del trust sólo responde frente a pretensiones de terceros acreedores respecto a sus relaciones con el trustee en su calidad de tal”.

Cabe señalar que la defensa de los bienes del *trust* o *trust fund* le corresponden al *trustee*, tal como sugieren los criterios de los tribunales mexicanos, sin embargo, algo que resulta fundamental es que a diferencia de los sistemas legales estudiados, en el derecho anglosajón el *trustee* responde de forma directa del incumplimiento de obligaciones con motivo de su actuar, con el derecho de replicar en contra de los bienes del *trust fund*.

En ese sentido, Sonia Martín Sasteban precisa: “el *trustee* es quien responde de forma personal e ilimitada de las obligaciones que contrae con terceros en el cumplimiento de su cargo, aun no mediando mala fe por su parte. El tercero no puede dirigirse directamente contra el *trust fund*. Sólo puede sobrogarse en el derecho que corresponde al *trustee* a ser indemnizado con cargo al *trust* de los daños que sufra con ocasión de su gestión y que no le sean imputables. Luego, en el caso de que el *trustee* no haya incurrido en un *breach of contract* [incumplimiento de contrato] y no tenga derecho a indemnización alguna, el tercero no puede satisfacerse con los bienes del *trust*. La

¹⁹⁷ CAMARA LAPUENTE, Sergio, *El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea*. En *Derecho Privado Europeo*, Ed. Colex, España, 2003, pp113.

¹⁹⁸ Los *Principles of european trust law* corresponden a una conferencia internacional llevada a cabo en la Haya en 1999 que continuó los trabajos de la Convención de la Haya de 1985 sobre La ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento.

acción de los terceros es imprescriptible en el caso de que el *trustee* hubiera actuado fraudulentamente y éste no tiene la posibilidad de compensar el daño con un eventual lucro anterior o posterior. Todo ello asegura la conservación de la consistencia económica del *trust fund*, incluso en caso de insolvencia del *trustee*¹⁹⁹.

En este mismo sentido Cristina Gonzalez Beilfuss refiere: “el *trust* no es una persona jurídica, por lo que el *trustee*, al que se considera “propietario” de los bienes del *trust*, actúa en su propio nombre. Por esta razón es personalmente responsable respecto a los terceros con los que contrate. Si la actuación del *trustee* no ha infringido el *trust* tendrá derecho a resarcirse con cargo a los fondos del *trust* y es, incluso, usual que el instrumento del *trust* establezca este derecho de resarcimiento aún en caso de *breach of trust* siempre que no concurriera mala fe.”²⁰⁰

Este mismo autor apunta que han sido diversos los intentos por asimilar al *trust* con la constitución de una sociedad o persona moral, incluso la Ley suiza de Derecho Internacional Privado contiene una calificación de persona moral que puede comprender al *trust*. Indica que el artículo 150 de dicha ley establece que una sociedad queda constituida por toda unión de personas organizadas o de todo patrimonio organizado, tal y como sucede con el patrimonio dado en fideicomiso. También en el derecho alemán existen autores que equiparan al *trust* como una forma de persona moral.²⁰¹

En relación a la operación del *trust*, los *Principles of european trust law*²⁰² precisan que en el *trust*:

- Es posible la existencia de más de un *trustee* y más de un beneficiario.
- El *trustee* puede asumir el carácter de beneficiario.

¹⁹⁹ MARTIN SATISTEBAN, Sonia, *op. cit.*, p.73-74.

²⁰⁰ GONZALEZ BEILFUSS, Cristina, *El trust. La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, BOSH Casa Editorial, España, 1997, p. 37.

²⁰¹ *Cfr., Ibidem*, pp. 95-96.

²⁰² Es un texto publicado en 1999 que ofrece reglas que pueden servir como referentes a aquellos estados que decidan a desarrollar legislativamente la figura del *trust*, como guía a los prácticos que deban interpretar instituciones afines, y como reglas subsidiarias a las que puedan remitirse los contratantes. Tomado de Sonia Martín Satisteban, *La institución...*, *Op Cit.*, p.41.

- El beneficiario tiene derechos personales sobre el fondo del *trust* y puede tener igualmente derechos reales frente al *trustee* y frente a los terceros a quienes se hubiesen transmitido ilícitamente bienes del *trust*.
- El *trustee* es propietario de los bienes del *trust*, los cuales constituyen un patrimonio separado del personal.

2.2. LA QUIEBRA O BANKRUPTCY.

El derecho concursal o derecho de quiebras en los Estados Unidos de América está regulado por el *U.S. Code*²⁰³, concretamente en el Título 11 denominado *Bankruptcy* o Quiebra, así como por las leyes locales de cada uno de los 50 estados de aquél país²⁰⁴.

Ariel Ángel Dasso resume la estructura legislativa de la quiebra en el derecho anglosajón de la siguiente forma: “El Título 11 está integrado por siete capítulos originarios, luego ampliados para la regulación de la crisis del empresario agrícola en 1986 (Capítulo 12 “*Family farmer*”) y más recientemente para el tratamiento de la insolvencia internacional (Capítulo 15), incorporado por la reforma *Bankruptcy Prevention abuse and Consumer Protection*. Los tres primeros capítulos están conformados por normas que se aplican a todos los procesos concursales, mientras que los seis restantes incluyen procedimientos diferenciados por sus sujetos o bien, por su finalidad. En algunos casos existe recíproca remisión de normas, de modo que mientras algunas tienen aplicación exclusiva a determinados sujetos aún dentro de estos últimos cinco capítulos existen normas que son aplicables a sujetos a los cuales están dedicados capítulos específicos”²⁰⁵.

²⁰³ El *U.S. Code* es una codificación de las leyes federales permanentes en los Estados Unidos de América, la cual es elaborada por la *Office of the Law Revision Council* órgano de la Cámara de Representantes de aquél país (*U.S. House of Representatives*).

Esta información, así como la legislación que será citada como propia de los Estados Unidos de América fue obtenida de la Página de la *U.S. House of Representatives* en la liga <http://143.231.180.80/browse.xhtml>, consultada al día 18 de junio de 2012.

²⁰⁴ United States Courts, <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Process.aspx>, página consultada el día 25 de septiembre de 2012.

²⁰⁵ ANGEL DASSO, Ariel, *op. cit.*, p. 621.

De acuerdo con los Tribunales Federales o *United States Courts*, son seis los supuestos de quiebra, los cuales son previstos en el mismo número de capítulos dentro del citado Título 11, cada uno está dirigido a un tipo de deudor:

- Capítulo 7, *Liquidation*. En este proceso se fijan reglas para la liquidación del patrimonio del sujeto quebrado sin que haya cabida a una rehabilitación de comerciante. En este proceso un sujeto es designado como *trustee* o fiduciario (administrador) de la quiebra, quien entra en posesión de los bienes y los liquida en efectivo para con el resultado pagar a los acreedores; dicha venta exceptúa un número de bienes que por ley están impedidos a entrar a la quiebra, así como los créditos de los deudores garantizados.
- Capítulo 9, *Adjustment of debts of a Municipality*. Es el proceso destinado al ajuste de deudas de un ayuntamiento, condado, pueblo o distritos escolares.
- Capítulo 12, *Adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income*. Es el proceso destinado en relación a deudas de familias campesinas o pesqueras con ingresos regulares.
- Capítulo 13, *Adjustment of debts of an individual with regular income*. Capítulo destinado a las personas físicas con ingresos regulares. Este proceso le permite al deudor mantener activos determinados fuera del proceso de quiebra, por ejemplo un inmueble, para que con ello éstos no entren dentro del plan de reorganización.
- Capítulo 15, *Ancillary and other cross-border cases*. Este capítulo queda destinado para la regulación de casos de insolvencia transfronteriza cuando el deudor o los bienes están sujetos a la legislación de los EUA.²⁰⁶
- Capítulo 11, *Reorganization*. Este capítulo será al que enfocaré el resto de consideraciones pues es el más recurrido en el caso de la insolvencia de las empresas, ya que a diferencia del Capítulo 7, el proceso busca la liquidación de la empresa sino a su reorganización. Coloquialmente es conocido como

²⁰⁶ United States Courts, <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Process.aspx>, página consultada el día 25 de septiembre de 2012.

*cramdown*²⁰⁷ y su finalidad es continuar la operación del negocio mediante el pago a los acreedores de acuerdo a un “plan de reorganización”, en el que la deuda puede reducirse según lo convengan deudor y acreedores.

Después de que el deudor presenta su solicitud en términos del Capítulo 11 cuenta con un plazo de 120 días para formular el plan de reorganización y de 180 días para que sea aprobado, en tanto, el deudor continúa en operación de la empresa, salvo el caso de fraude. Al igual que la etapa de conciliación en México este plan tiene como objetivo la conservación de la empresa²⁰⁸. Al igual que en otros procesos de quiebra, un sujeto es designado por el juez como *trustee*, sin embargo, éste no entra en posesión de los bienes sino que sus funciones van encaminadas a la supervisión de la administración del comerciante pues éste se mantiene en su encargo como dirigente de la empresa.

2.3. POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL *TRUST*.

De acuerdo con el Capítulo 11, el proceso quiebra puede ser iniciado por una corporación o sociedad (*corporation or partnership*) en el caso de las solicitudes y contra estas en el caso de las acciones promovidas por los acreedores o los sujetos afectados reconocidos por la ley. En este sentido el Capítulo primero denominado Disposiciones Generales del Título 11 *Brankruptcy*, regula:

- (9) El término “*corporation*”—
- (A) Incluye—
- ...
- (V) *Business trust*²⁰⁹

²⁰⁷ Cabe señalar que en Argentina esta existe una institución similar pero con diferencias notables. En Argentina, después de haberse intentado un plan de rehabilitación de la empresa entre los acreedores y el deudor, existe la posibilidad de que un tercer oferte una propuesta de *cramdown* para salvar la empresa, la que queda a aprobación de los acreedores para que el oferente adquiera la empresa dada en concurso, a cambio que pague el 100% o aquella suma que sea acordada con los acreedores en el juicio. Cabe señalar que esta posibilidad sólo puede aplicarse con un número determinado de sujetos, situación en sumo interesante pues presupone la sustitución del empresario insolvente por uno capaz de dar continuidad a la empresa.

²⁰⁸ Cfr., ACOSTA ROMERO, Miguel y ROMERO MIRANDA, Tania, *Manual de Concursos...*, p. 84 y 85 a 87.

²⁰⁹ (9) The term “*corporation*”—

(A) includes—

(i) association having a power or privilege that a private corporation, but not an individual or a partnership, possesses;

El término *Business trust* es traducido como “fideicomiso comercial”²¹⁰ y definido como aquella “empresa organizada en forma de fideicomiso, de suerte que los aportantes de capital actúan como beneficiarios del fideicomiso y los administradores como fiduciarios”²¹¹. Es por estas razones que se puede equiparar al *business trust* con el Fideicomiso para actividad empresarial, objeto del presente trabajo.

Una de las notas legislativas del Capítulo 11, la SENATE REPORT NO. 95–989, precisa: La definición de “empresa” abarca cualquier forma de asociación con el poder o privilegio que una corporación privada aún sin serlo²¹².

De lo anterior, se puede observar que el supuesto que precisa la legislación de los EUA es prácticamente idéntica a la adoptada por el legislador nacional, por lo que al igual que el Patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, el *business trust* puede ser sujeto de quiebra y ser “representado” en este juicio por el *trustee* (fiduciaria) como es regulado en la legislación anglosajona y fue precisado en líneas anteriores, sin embargo, considero que la legislación mexicana no debería seguir la misma línea que la de aquél país pues los presupuestos y efectos no son los mismos partiendo de la base de dos sistemas distintos, aquél, el anglosajón, con una clara tendencia regulatoria a las empresas en su sentido económico sin importar si son o no personas jurídicas, en oposición a la tradición romanista cuyo eje regulatorio gira entorno a la persona como titular de derechos y obligaciones.

-
- (ii) partnership association organized under a law that makes only the capital subscribed responsible for the debts of such association;
 - (iii) joint-stock company;
 - (iv) unincorporated company or association; or
 - (v) business trust; but
- (B) does not include limited partnership.

²¹⁰ ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Diccionario de términos jurídicos, Inglés-Español, Español-Inglés*, Ariel Referencia, Barcelona, 1999, p.61

²¹¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C., *Butterworths, English-Spanish legal dictionary*, Butterworths Legal Publishers, Estados Unidos, 1991, p. 89.

²¹² *Cfr.*, Nota legislativa SENATE REPORT NO. 95–989, consultada el día 25 de septiembre de 2012 en la página <http://143.231.180.80/view.xhtml?path=/title11>

Considero que una adopción por imitación, sin llevar a cabo un proceso de integración puede llevarnos a figuras obsoletas, razón por la cual considero necesario plantear adecuaciones que permitan la efectiva regulación en el sistema mexicano, mismas que serán planteadas en el siguiente capítulo.

3. CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1985, CONVENIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL *TRUST* Y A SU RECONOCIMIENTO.

Ésta convención fue celebrada en 1985 con el objetivo establecer criterios que permitan definir la ley aplicable al *trust* y con ello acortar las distancias existentes entre el *common* y el *civil law* en materia de fideicomisos. Está convención parte de la premisa de considerar al *trust* como fruto del derecho anglosajón y plantea detallar la forma en la que éste deberá adoptarse para su correcto entendimiento en los países ajenos a la institución, a su vez intenta homologar no sólo el *trust* angloamericano sino también instituciones declaradas por los delegados de Egipto, Polonia, Japón y Luxemburgo, quienes requirieron la uniformidad de criterios al respecto en la Decimoquinta sesión de la Conferencia.²¹³

Los países integrantes de la convención son Australia, Canadá, China, República Popular, Chipre, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza. Se hace notar la ausencia de algún país iberoamericano.

Esta convención delimita su campo de aplicación a los *trust* que se identificaron en páginas precedentes como *trust expresos*, es decir, aquellos que sean creados de forma voluntaria y cuya prueba consta por escrito, lo cual no implica que su constitución conste

²¹³ Cfr GONZALEZ BEILFUSS, Cristina, *El trust... op. cit.*, p. 105, Nota 5.

por escrito sino que exista prueba fehaciente de su existencia, por ejemplo un documento en el que el *trustee* declare su condición de tal.²¹⁴

La convención precisa en su artículo 2:

“A los efectos del presente Convenio, el término "*trust*" se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto *inter vivos* o *mortis causa* - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado”.

Se observa que en este acto no se requiere del consentimiento del *trustee* o del *cestui que trust*. Es un acto unilateral por parte del constituyente o *settlor* a diferencia del derecho continental donde es concebido como un contrato.

3.1. SITUACIÓN PATRIMONIAL Y POSIBILIDAD DE QUIEBRA.

Respecto al patrimonio dado en *trust* la Convención de la Haya de 1985 regula en su artículo segundo:

El trust posee las características siguientes:

- a) Los bienes constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee;
- b) El título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee;
- c) El trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuentas, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

De esta forma, el patrimonio queda regulado como un patrimonio en afectación en oposición a la concepción tradicional del patrimonio como un poder absoluto que detenta su titular que surge del acuerdo celebrado entre el fideicomitente y fiduciaria, a partir del cual los bienes constituyen un “nuevo” patrimonio, cuyo titular es la fiduciaria, en los alcances que tenga el fideicomiso y sin que éste patrimonio logre confundirse con el del nuevo titular.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 107.

Por otro lado el artículo 11 de la convención dispone:

- Los acreedores personales de *trustee* no podrán recurrir a medidas de aseguramiento contra los bienes del *trust*;
- Los bienes del *trust* no formarán parte del patrimonio del *trustee* en caso de insolvencia o quiebra de éste;
- Los bienes del *trust* no formarán parte del régimen patrimonial del matrimonio ni de la sucesión del *trustee*;
- Los bienes del *trust* podrán ser reivindicados en caso de que se hubieren confundido con los del *trustee* en incumplimiento a las obligaciones contraídas en el acto.

Dicha Convención no regula la posibilidad de insolvencia en el *trust*, de conformidad con el artículo 15, la protección de los acreedores en caso de insolvencia queda determinada por la ley del foro aplicable, sin embargo, considero que al ser un universalidad plenamente identificada e imputable a un sujeto, la fiduciaria como su titular, es a ésta a quien debería someterse al concurso, por lo que hace única y exclusivamente al patrimonio del *trust*, sin necesidad de buscar la personificación de dicha institución.

4. QUEBEC.

Es particular el caso de Quebec, razón por la cual me permito plasmar aquí algunas de las consideraciones planteadas por Sonia Martín Santisteban.

Debido a sus condiciones históricas Quebec posee un sistema legal peculiar, resultado del derecho francés que quedó arraigado antes de su cesión a la Gran Bretaña y del *common law* como consecuencia de su posición social y desarrollo económico. En materia de fideicomiso parece haberse separado por completo de ambos sistemas siguiendo un camino propio, de tal suerte que la regulación que en materia de

fideicomisos es distinta a la planteada en sus dos sistemas origen y ofrece un antecedente a la personificación del patrimonio fideicomitado.

De acuerdo con la legislación de Quebec el patrimonio fideicomitado constituye un patrimonio sin titular, el cual responde por sí mismo de sus obligaciones como si fuese una persona moral. Situación de la cual el artículo 1261 del Código de Civil de Quebec dispone: “el patrimonio fiduciario, formado por los bienes transmitidos en *fiducie* constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio personal del constituyente, o del beneficiario sobre el que ninguno tiene derechos reales”²¹⁵.

Para el caso del fiduciario el artículo 1278 dispone que “el fiduciario tiene la detentación y la administración exclusiva del patrimonio fiduciario y los títulos relativos a los bienes que le componen o se establecen a su nombre, ejerce todos los derechos correspondientes al patrimonio y puede adoptar toda medida dirigida a asegurar la afectación”²¹⁶. En este sentido el fiduciario se convierte en un administrador con poderes amplios para ejecución, con la finalidad de cumplir un objetivo determinado pero de ningún modo es el titular de los bienes.

La personificación del fideicomiso permitiría a la luz del derecho mexicano una opción para mantener al patrimonio fideicomitado como sujeto de concurso mercantil, hipótesis que me parece la menos idónea pues ello seguiría rompiendo la armonía manifiesta con el artículo 4 de la LCM y el Derecho mexicano.

En tal virtud, en el siguiente capítulo se dará paso a la revisión de algunas conclusiones entorno a los temas analizados hasta ahora, así como el enarbolamiento de algunas propuestas de cara a la legislación vigente.

²¹⁵ Traducción tomada de MARTIN, SANTISTEBAN, Sonia, *op. cit.*, p. 213.

²¹⁶ *Ídem.*

CAPÍTULO IV
PROPUESTA LEGISLATIVA VINCULADA CON INCLUSIÓN DEL PATRIMONIO
FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LA LEY DE CONCURSOS
MERCANTILES.

El presente trabajo se ha desarrollado respecto de la hipótesis contenida en el artículo 4, fracción II, de la LCM, la cual establece la posibilidad de que el patrimonio fideicomitido para actividad empresarial sea declarado en concurso mercantil.

En el Capítulo I se sentaron las bases conceptuales del concurso mercantil y del fideicomiso, las cuales permitieron definir al primero como el procedimiento jurisdiccional universal y de interés público, por virtud del cual el comerciante queda sujeto a un estado jurídico diverso como consecuencia del incumplimiento generalizado de sus obligaciones, con la finalidad de lograr la conservación de la empresa mediante la conciliación de los intereses de éste y los de sus acreedores o, cuando ello no sea posible, la liquidación de la misma de conformidad con las reglas que al efecto establece la LCM²¹⁷ y; al fideicomiso como un contrato, en virtud del cual una persona denominada fideicomitente, transmite a otra denominada fiduciaria la titularidad de un conjunto de bienes (patrimonio fideicomitido), para la realización de fines previamente convenidos, por ejemplo, el desempeño de actividades empresariales²¹⁸.

En el Capítulo II, se profundizó en el análisis y cuestionamiento de la hipótesis planteada. Se abordaron opiniones de diversos tratadistas como Raúl Cervantes Ahumada, Joaquín Rodríguez Rodríguez, Rodolfo Batiza y José Luis de la Peza, quienes en su momento se pronunciaron a favor de la inclusión de un supuesto en la entonces LQSP que contemplara la posibilidad de quiebra de la empresa que surge con motivo del fideicomiso; en contraste, se analizaron opiniones planteadas con posterioridad a la emisión de la LCM, como la de Elvia Arcelia Quintana Adriano, en las que se manifiesta el desacuerdo por la forma en la que la ley vigente regula el concurso mercantil del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial, mediante una especie de personificación del acto jurídico del fideicomiso. Asimismo, fueron abordados

²¹⁷ Ver Capítulo I, punto 1.2.

²¹⁸ Ver Capítulo I, punto 2.2.

procesos judiciales en los que los juzgadores en turno entraron al conocimiento de la hipótesis que se estudia, uno de ellos tramitado durante la vigencia de la LQSP y el otro durante la vigencia de la LCM.

En el Capítulo III, se estudió la forma en la que la hipótesis en cuestión es regulada en diversos países y sistemas jurídicos, como son: Argentina, España y Uruguay, por lo que toca al Derecho continental; el de Estados Unidos de América por lo que corresponde al Derecho anglosajón; y la mención especial del Derecho de Quebec, en Canadá, por su situación particular en torno a que el fideicomiso es un patrimonio sin titular o un patrimonio autónomo.

Con base en el cúmulo de consideraciones planteadas en cada uno de los apartados descritos, surgieron los cuestionamientos e inquietudes que a continuación se plantean, los que en su conjunto hacen latente la necesidad de replantear la posibilidad de que la empresa que surge del fideicomiso y presenta problemas de insolvencia, pueda ser conservada o, en su caso, liquidada de conformidad con las reglas que al efecto establece la LCM.

1. FACTORES QUE DEMANDAN UNA MODIFICACIÓN A LA HIPÓTESIS DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO SUJETO DE CONCURSO MERCANTIL.

1.1. LA PERSONALIDAD ATÍPICA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Uno de los aspectos principales que llevan a la reflexión en relación a la hipótesis que se estudia, es que el artículo 4º, fracción II de la LCM otorga una especie de personalidad jurídica al patrimonio fideicomitido para actividad empresarial, pues equipara a dicho conjunto de bienes, derechos y obligaciones con la figura del comerciante.

De acuerdo al estudio planteado en torno al fideicomiso, se concluye que éste es un contrato, y como tal se limita a la producción de determinados efectos jurídicos entre las

partes y no a la generación de una persona moral. Parafraseando a Javier Álamo, se afirma que “los contratos en sí mismos no son personas, pueden generarlas, pero no es el caso”²¹⁹.

Al ser un contrato, el fideicomiso y su patrimonio carecen de los atributos que dotan de personalidad jurídica a todo sujeto (excepción hecha del patrimonio), es decir, nombre, razón o denominación social, nacionalidad, domicilio y *capacidad*. Lo anterior, conlleva que el sujeto atípico del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial esté impedido jurídicamente para comparecer en cualquier juicio, incluyendo el de concurso mercantil, de conformidad con el artículo 1056 del Código de Comercio, supletorio a la LCM, pues al carecer de capacidad el patrimonio fideicomitido no es apto para devenir como titular de derechos y obligaciones y poder hacerlos valer por sí mismo.

Al respecto, Cipriano Gómez Lara apunta: “desde el punto de vista jurídico [el término ‘las partes de un juicio’] se refiere a los sujetos de derecho, es decir a los que son susceptibles de adquirir derechos y obligaciones [...] no basta para ser parte, en sentido procesal, la sola personalidad jurídica, sino que debe tenerse capacidad de ejercicio, entendida ésta como la posibilidad de efectuar válidamente actos jurídicos en beneficio, o perjuicio propio o ajeno”²²⁰.

En este sentido, es importante destacar que el Derecho mexicano no adopta la figura del patrimonio autónomo o sin titular, como sucede en otras latitudes jurídicas, por ejemplo, el Derecho de Quebec o, en cierta medida, en el Derecho de los Estados Unidos de América (donde existe una regulación prácticamente idéntica a la adoptada por el Derecho mexicano en la LCM), sino que el patrimonio, como atributo de la personalidad, debe necesariamente tener un titular o dueño y cualquier caso opuesto constituye un absurdo a la luz del derecho nacional, tal como refiere Rafael Rojina Villegas: “Afirmar que puede existir un patrimonio sin dueño, es formular un concepto contrario a la realidad misma. Es necesario que el conjunto de bienes tenga siempre como soporte un titular que debe ser una persona física o moral”²²¹.

²¹⁹ ALAMO, Javier, *Op. cit.*, p. 43.

²²⁰ GOMEZ LARA, Cipriano, *Op. cit.*, p. 189.

²²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Editorial Porrúa, 2000, p.17.

En tal virtud, debe establecerse que la apreciación del legislador en el sentido de que el fideicomiso o su patrimonio pueden ser sujetos de concurso mercantil es incorrecta desde el punto de vista sustantivo y procesal, ya que ni uno ni otro son personas. Lo anterior, constituye un desacierto técnico, tal y como lo manifiesta Elvia Arcelia Quintana Adriano, en la opinión siguiente:

“concebir al fideicomiso con fines empresariales dentro del concepto de comerciante es una connotación carente de técnica jurídica, además con desconocimiento de conceptos jurídicos fundamentales tales como: persona, personalidad, patrimonio, entre otros [...] con lo anterior se estaría planteando una aberración jurídica que obligaría al cuestionamiento y, por ende, al replanteamiento de figuras clásicas tales como los contratos, el fideicomiso; uno de los universos de la Ciencia del Derecho Mercantil, o sea los sujetos comerciantes, personas físicas o morales, así como las respectivas disposiciones jurídicas que las regulan”²²².

En consecuencia, es necesario reflexionar una vía de solución distinta al problema de la insolvencia en la empresa que surge de un fideicomiso para actividad empresarial, la cual sea acorde al sistema jurídico mexicano y otorgue certeza jurídica a las partes involucradas.

1.2 IMPRECISIÓN REGULATORIA ENTORNO AL CONCURSO MERCANTIL DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Así, se plantea que la regulación que ofrece la LCM para normar el procedimiento que debería seguirse en contra del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial es imprecisa y escasa, pues la LCM no contiene reglas que definan el desarrollo de este juicio que resultaría *sui generis*, por la naturaleza del sujeto pasivo.

Dicha omisión constituye una violación al principio de debido proceso legal y, por tanto, una violación a la garantía constitucional de audiencia, contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior en virtud de que la hipótesis en cuestión, plantea la posibilidad de que con el sometimiento al juicio de concurso del patrimonio fideicomitido, se prive de propiedades, posesiones y derechos a los contratantes y beneficiarios del fideicomiso, sin la definición clara de cómo deberán abordarse diversos aspectos en el proceso, ante un sujeto al que no se le pueden

²²² QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *op. cit.*, pp. 65 y 67.

aplicar las mismas reglas que a las personas físicas o morales, por no ser una de ellas y porque su naturaleza no lo permite.

El debido proceso constituye un principio que conlleva que la ley aplicable se elabore y aplique de forma justa y razonable y con apego a los principios fundamentales del derecho privado y la Constitución, en respeto a cada una de las formalidades del procedimiento²²³. En su conjunto, la garantía de audiencia se traduce en que todo acto que pueda llegar a privar a una persona de sus derechos o posesiones tenga la posibilidad de ser atacado por el afectado, es decir, que el gobernado pueda defenderse en un proceso y le sea posible ofrecer pruebas, alegar ante el juzgador y que el fallo sea dictado de conformidad con leyes existentes con antelación al hecho que dio motivo al juicio²²⁴.

Dichas máximas no pueden cumplirse cuando no están definidas en la LCM las condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal, para afectar los derechos de los gobernados en relación al patrimonio fideicomitado, entendiéndose por éstos el fideicomitente, fiduciaria, fideicomisarios y acreedores. En este sentido, se han identificado en la LCM, una serie de omisiones, las cuales constituyen problemáticas a resolver por la propuesta que se exponga, por ejemplo, la indeterminación del lugar para realizar el emplazamiento o la legitimación activa o pasiva para solicitar el concurso mercantil.

Esta falta de claridad en las condiciones jurídico-procesales bajo las cuales debe afectarse la esfera jurídica de los sujetos implicados, violenta así las garantías invocadas en términos del siguiente criterio federal:

**GARANTIA DE DEBIDO PROCESO LEGAL CONTENIDA EN EL ARTICULO 14
CONSTITUCIONAL. DEFINICION.**

La garantía de debido proceso legal consagrada en el artículo 14 constitucional, en la parte relativa a que los juicios deben llevarse a cabo ante autoridad competente, cumpliendo con "... las formalidades esenciales del procedimiento..." implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales

²²³ Cfr., OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, Ed. Oxford, México, 2002, p. 101.

²²⁴ Cfr., BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 525.

exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata²²⁵.

Por ello, se considera necesario el replanteamiento de la hipótesis en cuestión, razón por la cual en las subsecuentes líneas se explicará brevemente cuál es el sentido de la propuesta que se desarrollará a lo largo del presente capítulo, cuales son los principales aspectos o problemáticas que pretende resolver y el desarrollo de la propuesta correspondiente.

2. SENTIDO DE LA PROPUESTA.

En relación al problema que representa el incumplimiento generalizado de obligaciones en los negocios derivados de fideicomisos para actividad empresarial, en el plano internacional se observa que existen básicamente dos posturas. La primera de ellas corresponde a la regulación de los Estados Unidos de América, consistente en la determinación de la empresa como sujeto de concurso mercantil, sin importar si dicha unidad económica para la producción de bienes o servicios es una persona jurídica. Estas normas señalan que el proceso de quiebra puede ser iniciado contra una corporación, término que no se circunscribe necesariamente a la personalidad jurídica y que incluye a los denominados *bussines trusts*, equivalentes del fideicomiso para actividad empresarial del Derecho mexicano²²⁶. Al respecto, es necesario resaltar que el derecho anglosajón no tiene un sentido personalista como el del Derecho continental, por lo que esta forma de solución no es compatible con el Derecho nacional y, de hecho, se asemeja a la normatividad vigente en la LCM.

La segunda de las posturas corresponde a la regulación vigente en algunos países latinoamericanos como Argentina y Uruguay, los cuales plantean la negación expresa de que el fideicomiso o su patrimonio sean sujetos de concurso mercantil y ordenan que

²²⁵ Tesis Aislada; 9ª Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo III, Junio de 1996; Pág. 845

²²⁶ Ver, Capítulo III, apartado 2.3, POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL *TRUST*.

ante la insolvencia de los negocios derivados de un fideicomiso, la fiduciaria deberá iniciar un proceso de liquidación privado, el cual corre a cargo de sí misma, enajenando los bienes respectivos y entregando el producto a los acreedores. Sólo en el caso de Uruguay se impone el deber jurídico de la fiduciaria de seguir las reglas de reconocimiento, prelación y graduación de créditos de conformidad con la ley concursal. Estas formas de regulación tienen la virtud de ofrecer un proceso de liquidación expedito pues al ser privado y correr a cargo de la institución fiduciaria, no existen las formalidades y tiempos de un proceso concursal común. En oposición a estas ventajas, ninguna de estas leyes contempla una etapa previa a la de liquidación cuyo fin sea el de maximizar el valor de la empresa para buscar su conservación; aunado a lo anterior, ambas legislaciones han sido objeto de críticas por mantener lagunas que las vuelven impropias: la institución fiduciaria se convierte en juez y parte durante el proceso de liquidación, resultando un proceso poco abierto y transparente; no existen reglas claras que definan plazos y formas para los acreedores en la presentación de sus créditos; no hay reglas que definan la forma de llevar a cabo notificaciones, cómo suspender acciones contra la masa fideicomitada u órdenes de arraigo al comerciante o, la inexistencia de reglas uniformes que regulen la generación de intereses en tanto dure el procedimiento. Dichos aspectos sí son contemplados en las leyes concursales, pero quedan a la determinación de la fiduciaria pues no existe una remisión clara a la ley respectiva.

Una tercera vía, la cual se desarrollará en líneas posteriores, se vincula con el sometimiento de la institución fiduciaria al concurso mercantil en su carácter de titular del patrimonio fideicomitado, únicamente por lo que respecta a dicho patrimonio. Esta propuesta es posible en el Derecho mexicano en virtud de que se presentan los dos criterios que definen al concurso mercantil: por un lado se actualiza el criterio subjetivo con la presencia de un comerciante, representado por la institución fiduciaria, quien es propietario del patrimonio fideicomitado en términos del artículo 381 de la LGTOC; por otro lado, existe un conjunto de bienes conformados por el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, el cual por su naturaleza puede verse ligado al supuesto del incumplimiento generalizado de obligaciones, con lo que se actualiza el criterio objetivo

del concurso mercantil. Al cumplirse ambos presupuestos, es posible argumentar que la institución fiduciaria puede quedar sujeta al proceso de concurso mercantil por lo que toca al patrimonio fideicomitado, como sucedería con cualquier otro juicio relacionado con el ejercicio de la función fiduciaria en términos de los criterios citados previamente²²⁷.

Esta fórmula permitiría dar certeza jurídica con relación a quién es el sujeto que efectivamente queda sometido al concurso mercantil y, por tanto, quién es el obligado a continuar el proceso judicial sin que ello implique que los efectos patrimoniales derivados de la declaración de concurso y quiebra surtan sus efectos en el patrimonio general de la institución fiduciaria²²⁸.

Lo anterior, conlleva una forma de subsanar la carencia de personalidad jurídica del patrimonio fideicomitado, y acudir, como recurso, a la personalidad jurídica de la fiduciaria, con la finalidad de hacer posible que ante la presencia del incumplimiento generalizado de las obligaciones, el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial entre a un procedimiento de liquidación transparente y universal como el que ofrece la LCM y sustraerlo así de liquidaciones privadas como las reguladas en la legislación argentina o uruguaya.

Opinión en el mismo sentido es la sustentada por Daniel Truffat en el del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, quien refiriéndose a la opinión compartida por el grueso de la doctrina argentina, en el sentido de que el patrimonio fideicomitado no puede concursarse, manifestó:

“Se dirá que los patrimonios no se concursan. Es cierto. Algún prestigioso autor señala entonces la imposibilidad del concursamiento del fideicomiso de “lege lata” (aunque lo acepta de “lege ferenda”). Tengo mis dudas. Obvio que los patrimonios no se concursan. Se concursan sujetos. Y los proyectos encarrillados a través de fideicomisos recurren sin pudor a un “sujeto” para que este patrimonio de afectación pueda actuar en el mercado: el fiduciario. El viejo dogma del patrimonio único está abandonado. Hoy un sujeto puede tener varios patrimonios (por ejemplo el propio y el fideicomitado). ¿Por qué no podría un fiduciario, como mejor modo de cumplir la manda, concursarse “solo” por el patrimonio en

²²⁷ Para mejor referencia revisar los criterios federales denominados “FIDEICOMISOS. LAS ACCIONES EN SU CONTRA DEBEN EJERCITARSE CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA” y “FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACION A LA FIDUCIARIA”, en el Capítulo II, apartado 2.1.2

²²⁸ No obstante que por Ley la fiduciaria quedara sujeta al juicio de concurso mercantil, las partes del fideicomiso podrían pactar, como usualmente se realiza, el otorgamiento de poderes de la fiduciaria al fideicomitente o fideicomisario, sin responsabilidad de la primera, para llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitado.

fideicomiso? No está prohibido por la ley, así que en principio está permitido (Constitución Nacional, art. 19) y la propia ley 24441 prevé que alguien con dos patrimonios se concursa por uno solo de ellos: el fiduciario puede concursarse por sus deudas personales, si bien ello es motivo de apartamiento.”²²⁹

En este sentido, es posible establecer que es a la institución fiduciaria, en su carácter de titular del patrimonio fideicomitado, a la que debe someterse al proceso de concurso mercantil, comprendiendo única y exclusivamente la universalidad relativa a dicho negocio y sin afectar el patrimonio general de la institución fiduciaria, tramitando el proceso como un procedimiento concursal ordinario en oposición a los concursos especiales, regulados en el Título VIII de la LCM. Ello no rompería el principio de universalidad del Derecho Concursal, en virtud de que la universalidad no se contrapone con la posibilidad de que un sujeto tenga diversos patrimonios y sólo uno de ellos sea objeto de concurso, sino que está ligada a la afectación total de los activos contra los pasivos del patrimonio de que se trate²³⁰, tal como sucedería en el concurso de la universalidad jurídica constituida por el patrimonio fideicomitado correspondiente.

Una vez que se ha determinado que el sentido de la propuesta que aquí se expone es someter a la institución fiduciaria al proceso concursal, es necesario abordar las problemáticas que la misma deberá resolver, las cuales derivan de la escasa regulación que ofrece la LCM conforme fue indicado en líneas precedentes y el análisis realizado en capítulos anteriores.

3. PROBLEMÁTICA A RESOLVER EN LA HIPÓTESIS DEL CONCURSO MERCANTIL DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO PARA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

3.1 LEGITIMACIÓN PARA ACUDIR AL CONCURSO MERCANTIL.

²²⁹ TRUFFAT, E. Daniel, *La conflictiva relación entre el fideicomiso y la cesación de pagos*, conferencia integrante del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: Tendencias y Necesidad de reformas del Derecho Concursal ante la crisis global, México, 17 de mayo de 2012.

²³⁰ *Cfr.*, JUAREZ HORTA, Luis Eduardo, *La constitucionalidad de los concursos mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 55.

Un aspecto fundamental, no determinado en la LCM, es a quién le corresponde la acción procesal para acudir al concurso mercantil del patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, aspecto que va íntimamente ligado a la determinación del sujeto que debe ser sometido a dicho proceso.

En un caso común, de acuerdo al artículo 9 de la LCM, la acción le corresponde: (i) al comerciante en caso de solicitud y (ii) a los acreedores y al Ministerio Público en caso de demanda, ello sin hacer mención de las hipótesis contenidas en el Título Octavo de la LCM, para el caso de los concursos especiales.

En el expediente 159/2005, tramitado ante el Juez Décimo de Distrito, se ventilaron dos solicitudes de concurso mercantil, la primera por parte de una persona moral denominada Autoconstrucción, S.A. de C.V. y la segunda por parte del Patrimonio Fideicomitado Empresarial 04903-1. En dicho proceso, el concurso del patrimonio fideicomitado no fue solicitado por la institución fiduciaria, sino por la persona moral mencionada, en su carácter de fideicomitente, quien pretendió del Juez de Distrito la declaración de concurso mercantil de ambos sujetos en el mismo proceso, es decir, el de la persona moral y el del patrimonio fideicomitado. La solicitud fue admitida y tramitada, ordenándose la visita en el domicilio de la institución fiduciaria sin emplazamiento o notificación previa, lo que originó la oposición de la fiduciaria en razón de tres argumentos: (i) no había sido emplazada ni notificada de algún procedimiento de concurso mercantil en contra de los bienes integrantes del fideicomiso, (ii) existían errores en la denominación social asentada en la orden de visita (lo que fue subsanado posteriormente) y (iii) estuvo impedida a permitir el acceso al visitador, en razón del secreto fiduciario que debe guardar en relación a las operaciones derivadas del fideicomiso. Al reiterar dichos argumentos, el juez décimo de Distrito declaró en concurso mercantil al patrimonio fideicomitado empresarial 04903-1, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 33 y 35 de la LCM.²³¹

Al respecto, se observa que del fideicomitente no se desprende legitimación alguna para solicitar el concurso mercantil, sino en su caso para demandarlo, pues la calidad que éste guarda en relación al fideicomiso es la de acreedor en proporción a los alcances

²³¹ Ver Capítulo II, apartado 2.1.2.

establecidos en el contrato respectivo. En tal virtud, es necesario determinar quién está legitimado para ser sometido al proceso de concurso mercantil o, en su caso, para solicitarlo.

Para hacer frente a esta problemática, es necesario acudir a lo dispuesto por Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio a la LCM que en su artículo primero dispone:

“ARTICULO 1º.- Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario”.

En este sentido, se considera que la institución fiduciaria es quien debe ser sometida al proceso de concurso mercantil por lo que corresponde al patrimonio fideicomitido empresarial, pues ésta, detenta el interés jurídico opuesto al de los acreedores para evitar ser declarada en concurso mercantil, por las razones siguientes: (i) es la titular de los bienes dados en fideicomiso en términos de lo dispuesto por el artículo 381 de la LGTOC, (ii) es a quien corresponde la defensa de los bienes dados en fideicomiso y (iii) en la práctica, de acuerdo al expediente indicado, la declaración de concurso mercantil de un patrimonio fideicomitido empresarial genera afectaciones en la persona de la fiduciaria, no sólo por la afectación al patrimonio fideicomitido a su cargo, sino también en razón del arraigo que es decretado en su contra por conducto de su delegado fiduciario, no obstante que la LCM indica que el sujeto de este procedimiento es el patrimonio fideicomitido mismo.

En tal virtud, debe establecerse que la acción para demandar el concurso mercantil le corresponde a los acreedores vinculados con el patrimonio fideicomitido para actividad empresarial en poder de la institución fiduciaria, dentro de los cuales puede considerarse al fideicomitente y fideicomisarios de acuerdo a los alcances establecidos en el contrato constitutivo del fideicomiso y a los acreedores de la fiduciaria en los negocios celebrados con motivo del fideicomiso, pues son éstos sujetos los que tienen un interés jurídico en la declaración de la fiduciaria en concurso mercantil y la afectación correspondiente del patrimonio fideicomitido.

El mismo criterio sería aplicable a la legitimación para solicitar la declaración de concurso mercantil, la cual le correspondería en principio al comerciante-institución

fiduciaria, sin embargo, dicho acto se apartaría de lo dispuesto por el artículo 391 de la LGTOC, el cual otorga a la fiduciaria todos los derechos y acciones para el cumplimiento del fideicomiso, pues la solicitud de concurso se aparta diametralmente de los fines empresariales que le fueron encomendados, razón por la cual, considero que la acción para solicitar el concurso mercantil debería restringirse en el supuesto que se analiza.

3.2 COMUNICACIÓN PROCESAL EN EL CONCURSO MERCANTIL: EMPLAZAMIENTO Y CONTESTACIÓN.

De conformidad con la regulación actual, no existe una determinación clara del lugar en el que será emplazado el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial en el supuesto de que éste sea demandado en concurso mercantil, pues al afirmar como se ha hecho, que este ente no es persona y que el mismo carece de los atributos jurídicos que le son propios a éstas, incluyendo el domicilio, se concluye que no existe un lugar determinado para la realización del emplazamiento. No obstante, el artículo 4º, fracción III, de la LCM dispone lo siguiente:

“Artículo 4o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

...

III. Domicilio, el domicilio social y **en caso de irrealidad de éste**, el lugar donde tenga la administración principal la empresa. En caso de sucursales de empresas extranjeras será el lugar donde se encuentre su establecimiento principal en la República Mexicana. Tratándose de Comerciante persona física, el establecimiento principal de su empresa y, en su defecto, en donde tenga su domicilio”.

De acuerdo con este numeral toda vez que el patrimonio fideicomitado carece de un domicilio, es decir, este es irreal, el emplazamiento se deberá llevar a cabo en el lugar donde la empresa tenga su administración principal, para lo cual deberá considerarse como empresa aquella unidad económica que se constituya con motivo del fideicomiso y no la empresa de la institución fiduciaria, pues de acuerdo al artículo 4º, fracción II, de la LCM, es el patrimonio fideicomitado el sujeto de concurso mercantil, sin embargo, pueden presentarse diversos supuestos que dificulten la aplicación de este criterio, por ejemplo: que no sea una sino varias las empresas constituidas con motivo del fideicomiso; que por haber contratado con la fiduciaria, los acreedores desconozcan el domicilio de la administración principal de la empresa, o bien; que aún conociendo el

domicilio respectivo, el personal de la empresa del fideicomiso se oponga a la realización del emplazamiento, en virtud de que las acciones legales en contra de la masa del fideicomiso deban ser notificadas directamente a la institución fiduciaria de acuerdo al contrato constitutivo. Esta incertidumbre podría generar una serie de dilaciones procesales, cuyo resultado podría ser la disminución del patrimonio dado en fideicomiso, aspecto que se aparta en absoluto de los fines perseguidos por la LCM.

A efecto de evitar estas deficiencias, en relación a la propuesta, se considera que el emplazamiento deberá realizarse en el domicilio de la institución fiduciaria, pues es ésta la que queda sujeta al juicio de concurso mercantil en relación al patrimonio fideicomitado empresarial; es quien ejerce todos los derechos y acciones para el cumplimiento del fideicomiso y; es a quien le corresponde la protección y defensa del patrimonio fideicomitado²³². Una vez realizado este acto, la fiduciaria deberá producir su contestación por conducto de su delegado fiduciario, en términos de lo dispuesto en el artículo 110 Bis 13 de la LIC:

Artículo 110 Bis 13.- Para los efectos de esta Ley se tendrá por domicilio para oír y recibir notificaciones relacionadas con los actos relativos al desempeño de su encargo como miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores, gerentes, funcionarios, delegados fiduciarios, directivos que ocupen la jerarquía inmediata inferior a la del director general, y demás personas que puedan obligar con su firma a las sociedades reguladas por esta ley, el del lugar en donde se encuentre ubicada la sociedad a la cual presten sus servicios, salvo que dichas personas señalen por escrito a la Comisión un domicilio distinto, el cual deberá ubicarse dentro del territorio nacional.

En los supuestos señalados en el párrafo anterior, la notificación se podrá realizar con cualquier persona que se encuentre en el citado domicilio.

Para lo previsto en este artículo, se considerará como domicilio de la sociedad el último que hubiere proporcionado ante la propia Comisión o en el procedimiento administrativo de que se trate.

Es importante precisar que en términos del artículo señalado y el artículo 80 de la LIC, todas las comunicaciones procesales deberán realizarse a la institución fiduciaria por

²³² Para mejor referencia revisar los criterios federales denominados "FIDEICOMISOS. LAS ACCIONES EN SU CONTRA DEBEN EJERCITARSE CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA" y "FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACION A LA FIDUCIARIA", en el Capítulo II, apartado 2.1.2

conducto del delegado fiduciario en el fideicomiso empresarial respectivo, pues es mediante este que dichas instituciones ejercen su cometido.

Sin detrimento de lo expuesto, la institución fiduciaria, por conducto de su delegado fiduciario, podrá designar a los apoderados para pleitos y cobranzas que determine para acudir a la defensa del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial.

3.3 LIMITACIÓN DE REGLAS PARA EL VISITADOR POR EL SECRETO FIDUCIARIO.

El secreto bancario, en su modalidad de secreto fiduciario, es uno de los aspectos a considerarse en la hipótesis que se estudia, en virtud de que puede constituir un obstáculo para llevar a buen fin el concurso mercantil. Este deber jurídico a cargo de las instituciones bancarias, fue uno de los argumentos presentados por la institución fiduciaria del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial en el expediente 159/2005, para negar el acceso al visitador, acción que fue reiterada y ante la cual el patrimonio fideicomitido fue declarado en concurso mercantil.

El secreto fiduciario es un deber impuesto por el Estado a las instituciones de crédito, de acuerdo a lo establecido en el artículo 117 de la LIC, que tiene como finalidad que dichas instituciones sólo revelen la información relativa a las operaciones y servicios vinculados al fideicomiso en el que fueren fiduciarias, de conformidad con la fracción XV del artículo 46 de la LIC, al beneficiario, fideicomitente o fideicomisario, en aras de proteger el derecho a la privacidad de sus clientes. Esta restricción contempla un número restringido de excepciones, una de las cuales determina:

“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.”

En el referido expediente 159/2005, se observa que el visitador se constituyó en las oficinas de la institución fiduciaria para conocer de las operaciones relativas al fideicomiso cuyo patrimonio fue sujeto de concurso mercantil, con fundamento en el

artículo 4º, fracción II, de la LCM. Dicha visita se realizó sin la triangulación optativa que señala el artículo 117 de la LIC con la CNBV, sino de forma directa por orden del juez, ante lo cual la institución de crédito impidió el acceso al visitador, argumentado que estaba imposibilitada para proporcionar cualquier información con base en el secreto bancario.

La conducta descrita por la fiduciaria en principio se puede catalogar como una violación a la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 117 transcrito, sin embargo, es de hacer notar que el visitador no es parte del órgano jurisdiccional, sino que en conjunto con el conciliador y síndico son profesionales independientes que auxilian al juez en la impartición de justicia²³³, razón por la cual considero que lo más viable es ampliar la excepción contenida en la LIC, con el objeto de que los visitadores, conciliadores y síndicos puedan realizar las gestiones propias de su encargo.

3.4 DECLARACIÓN DE CONCURSO CON MOTIVO DE LOS ARTÍCULOS 33 Y 35 DE LA LCM.

Por otro lado, un aspecto que generó inquietud en la revisión del expediente 159/2005, es la declaración de concurso mercantil del patrimonio fideicomitido empresarial 04903-1 con motivo de la sanción regulada en los artículos 33 y 35 de la LCM. Normas en relación a las cuales los tribunales federales se han manifestado en el siguiente sentido:

CONCURSO MERCANTIL. HIPÓTESIS EN QUE PUEDE DECLARARSE COMO SANCIÓN, AUN CUANDO NO SE DEMUESTRE QUE EL COMERCIANTE INCUMPLIÓ DE MANERA GENERALIZADA EN EL PAGO DE SUS OBLIGACIONES.

De la interpretación armónica de los artículos 9º, 10, 11, 33 y 35 de la Ley de Concursos Mercantiles, se infiera válidamente que la declaración de concurso mercantil de un Comerciante procede: a) cuando se demuestra el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago; y, b) como una sanción, resultado de la omisión del comerciante de estar presente para enterarse del contenido de la orden de inspección o bien, por haber obstaculizado la práctica de la visita a que se contrae el diverso Artículo 30 del ordenamiento invocado, cuyo objetivo es determinar si se actualizan o no los requisitos necesario para que se realice la declaración solicitada, esto es, si existe un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones consistente en que deje de cubrir sus adeudos a dos o más acreedores distintos y que tales obligaciones vencidas tengan las características requeridas para tal efecto. En esta hipótesis, es innecesario que previamente se demuestre que el comerciante incumplió de manera generalizada en el

²³³ Cfr., CASATILLO LARA, Eduardo, *op. cit.*, p. 11

pago de sus obligaciones, pues se trata de un castigo producto de su conducta rebelde de no proporcionar la información necesaria para que el visitador designado elabore su dictamen, pues con ello se impide la obtención de los datos necesarios para establecer si debe o no declararse el concurso solicitado por las personas legitimadas para ello.²³⁴

En el proceso judicial que específicamente se refiere, se observa que se estuvo frente a una solicitud presentada por quien no era el titular de los bienes dados en fideicomiso, es decir, la persona moral denominada Autoconstrucción S.A. de C.V. en su carácter de fideicomitente, cuya pretensión fue que tanto ella como el patrimonio fideicomitado en cuestión se declararan en concurso mercantil. Durante el proceso no se demostró por el solicitante (fideicomitente) que el Patrimonio fideicomitado para actividad empresarial estuviese en alguno de los extremos de los artículos 9 y 10 de la LCM, ni se acreditó alguna de las presunciones del artículo 11 de la LCM.

Toda vez que la fiduciaria no permitió el acceso al visitador, entre otras cosas, por no haber estado notificada de algún proceso en su contra por lo que correspondía al patrimonio fideicomitado, dicho patrimonio fue declarado en concurso mercantil en términos de los artículos 33 y 35 de la LCM, cuando éstos establecen una sanción para el comerciante demandado de acuerdo a una revisión de los artículos 29 a 41 que regulan la visita de verificación, el primero de los cuales dispone:

Artículo 29.- Al día siguiente de que el juez **admite la demanda**, deberá remitir copia de la misma al Instituto, ordenándole que designe un visitador dentro de los cinco días siguientes a que reciba dicha comunicación.

Lo anterior, no implica que en los casos de solicitud no deba ordenarse una visita de inspección, sino que la sanción de los artículos 33 y 35 no debe aplicarse en esa vía, pues parte de una presunción en la que el comerciante demandado que obstruye la visita, lo hace con la finalidad de evitar que se acredite su estado de insolvencia. Desde mi perspectiva resulta incongruente que para un comerciante cuya pretensión sea la declaración de concurso mercantil, baste que éste se oponga a la visita de verificación, resultando idóneo el sobreseimiento del juicio. Al respecto, se reitera la salvedad de que

²³⁴ Tesis Aislada con número de registro 180,177, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XX, tesis XVI.1º.16C, Noviembre 2004.

la institución fiduciaria no podría estar legitimada para solicitar el concurso, pues dicha conducta se apartaría por completo de los fines que debe perseguir ésta en razón de un fideicomiso para actividad empresarial.

3.5 SUSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

Otro de los aspectos que debe normarse, es la sustitución de la institución fiduciaria en el caso de que sea necesaria su remoción de acuerdo a la ley concursal.

De conformidad con los artículos 74 y 178 de la LCM, la administración de la empresa vinculada al concurso mercantil le corresponde al comerciante hasta antes de la declaración de quiebra, sin embargo, existen algunos supuestos que determinan la remoción del mismo. Al efecto el artículo 81, 82, y 178 de la ley disponen:

“Artículo 81.- En caso de que el conciliador estime que así conviene para la protección de la Masa, podrá solicitar al juez la remoción del Comerciante de la administración de su empresa. Al admitir la solicitud, el juez podrá tomar las medidas que estime convenientes para conservar la integridad de la Masa. La remoción del Comerciante se tramitará por la vía incidental.”

“Artículo 82.- Si se decreta la remoción del Comerciante de la administración de su empresa, el conciliador asumirá, además de las propias, las facultades y obligaciones de administración que esta Ley atribuye al síndico para la administración.”

“Artículo 178.- La sentencia que declare la quiebra implicará la remoción de plano, sin necesidad de mandamiento judicial adicional, del Comerciante en la administración de su empresa, en la que será sustituido por el síndico.

Para el desempeño de sus funciones y sujeto a lo previsto en esta Ley, el síndico contará con las más amplias facultades de dominio que en derecho procedan.”

Cabe señalar que el Visitador, Conciliador y Síndico, en términos del artículo 325 y 326 son personas físicas previamente registrados y autorizadas por el IFECOM, lo anterior implica un impedimento para que la fiduciaria sea sustituida en los términos precisados por los artículos transcritos, pues el artículo 385 de la LGTOC dispone lo siguiente:

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

En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

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

Ante ello, los efectos de la sentencia que declara la quiebra o la incidental que determina la remoción del comerciante no podrían cumplirse en los términos previstos por la ley concursal pues ello iría en contra de lo dispuesto por la LGTOC y contra la propia naturaleza del fideicomiso, pues la *fiducia* o confianza deja de estar depositada en ese tercero, que para el caso del derecho mexicano, es en un profesional de la actividad fiduciaria, carácter que sólo puede ser asumido por un número restringido de personas morales. Adicionalmente, no se debe perder de vista que el patrimonio fideicomitado sólo puede ser destinado para el fin que concibieron las partes en la contratación, en términos de los artículos 381 y 386 de la LGTOC, por lo que en caso de una sustitución, el Conciliador, Síndico o fiduciaria sustituta deberían hacer las gestiones en los mismos términos y fines pactados con la institución fiduciaria original, limitando con ello su actuación en la administración de la masa.

En tal virtud, estimo conveniente realizar una serie de reformas tendientes a la mejora regulatoria por lo que hace a la hipótesis objeto del presente estudio, las cuales se sugieren en las siguientes líneas, aclarando que éstas tienen como objetivo adecuar la hipótesis en cuestión y no suprimirla, pues la certeza jurídica de los acreedores ante la posibilidad de insolvencia, así como el impacto económico, laboral y social que implica el cierre de una empresa, son factores que imperan de la misma forma entre empresas que surgen de un fideicomiso que aquellas que lo hacen de una persona moral, con independencia de que una u otra cuente con personalidad jurídica propia.

4. PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.

A continuación, se expone una propuesta que tiene como objetivo resolver los conflictos derivados de la incorporación del patrimonio fideicomitido para actividad empresarial como sujeto de concurso mercantil en la LCM, mediante el sometimiento de la institución fiduciaria a dicho proceso.

Primeramente se exponen modificaciones a la LCM y posteriormente, modificaciones a la LGTOC, en los siguientes términos:

4.1 PROPUESTA DE MODIFICACIONES A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.

Propuesta 1. Reforma al artículo 4, fracción II, de la LCM para quedar como sigue:

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

...

II. Comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Igualmente, comprende a las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el artículo 15 de esta Ley;

El sentido de esta propuesta es derogar en la norma indicada, la mención que señala que el concepto comerciante “comprende al patrimonio fideicomitido cuando se afecte la realización de actividades empresariales”, en virtud de que se considera que dicha norma es inapropiada, al someter a un ente sin personalidad jurídica al proceso de concurso mercantil.

Propuesta 2. Modificación al concepto de Masa, en la fracción V del artículo 4º y la adición de la fracción VII al artículo 4º, para contener lo que deberá entenderse por Patrimonio fideicomitido.

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

...

V. Masa, a la porción del patrimonio del Comerciante declarado en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos, con excepción de los expresamente excluidos en términos de esta Ley, sobre la cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho, pueden hacer efectivos sus

créditos. *En el supuesto previsto en el artículo 12 Bis de la presente Ley, la Masa comprenderá únicamente al Patrimonio fideicomitado.*

VII. *Patrimonio fideicomitado, a la porción del patrimonio cuya titularidad se atribuye a una institución fiduciaria, para el cumplimiento de los fines pactados en el contrato de fideicomiso para actividad empresarial en el que fuere parte, sobre el cual los Acreedores Reconocidos y los demás que tengan derecho en virtud del contrato de fideicomiso respectivo, pueden hacer efectivos sus créditos.*

El objeto de esta propuesta es establecer los alcances del Patrimonio fideicomitado, pues en virtud de éste la fiduciaria quedaría sometida al concurso mercantil. Asimismo es integrar a dicho patrimonio dentro del concepto Masa, entendiéndolo como una modalidad de la misma y no como un sujeto de derecho; al hacer ésta incorporación se hacen congruentes todos aquellos artículos que lo largo de la LCM hacen referencia a la Masa, por lo que tratándose de juicios entablados en contra de la institución fiduciaria, se entenderá que dicha voz alude exclusivamente al patrimonio fideicomitado, evitando hacer precisiones en cada numeral para especificarlo.

Propuesta 3. Adición del artículo 12 Bis que contiene la posibilidad de que las instituciones fiduciarias queden sometidas al proceso de concurso mercantil regulado por la Ley.

Artículo 12 Bis.- *Las instituciones fiduciarias de fideicomisos cuya finalidad sea el desarrollo de actividades empresariales podrán quedar sujetas al procedimiento de concurso mercantil regulado por esta Ley, cuando incumplan generalizadamente en el pago de las obligaciones a su cargo con motivo del desempeño de su actividad en dichos fideicomisos, siempre y cuando, se ubiquen en los puestos regulados en los artículos 9 y 10 de esta Ley. En estos casos, las obligaciones que esta Ley atribuya al Comerciante, serán a cargo de la fiduciaria representada por el delegado fiduciario.*

En el supuesto previsto en el párrafo anterior, la adecuación a la hipótesis de incumplimiento generalizado de obligaciones versará únicamente sobre el Patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, por lo que la declaración de concurso y, en su caso, la quiebra que decrete el Juez, surtirán sus efectos exclusivamente en relación al mismo.

Cuando las instituciones queden sujetas al procedimiento de concurso mercantil, en su carácter de fiduciarias, no serán aplicables al procedimiento las disposiciones del Título Octavo, de los Concursos Especiales, siguiéndose para tal efecto las reglas ordinarias.

La acción para solicitar o demandar el concurso mercantil, no quedará supeditada a la voluntad de los fideicomisarios y quedará regulada en términos de lo dispuesto por ésta ley. Se considerarán nulas las cláusulas en las cuales el fideicomitente se reserve la acción exclusiva para demandar o solicitar el concurso mercantil.

El sentido de esta propuesta es generar la posibilidad de que las instituciones fiduciarias sean sometidas al juicio de concurso mercantil, con motivo de los fideicomisos empresariales en que fueren parte, delimitando los efectos del concurso y quiebra al denominado patrimonio fideicomitado, sin generar consecuencias jurídicas en el patrimonio general de la institución.

Como se expuso, esta modalidad conlleva una forma de subsanar la carencia de personalidad jurídica del patrimonio fideicomitado, y acudir, como recurso, a la personalidad jurídica de la fiduciaria, con la finalidad de hacer posible que, ante la presencia del incumplimiento generalizado de las obligaciones, el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial entre a un procedimiento de liquidación transparente y universal como el que ofrece la LCM y sustraerlo así de liquidaciones privadas como las reguladas en otras legislaciones en el plano internacional.

En este sentido, se propone que el procedimiento a seguir se entable de forma ordinaria, en virtud de que la institución fiduciaria acudiría en tal carácter y no en el de institución de crédito insolvente. Lo anterior permitiría, a su vez, legitimar activamente a los acreedores de la institución fiduciaria para demandarla en concurso mercantil.

De esta forma, la institución fiduciaria queda legitimada pasivamente para ser demandada en concurso mercantil y activamente para solicitarlo, lo que evitaría, por ejemplo, que el fideicomitente solicite el concurso mercantil, como se presentó en el expediente 159/2005, analizado en el Capítulo II que precede.

La posibilidad de que la fiduciaria solicite el concurso mercantil, se acepta no obstante que dicha actitud pueda entenderse como opuesta a los fines del fideicomiso, en virtud de un interés superior, de carácter público, de conservar la empresa y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de la misma y de aquellas con quien mantenga negocio la institución fiduciaria. En este sentido, se parte de considerar a la institución fiduciaria como el sujeto que mejor

conoce de la situación financiera de la empresa y la viabilidad de ésta, lo que la constituye como sujeto natural y apto para solicitar el concurso mercantil.

Adicionalmente se propone que la acción para acudir al concurso mercantil no quede supeditada a un acuerdo de voluntades, por ejemplo, la decisión de los fideicomisarios instituidos en términos del artículo 383 de la LGTOC o un tipo de reserva exclusiva a favor del fideicomitente de conformidad con el artículo 386 de la LGTOC.

Propuesta 4. La adición de un último párrafo al artículo 20, relativo a las solicitudes de concurso mercantil y la adición un párrafo a la fracción III, del artículo 22, relativo a la demanda de concurso mercantil.

Artículo 20.-

...

En las solicitudes de concurso mercantil presentadas por las instituciones fiduciarias, en términos de lo dispuesto por el artículo 12 Bis de la presente Ley, la información y documentos a que se refiere el presente artículo versará exclusivamente en relación al Patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, debiendo agregarse el contrato que documente el fideicomiso de que se trate y el domicilio de las oficinas, establecimientos, sucursales, plantas, almacenes o bodegas de la empresa operada en virtud de dicho acto.

Artículo 22.-

III...

En la demanda presentada en contra de las instituciones fiduciarias, en términos de lo dispuesto en el artículo 12 Bis de la presente Ley, el actor deberá indicar, si lo conoce, el domicilio de las oficinas, establecimientos, sucursales, plantas, almacenes o bodegas de la empresa constituida en virtud del fideicomiso de que se trate.

El sentido de ambas modificaciones tiene como finalidad adecuarse con la propuesta, en lo relativo a la información que deberá proporcionar la institución fiduciaria en el caso de la solicitud de concurso mercantil y el actor en el caso de demanda, la cual deberá versar en relación al Patrimonio fideicomitado correspondiente.

En tal virtud, la institución fiduciaria, en la solicitud o en la contestación de la demanda deberá hacer referencia a los estados financieros que lleve del fideicomiso en una contabilidad especial, en términos de lo dispuesto por el artículo 79 de la LIC.

Propuesta 5. La adición de un último párrafo al artículo 34 de la LCM, en relación a la información del Comerciante a la que tiene acceso el Conciliador y su vinculación con el secreto fiduciario.

Artículo 34.- ...

El visitador y sus auxiliares tendrán acceso a los libros de contabilidad, registros y estados financieros del Comerciante, así como a cualquier otro documento o medio electrónico de almacenamiento de datos en los que conste la situación financiera y contable de la empresa del Comerciante y que estén relacionados con el objeto de la visita. Asimismo, podrán llevar a cabo entrevistas con el personal directivo, gerencial y administrativo del Comerciante, incluyendo a sus asesores externos financieros, contables o legales.

Lo dispuesto en el párrafo que precede no se considerará violatorio del secreto fiduciario que las instituciones financieras están obligadas a guardar, cuando verse sobre los libros, registros y estados financieros que la institución fiduciaria lleve en relación al Patrimonio fideicomitado y se trate de procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley. En aquellos fideicomisos en que se hubiere establecido el comité técnico a que hace referencia el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, el Visitador, Conciliador o Síndico podrán llevar a cabo entrevistas con los integrantes de dicho comité y éstos tendrán la obligación de atender dichas convocatorias.

El fin de esta propuesta es evitar que el secreto fiduciario constituya un obstáculo para el desempeño de las actividades del Visitador, tal como sucedió en el expediente 159/2005, analizado en capítulos precedentes, cuyas consecuencias podrían ser el menoscabo del patrimonio fideicomitado en contra de los intereses de los acreedores de la fiduciaria.

Por otro lado, se sugiere que el Visitador, Conciliador y Síndico, puedan llevar a cabo entrevistas con los integrantes del Comité técnico, cuando se haya instituido. Lo anterior, en virtud de que éste comité, como lo refiere Jesús Roalandini, tiene funciones generalmente de administrador y como parte de éstas tiene a su cargo la realización de actividades fundamentales como la aprobación de inversiones del patrimonio fideicomitado, programas de trabajo, informes, estados financieros y demás cuestiones

relevantes en la actividad fiduciaria, por lo que el acercamiento que los auxiliares del juez tengan con éste órgano puede ser determinante en sus funciones.²³⁵

Propuesta 6. La adición de un segundo párrafo a la fracción I del artículo 43, relativo al contenido de la sentencia de concurso mercantil.

Artículo 43.- La sentencia de declaración de concurso mercantil, contendrá:

I. Nombre, denominación o razón social y Domicilio del Comerciante y, en su caso, el nombre completo y domicilios de los socios ilimitadamente responsables.

Quando se trate de procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley, se deberá especificar el contrato, nombres comerciales de la empresa y las características del patrimonio fideicomitido en relación al cual se considerará a la institución fiduciaria en concurso mercantil.

El objeto de esta modificación es adecuar el contenido del artículo 43 con la propuesta que se expone, con la finalidad de que el contenido de la sentencia permita conocer cuál es la unidad económica en relación a la cual se declara en concurso mercantil a la institución fiduciaria, lo que facilitará a los acreedores la identificación correspondiente para la presentación de sus créditos.

Propuesta 7. La adición de un tercer párrafo al artículo 47, relativo al arraigo derivado de la sentencia de concurso mercantil.

Artículo 47.- La sentencia producirá los efectos del arraigo del Comerciante y, tratándose de personas morales quien o quienes sean responsables de la administración, para el solo efecto de que no puedan separarse del lugar de su Domicilio sin dejar, mediante mandato, apoderado suficientemente instruido y expensado. Cuando quien haya sido arraigado demuestre haber dado cumplimiento a lo anterior, el juez levantará el arraigo.

El arraigo previsto en el párrafo que antecede, no será aplicable en aquellos casos en que el concurso mercantil hubiere sido solicitado directamente por el Comerciante.

²³⁵ Cfr., ROALANDINI, Jesús, *El fideicomiso mexicano, Retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio*, Textos jurídicos Bancomer, México 1998, p. 111

En los procedimientos de concurso mercantil entablados en contra de instituciones fiduciarias en términos de lo dispuesto por el artículo 12 Bis de la presente Ley, el arraigo producirá sus efectos en el Delegado fiduciario.

La finalidad de esta propuesta es señalar que el Delegado fiduciario será la persona en quien surta efectos el arraigo decretado a la Institución fiduciaria para responder limitativamente respecto del patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, pues es mediante éste, que dichas instituciones cumplen su cometido en términos del artículo 80 de la LIC, es decir, quien realiza todos los actos jurídicos y materiales para alcanzar los fines del fideicomiso²³⁶. Esta propuesta es congruente con la práctica judicial, pues como se observó en el expediente 159/2005, fue en el Delegado fiduciario en quien surtió efectos la declaración de arraigo en contra del patrimonio fideicomitado.

Propuesta 8. La adición de un párrafo al artículo 63, relativo al nombramiento de interventores y, la adición de un párrafo al artículo 79, en lo relativo a la posibilidad de aportar bienes por parte del fideicomitente y fideicomisario.

Artículo 63.- Cualquier acreedor o grupo de acreedores que representen por lo menos el diez por ciento del monto de los créditos a cargo del Comerciante, de conformidad con la lista provisional de créditos, tendrán derecho a solicitar al juez el nombramiento de un interventor, cuyos honorarios serán a costa de quien o quienes lo soliciten. Para ser interventor no se requiere ser acreedor. El acreedor o grupo de acreedores deberán dirigir sus solicitudes al juez a efecto de que éste haga el nombramiento correspondiente. Los interventores podrán ser sustituidos o removidos por quienes los hayan designado, cumpliendo con lo dispuesto en este párrafo.

El fideicomisario, si existiere, podrá solicitar al juez el nombramiento, a su costa, de un interventor, en los procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley.

Artículo 79.- El conciliador y el Comerciante deberán considerar la conveniencia de conservar la empresa en operación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando así convenga para evitar el crecimiento del pasivo o el deterioro de la Masa, el conciliador previa opinión de los interventores, en caso de que existan, podrá solicitar al juez que ordene el

²³⁶ Cfr., ACOSTA ROMERO, Miguel y Otro, *op. cit.*, p. 120.

cierre de la empresa, que podrá ser total o parcial, temporal o definitivo. Lo anterior se substanciará por la vía incidental.

El fideicomitente o fiduciario podrán aportar bienes suficientes para liquidar las deudas pendientes a cargo de la fiduciaria o bien, solicitar al juez participar en las negociaciones de la etapa conciliatoria, con la finalidad de que la empresa subsista.

Considerando que el fideicomisario es, junto con el fideicomitente, uno de los sujetos que pueden tener un mayor interés en la subsistencia de la empresa y toda vez que la actual regulación no prevé claramente su participación activa en el proceso conciliatorio, es conveniente permitir que el fideicomisario se encuentre en posibilidad de solicitar al juez el nombramiento de un interventor como representante de sus intereses en el proceso conciliatorio, los cuales podrían ser tendientes al mantenimiento en operación de la empresa.

En el mismo sentido, se considera necesario abrir la posibilidad de que el fideicomitente y en su caso el fideicomisario participen activamente en la etapa conciliatoria, permitiendo la aportación de bienes para el mantenimiento en operación de la empresa, fin primigenio de la LCM.

Propuesta 9. La adición de un párrafo al artículo 80, relativo a la facultad de convocatoria en relación a los órganos de gobierno de la empresa.

Artículo 80.- Cuando el Comerciante esté a cargo de la administración de su empresa, el conciliador estará facultado para convocar a los órganos de gobierno cuando lo considere necesario, para someter a su consideración y, en su caso, aprobación de los asuntos que estime convenientes.

El Conciliador gozará de las mismas facultades de convocatoria a que se refiere el párrafo anterior en relación al delegado fiduciario y, en su caso, en relación a los integrantes comité técnico instituido en el fideicomiso para actividad empresarial de que se trate, con motivo de los procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley, cuando dicho comité tenga facultades de revisión o decisión y con la finalidad de que dichas decisiones sean ejecutadas en términos del contrato de fideicomiso respectivo.

Con motivo de lo expuesto en las propuestas 5 y 7, en las que se expuso la calidad del comité técnico como un órgano de decisión, se considera necesario que el Conciliador

pueda convocar a sus integrantes para someter a su consideración la aprobación de asuntos trascendentes y se solicite, en consecuencia, la ejecución a la institución fiduciaria. Cuando dicho comité no exista, la facultad de convocatoria para la aprobación de asuntos que el Conciliador estime convenientes, debe entenderse en relación al delegado fiduciario.

Propuesta 10. Adición de un párrafo al artículo 81, modificación al artículo 82 y la adición del artículo 83 Bis; para normar lo relativo a la remoción de la institución fiduciaria, durante la etapa de conciliación.

Artículo 81.- En caso de que el conciliador estime que así conviene para la protección de la Masa, podrá solicitar al juez la remoción del Comerciante de la administración de su empresa. Al admitir la solicitud, el juez podrá tomar las medidas que estime convenientes para conservar la integridad de la Masa. La remoción del Comerciante se tramitará por la vía incidental.

En los procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley, el Conciliador podrá solicitar al juez la remoción sólo del Delegado fiduciario o la de la Institución fiduciaria, cuando se haya ejecutado cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones a cargo de la segunda en relación al Patrimonio fideicomitido, sin perjuicio de las responsabilidades civil o penal que dicha conducta asuma.

En aquellos casos en los que a juicio del conciliador la institución fiduciaria pueda continuar en su cargo, el Conciliador podrá solicitar al juez la remoción del Delegado Fiduciario para que sus facultades sean asumidas por el Conciliador. En estos casos, el juez podrá conceder al conciliador, además de las propias y de las facultades y obligaciones de administración que ésta Ley prevé al Síndico para administración, aquellas funciones de administración que hubieren sido reservadas al fideicomitente o a los integrantes del comité técnico en el contrato constitutivo de fideicomiso, que sean necesarias para el desempeño de sus funciones.

Si se decreta la remoción de la institución fiduciaria se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 Bis de la presente Ley.

Artículo 83 Bis. Cuando se trate de procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley, en los que se decreta la remoción de la institución fiduciaria se procederá de conformidad a las siguientes reglas:

- I. Si el Juez autorizó el cierre total y definitivo de la empresa, en términos de lo dispuesto por el artículo 79 de la presente Ley, no será necesario el nombramiento de una fiduciaria sustituta, por lo que el contrato de*

fideicomiso subsistirá únicamente para llevar a cabo la liquidación del patrimonio fideicomitado conforme a las reglas de la presente ley.

- II. *Si la empresa sigue en funcionamiento o fue cerrada parcial y/o temporalmente, y se decreta la remoción de la institución fiduciaria se procederá a nombrar a una institución sustituta de conformidad con lo siguiente:*
- a) *En caso de que el contrato de fideicomiso prevea la designación de una fiduciaria sustituta, la institución designada asumirá dicho carácter siempre que conste por escrito su aceptación, en caso contrario;*
 - b) *El fideicomitente, el fideicomisario, si existiere, y los Acreedores Reconocidos que representen al menos la mitad del monto reconocido, de común acuerdo, podrán elegir a la institución fiduciaria que deseen en un plazo no mayor a 5 días después de haberles sido notificada la determinación de remover a la institución fiduciaria original,*
 - c) *En caso de no llegar a un acuerdo, el Juez lo hará del conocimiento de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para que en un plazo no mayor a tres días hábiles haga la designación aleatoria de una institución de crédito para asumir tal cargo. Una vez que el juez tenga conocimiento de la designación notificará a la institución de crédito, la cual, en un plazo no mayor a 3 días, deberá notificar al Juez el importe al cual ascienden sus honorarios los cuales serán pagados con cargo a la Masa y se considerarán como créditos contraídos para la administración de la misma en términos del artículo 224, fracción II, de la presente ley.*

El Conciliador, en caso de que así lo estime conveniente para la protección de la masa, podrá solicitar al Juez le conceda, además de las propias, las facultades y obligaciones de administración que esta Ley atribuye al síndico para administración y, en su caso, aquellas funciones de administración que hubieren sido reservadas al fideicomitente o a los integrantes del comité técnico en el contrato constitutivo del fideicomiso, para que éstas sean ejecutadas por el Delegado fiduciario que nombre la fiduciaria sustituta.

El fin de la presente propuesta es concluir con el conflicto legal que implica por un lado la posibilidad prevista en la LCM de remover al comerciante para que el Conciliador asuma las facultades de administración en el patrimonio fideicomitado y la prohibición del artículo 385 de la LGTOC, que impide que tal administración se asuma por persona distinta de una institución fiduciaria, con la sanción legal que de no ser posible dicha sustitución, se dará por terminado el contrato de fideicomiso.

En este sentido la propuesta busca que la institución fiduciaria se mantenga en su encargo hasta en tanto no ejecute actos que agraven la situación económica del patrimonio fideicomitado y la sustitución fiduciaria sea la última alternativa en el juicio concursal, pues se propone que las facultades de administración sean asumidas por el Conciliador incluyendo aquellas que hubieren sido reservadas de acuerdo al contrato constitutivo, de esta forma las determinaciones del Conciliador serán sólo ejecutadas por la institución fiduciaria por conducto del Delegado fiduciario. En estos casos, las determinaciones adoptadas se ejecutarían sin su responsabilidad, si son consecuencia del acatamiento de las instrucciones del conciliador.

Propuesta 11. La adición de adición de un párrafo al artículo 178 para normar lo relativo al nombramiento de una institución fiduciaria sustituta en la etapa de quiebra.

Artículo 178.- La sentencia que declare la quiebra implicará la remoción de plano, sin necesidad de mandamiento judicial adicional, del Comerciante en la administración de su empresa, en la que será sustituido por el síndico.

Para el desempeño de sus funciones y sujeto a lo previsto en esta Ley, el síndico contará con las más amplias facultades de dominio que en derecho procedan.

En los procedimientos planteados en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley, no será necesario el nombramiento de una institución fiduciaria sustituta, en cuyo caso el contrato de fideicomiso únicamente subsistirá para llevar a cabo la liquidación del patrimonio fideicomitado conforme a las reglas de la presente ley.

El sentido de esta norma es evitar el nombramiento de una institución fiduciaria sustituta en el caso de que se haya decretado la quiebra, ya que esta etapa deja de tener como objetivo el mantenimiento de la unidad económica pues ello no fue posible en la etapa de conciliación, siendo prioridad evitar que los activos de la empresa se consuman o deterioren.

En tal virtud, es innecesario el nombramiento de una institución fiduciaria, que estaría impedida para cumplir los fines del fideicomiso, pues éstos, con la sentencia que declara la quiebra, son imposibles jurídicamente y sólo ha lugar a la liquidación de la empresa para con el producto pagar a los acreedores en los términos establecidos por la LCM.

Propuesta 12. La adición de un párrafo a la fracción II del artículo 181, en lo relativo a la ocupación de los bienes.

Artículo 181.- La ocupación de los bienes, documentos y papeles del Comerciante, se llevará a cabo de conformidad con las reglas siguientes:

- I. ...
- II. Tan pronto como entre en funciones el síndico se le entregarán mediante inventario, los bienes, la existencia en caja, los libros, los títulos valor y demás documentos del Comerciante.

En el caso del concurso mercantil seguido en términos del artículo 12 Bis de la presente Ley, sólo serán entregados al síndico los documentos relativos a la operación de la empresa que deriva del contrato de fideicomiso respectivo. La ocupación de bienes se entenderá aplicable sólo aquellos que integren el Patrimonio fideicomitado y no aquellos que le sean propios a la institución fiduciaria para el desempeño de sus actividades como entidad financiera.

El objetivo de esta norma es precisar el alcance de la entrega de bienes que realizará la institución fiduciaria al síndico, estableciendo que sólo los bienes que comprenden al patrimonio fideicomitado son los que serán transmitidos en virtud de la declaración de quiebra y que los libros que tendrán el mismo destino, son aquellos relativos a la operación de la empresa que derivo del fideicomiso para actividad empresarial.

Propuesta 13. La adición del artículo 227 Bis, para normar lo relativo a los aspectos penales en el concurso mercantil seguido en contra de una institución fiduciaria en razón del fideicomiso para actividad empresarial.

Artículo 227 Bis.- Las instituciones fiduciarias no serán responsables de los actos que ejecuten ajustándose a los dictámenes o acuerdos de los integrantes del comité técnico que se hubiere instituido en el fideicomiso o las determinaciones del conciliador cuando este asuma funciones de administración en los términos de esta ley.

De igual forma que no existe responsabilidad civil para la institución fiduciaria cuando actúa ajustándose a los dictámenes o acuerdos celebrados por los integrantes del comité técnico instituido en el fideicomiso, en términos de lo dispuesto por el artículo 80

de la LIC, se propone que la responsabilidad civil o la penal regulada en el Título XI, Aspectos penales del concurso mercantil, no corra a cargo de la fiduciaria cuando se demuestre haya actuado en apego a las determinaciones de quien materialmente detenta la administración de la empresa, es decir los integrantes del comité técnico o el conciliador.

4.2 PROPUESTA DE MODIFICACIONES A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

Propuesta 14: Adición de un párrafo al artículo 391 de la LGTOC, consistente en limitar la responsabilidad de la institución fiduciaria en los casos en que ésta sea sustituta y actúe por instrucciones del conciliador o síndico.

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 pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Cuando la institución fiduciaria quede sujeta al procedimiento de concurso mercantil y actúe ajustándose a los dictámenes o determinaciones del conciliador, en términos de lo dispuesto por el tercer párrafo, del artículo 81 de la Ley de concursos mercantiles, estará libre de responsabilidad.

La finalidad de esta propuesta es delimitar la responsabilidad de la Institución fiduciaria, que continúa en su encargo o la sustituta cuando actúen de acuerdo a las determinaciones del conciliador en términos de la propuesta. En estos casos, la fiduciaria deberá quedar libre de responsabilidad, pues sólo le corresponde la ejecución de los actos pero no la decisión sobre los mismos.

Propuesta 15: Adición de la fracción IX al artículo 392, el cual señala las causales de extinción del fideicomiso, para quedar como sigue:

Artículo 392.- El fideicomiso se extingue:

...

IX. Por la sentencia que declare la quiebra de la institución fiduciaria, en relación al patrimonio dado en fideicomiso o, por la resolución que decrete el cierre total y definitivo de la empresa en los fideicomisos para actividad empresarial. En ambos casos subsistirán las relaciones jurídicas hasta la liquidación de las obligaciones a cargo de la fiduciaria.

La extinción del fideicomiso por cualquier causa no surtirá sus efectos cuando se encuentre en trámite, respecto a su patrimonio fideicomitado, un juicio de concurso mercantil o cuando la causal de extinción haya acaecido dentro de los doscientos setenta días naturales, previos a la presentación de una demanda de concurso mercantil en los términos dispuestos por la ley de la materia, hasta en tanto se resuelva el juicio respectivo.

El sentido de la fracción IX es contemplar como causal de extinción del fideicomiso la declaración de quiebra y el cierre total y definitivo de la empresa. En cierta medida, ésta es una hipótesis que deriva de la fracción II del artículo 392, pues el objeto del fideicomiso, que es el desarrollo de actividades empresariales, resulta imposible, sin embargo, es necesario precisar que las obligaciones jurídicas entre las partes y terceros quedaran subsistentes hasta que se concluya el proceso de concurso mercantil en su última etapa, para dar certeza a los actores de dicho proceso.

Por lo que hace al último párrafo, éste tiene como finalidad evitar que las partes apresuren la extinción del fideicomiso para evitar que el patrimonio fideicomitado quede afecto a un proceso concursal. El término señalado en dicho párrafo tiene como objetivo evitar la ejecución de una modalidad de extinción en perjuicio de los acreedores, tomando como base la fecha de retroacción establecida por la ley concursal.

CONCLUSIONES

1. El concurso mercantil es el procedimiento jurisdiccional universal y de interés público, por virtud del cual el comerciante queda sujeto a un estado jurídico diverso, como consecuencia del incumplimiento generalizado de sus obligaciones. Tiene como objetivo prioritario lograr la conservación de la empresa a través de la negociación de los pasivos con los acreedores del comerciante y, cuando ello no es posible, la liquidación de los bienes que la integran, para con el resultado pagar a los acreedores reconocidos hasta donde sea posible, siguiendo las reglas que al efecto establece la Ley de Concursos Mercantiles (LCM).
2. El concurso mercantil como institución queda definido a partir de la presencia de dos presupuestos que lo definen, el presupuesto objetivo que se actualiza en el incumplimiento generalizado de las obligaciones a cargo del comerciante en los términos establecidos por los artículo 9 y 10 de la LCM y un presupuesto subjetivo que se actualiza en la figura del comerciante.
3. El artículo 4 de la LCM señala que, para efectos de dicho ordenamiento, el Patrimonio fideicomitido constituido para la realización de actividades empresariales será considerado como comerciante y, en consecuencia, podrá quedar sometido al proceso regulado por dicha ley.
4. El fideicomiso es el contrato por virtud del cual un sujeto denominado fideicomitente, transmite a una persona autorizada por la ley, denominada fiduciaria, la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos, a efecto de que ésta realice fines lícitos y determinados, los cuales podrán generarse en beneficio de un tercero denominado fideicomisario.
5. El patrimonio fideicomitido es el conjunto de bienes, obligaciones y derechos que son materia del fideicomiso, cuya titularidad es transmitida por el fideicomitente a

la fiduciaria para el cumplimiento de los fines pactados en el contrato de fideicomiso.

6. La actividad empresarial dentro de un fideicomiso es aquella actividad que, basada en el capital y trabajo, busca la obtención de ciertos beneficios o ganancias económicas, generalmente mediante la producción de bienes o el ofrecimiento de servicios, las cuales son abordadas de forma puntual por el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, bajo el elemento común denominador, de la especulación comercial.
7. Sólo las personas pueden quedar sometidas a un procedimiento jurisdiccional. De acuerdo a la teoría general del proceso, no sólo basta la personalidad jurídica para acudir a éste, sino que es necesario se cuente con capacidad de ejercicio para estar en aptitud de efectuar válidamente actos jurídicos en beneficio propio o ajeno. Particularmente el artículo 1056 del Código de Comercio, supletorio de la LCM, establece que sólo puede comparecer a juicio aquél que esté en pleno ejercicio de sus derechos y los que no lo estén podrán hacerlo mediante sus representantes legítimos.
8. El fideicomiso como contrato y su patrimonio, como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, carecen de personalidad y capacidad jurídica, lo que permite concluir que tanto uno como otro están impedidos para ser sometidos a cualquier juicio, particularmente el de concurso mercantil.
9. Doctrinalmente, previo a la emisión de la LCM, diversos autores se pronunciaron a favor de la inclusión de una hipótesis, en la entonces Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que contemplara la posibilidad de quiebra en el fideicomiso. La mayor parte de los autores argumentaron su postura por analogía a la posibilidad de la quiebra de la sucesión del comerciante.

10. A partir de la emisión de la LCM, diversos autores como Elvia Arcelia Quintana Adriano se manifestaron en contra de la forma en la que la LCM admitía la posibilidad de que el fideicomiso se involucrara en aspectos concursales, pues lo dispuesto en el artículo 4, fracción II, de esta ley, es carente de técnica jurídica y rompe con diversos postulados del Derecho como los contratos, la personalidad jurídica, capacidad, patrimonio, entre otros.
11. De la revisión del único antecedente de juicio concursal tramitado en contra de un patrimonio fideicomitado para actividad empresarial, a partir de la emisión de la LCM, se observa que los efectos jurídicos de la sentencia que declaró el concurso mercantil y la que declaró la quiebra, particularmente los relativos al arraigo en la persona del comerciante en el concurso y la suspensión de la capacidad de ejercicio en la quiebra, surtieron sus efectos en la institución fiduciaria.
12. La hipótesis objeto del presente trabajo ha sido objeto de regulación en diversos países. En los Estados Unidos de América el presupuesto subjetivo del proceso equivalente al concurso mercantil se actualiza en la empresa, como unidad económica, sin importar si la misma tiene personalidad jurídica. En este sentido las normas de aquél país indican que la *bankruptcy* puede ser iniciada contra los denominados *business trusts*, equivalentes del fideicomiso para actividad empresarial del Derecho mexicano, regulación que en los hechos se asemeja a la adoptada por la LCM.
13. En Argentina se plantea una negación expresa a que el fideicomiso o su patrimonio sean sujetos de los procesos de concurso mercantil, su regulación establece que ante la insolvencia de los negocios derivados de un fideicomiso, la fiduciaria deberá iniciar un proceso de liquidación privado, el cual corre a cargo de sí misma, enajenando los bienes respectivos y entregando el producto a los acreedores.

14. En Uruguay se sigue la línea regulatoria del Estado argentino, pero además se impone el deber jurídico de la fiduciaria de seguir las reglas de reconocimiento, prelación y graduación de créditos de conformidad con la ley concursal.
15. Es necesario contemplar la posibilidad de que el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial quede vinculado al proceso de concurso mercantil, pues a partir del contrato fideicomiso correspondiente se pueden operar unidades económicas con la misma complejidad e importancia que las creadas por entes con personalidad jurídica propia.
16. La hipótesis contenida en el artículo 4, fracción II, de la LCM, debe replantearse en virtud de que (i) el patrimonio fideicomitado para actividad empresarial carece de personalidad jurídica propia, lo que hace inviable atribuirle la calidad de comerciante y someterlo de forma directa al proceso concursal y (ii) las disposiciones que regulan el proceso concursal son insuficientes para normar la hipótesis en cuestión por la forma en la que interactúan las instituciones del Concurso mercantil y el Fideicomiso, por lo que el replanteamiento de referencia debe determinar la solución a las problemáticas no resueltas por la LCM, como son: la legitimación para solicitar y demandar el concurso mercantil en relación a los sujetos involucrados en el fideicomiso; el emplazamiento; los alcances del secreto fiduciario y; la sustitución fiduciaria en los casos en los que la LCM prevé la remoción del comerciante.

Bibliografía.

1. ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZÁN ALANIZ, Pablo, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Editorial Porrúa, México, 1997.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel y ROMERO MIRANDA Tania, *Manual de Concursos Mercantiles y Quiebras*, Editorial Porrúa, México, 2001.
3. ALAMO Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano : la sociedad anonima mexicana, no es anonima, es nominada : la sociedad de gestion colectiva, no es de gestion, es representativa simple*, Porrúa, México, 2000.
4. ANGEL DASSO, Ariel, *Derecho concursal comparado*, Editorial Legis, Argentina, 2008.
5. ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Directora), *El trust en el derecho civil*, Editorial Bosch, España, 2007.
6. BARRERA GRAF, Jorge, *Estudios de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1958.
7. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1991.
8. BATIZA, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, Porrúa, México 1985.
9. BATIZA, Rodolfo, *Tres estudios sobre el fideicomiso*, Imprenta Universitaria, México, 1954.
10. BUCIO ESTRADA, Rodolfo y CASASA ARAUJO, Aldo, *Concursos Mercantiles: Proceso y procedimientos en México*, Porrúa, México, 2006.

11. C. MÉJAN CARRER, Luis Manuel, *Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles* [en línea], Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, sin fecha ni lugar de edición [fecha de consulta: 11 de abril de 2012]. Disponible en <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF%5Cestudio%5C20.pdf>
12. C. MEJAN CARRER, Luis Manuel, *La ley de concursos mercantiles a la luz del derecho internacional privado en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C., México, 2002, pp. 79-80.
13. CAMARA LAPUENTE, Sergio, *El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea*, en *Derecho Privado Europeo*, Ed. Colex, España 2003.
14. CASTAÑAN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1999.
15. CASTILLO LARA, Eduardo, *El concurso Mercantil y su Proceso*, Oxford University Press, México, 2007.
16. CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho de quiebras*, Editorial Herrero, México, 1981.
17. CERVANTES AHUMADA, Raul, *Títulos y operaciones de crédito*, Porrúa, México, 1999.
18. CHAVEZ OROZCO, Gilberto, *El fideicomiso y la posibilidad de la quiebra de su patrimonio*, Tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.
19. DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Consideraciones de orden práctico en torno a la calificación de “comerciante” —con un breve apunte comparatista con los términos Piercing the Corporate Veil (levantamiento del velo corporativo) y grupo empresarial— y de “insolvencia”, de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM)*[en línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, sin año ni lugar de edición

[fecha de consulta: 3 de agosto de 2012]. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr4.pdf>. Fecha de consulta: 3 de agosto de 2012.

20. DÁVALOS MEJÍA, Luis Carlos Felipe, *Introducción a la Ley de Concursos Mercantiles*, Oxford University Press, México, 2002.
21. De la Peza, José Luis, *Ensayo sobre el patrimonio en fideicomiso y la posibilidad de su quiebra*, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, México, 1952.
22. DE LEON RODRÍGUEZ, Hiram L., *La Nueva Legislación Mercantil*, Universidad Nacional Autónoma de Nuevo León, México, 2000.
23. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1998.
24. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso, Negocio jurídico; régimen fiscal inmobiliario; instrumento en la inversión extranjera, el nuevo fideicomiso de garantía, las reformas de 2003*, Porrúa, México, 2009.
25. FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, Editorial Esfinge Undecima edición, México 1982.
26. GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, México, 2002.
27. GONZALEZ BEILFUSS, Cristina, *El trust. La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, BOSH Casa Editorial, España, 1997.
28. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Porrúa, México, 2005.

29. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2008.
30. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho sucesorio inter vivos y mortis causa*, Porrúa, México 2003.
31. JUAREZ HORTA, Luis Eduardo, *La constitucionalidad de los concursos mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 2005.
32. JUAREZ HORTA, Luis Eduardo, *La constitucionalidad de los concursos mercantiles*, Porrúa, México, 2005.
33. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho; traducción del original en alemán Roberto J. Verneng*, Porrúa, México, 2003.
34. Ley 22/2003, De la Consolidación, Boletín Oficial del Estado, España, 2010.
35. MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del "Civil Law"*, Editorial Aranzadi, España, 2005.
36. MEDOZA POPOCA, Oswaldo Aníbal, *El fideicomiso público*, Porrúa, México, 2010.
37. MOLINA PASQUEL, Roberto, *Ensayo sobre la propiedad en el trust*, Jus. Revista de derecho y ciencias sociales, TOMO XXIV, México, julio-septiembre 1950.
38. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Euros editores, Argentina, 2009.
39. OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, Harla, México, 1991.

40. OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, Ed. Oxford, México, 2002.
41. PIÑA MEDINA, Jorge A., *Fideicomisos y certificados de participación inmobiliaria en zona prohibida*[en línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, sin lugar ni fecha de edición [fecha de consulta: 11 de abril de 2012], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/121/pr/pr6.pdf>.
42. RODRIGUEZ RODRIGEZ, Joaquin, *La separación de bienes en la quiebra*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978.
43. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1999.
44. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil Tomo I, Introducción y persona derechos reales y sucesiones*, Porrúa, 2007.
45. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Editorial Porrúa, 2000.
46. RUBEN TON, WALTER, *El fideicomiso en insolvencia debe ser liquidado a través de la quiebra* [en línea], Publicaciones de la Universidad Notarial Argentina, sin lugar ni fecha de edición [fecha de consulta: 15 agosto 2012]. Disponible en: http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/contratos/fideicomiso_insolvencia_debe_ser_liquidado_quiebra_ton.pdf. SANCHEZ SODI, Horacio, *El fideicomiso en México*, Editores Greca, México 1996.
47. SANROMÁN MARTÍNEZ, Luis Fernando, *Concursos Mercantiles*, Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, México 2010.
48. TRUFFAT, E. Daniel, *La conflictiva relación entre el fideicomiso y la cesación de pagos*, en *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal: Tendencias y Necesidad de reformas del Derecho Concursal ante la crisis global*, México, 2012.

49. WITKER VELÁZQUEZ, Witker, *Introducción al Derecho económico*, McGraw-Hill Interamericana Editores, México, 2005.
50. YARZA OCHOA, Carlos, *El derecho de propiedad en el fideicomiso*, Tesis Profesional para obtener el título de licenciado en derecho, Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, México, 1949.

Diccionarios.

1. ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Diccionario de términos jurídicos Inglés-Español, Español-Inglés*, Ariel Referencia, Barcelona, 1999.
2. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C., Butterworths, *English-Spanish legal dictionary*, Butterworths Legal Publishers, Estados Unidos, 1991.
3. DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 220.
4. _____, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 22a. Edición, España, 2001.
5. _____, *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM-Porrúa, México, 2007.

Recursos digitales.

1. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.
2. Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación Argentina, <http://infoleg.mecon.gov.ar>.
3. Fideicomiso Centro Histórico de la Ciudad de México,

<http://www.centrohistorico.df.gob.mx>.

4. Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, <http://www.ifecom.cjf.gob.mx>.
5. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.inegi.org.mx>.
6. Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay, <http://www0.parlamento.gub.uy/>.
7. Portal de Obligaciones de Transparencia del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, <http://portaltransparencia.gob.mx>.
8. Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>.
9. U.S. House of Representatives, <http://143.231.180.80/browse.xhtml>.
10. United States Courts, <http://www.uscourts.gov>.

Otros Recursos.

1. Consultas con folio 00869511, 00190512, 00869511, 00190712, 00190612 y 00241612, rendidas por el responsable del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, en términos de lo dispuesto por Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/infomex/>
2. Consulta con folio 0610100057912, rendida por el responsable del Servicio de Administración Tributaria, disponible en: <https://www.infomex.org.mx/>