



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**“PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL
FIDEICOMISO DE GARANTÍA”**

TESIS PROFESIONAL

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

P R E S E N T A

ISAAC OMAR LABASTIDA TERÁN

Asesor: LICENCIADO ARTURO GONZÁLEZ JIMÉNEZ

MARZO 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Asesor: LICENCIADO ARTURO GONZÁLEZ JIMÉNEZ

A DIOS.

A MI MADRE ESTHER

TERAN, soy tu sangre y tú eres mi principio, esculpiste mis entrañas y ahora solo te regalo uno de tantos sueños que compartimos; sabes...aún en la estruendosa derrota o en la discreta victoria escucho tu voz diciendo: "ADELANTE" ...GRACIAS POR TODO MAMÁ.

CON MI AGRADECIMIENTO PARA MIS ABUELOS CONSUELO E ISMAEL, los sueños que eran antes, son ahora palpitantes realidades, dejar que me sienta a su lado y compartir con tanto amor, la fugaz juventud que cargo con su eterna existencia.

A MI HERMANITA

JENNIFER, no hay noche que dure lo suficiente para hacernos olvidar que mañana siempre saldrá el sol y que tú y yo estaremos para verlo.

AL LICENCIADO RAFAEL LOPEZ

IBARRA, gallardo matador, valiente en la arena y sabio en la vida, maestro y amigo, forjando un destino sobre su destino.

A MI ASESOR EL LICENCIADO ARTURO GONZALEZ JIMENEZ,

sus enseñanzas fueron como agua en el desierto, y su voluntad tenaz y osada que derrota imposibles, dejar que los nuevos ríos se alimenten de su manantial de sabiduría.

AL LICENCIADO ERICK GARZON

ZÚÑIGA, porque toda historia tiene un comienzo, y juntos escribimos la primera de varias.

A LOS SEÑORES LICENCIADOS JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ MERCHAN, MOISES RUIZ BETANZO Y ALFREDO MUÑOZ MONTES DE OCA, con toda mi admiración hacia ustedes, por ser pilares en su profesión y ejemplo a seguir.

A NYDIA,

nunca fue fácil pero tu paciencia y amor me ayudaron a encontrar la razón para mi locura.

A MIS COMPAÑEROS DEL DESPACHO,
juntos construimos algo grande sin saber que lo que se hacia grande éramos
nosotros, por todas esas jornadas interminables y risas que las concluían,
gracias por estar ahí hombro con hombro y paso a paso.

A MIS COMPAÑEROS DE LA FACULTAD,
que partimos del mismo principio, sin tener nada entonces, y sin embargo,
teníamos lo suficiente; afán de verdad y placer en la ilusión.

A MIS AMIGOS DE TODA LA VIDA,
hermoso es compartir el silencio, más hermoso es compartir la risa-Hasta la
vista-.

**A MIS MAESTROS DE LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN, U. N. A. M.**

**A MI AMADA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO.**

ISAAC OMAR LABASTIDA TERAN

**¡Y cómo soportaría yo ser hombre si el hombre no fuese también poeta y
adivinator de enigmas y el redentor del azar!
FEDERICO NIETZSCHE**

ÍNDICE

	PÁGINA
ÍNDICE	
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO	13
I.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	14
a) El Fideicomiso en el Derecho Alemán	17
b) El Fideicomiso en el Derecho Francés	19
c) El Fideicomiso en el Derecho Inglés	20
d) El Fideicomiso en el Derecho Mexicano	23
I.2. NATURALEZA JURÍDICA	27
a) Tesis del Fideicomiso como Negocio Jurídico	29
b) Tesis del Fideicomiso como Negocio Fiduciario	33
c) Tesis del Fideicomiso como Declaración Unilateral	35
d) Tesis del Fideicomiso como Mandato	37
I.3. ELEMENTOS PERSONALES Y MATERIALES	39
I.3.1. Personales	39
a) Fideicomitente	40
b) Institución Fiduciaria	42
b.1) Comité Técnico	46
c) Fideicomisario	49
I.3.2. Materiales	52
a) Patrimonio	52
a.1) Universalidades de Hecho y de Derecho	54
a.2) Teoría Clásica del Patrimonio Personal	57
a.3) Teoría Moderna del Patrimonio Afectación	60
a.4) Desdoblamiento del Derecho de Propiedad	62
a.5) El Fideicomiso como Patrimonio sin Titular	64
a.6) Transmisión del Patrimonio a la Institución Fiduciaria	67
b) Fin lícito y objeto	71
I.4. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DERIVADAS DE LA LEY MEXICANA	74

CAPÍTULO II

MEDIOS DE GARANTÍA	96
II.1. GARANTÍAS PERSONALES	97
a) Obligación Solidaria	98
b) Pena Convencional	99
b.1) Las Arras	101
b.2) Cláusula Penal	105
c) Reserva de Dominio	109
d) Fianza	113
II.2. GARANTÍAS REALES	118
a) Prenda	119
a.1) Con Transmisión de Posesión	122
a.2) Sin Transmisión de Posesión	125
b) Hipoteca	129
b.1) Hipoteca Civil	130
b.2) Hipoteca Mercantil	132
b.2.1) Hipoteca Industrial	134
b.2.2) Hipoteca Marítima	138
b.2.3) Hipoteca Aeronáutica	140
II.3 OTROS MEDIOS DE GARANTÍA	144
a) Contrato de Seguro	147
b) Fianza de Empresa	152
c) Aval Bancario	156
d) Carta de Crédito o Stand By	161

CAPÍTULO III

FIDEICOMISO DE GARANTÍA	167
III.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA	172
a) Manifestación de la Voluntad	173
b) Objeto	174
III.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ	176
a) La Licitud en el Objeto, Fin, Motivo o Condición del Negocio	176
b) La Capacidad de Ejercicio	177
c) La Forma	178
d) La Ausencia de Vicios de la Voluntad	180
III.3 CLÁUSULAS QUE DEBEN CONTENER	182

III.4 CLÁUSULAS QUE PUEDEN CONTENER	186
III.5 FINES Y SENTIDO PRÁCTICO	187
III.6 PROBLEMAS DE APLICACIÓN	188
a) El Sistema Bancario Mexicano	190
III.7 EXTINCIÓN	194

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN FIDUCIARIA		. 199
IV.1 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL	205
a) Pacto Comisorio	210
b) Venta al Martillo	211
IV.2 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL	216
a) Instancia Judicial	217
CONCLUSIONES Y PROPUESTA	222
ÍNDICE DE TEXTOS CONSULTADOS	238
I BIBLIOGRAFÍA	239
II HEMEROGRAFÍA	243
III ORDENAMIENTOS CONSULTADOS	245
III.1 Leyes y Códigos		
III.2 Tesis y Jurisprudencias		

INTRODUCCIÓN

En tiempos recientes se ha querido buscar en la práctica nuevas formas de garantía en las obligaciones, toda vez que las figuras establecidas en nuestro sistema jurídico actual, se han visto rebasadas por la realidad cambiante, que exige una mejor certeza en las relaciones jurídicas a nivel mundial. Por tanto, el derecho como instrumento del hombre para alcanzar la armonía social, buscando la Equidad y Justicia entre los miembros de una comunidad esta en constante cambio, como consecuencia del dinamismo de los grupos sociales modernos.

El intercambio de bienes y servicios entre países de diferentes culturas jurídicas a raíz de la globalización que vive el mundo actualmente, nuestros legisladores se han visto obligados a crear mecanismos legales para la adecuación de los negocios, en aras de una economía que se caracterice por la confianza y exenta de obstáculos en los actos que en ella se verifiquen.

Es evidente que la actividad comercial llevada a cabo a nivel nacional e internacional, demanda cada vez más garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los factores productivos. Resulta importante entonces el conocer los mecanismos legales para garantizar todo tipo de obligaciones y que se encuentran reguladas en nuestro Derecho positivo.

Además de la flexibilidad y dinamismo que debe prevalecer en las relaciones comerciales, la seguridad jurídica es una característica esencial para

brindar certeza de lo que las partes involucradas puedan esperar en caso de conflicto.

El fideicomiso es una figura jurídica sumamente difundida en la mayoría de los países occidentales, donde se ha escrito ampliamente acerca de ella. Asimismo, dicha figura doctrinalmente implica un acto unilateral de la voluntad para su constitución y respecto de su ejecución se enmarca en un acto de naturaleza contractual, aunque por las reformas recientes a la ley que regula dicha figura se le atribuya un carácter meramente contractual.

Desde luego el fideicomiso tiene una variedad amplísima de aplicaciones en la vida jurídica de las personas, pero el presente trabajo tiene como fin un acercamiento a la utilización de éste como un medio más para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los distintos actos y hechos jurídicos, así como en su ejecución como parte total de este estudio.

En consecuencia, orientaré mi esfuerzo de investigación en las peculiaridades del fideicomiso de garantía que busca certeza y celeridad en la ejecución de las garantías otorgadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es de resaltarse la función instrumental y accesoria que contiene esta peculiar figura, que pretende garantizar obligaciones derivadas de un acto o hecho jurídico.

Por tanto, algunos autores le han atribuido el carácter de una nueva especie de gravamen, distinto a la fianza, hipoteca o prenda, que son los contratos clásicos en materia de garantías.

El haber sido destinados los bienes afectos a un fin lícito determinado por virtud del fideicomiso se verifica la salida de los bienes del fideicomitente hacia el patrimonio del fiduciario, para destinarlo al cumplimiento del fin para el cual fue creado.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar al fideicomiso de garantía, partiendo de lo general que son los antecedentes históricos de este instrumento, hasta su aplicación en el mundo jurídico como una garantía funcional, segura y eficaz y su ejecución en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Así pues, en el primer Capítulo se estudiarán sus antecedentes e incorporaciones en diversos sistemas jurídicos como son el Anglosajón, Francés y Germánico, así como una revisión a los componentes que lo integran.

Algunos doctrinarios afirman que en la constitución contiene una naturaleza unilateral y en su ejecución una naturaleza contractual. Del anterior razonamiento, se advierte la complejidad de su estructura en la que concurren dos actos, el primero: la designación de los bienes y encomienda del fin al fiduciario, el segundo: el desarrollo y la ejecución misma de dichos fines.

En el segundo Capítulo se estudiarán algunas de las garantías existentes en nuestro sistema jurídico, mismas que son primordiales para la

seguridad en el cumplimiento de obligaciones, y que sin ellas sería inconcebible la armonía y paz que debe imperar en una sociedad, como consecuencia de las relaciones jurídico-sociales existente entre todas las personas, así mismo se busca proporcionar una visión acerca de la importancia que debe existir en nuestro país acerca del estudio y desarrollo de nuevos medios de garantía, y la creación de una legislación adecuada para el funcionamiento de las mismas.

En el tercer Capítulo se entrará al estudio particular del fideicomiso de garantía, materia de este trabajo, efectuando una exploración a sus elementos de existencia y validez, destacando también sus beneficios en el uso de esta garantía, así los obstáculos que se pudieran presentar en su funcionamiento.

Por tanto, consideremos al fideicomiso como una súper-estructura jurídica que involucra un gran número de conceptos e instituciones jurídicas de nuestro derecho vigente, siendo una herramienta versátil y útil en la realización de diversos fines.

El fideicomiso de garantía permite a los deudores garantizar obligaciones simultáneas o sucesivas, presentes o futuras, simples o modales, contractuales o extra-contractuales, siendo una ventaja sobre los demás medios de garantías, en virtud de que con él se pretende agilizar el otorgamiento de los créditos permitiendo alcanzar el aprovechamiento máximo del valor de realización de los bienes, lo que amplía notablemente la posibilidad del crédito.

Finalmente, en el cuarto Capítulo se busca explicar cada uno de los procedimientos de ejecución establecidos para el Fideicomiso de Garantía en

el Código de Comercio, proporcionando así el atributo de seguridad y dinamismo que se asevera en esta investigación donde el referido capítulo se complementa con las conclusiones aportadas por el suscrito.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO

I.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

I.2 NATURALEZA JURÍDICA

I.3 ELEMENTOS PERSONALES Y MATERIALES

I.4 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DERIVADAS
DE LA LEY MEXICANA

I.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para poder iniciar nuestra investigación acerca de esta aparente moderna figura jurídica, debemos remontarnos a la antigua Roma, donde algunos autores coinciden que tuvo su origen. A partir de ese antecedente, podemos observar que diametralmente surgieron dos instituciones jurídicas, las cuales constituyen la fuente histórica del fideicomiso actual: por un lado hablamos de la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.

La primera de ellas definida como *fiducia* en su etimología latina *mancipatio*, correspondía a la forma solemne de transmitir la propiedad a un tercero, quien recibía dicha propiedad del bien transmitido con la obligación de retransmitirlo una vez que se realizara un fin determinado, situando algunos autores a esta figura en el campo de los contratos reales.

Existieron dos formas de *fiducia* en la antigua Roma: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*. La primera tuvo gran importancia ya que su fin era el de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, la cual operaba en el caso de que el deudor que garantizaba alguna obligación contraída, transmitía determinados bienes a su acreedor, con la obligación recíproca de retransmitirlos nuevamente al deudor cuando se hubiere pagado la deuda, en el entendido de que si se incumplía con la misma el acreedor tenía el derecho de retener la cosa para sí o para enajenarla, a diferencia de la *fiducia cum amico*, la cual se empleaba para el fin de que aquella persona que recibiera el bien transmitido, tuviera el uso y

disfrute gratuitamente de dicho bien, siendo similar al comodato debido a sus características.¹

En Roma, la *fiducia* era un pacto adjunto a una transferencia de propiedad por la que el adquiriente se obligaba frente al enajenante a retransmitirle el bien a la época y en las condiciones fijadas en el pacto, dicha transmisión era plena y en cuanto garantía antecedió a la prenda y la hipoteca.

Respecto al fideicomiso testamentario, éste era empleado por el testador, el cual tenía la intención de favorecer a una persona, la cual no tenía la facultad denominada *testamenti factio*, usando a algún heredero para ejecutar dicha determinación y favorecer a este tercero con la entrega de un objeto particular o el acervo hereditario; concentrándose dicha figura con el *rogo, fideicomitto*, inmersa en el testamento. La característica fundamental de la institución es la fé, confianza o *fides* que se tenía quien aporta el bien a la persona que lo recibía. El fideicomiso o *fiducie* nace de la confianza y de la necesidad de la colaboración humana.

Partamos entonces de las raíces etimológicas de la palabra fideicomiso, la cual corresponde al vocablo latino "*fideicommissum*", que está formado por las voces *fides*, que significa fe, confianza, y *committere*, el cual es un verbo que se traduce en la acción de encomendar, encargar o comisionar determinado acto. De los anteriores elementos entendemos que el "*pactum fiduciae*" involucra un encargo de confianza.²

¹ KRIEGER EMILIO, Manual del Fideicomiso Mexicano, 1° Edición, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A, México 1976, p.p. 13

² VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, Doctrina General del Fideicomiso, 4° Edición, Editorial Porrúa, México 2003 p.p 1-5.

Como corolario de lo anterior, debemos resaltar el hecho de que en la última etapa del Derecho Romano, cuando cayeron en desuso estas formas de transmitir la propiedad, fueron la base para la creación y desarrollo de nuevos contratos reales como fue el comodato, la prenda y la hipoteca.

Después de esta breve exposición, concluimos que la *fiducia* romana y los fideicomisos testamentarios constituyen la Fuente Histórica de nuestra figura jurídica desarrollada en el presente trabajo.

Citando al maestro Sánchez Medal, que a su vez retoma lo dicho por Don Toribio Esquivel Obregón en su estudio elaborado para la Revista de Derecho y Jurisprudencia, año I, N° 4, México, 1930, páginas 601 a 608, cuyo artículo se tituló “Carácter legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso”, el cual afirma que el empleo de la palabra fideicomiso , era un verdadero disparate de lenguaje, ya que en su originaria significación romana y en el sentido castizo de la palabra, se entendía por “fideicomiso” el ruego que hacía el autor de la herencia a su heredero o legatario para que a la muerte de aquél cumpliera con un determinado encargo, el cual se fundaba en la confianza que se depositaba en la honradez y la lealtad (*Fides*) de la persona que recibía tal encargo.³

³ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, De los Contratos Civiles, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001.p.p 587

a) El Fideicomiso Alemán

Como base del fideicomiso en el Derecho Alemán se encuentran: la *prenda inmobiliaria*, el *manusfidelis* y el *salman* o *treuhand*, los cuales se encuentran vigentes actualmente.

El *salman* o *echte treuhand*, la figura análoga del fideicomiso en aquel país, se define como el contrato por el cual una persona intermediaria (*Treuhand*) que realiza la transmisión de un bien inmueble (*Treuhandvermogen*), del propietario original (*Treuhandabsender*) al adquiriente definitivo (*Treuhandbegünstigter*), esta figura ha sufrido varias modificaciones para poder desarrollar su perfecto funcionamiento en la esfera jurídica germánica, la diferencia esencial radica en que el antiguo *salman* es el fiduciario que recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él, en forma solemne para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos, en oposición a que en la actual figura es común que el *salman* sea fiduciario del adquiriente y no del enajenante, por lo que del aquél recibe sus poderes jurídicos.

En la opinión del profesor *Uwe Blaurock*, el fideicomiso o *treuhand* no se encuentra codificado en reglas legales uniformes o sistemáticas, siendo una forma secundaria y no principal la reglamentación del mismo, que concentra múltiples aspectos de negocios distintos, como introducción debemos identificar tres tipos que frecuentemente se utilizan en aquel sistema.

El fideicomiso en estricto sentido, el cual se caracteriza por la transmisión fiduciaria que se realiza condicionalmente o no, y en tal caso el negocio se somete al régimen legal *Vollreckstreuhand* o *Echte Treuhand*.

El fideicomiso que se crea por la delegación del poder de actuar por cuenta del fiduciario, conocido en la práctica como *Ermchtigung-streuhand*.

Las operaciones fiduciarias que descansan en un mandato de cualquier tipo y entre cualquiera de las personas, el cual encuentra su reglamentación en el Código Civil, comúnmente llamado *Vollmachstreuhand/Quiasitreuhand*.⁴

De lo anterior, puntualizamos el hecho de que el *Vollrechstreuhand* o *Echte Treuhand* es la figura más semejante al fideicomiso mexicano, debido a que el fideicomiso alemán no se encuentra encuadrado en una forma expresa, sino que está involucrado en diversas leyes secundarias, siendo la voluntad de las partes la fuente creadora de la mayoría de los fideicomisos en Alemania.

Algunas características importantes en el fideicomiso de aquel sistema, son fundamentalmente que el mismo es considerado como un contrato, debido a un acuerdo con una corriente jurisprudencial constante desde el año de 1970, emitido por la Corte de Justicia Federal, el cual sostiene que al fideicomiso le son aplicables supletoriamente las reglas del mandato (*Auftrag*), determinando que

⁴ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2ª Edición, Editorial Oxford, México 2003, p.p 831-834

la capacidad y naturaleza de las partes contractuales no debe ser específica ni especial, sino basta que tengan capacidad comercial general.⁵

b) El Fideicomiso en el Derecho Francés

La definición de fideicomiso en el Derecho Francés es puramente doctrinal, en virtud de que ninguna ley ni la jurisprudencia utilizan tal noción. Dicha figura jurídica es lícita en el sistema jurídico francés, pero con frecuencia es confundida con una simulación ilícita de negocios, a consecuencia del arraigado principio de protección legal en contra de la simulación que se encuentra implícito en el sistema jurídico Francés; a opinión del Profesor Claude Witz el desuso de dicha figura es una consecuencia de la preferencia a utilizar las calificaciones clásicas del derecho comercial, en virtud de ser más conocidas. Cabe destacar la titularidad de los bienes fiduciarios, la cual de acuerdo a la regla de indivisibilidad del patrimonio caracterizada por la Teoría del patrimonio personalidad, impide que los bienes fideicomitidos puedan escindirse del patrimonio del fideicomitente, ya que simplemente se desprenden de él para pasar a formar parte del patrimonio del fiduciario.

Por esa razón, el sistema francés queda comprendido dentro de los llamados sistemas románicos por oposición a los germánicos, donde concluimos que el Fideicomiso dentro de este sistema es un contrato concretamente atípico, el cual sigue las reglas para su aplicación en el mandato. Asimismo, cabe precisar que ni la Corte ni el *Conseil d'Etat* se han pronunciado sobre la reglamentación idónea

⁵ VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, Doctrina General del Fideicomiso, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003. p.p 5-6

que debe regir a la presente figura. Por tanto el *fiducie* o *acte fiduciaire* es casi nulo en este sistema jurídico.⁶

En la actualidad la ley francesa no se ocupa específicamente del fideicomiso. Contrastando con la práctica del derecho privado, ya que el fideicomiso se utiliza para múltiples objetivos tanto como garantía, administración, particularmente en la gestión de valores mobiliarios y en relación a créditos comerciales y bancarios.

Al igual que la etimología latina *fides*, el término *fiducie* significa confianza y designa una práctica en la que a una persona se le confían bienes en propiedad plena, no para utilizarlos y aprovechar de sus frutos en un interés personal, sino para que los ponga al servicio de una afectación precisa de orden privado o respondiendo a un fin altruista.⁷

c) El Fideicomiso en el Derecho Inglés

El *Trust* es la figura jurídica que se equipara al Fideicomiso en México, siendo este sucesor del “*Use*” (*uso*), el cual fue creado tomando como base el *Treuhand* o *Salman* alemán. En Inglaterra comenzó la práctica de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella a otra denominada “*Feofee to Use*” (sujeto del derecho de uso), con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercer persona llamada

⁶ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2ª Edición, Editorial Oxford, México 2003., p.p 839

⁷ MALAGÓN JAIME F., Fideicomiso y Concesión, Editorial Porrúa, México 2002., p. p. 36-43.

“Cestui que Use”(el que tiene el uso de la cosa), a quien el autor del uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario con respecto al mismo bien. Aunque es oscuro el origen del *“Use”*, se puede afirmar que en cierta forma fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponían el sistema feudal y los señores feudales sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época, algunos difieren en cuanto al uso de dicho acto en esa época, atribuyéndole tal a la práctica llevada a cabo por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra, para eludir las restricciones que las leyes de manos muertas imponían a la iglesia, en materia de propiedad sobre bienes raíces.

La Institución del *Use* evolucionó paulatinamente transformándose de una obligación moral a un acto de naturaleza jurídica, creado y desarrollado por el derecho de equidad, así como la jurisdicción de los jueces encargados de su aplicación, quienes adoptaron para los *Uses*, las disposiciones que establecía el *“Common Law”* en lo relativo a la transmisión de dominio entre vivos o por sucesión, principios de equidad y jurisprudencia que actualmente son fundamentos sobre el cual descansa la Ley de *Trusts* Norteamericana.

Toda vez que es claro que el Sistema Jurídico Norteamericano proviene a tal grado del Británico, en virtud de que las reglas y métodos son iguales, siendo excepción las sentencias (*cases*) que debieron resolver las Cortes Norteamericanas en los negocios que surgen día con día en esa sociedad, a diferencia de otros países de sistema codificado como Inglaterra, Japón, Australia,

entre otros, veremos que en Estados Unidos de América, tiene múltiples leyes y reglamentos (*Acts*) que contemplan aspectos tan variados del fideicomiso como su sistema para efectos fiscales, entre otros. Según el Profesor Halbach considera que el derecho Estadounidense actual, debe clasificar al fideicomiso dentro de los cuatro criterios siguientes:

a) Según las obligaciones impuestas al fiduciario:

1. fideicomiso activo
2. fideicomiso pasivo

b) Según sus fines:

1. fideicomiso privado
2. fideicomiso de beneficencia

c) Según su forma de creación:

1. fideicomiso expreso
2. fideicomiso resultante
3. fideicomiso constructivo

d) Según el momento de su creación:

1. fideicomiso testamentario
2. fideicomiso intervivos

Las Reglas fiduciarias en el derecho Anglosajón son muchas y variadas, las cuales se ven complementadas con las sentencias (*cases*) que en conjunto gobiernan diferentes perfiles de esta figura. Además de que el sistema jurídico Estadounidense y el Mexicano han evolucionado paralelamente en materia de fideicomiso, nuestro país vecino del norte carece de experiencia en los fideicomisos conocidos como públicos, destacando que las fechas de publicación de las leyes (*Acts*) que regulan esta figura en aquel país, concuerdan con la época

en que México desarrolló sus primeros esbozos de legislación fiduciaria, siendo clara la influencia directa del presente sistema jurídico, tan es así que el primer fideicomiso del que tiene noticia la academia mexicana, el cual tuvo efectos en nuestro país, se celebró en Estados Unidos de América, aunque surtió en México, obedeciendo a una forma de fideicomiso que permanece todavía en aquel país y se denomina *Trust deed*.

El *Trust deed* tiene dos acepciones: a) en sentido lato es el documento en el cual se crea un fideicomiso cualquiera y b) en sentido estricto se entiende el fideicomiso de garantía, en general hipotecaria, en la cual el bien se transmite a varios fiduciarios y no sólo a uno, ese término es todavía utilizado en el país vecino. El *Trust deed* que hicimos referencia con antelación se otorgó en los Estados Unidos de América y produjo efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas y fue el instrumento con el que se garantizó la emisión de bonos, cuya captación se destinó a financiar la compra de ferrocarriles y la construcción de vías férreas en Febrero de 1908.

d) El Fideicomiso en el Derecho Mexicano

El fideicomiso nace en México como consecuencia de la vida jurídica, teniendo como antecedente real a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, la cual fue la primera ley en reglamentar a las partes que intervienen en esta figura.

Como señalamos anteriormente, el fideicomiso mexicano es un negocio jurídico que tiene como antecedente directo los principios del *Trust* anglosajón y norteamericano, aunado a que el término fideicomiso que se utiliza en México proviene del Derecho Romano.

A partir de la fecha antes mencionada, el fideicomiso ha estado presente en nuestra práctica y en nuestros sistemas bancarios de una u otra forma, pero fue hasta 1932 que el fideicomiso inicia su fructífera labor bancaria. Por tanto repasemos con rapidez esos antecedentes para abordar el estudio sistemático de dicha figura.

En 1905, se había enviado a la Cámara una iniciativa de ley en virtud de la cual se podrían constituir instituciones comerciales encargadas de desempeñar la función de agentes fiduciarias, la cual no prosperó.

En la Convención Bancaria de 1924 se propuso la reglamentación de cierto tipo de compañías bancarias que tendrían por objeto el fungir como fiduciarias, sin embargo, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de diciembre de 1924, abrogó la antigua Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, misma que definió las facultades y obligaciones de los bancos de fideicomiso, pero especificó que su funcionamiento se regiría por la ley especial que habría de expedirse ulteriormente, lo que sucedió dos años más tarde.

La fuente histórica de esta legislación de 1924, podría ser el *Uniform Fiduciaries Act de 1922*, porque ambos ordenamientos únicamente establecen el funcionamiento de las fiduciarias.

En la Ley de Bancos de Fideicomiso de junio de 1926, se le dio por primera vez la forma modular del fideicomiso en nuestro país, dando un carácter de mandato irrevocable a su naturaleza. Posteriormente en ese mismo año fue abrogada con la entrada en vigor de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

Acto seguido en nuestro sistema jurídico, surgió la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, la cual abrogó al anterior ordenamiento, donde se detalla exhaustiva y fundamentalmente los fideicomisos de quiebra, el testamentario y el de administración.

Finalmente, el 27 de Agosto de 1932 se publicó la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual entró en vigor el 15 de Septiembre de ese año. Podemos considerar que esta ley fue la primera que reguló el fideicomiso de forma integral y sustantiva no sólo en México, sino en todo el mundo, en virtud de que el *Uniform Trusts Act* se publicaría cinco años más tarde en 1937.

Así mismo, es importante subrayar la probable influencia que tuvo el Código Civil de 1928 y que entró en vigor hasta el año de 1932, ya que de alguna forma se desprende el contenido contractual y obligacionista de la institución.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de Mayo de 1941, fue el ordenamiento encargado de organizar el funcionamiento de los principales sujetos activos del fideicomiso hasta 1982.

Por su carácter de leyes enunciativas y no integrales, la Ley de Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983 y de 1985, y la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, no modificaron la estructura sustantiva del fideicomiso, sino que lo consideraron una actividad permitida para los bancos y su organización material descansó y descansa, supletoriamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo debemos considerar que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, solamente había sufrido unas cuantas modificaciones aisladas, pero el 23 de Mayo del 2003 apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se adicionaron y reformaron diversas disposiciones de la ley antes citada, y que alteraron la regulación del fideicomiso, las cuales trajeron consigo, respecto del fideicomiso un desplazamiento en el articulado, además de la incorporación a la Ley del Fideicomiso de Garantía.

Nuevamente el 13 de Junio del 2003 se publicaron en el Diario Oficial una serie de modificaciones que alteran considerablemente la sustancia misma de la figura y que se tratarán a lo largo de este trabajo.

Así pues, las disposiciones que reglamentan el fideicomiso en nuestro derecho son las siguientes:

- Por lo que se refiere a la sustantividad del contrato del fideicomiso, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Por lo que se refiere a la organización de los sujetos activos del fideicomiso (fiduciaria), la Ley de Instituciones de Crédito.
- Por lo que se refiere a los fideicomisos en los que participe como fiduciario o fideicomitente el gobierno federal, la Ley Federal de Entidades Paraestatales y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Por lo que se refiere a los fideicomisos en los que participe la inversión extranjera: el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras, de mayo de 1989.⁸

I.2 NATURALEZA JURÍDICA

Según puede advertirse de la regulación del fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación en virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito determinado. Partiendo de esa consideración, doctrinalmente hablando el Fideicomiso ha sido un objeto de estudio para varios Tratadistas, generando diversas vertientes para ubicar a esta compleja figura, desde un acto unilateral de

⁸ Op cit. p.p 841-850

la voluntad, pasando por la transmisión de la propiedad, o en caso contrario a la sustitución de derechos reales, hasta finalizar en un negocio jurídico.

Es de abordar el contenido sustancial de las Tesis más importantes que han influido no sólo en la doctrina sino que también a nuestra legislación, sin perjuicio de adherirnos posteriormente a una. El problema principal para poder definir la naturaleza jurídica del fideicomiso es que nuestro sistema jurídico, derivado del romano, pretende incorporar un instrumento jurídico como es el *Trust*, a su estructura y funcionamiento legal, el cual en nuestro país cobra una independencia propia de modo tal que ha sufrido cambios relevantes.

Por tanto, partiremos desde la afirmación de la mercantilidad de la figura, la cual se desprende del artículo 75 Fracción XIV del Código de Comercio en relación con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, proporcionando un primer acercamiento de su carácter estrictamente Bancario, siendo que la mecánica de operación es realizada por una Institución de Crédito facultada y autorizada por la ley para realizarlo. Retomando al Maestro Mantilla Molina, podemos afirmar que el fideicomiso es un acto absolutamente mercantil, y que participa de la naturaleza de aquellos actos cuya mercantilidad no está condicionada, sea el fin del acto correspondiente, la naturaleza mercantil de la cosa receptora de los efectos del acto, o por último la mercantilidad de la actividad de las personas que intervienen.⁹

⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano*, 3° Edición, Editorial Porrúa, México 2000. p.p. 1-20

Mas aún, ante la necesidad de adoptar la figura del *Trust* de origen Anglosajón, la Doctrina Latinoamericana en la cual el Doctor Ricardo J. Alfaro ha sido su precursor, el fideicomiso regulado en nuestras leyes de 1924 se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable, posteriormente el maestro Pierre Lepaulle llegó a la conclusión de que se trataba de un patrimonio afectación. Sigue después la Doctrina de Remo Franceschelli, quien concluye su estudio de *Trust* asimilado al sistema jurídico de ascendencia romana, como un desdoblamiento de la propiedad. Dentro de la asimilación de dicha figura dentro de nuestro pensamiento jurídico, se ha desvinculado totalmente de sus antecedentes y desmembrando cada uno de sus elementos, para poder tener un acercamiento real de la naturaleza jurídica de esta figura y evitar dejarnos llevar por una lógica aparente o encuadrar los efectos de la figura en cuestión en los marcos que ofrece una visión limitada a las instituciones clásicas y tradicionales.

De lo anterior, se puede advertir que la doctrina mexicana se encuentra muy dividida sobre el particular, y esta desorientación debe atribuirse fundamentalmente, a la imprecisión de teorías, por lo que trataremos de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso de manera metodológica.¹⁰

a) Tesis del Fideicomiso como negocio jurídico

El fideicomiso en México, tiene un gran campo en el que se desplaza la autonomía de la voluntad privada, teniendo un elemento de versatilidad incomparable, toda vez que los únicos requisitos que establece la ley para el fin del

¹⁰ VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, Doctrina General del Fideicomiso, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003.p.p 99

mismo es que sea lícito, posible y determinado, existiendo una pluralidad de posibilidades e innumerables operaciones para dicha figura.

De lo anterior nos lleva a analizar dicha figura a la luz de las Concepciones modernas de las especies del Hecho Jurídico, las cuales tienen sus orígenes en la segunda Mitad del Siglo XIX en Alemania.

En términos generales la Doctrina Alemana se funda en los mismos razonamientos que la Doctrina Francesa, con la salvedad de que la primera ahonda y profundiza en su estudio del hecho y acto jurídico, donde la voluntad juega un papel importantísimo en la realización y en la creación de los efectos de Derecho, creándose un nuevo elemento de estudio, el negocio jurídico.

Para poder abordar la presente Teoría, debemos tener muy bien definidos los conceptos de acto, hecho y negocio jurídico, toda vez que es fundamental conocerlos, el Maestro Domínguez Martínez lo explica de la siguiente forma:

Hecho Jurídico: debemos considerar a estos en dos vertientes los primeros naturales y los segundos humanos, pero ambos deben producir consecuencias jurídicas, sin embargo el Hecho jurídico en estricto sentido se entiende como todo aquel acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe la intención de crear esas consecuencias.

Acto Jurídico: dicha noción cuenta también con dos especies a saber: acto jurídico, en su acepción limitada y negocio jurídico, por lo que se entiende al acto jurídico en estricto sentido como toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de jure que por su verificación se actualizan, de lo anterior se desprende que la plena intervención de su voluntad en dicha realización está limitada para que la ley le atribuya los efectos jurídicos preestablecidos en ella, sin estar facultado el autor para regular las consecuencias provocadas por ese.

Negocio Jurídico: es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo.

Debemos considerar que la doctrina mexicana ha sido poco fértil respecto a la noción de negocio jurídico debido a la influencia que han ejercido la legislación y doctrina francesa, sobre saliendo entre quienes han profundizado en la teoría tripartita, la destacada intervención de los maestros Ortiz Urquidi y Villoro Toranzo.

De lo anterior se desprende que de los acontecimientos en general, unos son jurídicos y otros no; de los jurídicos, unos son voluntarios, otros no y de los acontecimientos jurídicos voluntarios, unos son actos jurídicos en sentido

estricto con un campo restringido en cuanto a la autonomía de la voluntad privada se refiere y otros, los negocios jurídicos con un campo de mucha más amplitud. Una vez más son útiles por objetivas e ilustrativas las consideraciones de Albaladejo, en el siguiente razonamiento: “En conclusión- hemos llegado a ver qué sea el negocio siguiendo el camino descendente: hecho, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico. El primero, que no produce efectos jurídicos, el segundo, que los produce; el tercero, que –además de producirlos- procede de la voluntad de humana; el cuarto, que además de producirlos y de proceder de la voluntad humana los produce porque son queridos, ya que el agente tiende, al realizarlo, precisamente a producirlos.”¹¹

Para el Derecho, en el primero nada es relevante, en el segundo lo es la fenomenicidad (resultado exterior), en el tercero lo es la fenomenicidad y la voluntariedad (del acto), en el cuarto lo son la fenomenicidad, la voluntariedad del (acto), y el propósito (del agente). Es decir, que en el negocio jurídico, a la voluntariedad del acto hay que añadir la declaración de la voluntad y a que el acto precisamente consiste en declarar la voluntad.

De lo anterior, es posible analizar la naturaleza del fideicomiso como un acontecimiento dotado de juridicidad propia. El Maestro Domínguez Martínez afirma que el fideicomiso es un negocio jurídico de tipología compleja, no agotable con el uso, en su definición, de uno solo de los tipos jurídico/legales organizados por nuestro derecho. Dicho autor circunscribe la mecánica del fideicomiso en dos

¹¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000.p.p 21-29.

tipos legales fundamentales (pues a partir de ellos se desarrollan las actividades que genera todo fideicomiso), como hemos aseverado antes, dicha figura, implica un negocio unilateral en su constitución, pero que respecto de su ejecución implica un acto de naturaleza contractual.

Así en la postura de esta Teoría, el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, en virtud de la cual, destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, y la ejecución de los actos que tiendan a este fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello, donde la consecuencia patrimonial del contrato de fideicomiso es la transmisión del derecho de disposición de los bienes afectados, pero no por ello la transmisión del derecho de propiedad, la cual se conserva totalmente, pero en estado latente, a favor del fideicomitente.¹²

b) Tesis del Fideicomiso como negocio fiduciario

La doctrina en general suele definir el negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica. Para el maestro Pugliatti, el negocio fiduciario es aquel por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente,

¹² DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2° Edición, Editorial Oxford, México 2003. p.p 853-854.

sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deban ser destinados.

Ciertamente, el negocio fiduciario se caracteriza por las discrepancias habidas entre el fin pretendido y el medio para alcanzarlo, por tanto debemos entender al negocio fiduciario como aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero.

La celebración de un negocio fiduciario implica la concurrencia de dos personas, a saber: a: el titular de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión y la segunda, el adquirente de la misma y obligado a destinar lo transmitido a una finalidad determinada. Amén de los requisitos atribuibles a todo bien o derecho, el objeto indirecto de cualquier negocio jurídico, debe ser que se encuentre en la naturaleza y el comercio, así como determinado en cuanto a su especie, y no deberá ser consumible.

El maestro Barrera Graf afirma de manera contundente lo siguiente: de no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio "sui generis", lo cual es decir nada, es la forma de adecuar una figura que se origina en un derecho diferente al mexicano y en el que un desdoblamiento de propiedad, que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad, no es posible. Para el maestro Barrera Graf no todo negocio fiduciario es un fideicomiso, pero sí todo fideicomiso es un negocio fiduciario,

siendo contundente al aceptar la traslación de la propiedad y la afectación de los bienes.¹³

Asimismo, es de reconocerse que tanto el negocio fiduciario como la figura de la simulación tienen como denominador común, en principio el secreto de la finalidad perseguida, sin embargo, este último (el negocio simulado) carece de contenido, es ficticio por completo, en contraposición del negocio fiduciario que si lo tiene, y además busca superar el déficit legal para adecuar una relación económica a una modalidad atípica.

La Doctrina mexicana ha tendido su aceptación y más aún el estudio de la mayoría de los Tratadistas a la presente corriente, sin que existan opositores a esta, con argumentos igualmente válidos.

Pero debemos considerar que la presente teoría ha quedado rebasada por las recientes reformas, toda vez que el negocio fiduciario es atípico por esencia, y el fideicomiso, en cambio es una figura nominada.¹⁴

c) Tesis del Fideicomiso como declaración unilateral

La presente Teoría es sostenida por el Maestro mercantilista Cervantes Ahumada, el cual manifiesta que el fideicomiso es siempre una

¹³ Op Cit. p. p. 855-856

¹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, El Fideicomiso, 10° Edición, Editorial Porrúa, México 2004. p.p 177-185

declaración unilateral de la voluntad, en virtud de que existe la posibilidad de que se pueda constituir por testamento o por *acto intervivos*, a lo que es lo mismo, afirma que sólo es indispensable la participación de una voluntad en su perfección , al decir “puede ser que el fideicomiso se contenga en un contrato, pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente.”

De lo anterior se desprende que el único elemento vital para esta teoría es el *animus fiducia*, el cual a nuestro punto de vista es insuficiente, toda vez que el considerar ésta como único elemento creador, sería reducirla a una simple intención impracticable de manifestación de la voluntad, toda vez que para su comisión es necesaria la intervención de otro agente (institución Fiduciaria).

Por tanto, no es estimable la consideración anterior toda vez que el fideicomiso además del *animus fiducia* (intención de constituir el fideicomiso) como elemento creador, es necesaria la intervención de la *causa fiduciae* (la aceptación del compromiso por la fiduciaria) para que se desempeñe y realice el fin para el cual fue creado, de otro modo se retrotraerían los efectos por falta de perfeccionamiento del mismo y no crearían consecuencia alguna en el mundo jurídico.¹⁵

¹⁵ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2° Edición, Editorial Oxford, México 2003. p.p 856-857

d) Tesis del Fideicomiso como mandato.

El exponente de la presente teoría es el Doctor Ricardo J. Alfaro, dicho tratadista tuvo el acierto de asimilar antes que nadie el *Trust* Anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos, siendo tomada dicha teoría por el legislador mexicano en el año de 1926 al promulgar la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. Dicha postura se basa en la afirmación de que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Al sostener tal aseveración en que tanto el fiduciario y el *Trustee* inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otra persona para beneficio de un tercero.

Debemos considerar que en el Derecho Civil, el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, y de alguna forma el Maestro Alfaro encontró en nuestro derecho la apariencia de un mandato irrevocable en la figura del fideicomiso, asimilada al *Trust* anglosajón; desarrollando pues, un criterio pragmático que determinó el empleo de la definición que formuló, la cual trata de explicar en esencia la cosa a definir, comprendiendo todos y cada uno de sus elementos constitutivos, expresando su función y nomenclatura de los mismos, la cual es la siguiente:

“El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos

conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”, siendo criticable la presente Teoría, en virtud de que no es homologable la figura del *Trust* anglosajón al mandato, toda vez que el patrimonio del mandatario no se ve afectado en la transmisión de derechos y realización del fin para el cual fue realizado.¹⁶

No obstante lo anterior, el autor reconoce que el concepto simple y llano de mandato no es suficiente para aplicársele al fideicomiso, pues en primer lugar aquél es revocable y el fideicomiso por regla general es irrevocable, por lo que aduce que el fideicomiso es un contrato *sui generis*, cuya esencia es de un mandato, propiamente 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 los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Posteriormente el maestro Alfaro realizó un ajuste a la concepción original, la cual califica al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, en otras palabras, el fideicomiso consiste en el gravamen de un patrimonio para un fin.

En esas condiciones, con tener en cuenta que la afectación o transmisión de los bienes o derechos que son objeto, es suficiente para determinar que dichas figuras son diametralmente distintas, toda vez que en el mandato no

¹⁶ VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, *Doctrina General del Fideicomiso*, 4° Edición, Editorial Porrúa, México 2003.p.p 100-104-

hay afectación, ya que el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario, en cambio el patrimonio fideicomitido forma una masa separada del patrimonio del fideicomitente, ya que éstos se encuentran sujetos a un régimen nuevo, el cual es distinto al producido en el mandato.¹⁷

No es posible considerar la presente tesis, en virtud de que el mandato es un acto representativo y el fideicomiso es un acto traslativo de dominio.

I.3 ELEMENTOS PERSONALES Y MATERIALES

I.3.1) Personales

Así pues, para una presentación primaria del fideicomiso habrá de tenerse en cuenta al fideicomitente, a la institución fiduciaria y al fideicomisario, a los bienes que por el fideicomiso el fideicomitente destina a un fin y al fin mismo, precisamente pretendido por el fideicomitente para sus bienes.

Las partes en todo fideicomiso son: a) el fideicomitente, b) la fiduciaria y c) el Fideicomisario. Normalmente hay tres diferentes posiciones que ocupan estas partes, las cuales pueden coincidir o confundirse, en virtud de que alguna de ellas tenga dos posiciones; ya que la misma persona puede reunir la calidad de fideicomitente y fideicomisario, salvo la fiduciaria la cual no puede ser

¹⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, *El Fideicomiso*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004. p.p 148-151.

fideicomisaria salvo las excepciones que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Es importante hacer notar que estos tres elementos personales no se presentan invariablemente separados en todo fideicomiso, ya que por ejemplo es perfectamente válido que el fideicomitente y el fideicomisario sean la misma persona y aún más, en algunos casos la banca de desarrollo puede tener el doble carácter de fiduciario y fideicomisario a la vez.

a) Fideicomitente

El fideicomitente es el principal sujeto actuante en el fideicomiso, en virtud de que es el encargado de destinar a un fin lícito y determinado los bienes afectos al fideicomiso por conducto de una institución fiduciaria.

El fideicomitente es pues, la persona física o jurídica colectiva que mediante una manifestación expresa de su voluntad y teniendo la capacidad legal para ello afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario para constituir el fideicomiso, a fin de que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye.

Debemos puntualizar el hecho de que el fideicomitente debe contar con una capacidad determinada, la cual implica una facultad para celebrar actos de dominio por la naturaleza propia de esta figura.

Por tanto, sólo puede ser fideicomitente la persona física o moral que tenga la capacidad para afectar los bienes que el fideicomiso implique, es decir, la habilidad de disposición del derecho a transmitir los bienes para constituir el patrimonio fiduciario, quedando obligado el fideicomitente para el caso de evicción.

Las facultades y derechos del fideicomitente pueden distinguirse en dos grupos: a) legales y b) institucionales, existiendo un tercero llamado convencionales, mismo que contiene a las facultades que pueden reservarse en cada contrato según las circunstancias.

Toda vez que la figura del fideicomiso reviste la forma de un contrato, existe la posibilidad de pactar todo género de facultades y derechos, donde en función de las necesidades del caso concreto el fideicomisario tiene múltiples derechos no contemplados de manera expresa en la ley, por lo que nos referiremos a las facultades que la doctrina considera como designatorias:

- I. Designar la fiduciaria que se encargará de ejecutar el fin
- II. Designar al o los fideicomisarios
- III. Designar los miembros del comité técnico, así como dar reglas de su funcionamiento y señalar sus facultades.
- IV. Señalar los fines del fideicomiso.
- V. Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.
- VI. Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente ese derecho en el acto constitutivo o sus modificaciones.
- VII. Usar y disfrutar de los bienes.
- VIII. Percibir los frutos
- IX. Designar perito valuador

- X. Derecho de persecución
- XI. Designar a la aseguradora

Por otra parte existe una facultad particular consistente en que al momento de la extinción del fideicomiso, tiene el derecho legal de que se le restituyan los bienes destinados al fideicomiso.¹⁸

b) Institución Fiduciaria

La fiduciaria es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. La fiduciaria lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

En nuestro derecho, por regla general es una institución de crédito, ya sea múltiple o de desarrollo, autorizada por el Gobierno Federal en términos del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puntualizando que para efectos del fideicomiso de garantía se debe estar a lo dispuesto por el numeral 395 de la misma ley, donde de manera enunciativa y no limitativa menciona que solo podrán ser fiduciarias las expresamente autorizadas por la ley:

- Instituciones de Crédito
- Instituciones de Seguro
- Instituciones de Fianza

¹⁸ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2° Edición, Editorial Oxford, México 2003. p.p 899-900.

- Casas de Bolsa
- Sociedades Financieras de Objeto Limitado
- Almacenes Generales de Depósito

Todas las instituciones que están autorizadas para ser fiduciarias tienen como característica el que su vigilancia y control está encomendado a organismos del Gobierno Federal que están regulados por sus propias leyes orgánicas, por ejemplo en la ley de la Comisión Nacional Bancaria se previene que este órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tiene autonomía técnica y facultades ejecutivas con el fin de supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento.

Asimismo, la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se expresen en la constitución del fideicomiso, debiendo obrar como “un buen padre de familia”, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por el mal desempeño de su cargo, como lo establece el artículo 391 de la ley sustantiva. Por tanto no podrá apropiarse de los bienes fideicomitidos, ni usarlos en su propio provecho, ya que únicamente sus percepciones se reducirán a los honorarios y a las comisiones que establezcan en el acto constitutivo o que se pacten posteriormente.

Debido a que las instituciones fiduciarias son sociedades mercantiles, y que estas actúan por conducto de sus representantes, la naturaleza del

fideicomiso requiere que una representación personal de ese cargo, llamado Delegado fiduciario.

El Delegado Fiduciario es la persona física en la que descansa la responsabilidad de llevar a cabo, material y físicamente, los fines del fideicomiso, por lo que su designación y actuación están sujetas a fuertes requisitos como es la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para ejercer dicho cargo. La función del delegado fiduciario es de carácter esencialmente jurídico, toda vez que el desempeño de este cargo acarrea consigo comisiones y mandatos propiamente del ejercicio de la abogacía.

La responsabilidad de la fiduciaria en el fideicomiso y el personal que la institución destina al manejo del mismo, están expresamente regulados por las distintas leyes que regulan a las instituciones fiduciarias. El patrimonio fideicomitido no es parte del patrimonio de la institución fiduciaria, es un patrimonio separado del propio, que tiene su propia contabilidad y que se lleva en cuentas de orden, pues los bienes y obligaciones del fideicomiso, no son activo o pasivo de la fiduciaria.

El carácter representativo del Delegado, en términos del compromiso societario y civil que entraña para el banco, se constata en la Ley de Instituciones de Crédito, porque cada banco responde civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, máxime que el banco es directamente responsable directa e

ilimitadamente por los actos cometidos por el delegado, como se desprende de la lectura de los artículos 80 y 91 de la ley antes citada.

El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de los 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, cualquier derecho que asista a esas personas conforme a la ley, lo 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.

La aceptación del cargo es voluntaria y ningún fiduciario puede ser obligado aceptar un fideicomiso contra su voluntad, y sólo por causa grave, que el Juez calificará puede renunciar la fiduciaria su cargo.¹⁹

De conformidad con la legislación vigente, las principales obligaciones, facultades y prohibiciones de la fiduciaria son las siguientes:

- I. El exacto y fiel cumplimiento del fin pacto con el fideicomitente en el acto constitutivo.
- II. Debe realizar su gestión, además con apego al contrato, a la ley y los reglamentos aplicables, con apego a prácticas sanas que propicien la seguridad del negocio y procuren una adecuada atención.
- III. Debe abrir una contabilidad especial para cada uno de los fideicomisos que lleve, debiendo registrar en las

¹⁹ ARCE GARGOLLO JAVIER, "Fiducia y Trust", *Revista de Derecho Notarial, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO*, A.C., Tomo II, Año XLIII, Número 117, Noviembre del 2002. Mexico, Distrito Federal. p.p. 25-29.

- mismas, en consonancia con propia contabilidad, el dinero y demás bienes, valores o derechos cuya titularidad se le haya conferido.
- IV. Debe rendir cuentas, dentro de los 15 días hábiles siguientes a aquel en el que se le hayan pedido respecto a su gestión fiduciaria.
 - V. En ningún caso podrá utilizar las cosas fideicometidas para fines distintos a los pactados.
 - VI. Debe responder por las pérdidas, menoscabos, daños y perjuicios que sufran los bienes o los fideicomisarios, por su culpa o por su negligencia grave, entre otras.²⁰
 - VII. Enajenar extrajudicialmente los bienes en su caso.

b.1) Comité Técnico

El Comité Técnico en el fideicomiso es una figura que se ha ido desarrollado y que contiene una serie de perfiles que las leyes bancarias le atribuyen, teniendo dos vertientes:

En el Fideicomiso privado, es aquel que constituyen en instituciones fiduciarias los particulares.

En el Fideicomiso público, es aquel que constituye el Gobierno Federal o las Entidades Federativas, municipios y organismos públicos descentralizados y empresas de participación estatal. Por tanto, nos abocaremos a la primera vertiente, en virtud del género a que pertenece el presente trabajo.

²⁰ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2° Edición, Editorial Oxford, México 2003. p.p 894-896.

En palabras del Maestro Domínguez Martínez, definimos al Comité Técnico como un órgano de supervisión, de vigilancia y director de la actividad de la fiduciaria en el desempeño del fideicomiso, creado por las diversas leyes Bancarias, concretamente por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, siendo primeramente llamado “Comité Técnico o de Distribución de Fondos”, por lo que en ejercicio de dicha facultad el Comité elaborará dictámenes o acuerdos para regular la actividad fiduciaria.

Asimismo es de puntualizar el hecho de que en los fideicomisos del orden privado su constitución es relativa, a contrario de los fideicomisos de orden público, siendo obligada la creación de dicho órgano de acuerdo a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Por otro parte, es importante señalar que no existe un límite en la cantidad de personas que deban integrar el mismo, y que su constitución puede ser consecuencia de la voluntad única del fideicomisario o de un acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fideicomisario. Es importante para un buen funcionamiento del comité que en el acto de su creación se dejen perfectamente establecidas las reglas de su actuación, señalando la frecuencia con que el comité sesionará la manera en que se tomarán las decisiones, la forma en que éstas deban comunicarse al fiduciario, los honorarios que puedan llegar a percibir los miembros, así como la sustitución de aquellos que por cualquier razón dejen de cumplir con su encargo, siendo entonces, el perfecto funcionamiento del mismo.

Es importante establecer que la Ley General de Instituciones de Crédito libera de toda responsabilidad a la Institución de Crédito en su carácter de Fiduciaria, cuando obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos emitidos por el comité; quedando rebasada dicha hipótesis en la práctica, toda vez que debemos considerar al fiduciario como un perito técnico por excelencia en materia bancaria, por lo que se encuentra plenamente consiente de las consecuencias de sus gestiones a su cargo, pero en el supuesto de que el Comité Técnico sea integrado por personas cuyos conocimientos no sean suficientes para tomar adecuadas decisiones, ya que el nombramiento de dicho cargo muchas veces se hace en base a la confianza que inspira dicha persona, con independencia de sus conocimientos específicos sobre la materia. Ello motiva muchas veces a un desacuerdo entre las gestiones realizadas por las instituciones fiduciarias y sus respectivos Comités Técnicos, siendo en muchos casos un exceso de las facultades otorgadas.

De lo anterior, se desprende en una obstrucción técnica en la realización de la actividad fiduciaria y a la vez en un medio de control para el correcto desempeño del la Institución Fiduciaria, toda vez que en el supuesto de que el fiduciario siga las instrucciones propuestas por dicho órgano, éste no queda liberado de su responsabilidad, ya que la institución fiduciaria puede abstenerse a cumplir dichas instrucciones, siempre que indique por escrito el motivo de dicha abstención, o en su caso, demande la nulidad de las mismas ante el Juez del Domicilio. Por lo que dicha correlación entre estas partes será en aras de un buen desempeño fiduciario.²¹

²¹ ACOSTA ROMERO MIGUEL, ALMAZÁN ALANIZ ROBERTO, Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, 4° Edición, Editorial Porrúa, México 2002.p.p 266-268.

c) Fideicomisario

El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del Fideicomiso, pudiendo ser una persona determinable, que reúna ciertas características señaladas en el acto constitutivo. Por tanto puede ser fideicomisario toda persona física o moral que tenga capacidad de poder recibir el provecho que el fideicomiso implica, aunque en el acto constitutivo del mismo no se señale a éste.

Del concepto se desprenden las siguientes consideraciones:

- a) La capacidad a la que la ley se refiere es la capacidad de goce, es decir, a la posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico-económicos generados por el fideicomiso del caso.
- b) La posibilidad de graduación de la capacidad de goce explica y justifica la mención aparentemente sobrante de que el fideicomisario puede ser una persona física o una persona jurídica, más conocida en nuestro medio como persona moral.

Como corolario de lo anterior, la capacidad de goce del fideicomisario, tiene también su base en los únicos derechos patrimoniales de los que el *nasciturus* puede ser titular, los cuales son heredero, donatario y legatario, agregándose un cuarto que es el de ser fideicomisario.

De manera enunciativa y no limitativa, el fideicomisario tiene los siguientes derechos y obligaciones:

- I. Los que se derivan del acto constitutivo.
- II. Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso
- III. Atacar la validez de actos que la fiduciaria realice de mala fé en su perjuicio.
- IV. Atacar la validez de los actos de la fiduciaria cometidos en exceso de sus facultades
- V. Reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado, por mala fé de la fiduciaria.
- VI. Elegir fiduciaria por renuncia o remoción si no lo está en el acto constitutivo, entre otras.
- VII. Recibir los beneficios del contrato a saber (rendimientos, remanentes).
- VIII. Ceder sus derechos.
- IX. Exigir rendición de cuentas.

Los derechos del fideicomisario se pueden transmitir por cualquier título: compraventa, donación, sucesión, etc., además, sobre estos derechos se puede constituir usufructo, prenda y pueden ser objeto de embargo, pero no los bienes que forman parte del fideicomiso. Así, retomando lo que afirma el Maestro Cervantes Ahumada, los derechos del fideicomisario no pueden ser considerados como derechos reales sobre la cosa fideicomitada, ya que éstos tienen únicamente el carácter de derechos personales en contra de la fiduciaria para exigir el cumplimiento del fideicomiso.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisario para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, además cuando sean dos o más los fideicomisario y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas, y en caso

de empate decidirá el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio del fiduciario.²²

²² ARCE GARGOLLO JAVIER, "Fiducia y Trust", *Revista de Derecho Notarial*, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C., Tomo II, Año XLIII, Número 117, Noviembre del 2002. México, Distrito Federal. p.p 25-35.

I.3.2) Materiales

Como elemento real del fideicomiso, encontramos al patrimonio afecto a él o “patrimonio fideicomitado”, el cual podemos definir como el conjunto de bienes que a través del fideicomiso se destinan a la realización de un fin lícito determinado. La doctrina mexicana ha tratado de establecer cuál es la naturaleza jurídica de la tenencia del patrimonio destinado al fideicomiso, lo que destaca es la importancia de saber quién es el propietario de dichos bienes o cuál de los elementos personales del fideicomiso detenta el *animus domini* sobre dicho patrimonio.

De lo expuesto podemos señalar que es común a todo fideicomiso la presencia de las siguientes situaciones:

- a) Una transmisión de propiedad para la realización de un fin lícito determinado.
- b) La realización de diversos actos para la concreción de este fin lícito determinado.
- c) El aprovechamiento de la realización de ese fin lícito determinado.²³

a) Patrimonio

Se define reiteradamente al patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero que pertenecen a una persona y que forman una unidad. Derivando en cuatro características que son:

²³ Op Cit. p.p. 115-116.

a) Se trata de un conjunto de derechos y obligaciones, es decir, forman parte del patrimonio tanto el activo como el pasivo del mundo económico del sujeto.

b) Los derechos y obligaciones que integran el patrimonio tienen como centro de imputación a una sola persona, esto es, cada persona cuenta con un solo patrimonio.

c) Existe una interdependencia y acoplamiento tales entre los derechos y obligaciones que integran el patrimonio, que la suma de todos se traducen en una sola unidad, que es el patrimonio mismo, y la salida de un derecho o de una obligación de la unidad de que forma parte, no le afecta a este último.

d) Como se requiere que los referidos derechos sean apreciables en dinero, se excluyen del patrimonio una serie de derechos y obligaciones no valorizables, como son los derechos de la personalidad y los derechos de familia, etc.²⁴

El patrimonio cuenta con dos elementos: a) activo y b) pasivo, El primero de ellos se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, y el segundo por el conjunto de obligaciones y cargas susceptibles de valorización pecuniaria.

Los bienes, en su definición económica es cualquier cosa que pueda ser susceptible de apropiación individual por el hombre y que satisface una necesidad, es decir, que esté en el comercio. Los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, estos últimos, ya por su naturaleza, o bien por disposición de la ley.²⁵

²⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano, 3° Edición, Editorial Porrúa, México 2000. 194-195.

²⁵ SOTO SOBREYRA Y SILVA IGNACIO, Créditos Refaccionarios y de Habilitación o Avío, 1° Edición, Editorial Porrúa, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, México 2001.p.p 31.

El fideicomiso, no siempre aunque sí predominantemente es de carácter contractual, puede surgir de la ley o de disposición de última voluntad, no constituye una persona jurídica, aunque sí suponga un patrimonio o conjunto de bienes, derechos y relaciones, un titular de éste, o sea el fiduciario, quien, inclusive debe ser una sociedad mercantil, o bien otra persona creada ex-profeso por la ley en los casos de los fideicomisos públicos, la situación patrimonial (patrimonio fiduciario) es sui generis, en el que se da una división de derechos entre dicho titular fiduciario, y la persona fideicomitente que transmite los bienes a aquél, pero conservando ciertos derechos como los son de uso y disposición de los bienes que no se transmiten plenamente al fiduciario (se habla de una propiedad fiduciaria para contraponerla o distinguirla de la propiedad plena).

El patrimonio fiduciario es un patrimonio afectación, sin personalidad propia, sobre el cual el titular sólo puede realizar los fines que le fueron señalados por el fiduciante. Se trata de un negocio bancario de naturaleza especial llamada comúnmente negocio fiduciario.²⁶

a.1) Universalidades de Hecho y Derecho

La doctrina francesa de los siglos XIX y XX y por lo mismo la mexicana de este siglo, para efectos de distinguir el elemento de cohesión que mantiene unidos a los elementos que conforman el patrimonio, formando un todo abstracto, distinto a los mismos elementos, ha recurrido a los conceptos de universalidad de hecho y de Derecho.

²⁶ BARRERA GRAF JORGE, Instituciones de Derecho Mercantil, 3ª Reimpresión, Editorial Porrúa, México 1999. p.p 264

Planiol y Ripert, en su Tratado Elemental de Derecho Civil, definen al patrimonio como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero considerados como una universalidad de derecho, citando al Maestro Domínguez Martínez que establece que el patrimonio, en términos generales, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica.

Esta última característica de ser considerados como una universalidad de derecho tiene por objeto establecer que los elementos que conforman el conjunto se consideran como un todo distinto a las partes que lo componen con la finalidad de servir como prenda general y tácita de los acreedores del titular. No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que dentro de ese conjunto (patrimonio) existan diversos elementos que se encuentran organizados por su titular para cumplir con una finalidad económica y por lo mismo es posible que esa organización por su importancia sea reconocida por el derecho para considerar a esos elementos individuales como un todo distinto de los mismos que lo componen y en este caso otorgarle ciertas características a esa masa de bienes que de otra forma no podrían tener sino como elementos individuales, definiendo esto último como universalidad de Hecho, siendo esta una modalidad de la propiedad que se reduce a un conjunto de bienes individualizados, que se consideran, en atención a un elemento científico y técnico, como constituyendo un todo, y mejor dicho como un bien determinado; para constituir una universalidad de hecho, no es necesario que los elementos así agrupados tengan la misma naturaleza específica y material, como sucede con las

cabezas de un rebaño o con los libros de una biblioteca...”, de lo anterior se desprenden los siguientes requisitos:

- a) Un conjunto de bienes, ya que no se concibe hablar de universo sin que exista pluralidad de elementos.
- b) Que los bienes estén individualizados aunque no revistan la misma naturaleza.
- c) Un elemento científico y técnico, es decir una ley o reglamento que así lo disponga.
- d) La consideración de que esos bienes individuales son un todo para los efectos que la técnica determine.

Los ejemplos de universalidades de hecho en la ley son limitados, ya que constituyen la excepción a la regla general, como aquellos tenemos en materia civil, el caso del usufructo sobre ganados, en el cual establece el artículo 1013 del Código Civil: “si el usufructo se constituye sobre ganados, el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías, las cabezas que falten por cualquier causa”.²⁷

La universalidad de hecho es también una entidad con vida independiente de sus elementos, en virtud de que, cómo hemos dicho antes, sólo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico, en contraposición a la universalidad jurídica la cual es un conjunto de derechos y obligaciones,

²⁷ BAZÚA WITTE ALBERTO, “La Hipoteca Industrial”, *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal* 3, 1° Edición, Editorial Porrúa, México 2001. p.p 55-70.

imputables a la persona, que tienen vida independiente desde el punto de vista del derecho de los elementos activos y pasivos que lo constituyen.

Por tanto entendamos que la *universitas de facti* (universalidad de Hecho) según el maestro Bonnecase, es una modalidad de la propiedad con la que nos encontramos cuando ésta recae sobre un conjunto de bienes individualizados, los cuales, sobre la base de un elemento como antes se dijo científico o técnico, se consideran formando un todo, o si se prefiere, constituyendo un bien determinado, en alternancia con la *universitas juris* (universalidad de Derecho) que es una masa de bienes que permanecen distintos los unos de los otros y susceptibles de conservar su fisonomía propia e integral una vez dispersos, estando reunidos entre sí únicamente por una razón jurídica: La necesidad de responder de un pasivo determinado.

a.2) Teoría clásica del patrimonio personal

Para la escuela clásica francesa, el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran al patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica, donde sus características principales de la presente teoría son:

a) Solamente las personas pueden tener patrimonio, pues sólo ellas son aptas para poseer, adquirir y obligarse.

b) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque éste no signifique riqueza.

c) Cada persona tiene un solo patrimonio, del mismo modo que sólo tiene una personalidad.

d) El patrimonio es inseparable de la persona, puesto que emana de la propia personalidad.

En razón de ser un atributo de la personalidad se le atribuye en esta teoría al patrimonio las características de indivisibilidad e inalienabilidad.

En este orden de ideas, el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona, apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica, la cual integra el patrimonio.

El concepto de universalidad comprende absolutamente todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas apreciables pecuniariamente, en otras palabras en dinero, siendo pues la marcada distinción entre universalidad de derecho y la universalidad de hecho analizada anteriormente, en la cual puntualizamos que la primera la conforman los bienes y obligaciones que conforman un todo y están contenidas en el patrimonio, en contraste con la segunda la cual comprende una masa de bienes destinados a un fin económico determinado.²⁸

²⁸ COSTA ROMERO MIGUEL, ALMAZÁN ALANIZ ROBERTO, Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, 4° Edición, Editorial Porrúa, México 2002.p.p 274-275.

Según Planiol y Ripert, la presente teoría es artificial, abstracta y abusivamente lógica, conduciendo a una confusión entre el patrimonio y la personalidad, reduciendo al patrimonio como una mera aptitud de poseer, y por tanto la crítica más severa estriba en la indivisibilidad del patrimonio, siendo una crítica sustentable en la dualidad transitoria de patrimonios de los que una sola persona es la titular, y lo que es más frecuente, que un sujeto distribuya y destine sus bienes de tal manera, que forme dos o más grupos de ellos los cuales constituyan universalidades jurídicas distintas.²⁹

²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Derecho Civil (Parte General Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez), 8ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000. p.p 198-199.

a.3) Teoría moderna del Patrimonio afectación

Para entender esta teoría tenemos que exponer la teoría de Brinz, donde dicho autor hace la división del patrimonio en dos categorías: a) patrimonios de personas y patrimonios impersonales, también llamados patrimonios afectos a un fin, o patrimonios de destino. Los primeros son aquellos que pertenecen a un sujeto, mientras que los segundos carecen de dueño pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantía jurídicas especiales. El autor Alemán Bekker, acepta esta misma teoría pero introduce los términos de patrimonio independiente y patrimonio dependiente.

El tratadista Pierre Lepaulle, contempla al fideicomiso como un patrimonio afecto a un fin determinado, fin designado por la ley o por la jurisprudencia.

Por tanto, la presente teoría contempla la posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintos a la vez, sean su destino en vista de la obtención de ciertos fines económicos jurídicos.

El patrimonio ha sido conceptualizado tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma.

Asimismo, de la lectura de las disposiciones que regulan al fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se desprende que las ideas vertidas en torno al patrimonio-afectación, son aplicables a la masa fideicomitida.

La crítica hecha a esta teoría estriba en que de acuerdo a la teoría clásica existe un solo patrimonio general y único de la persona y que la masa de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades autónomas entre sí.

Por lo que concluiremos al igual que el Maestro Acosta Romero en que todo patrimonio es una universalidad jurídica pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio, dicho razonamiento trae como consecuencia la posibilidad de varias universalidades de derecho y un solo patrimonio, siendo ejemplo de lo anterior, el patrimonio familia y el patrimonio fiduciario.

Así existe la posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintos a la vez, sean su destino a la obtención de ciertos fines económicos-jurídicos, siendo una situación real que una persona puede tener tantos patrimonios como grupos de bienes que destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos. Debemos tomar en cuenta que el límite legal existente al destino de los distintos bienes pertenecientes a un patrimonio, y que se empleen a un fin determinado, debe atender a evitar el menoscabo de los derechos a favor de los acreedores, por lo que en dicha consideración debemos concluir que la masa de bienes, a la que se

afecta a la realización de un fin, es en realidad una universalidad jurídica que forma parte de un patrimonio.³⁰

De manera complementaria, y sólo como corolario de lo anterior, retomemos lo que el Maestro Ibarrola en los casos en que una persona puede tener distintas masas de bienes, diferentes al patrimonio:

a) Jurídicamente se protege un conjunto de bienes, como en el patrimonio de familia.

b) Se logra la continuidad de la persona desde el punto de vista económico: Ausencia, Sucesión.

c) Se resguarda un fin jurídico económico que una persona pretende realizar, como en el caso del Fondo de Comercio.

a.4) Desdoblamiento del Derecho de Propiedad

La presente teoría trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad originario, de esta teoría se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien. Uno de los titulares, el fiduciario, tiene la titularidad jurídica y el fideicomisario la titularidad de carácter económico. Como principal exponente de esta teoría, tenemos a Remo Franceschelli, autor italiano que estudia, el Trust inglés tratando de asimilar el movimiento continental europeo, con apego a la tradición jurídica que magistralmente trazaron los autores del Derecho Romano.³¹

³⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, El Fideicomiso, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004. 194-2002.

³¹ VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, Doctrina General del Fideicomiso, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003.p.p 114-115.

El maestro Lizardi Albarrán contempla la posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro, siendo atribuible al fiduciario la ostentación de propietario ante terceros, con la facultad de decisión sobre los bienes fideicomitidos, teniendo una temporalidad cuyo término llega con el fin a realizar. Respecto del derecho real, el cual es titular el fideicomisario, tiene una característica económica con validez *erga omnes*, ligado directamente con el fin propuesto, permitiendo en algunos casos legalmente establecidos, perseguirlos y aun reivindicarlos para ser restituidos al fondo del fideicomiso.

Por tanto, en esta concepción concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y del fideicomisario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos al fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines objeto de la operación. Ambos derechos tienen por su relación entre sí y su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario; reversión que está sujeta a un término o de la realización de una condición.

En consecuencia, debemos tomar en cuenta que estos derechos debido a su temporalidad tienden a confundirse y a revertir en el derecho de

propiedad originario, estando supeditada dicha reversión al transcurso del tiempo o al cumplimiento de la condición impuesta.

Finalmente y para concluir con la visión de esta teoría, debemos considerar insostenible y por tanto jurídicamente irreal que el derecho de propiedad admita un desdoblamiento, toda vez que como el Maestro Domínguez Martínez afirma: “aseverar tal cosa va en contra de la esencia misma de este derecho real, al tratarse” de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro.”³²

a.5) El Fideicomiso como patrimonio sin titular

Como hemos visto antes, el concepto de patrimonio ha sido blanco de críticas, dando lugar a nuevas ideas para explicar tan importante institución jurídica, donde la mayoría toma en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, en relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma.

Ante la situación jurídica especial que puedan guardar ciertos bienes, es factible para algunos autores que el patrimonio carezca de un titular.

³² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, El Fideicomiso, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004. p.p 158-159.

Por otra parte, el maestro Landerreche Obregón opina que resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición de la de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectados al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata.

De la anterior opinión se deduce puede deducir que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.

Esta teoría fuertemente cuestionable, considera al patrimonio como una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente de que los bienes que lo formaban en su origen se sustituyan por otra que quedan, como los sustituidos, afectos al fin del fideicomiso, trayendo como consecuencia ante la ley la exclusión de estos bienes ante la quiebra del fideicomitente.

Asimismo, esta teoría encuentra una postura intermedia, adoptada por Arrechea Álvarez, cuando establece que no necesariamente alguna de las partes que intervienen en el negocio ha de ser la propietaria del patrimonio fideicomitado, toda vez que los bienes por encontrarse afectos al logro de un fin, no

pertenecen a nadie, identificando esta postura con el nombre de Teoría de la autonomía del patrimonio fideicomitido.

Para hacer una crítica a esta teoría, debemos considerar que la afectación de los bienes que tuvo lugar en el fideicomiso antes de las reformas del 2003 no implicó una autonomía tal del patrimonio correspondiente, que se traduzca en una masa de relaciones carentes de titular, y menos con las reformas recientes, las cuales hacen un señalamiento expreso de los efectos traslativos del fideicomitente-fiduciario.

Por tanto, debemos echar abajo la presente teoría, basándonos en el maestro García-Maynez, el cual afirma y coincidimos que todo derecho es, *a fortiori*, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse, por tanto es deber de nosotros ligar inseparablemente al patrimonio como un atributo de la persona. En este orden de ideas, es complementario el razonamiento que hace el maestro Rojina Villegas al considera que la autonomía de ciertos patrimonios destinados a un fin específico, no es 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 un fin.³³

³³ Op cit. 151-158.

a.6) Transmisión del patrimonio a la Institución Fiduciaria

Algunos autores como Serrano Trasviña y Rodríguez y Rodríguez fomentan la idea de que la naturaleza jurídica del fideicomiso debe tener como ángulo de observación a la transmisión de derechos entre fideicomisario y la institución fiduciaria. Al inferir que el fideicomiso implica una traslación de dominio, Rodríguez y Rodríguez afirma que dicha figura crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, pues la traslación de dominio habida produce efectos frente a tercero que hace aparecer como dueño al fiduciario, además de que éste no tiene un libre uso y disfrute sobre los bienes fideicomitidos, ya que dichas facultades están limitadas, a las siguientes consideraciones:

- a) Todas ellas las ejerce en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario.
- b) El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario
- c) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.

En este orden de ideas, se desprende que el destino de los bienes afectados en el fideicomiso va ligado a lo que es la naturaleza de esta figura jurídica tan compleja, por tanto es menester de nosotros establecer una postura para efectos del presente trabajo, la cual encuentra sustento en las reformas recientes.

Dentro de nuestro medio jurídico no es aceptable afirmar que no hay en el fideicomiso transmisión alguna, y que por lo tanto el fideicomitente conserva la propiedad de dichos bienes, ya que tanto la legislación como la jurisprudencia aceptan dicha transmisión, teniendo la opinión particular del Licenciado Gilberto Adame que considera que dicho marco jurídico tuvo como intención por parte del

legislador y de los máximos Tribunales, el fin de darle una mayor agilidad a este acto jurídico y permitirle al fiduciario cumplir cabalmente con los fines del mismo.

Ahora bien, el hecho de que la propiedad de que goza el fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado, tenga características especiales que parecieran desvirtuar su carácter de propietario, éstas no modifican desde la visión de esta postura, su situación jurídica.

La llamada propiedad fiduciaria, desde nuestro punto de vista no escapa del concepto tradicional que deriva del derecho común, por tanto del fiduciario tiene un verdadero Derecho de propiedad sobre el patrimonio fideicomitado y ese derecho está sujeto a una serie de limitaciones impuestas por el legislador, que restringen ese derecho, pero que no le hacen perder su esencia.

El hecho de que el fideicomitente pueda reservarse derechos sobre el patrimonio fideicomitado, de uso o de reversión, no viene a contradecir nuestros argumentos, ya que este derecho deriva, como ya lo vimos, de la ley que impone una carga que el fiduciario sufre en relación a la naturaleza misma del fideicomiso, es decir, el cumplimiento de los fines para los que fue constituido.

Para determinar quién es el propietario de los bienes fideicomitados debemos atender primeramente a la definición misma del Fideicomiso, establecida en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice a la letra:

“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.”

En estas condiciones, es claro que los bienes se afectan o aportan al Fiduciario, para ser destinados a la consecución de un fin expresamente estipulado en el propio Fideicomiso, de suerte que al afectar tales bienes le están otorgando todas las facultades necesarias para cumplir con el fin encomendado, de tal suerte que si en el Contrato de Fideicomiso se facultó al Fiduciario para disponer de los bienes fideicomitados y venderlos o transmitir su propiedad mediante el procedimiento de Ejecución Fiduciaria, resulta claro que la Fiduciaria tiene la titularidad y propiedad fiduciaria con amplias facultades sobre tal patrimonio, únicamente limitadas por el propio fin del Fideicomiso, máxime que no podríamos hablar del derecho de reversión que tiene el fideicomitente en caso de que se haya cumplido la obligación garantizada, lo que implica precisamente su salida del patrimonio del fideicomitente.

Apoya lo anterior la siguiente tesis jurisprudencial³⁴:

FIDEICOMISO EN GARANTÍA, LOS BIENES AFECTOS AL, DURANTE SU EXISTENCIA, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO PROPIO DEL FIDUCIARIO Y DISTINTO DE LA SUSPENSA.

En esta clase de fideicomiso (en garantía), también rige la regla general que estriba en que al constituirse, el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación principal a su cargo, adquirida frente al fideicomisario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitados afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, como son, verbigracia, que si el fideicomitente deudor no cumple con lo pactado, la institución fiduciaria proceda a la venta de los derechos fideicomitados y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario, razón insalvable por la cual dichos bienes no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos del fideicomitente,

³⁴ IUS 2004, Junio de 1917- Junio del 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación

independientemente de que por ficción legal, éstos salieron de su patrimonio al constituirse el fideicomiso en cuestión.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 7226/96. Jorge Gutiérrez Sánchez y otra. 6 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretaria: Ana María Nava Ortega.

Véase Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo I, Segunda Parte-1, pág.309, tesis de rubro:

“FIDEICOMISO, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO AUTONOMO DE LA SUSPENSA, LOS BIENES OBJETO DEL”.

Finalmente, es pertinente aclarar que en materia fiscal federal se le da un tratamiento especial al fideicomiso en razón a las posibles erogaciones que se derivan de la celebración de la misma, al respecto el artículo 14 del Código Fiscal señala:

Artículo 14.- Se entiende por enajenación de bienes:

I. Toda transmisión de propiedad, aun en la que el enajenante se reserve el dominio del bien enajenado

II. Las adjudicaciones, aun cuando se realicen a favor del acreedor.

III. La aportación a una sociedad o asociación.

IV. La que se realiza mediante el arrendamiento financiero.

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.

VI. La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

a) En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones.

b) En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre éstos se incluye el de que los bienes se transmitan a su favor.

VII. La transmisión de dominio de un bien tangible o del derecho para adquirirlo que se efectúe a través de enajenación de títulos de crédito, o de la cesión de derechos que los representen.

Lo dispuesto en esta fracción no es aplicable a las acciones o partes sociales.

VIII. La transmisión de derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos a través de un contrato de factoraje financiero en el momento de la celebración de dicho contrato, excepto cuando se transmitan a través de factoraje con mandato de cobranza o con cobranza delegada así como en el caso de transmisión de derechos de crédito a cargo de personas físicas, en los que se considerará que existe enajenación hasta el momento en que se cobre los créditos correspondientes.

IX. La que se realice mediante fusión o escisión de sociedades, excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 14-B de este Código.

Se entiende que se efectúan enajenaciones a plazo con pago diferido o en parcialidades, cuando se efectúen con clientes que sean público en general, se difiera más del 35% del precio para después del sexto mes y el plazo pactado exceda de doce meses. No se consideran operaciones efectuadas con el público en general cuando por las mismas se expidan comprobantes que cumplan con los requisitos a que se refiere el Artículo 29-A de este Código.

Se considera que la enajenación se efectúa en territorio nacional, entre otros casos, si el bien se encuentra en dicho territorio al efectuarse el envío al adquirente y cuando no habiendo envío, en el país se realiza la entrega material del bien por el enajenante.

Cuando de conformidad con este Artículo se entienda que hay enajenación, el adquirente se considerará propietario de los bienes para efectos fiscales.

De lo anterior se desprende el tratamiento especial y favorable que le da nuestro legislador al fideicomiso, donde se limita a indicar simplemente los supuestos en los cuales se considera enajenable el bien fideicomitado para efectos fiscales, evitando así un desuso de tal figura por interrumpir sus fines prácticos al gravar doblemente la transmisión del patrimonio que se afecta; cabe señalar, que en todos los supuestos en que el fideicomiso se constituya para la transmisión de la propiedad fiduciaria así como la cesión o transmisión en general de los derechos del fideicomisario corresponde en la ejecución gravar dicha transmisión.

b) Fin lícito y objeto

Antes de definir estos conceptos, es oportuno dar la razón por la cual en la terminología jurídica son distintos estos elementos y evitar cualquier confusión con la materia del fideicomiso.

Primeramente, el fin es la actividad jurídica que realizará el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente, pudiendo ser el fin del fideicomiso cualquier actividad jurídica que sea lícita, posible y determinada; en

contrario sensu a dichas características la ilicitud en el fin es todo aquello que contraviene a las leyes del orden público o a las buenas costumbres, la imposibilidad en el fin es la incompatibilidad del acto con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización y por último la determinación radica en la expresión concreta que pretenda fijar la realización de algún acto regulado por la ley.

En el Derecho general existe el fin, como concepto fundamental, en la dinámica de los acontecimientos jurídicos voluntarios, por lo que el Fin en el fideicomiso es una manifestación de lo que es en la teoría del contrato y del acto jurídico en general, considerándose éste como los objetivos que los sujetos pretendan alcanzar con su manifestación, aquél en cambio y dada su especialidad, bien puede ser con esencia idéntica, la situación jurídica concluyente, terminante y última que el fideicomitente dispone para los bienes que afecta.

Por lo que concluimos que el fin en el fideicomiso, debe ser lícito, posible y determinado, para que pueda ser válido en la constitución del mismo ya que es el objetivo que se busca con la celebración de este negocio

Por lo que respecta al objeto, retomaremos que para la existencia del contrato se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia de él, considerando doctrinalmente que el objeto-cosa, es el objeto indirecto del acto jurídico, toda vez que el objeto directo del mismo consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

Asimismo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual regula al fideicomiso, dentro de sus disposiciones, señala que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquéllos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular. Siendo reiterativa dicha diferencia, por lo que al hablar del objeto-cosa del fideicomiso nos referimos a uno de los objetos indirectos del acto jurídico, el cual tiene un carácter patrimonial.

Por tanto, el objeto en el fideicomiso son todos aquellos bienes o derechos que estrictamente no son personales a su titular, pudiendo ser en todo caso enajenables, embargables y prescribibles.

Los bienes que pueden ser objeto de los contratos de fideicomiso son:

- a) Muebles: Créditos no negociables, créditos negociables, valores de renta fija o variable, acciones sociales, documentos bursátiles, títulos nominativos, cantidades en efectivo, títulos al portador, derechos personales del fideicomitente, a excepción de los que sean intransmisibles por ministerio de ley, facturas, cartera por cobrar de las empresas, concesiones otorgadas por el gobierno federal a excepción de las que sean intransmisibles por ministerio de ley, los permisos, licencias o autorizaciones concedidas por el gobierno federal a por los gobiernos estatales y municipales que sean exigibles para el cumplimiento de los fines, joyas, contratos de inversión, derechos sobre contratos civiles o mercantiles, pólizas de seguro de vida, por mencionar las más comunes.
- b) Derechos: Derecho de uso, derecho de usufructo, derechos reales, derechos de propiedad, derechos personales, patentes y marcas, derechos de autor, derechos de fideicomisarios de un contrato de fideicomiso previo, derecho al cobro u obtención de rentas, productos, frutos, derechos de concesión cuando la ley aplicable lo permita, derechos litigiosos, derechos del acreedor, derechos corporativos o patrimoniales derivados de acciones sociales, derechos que se deriven de

cualquier especie de contrato y puedan ejercerse por la fiduciaria, derechos sobre herencias o legados, derechos derivados del cobro de la suma aseguradas, por mencionar a los más comunes.

- c) Inmuebles: Terrenos urbanos o semiurbanos, casas habitación, edificios, centros comerciales, bodegas, estacionamientos, aeronaves o barcos, buques, desarrollos turísticos, campos de golf, ranchos, desarrollos inmobiliarios, hoteles, terrenos rústicos.³⁵

En este orden de ideas, el fin del fideicomiso debe reunir como requisitos elementales la licitud, posibilidad física y jurídica y la determinación de la meta a conseguir, siendo materia del objeto del mismo los bienes y derechos que no sean personalísimos del titular y que tengan un carácter patrimonial, siendo pues la unión universal de “medio-fin”.³⁶

I.4 CARÁCTERÍSTICAS PRINCIPALES DERIVADAS DE LA LEY MEXICANA

México es una República, representativa, democrática y federal compuesta de Estados Libres y soberanos en todo lo referente a su régimen interior, pero unidos en una Federación, por lo que en materia legislativa existen leyes federales y leyes locales. Las Leyes que no corresponden expresamente a la federación (poder legislativo Federal), pertenecen a los Estados o en su caso al Distrito Federal, por tal razón las materias que no estén expresamente reservadas a la Federación en la Carta magna, se entienden reservadas a los Estados.³⁷

³⁵ ORTIZ SOLTERO SERGIO MONSERIT, *El Fideicomiso Mexicano*, 2° Edición, Editorial Porrúa, México 2001. p.p 146-147.

³⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, *Derecho Civil (Parte General Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez)*, 8° Edición, Editorial Porrúa, México 2000. p.p 535-545-

³⁷ Vid. Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Entre otras materias, la Federación se ha reservado para sí el legislar en materia de comercio, por lo que la Legislación sobre diversos tipos de empresas es Federal, ya sean empresas bancarias, navieras, aeronáuticas, etc. ,

Nuestra legislación vigente, permite que el fideicomiso sea una figura jurídica comparable con otras figuras en su uso dentro de nuestro sistema, la comparación permite marcar semejanzas y diferencias para ubicar a dicha figura en un estudio dentro del género próximo que le corresponde y obtener la diferencia específica, identificándola en sus limitantes y capacidades de aplicación en el mundo jurídico.

El fideicomiso por una parte se asemeja a las figuras típicas que entrañan un encargo o misión como el mandato, la comisión, el depósito, la estipulación a favor de tercero, el albaceazgo, la sindicatura en la quiebra, el desempeño de una gerencia de sociedad o de un comisariato, la tutela, etc. Por otra parte, las consecuencias del mismo dan origen a vinculaciones patrimoniales como la constitución de sociedades, el establecimiento de fundaciones de asistencia privada, la constitución del patrimonio familiar, la renta vitalicia, de dote, los extintos mayorazgos y dotaciones para fines eclesiásticos o religiosos. Por último, por cuanto se habla del fideicomiso es una forma especial de desmembramiento de la propiedad, comparado con la nuda propiedad y por su función de garantía con la hipoteca y con la prenda.

a) Fideicomiso y mandato

Son dos figuras tan próximas que han llegado a confundirse y ha acogido nuestra legislación, sin embargo, numerosas diferencias pueden marcarse, rastreando por debajo de la aparente similitud que en esencia, radica en que ambas figuras suponen un encargo. Señalemos las principales:

- I. El mandato es un contrato entre mandante y mandatario; el fideicomiso es una afectación patrimonial que se crea por un acto unilateral del fideicomitente y se ejecuta por la actividad del fiduciario, empezando por el también acto unilateral de su aceptación.
- II. El mandato es un acto que surte efectos entre vivos y cesa por la muerte del mandante o del mandatario. El fideicomiso puede crearse por testamento y puede producir sus efectos más allá de la muerte del fideicomitente o de la disolución del fiduciario original.
- III. El mandato mantiene los bienes sobre los que ha de ejercitarse en el patrimonio del mandante y en ocasiones el mandato no requiere de bienes para su ejercicio, en cambio, el fideicomiso altera substancialmente la situación de los bienes fideicomitados, sustrayéndolos del patrimonio del fideicomitente y sujetándolos a un régimen jurídico especial. No puede haber fideicomiso sin bienes.
- IV. El mandato no existe sin mandatario; el fideicomiso puede existir y ser válido antes de la designación del fiduciario, aunque la presencia de éste es requisito para la ejecución del fideicomiso, es condición de su eficacia.
- V. En el mandato puede actuar como mandatario cualquier persona jurídicamente capaz que tenga la confianza del mandante; en el fideicomiso, como ya lo hemos visto, sólo puede actuar como fiduciario, al menos en el Derecho Mexicano, una institución de crédito, que disfrute de concesión para realizar operaciones fiduciarias.
- VI. El mandato puede ser general, en cuyo caso el apoderado puede realizar, en representación del mandante, todos los actos que no sean personalísimos e indelegables, o bien especial, en cuyo caso sólo puede el mandatario realizar los actos comprendidos en el objeto del

mandato. El fideicomiso es siempre, por su esencia, un negocio que confiere facultades limitadas al cumplimiento del fin determinado para el que fue constituido. Así, aún en los llamados “fideicomisos universales” porque comprenden todos los bienes del fideicomitente, las facultades del fiduciario no son generales, sino especiales, aunque “tan amplias como en derecho fuere necesario” para el cumplimiento del fin señalado.

Todas estas diferencias entre fideicomiso y mandato nos llevan a la inevitable conclusión de que se trata de dos figuras jurídicas distintas pero que dada la flexibilidad y adaptabilidad del fideicomiso, a través de esta figura pueden hoy cumplirse muchas funciones que antiguamente se cumplían a través del mandato, aún cuando éste no fuera el instrumento precisamente apropiado. Todo lo que hemos dicho aquí se aplica exactamente a la comisión mercantil, en cuanto ésta es el mandato aplicado a los actos concretos de comercio.

b) Fideicomiso y Depósito

En el depósito una persona el depositante entrega a otra el depositario, para su conservación guarda y custodia determinados bienes, que el depositario habrá de devolver en el plazo estipulado o a requerimiento del depositante, a éste o a la persona que lo designe.

Existe una doble similitud con el fideicomiso, un conjunto de bienes que son confiados a una persona para un fin lícito determinado: conservarlos y devolverlos.

En el depósito como en el mandato, los bienes no salen del patrimonio original: quedan como de la propiedad del depositante (salvo el caso del depósito bancario de dinero), aunque pasen a la posesión material del depositario. Pero éste no adquiere más que los derechos necesarios para conservar y custodiar esos bienes y en el momento oportuno, devolverlos, a cambio de lo cual recibe, normalmente, un estipendio.

Sin embargo, la similitud es más aparente que real pues el depósito es también un contrato que surte efectos entre vivos y que se extingue a la muerte o desaparición de cualquiera de las partes y, sobre todo, el depósito, como tal, no puede tener más objeto que la guarda y conservación de los bienes depositados para su posterior devolución.

Por ello, podríamos afirmar que dentro de la amplísima diversidad de fines del fideicomiso cabe el fin propio del depósito y que si dicho fideicomiso no ha llegado a suplantar al depósito en su gran medida es debido a:

b.1) Para ciertos casos, el depósito, con la suma de deberes y responsabilidades del depositario, es la figura adecuada para proteger convenientemente los intereses del depositante.

b.2) Porque las instituciones fiduciarias, cuya presencia del fideicomiso es indispensable, no están organizadas para prestar, en forma profesional y masiva, servicios de depositaria y, en consecuencia, no han fomentado ni promovido los fideicomisos de simple depósito. Tal vez los que en nuestra práctica más se acercan a ellos, son los fideicomisos de administración de títulos-valores.

c) Fideicomiso y estipulación a favor de tercero.

Un contrato que contenga una estipulación a favor de tercero dará derecho a la persona en cuyo favor se establece la estipulación a reclamar el cumplimiento de la prestación. Ese beneficiario tiene una posición similar a la del fideicomisario y ello nos conduce a comparar ambas instituciones.

El punto de contacto entre el fideicomiso y la estipulación a favor de tercero reside en el beneficio que a través de cualquiera de ellas puede concederse a una persona extraña a la creación de la obligación, a la fuente que surge su derecho. Situación análoga también a la que resulta de la institución de heredero o legatario. Sin embargo, las diferencias más notables son las siguientes:

- I. La estipulación a favor de tercero no hay necesariamente afectación de bienes concretos a un fin determinado, ya que la obligación del promitente es de carácter personal. El cumplimiento de la obligación del promitente puede ser reclamada por el estipulante o por el beneficiario, pero no existen bienes específicamente afectos al cumplimiento de la obligación, no hay la afectación patrimonial característica del fideicomiso. Tan marcado es este dato que cuando la obligación del promitente tiene por objeto la entrega de un bien concreto, esa obligación seguirá teniendo el carácter personal, sin que trascienda hacia el objeto, es decir, sin constituir un derecho real respecto de ese bien.
- II. El promitente no tiene la obligación de ejecutar o cumplir la voluntad del estipulante, pues cumple su propia voluntad, a diferencia del fiduciario, que tiene la obligación de poner en ejecución la voluntad del fideicomitente, tal como quedó expresada en el acto constitutivo del fideicomiso.
- III. La estipulación a favor de tercero supone la existencia de un beneficiario concreto, en tanto que el fideicomiso puede constituirse para fines no personalizados en ningún sujeto específico. Cualquier

sueño, ilusión, fantasía o quimera pueden convertirse en fin de un fideicomiso con tal de que no sean contrarios a las normas jurídicas o a las leyes de la naturaleza, que las hagan ilícitas o imposibles.

El fideicomiso y otras funciones de confianza en el manejo de bienes ajenos (albaceazgo, tutela, sindicatura, administración de sociedades, comisariatos, etc.)

d) El Fideicomiso y la Sociedad.

Entre estas figuras jurídicas existe un elemento común importante; la formación de un patrimonio autónomo que en el caso de la sociedad, se destina al logro de los objetos sociales y en el caso del fideicomiso, a la realización del fin lícito y determinado señalado por el fideicomitente.

En nuestro sistema jurídico, la posibilidad del fideicomiso no ha sido explotada y las semejanzas entre sociedad y fideicomiso se limitan a la formación de un patrimonio afectación.

Pero conviene señalar dos diferencias razonables:

La sociedad surge en virtud de un contrato (circunstancia sobre la que no existe unanimidad de los tratadistas) que, en algunos casos, como en el de la anónima, tiene que ser convenido entre un mínimo de cinco socios y la sociedad goza de plena personalidad jurídica y por ende, es capaz de obligarse y actuar, a través de sus órganos y dentro del límite que le marca su estatuto social. El fideicomiso, en cambio, como lo hemos visto, nace de un acto unilateral, del cual

no surge una persona jurídica, por lo que todas las relaciones jurídicas referentes a los bienes que integran el patrimonio fideicomitado deben ser imputadas al fiduciario.

e) El Fideicomiso y la Fundación

Tal vez el negocio más próximo al fideicomiso en nuestro sistema jurídico y muy poco analizado es el de la Fundación de asistencia privada.

Ambas figuras, tienen en común la creación de un patrimonio destinado a un fin lícito y determinado, mediante una declaración unilateral de voluntad del creador de la fundación o del fideicomiso, ya sea por reglamento o por acto entre vivos, quien puede establecer las reglas de operación y administración de ambas figuras institucionales y aún puede designar a quienes deben ocuparse de administrar el patrimonio (los patronos en el caso de la fundación, el fiduciario en el caso del fideicomiso). Las distinciones más marcadas entre estas figuras son:

- a) Las fundaciones tienen personalidad jurídica, el fideicomiso no.
- b) Las fundaciones sólo pueden constituirse con bienes de propiedad particular; los fideicomisos pueden constituirse sobre bienes públicos o privados.
- c) Las fundaciones sólo pueden tener fines humanitarios, de asistencia, sin propósito de lucro y no pueden designar individualmente a los beneficiarios. Obviamente, estos requisitos pueden satisfacerse también dentro de la amplia ductibilidad del fideicomiso.
- d) Las fundaciones son manejadas por un patronato, de acuerdo con las disposiciones del fundador y de las normas de ley adjetiva, que prevé la creación y funcionamiento de una Junta de Asistencia Privada, como órgano de vigilancia.

Los fideicomisos son forzosamente manejados por una institución fiduciaria, de acuerdo con las normas del acto constitutivo y las leyes aplicables y bajo el control de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

f) El Fideicomiso y Usufructo

Suele afirmarse que en el fideicomiso se actualiza un desdoblamiento de la propiedad, en virtud del cual los benéficos económicos del derecho clásico de propiedad se fijan en una persona, el fideicomisario, mientras que la titularidad de los derechos que caracterizan el régimen de propiedad privada quedan ligados a otra persona, el fiduciario. De esa manera, se habla de una propiedad formal, fiduciaria o aparente, que corresponde a este último y una propiedad real o económica que corresponde al fideicomisario. Pero para quienes sostiene la tesis del desdoblamiento de la propiedad, la situación de ese desdoblamiento se asemeja considerablemente a la situación que presenta en el desmembramiento de la propiedad, característico de los derechos reales, singularmente, en el caso de constitución del usufructo.

La pareja nudo propietario-fiduciario, constituida, según esta tesis, por los titulares del derecho formal de propiedades se pone frente a la pareja usufructuario-fideicomisario, que son los beneficiarios económicos, poniendo al descubierto estas diferencias:

f.1) Si bien es cierto que el usufructo, como el fideicomiso, puede constituirse por declaración de voluntad de quien tiene facultad de disposición de los bienes también es cierto que nuestro derecho conoce la institución del usufructo legal.

f.2) Por otra parte, en el usufructo, el propietario que se auto-limita no confiere encargo o misión alguna a tercera persona: simplemente transfiere al usufructuario el derecho de usar y disfrutar de un bien o de un conjunto de bienes,

cuya propiedad esencial-aún modificada-conserva, con el nombre de propiedad desnuda, desnuda de ventajas o beneficios.

f.3) En el usufructo no hay afectación de bienes a un fin determinado, pues el usufructuario puede utilizar los derechos que se le transfieren para los diversos fines que mejor le parezca. De todo ello resulta que no hay patrimonio de afectación, ni hay encargo de confianza y por ende la similitud entre desdoblamiento y desmembramiento de la propiedad resulta más aparente y verbalista que real.

g) El Fideicomiso, Hipoteca y Prenda

La proximidad entre alguno de los tipos del fideicomiso, el de garantía y los derechos reales de prenda y de hipoteca resulta bastante más cercana, en virtud de que el fideicomiso ha sido en tantas ocasiones un sustituto superado de las viejas formas de la hipoteca y la prenda.

Tanto el fideicomiso de garantía como en la hipoteca y en la prenda se encuentran importantes elementos comunes:

g.1) Afectación de un bien a un fin específico de garantía.

g.2) Constitución del gravamen, y a sea mediante entrega del bien al acreedor, a un tercero, o conservándolo en poder del deudor a disposición del acreedor o bien inscribiendo el gravamen en el Registro Público de la Propiedad, en el caso de los inmuebles o de bienes muebles identificable en especie.

g.3) Indisponibilidad del bien afectado en garantía por parte del propietario, mientras subsista la afectación.

De lo anterior, es posible desprender las diferencias esenciales:

g.4) La prenda y la hipoteca son gravámenes reales que resultan de un contrato celebrado entre el acreedor y deudor en el cual aquel acepta conceder un plazo para el cobro de su crédito a cambio de un interés y de la garantía real que se constituye para asegurarle su recuperación.

g.5) El fideicomiso de garantía se constituye mediante un acto unilateral de voluntad del fideicomitente, aunque éste se origine o motive en un previo acuerdo entre deudor fideicomitente y acreedor fideicomisario.

g.6) El fideicomiso de garantía no constituye un derecho real que conceda derecho al acreedor a perseguir la cosa, para obtener el cobro de su crédito, en contra de quien la tenga. Es un derecho personal contra el fiduciario que recibe, en fideicomiso, para su guarda, conservación, custodia y eventual enajenación, la cosa dada en garantía. Si el fiduciario, faltando a su deber, destina la cosa a un fin distinto. El acreedor fiduciario tendrá acción personal contra el fiduciario, por su infidelidad, pero no tendrá acción real respecto de la cosa, salvo el caso de la acción persecutoria, tratándose de inmuebles, cuyo gravamen fiduciario de garantía se encuentra debidamente inscrito, el adquirente de fecha posterior a la inscripción, no podrá invocar su buena fé.

h) El Fideicomiso y otros Negocios Fiduciarios

El caso típico del negocio fiduciario es el contrato de presta-nombre, en virtud del cual una persona pone a nombre de otra la titularidad de un bien, con el encargo, aceptado por éste, de utilizar ese bien para un fin determinado, con exclusión de cualquier otro uso. Otro caso, frecuente es la constitución de prenda sobre un bien que se entrega al acreedor y que éste se obliga a conservar como dueño y devolver cuando se haya cumplido la obligación garantizada, sin que se otorgue comprobación alguna de la operación real que queda en la apariencia de una compraventa.

En general, los negocios fiduciarios son vistos con justificada antipatía, pues fácilmente se prestan al abuso. Díganlo si no las numerosas órdenes

y grupos religiosos que ante las disposiciones de desamortización de bienes del clero pusieron sus bienes a nombre de alguna persona de confianza o los numerosos deudores que al querer rescatar su prenda, se encuentran frente a un acreedor que se ha declarado dueño y desconoce su obligación de devolver la garantía.

Probablemente, el negocio fiduciario más interesante en nuestro derecho sea el fideicomiso irregular o sea aquel negocio que reuniendo todos los elementos del fideicomiso, en cuanto a afectación de bienes, señalamiento de fin lícito y determinado y en cuanto a la encomienda a una persona para que se ocupe de llevar a cabo la voluntad del fideicomitente, no puede ser calificado de un verdadero fideicomiso porque el fiduciario designado no es institución de crédito.

Nada impide, en nuestro derecho, que una persona confíe en otra, aunque ésta no sea una institución de crédito. Nada tampoco impide que aquella persona entregue bienes a ésta y le encomiende destinarlos a un fin concreto, tampoco nada impide que aquel autotitule fideicomitente y designe a su hombre de confianza como fiduciario y a los beneficiarios de la afectación patrimonial como fideicomisarios.

Quien pretendiera impedir una operación de este tipo, violaría la libertad de contratación que el artículo 5º constitucional concede a los habitantes de la República Mexicana.

Este fideicomiso irregular es tal vez, el negocio fiduciario más próximo a nuestro fideicomiso regular, que hoy empieza a considerarse, en la medida en que se empieza a ver como un privilegio anacrónico el monopolio concedido desde 1924 a las instituciones fideicomisarias para ser las únicas personas que pueden fungir como fiduciarios.³⁸

Además la situación que se crea por virtud del fideicomiso es a opinión del Maestro Sánchez Medal, una sustitución de los derechos del fideicomitente por una institución fiduciaria, en oposición a cualquier transmisión de derechos o una representación legal de alguna persona, toda vez que dicha sustitución de derechos, se presenta, sin necesidad de acudir a una transmisión de derechos, en las situaciones que a continuación se analizan:

a) Según el artículo 2883 del Código Civil, puede el acreedor prendario, si así se ha convenido entre las partes, proceder a la venta extrajudicial de la cosa pignorada, que es una cosa ajena que pertenece al deudor prendario.

b) Según los artículos 1717 y 1718 de la citada ley, puede el albacea de una sucesión vender en determinados casos los bienes de la herencia.

c) Según los artículos 48, 199, 202, 211 y 212 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, puede el síndico de una quiebra proceder en ciertos supuestos a la venta de bienes del fallido.

d) Según el artículo 23 del Reglamento de Establecimientos de Hospedaje del 7 de Abril del 1942, puede el Hotelero en determinados casos proceder a la venta extrajudicial del equipaje de un huésped.

³⁸ KRIEGER EMILIO, Manual del Fideicomiso Mexicano, 1° Edición, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A, México 1976. p.p 59-72.

En todos estos supuestos, una persona sin ser representante de otra, vende o dispone de bienes pertenecientes a ésta, y realiza, por tanto, actos válidos sobre un patrimonio ajeno.

Tomando en cuenta que en la legislación mexicana se encuentran una serie de restricciones impuestas para el empleo de esta Institución en el Derecho Privado, ya que en este campo no puede tener la irrestricta y prolífica aplicación que ha tenido en el Derecho Administrativo para la creación caprichosa de innumerables organismos descentralizados a voluntad del ejecutivo. Al respecto de tales limitaciones la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece tres clases de limitaciones al uso de los fideicomisos privados, siendo regla general que sólo se admite en nuestra legislación el Fideicomiso Expreso, excluyendo pues el llamado Fideicomiso Implícito, al igual que el fideicomiso secreto, donde dichos conceptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no han definido con claridad, y por último, se pretende proscribir el uso abusivo del fideicomiso para que sólo se utilice cuando el propósito que se persiga no pueda lograrse, entendiéndose éste como un mero juego de instituciones jurídicas que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación, siendo una simulación total o parcial de los actos que realmente se celebran.

Por un lado, se desprende que en la legislación de nuestro país la extensión práctica de este negocio debe ser de vital importancia para remover el obstáculo que crean arbitrariamente ciertas leyes fiscales, que usurpando la función que no les compete de definir la esencia del fideicomiso, gravan éste haciéndolo consistir en un acto traslativo de propiedad. Tan injustificada pretensión se elimina cuando se reconoce al fideicomiso como un acto sobre el

patrimonio ajeno merced a un cambio de legitimación por virtud de una sustitución expresamente permitida por la ley. Concebido de esta jurídica manera el fideicomiso, pierde la rigidez en que empíricamente se le pretende encajonar como acto traslativo de propiedad, y aparece entonces el fideicomiso no sólo desprovisto de un contenido fijo e invariable, sino que como una figura jurídica multiforme que sirve de contrato instrumental o de contrato de envoltura para acoger y modelar un sinnúmero de contratos o de relaciones jurídicas muy diversas.³⁹

Como complemento, los dos aspectos que se desprenden del estudio de esta figura, son el aspecto objetivo y subjetivo, siendo el primero la regulación de dicha figura al que encontramos básicamente en la legislación mercantil, empezando por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El aspecto subjetivo, es la regulación de la actividad fiduciaria y se encuentra en diversas leyes, reglamentos y disposiciones administrativas.

A. EN MATERIA BANCARIA Y MERCANTIL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley de Instituciones de Crédito.
Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
Ley General de Sociedades Mercantiles.
Ley General de Crédito Rural.
Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
Ley Federal de Turismo.
Ley del Banco de México.
Leyes Orgánicas de cada una de las Sociedades Nacionales de Crédito, Banca de Desarrollo.
Código de Comercio
Etcétera.

B. EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Código Civil Federal.
Ley Orgánica de Administración Pública Federal.
Ley Federal de Entidades Paraestatales.

³⁹ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, De los Contratos Civiles, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001.p.p 587-604.

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.
Ley Agraria y disposiciones complementarias.
Ley de Inversiones Extranjeras y disposiciones complementarias.
Ley General de Deuda Pública.
Ley Federal sobre Derechos de Autor.
Código Fiscal y Diversas leyes de carácter fiscal y Reglamentos.
Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el D. F.
Reglamento del Registro Público de la Propiedad Federal.
Reglamento del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del D. F.

**Decreto en el que se establecen Bases para la Constitución, Incremento, Modificación, Organización, Funcionamiento, Extinción de los Fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal.*

**Disposiciones que crean los Fideicomisos y Fondos respectivos de Garantía y Apoyo, como por ejemplo: FIRA, FOVI, FOMEX, FOGA, FOGAIN, FOMIN, FONATUR, FIDAZUCAR, FICORCA, FIVIDESU.*

No debe pasar inadvertido, lo establecido por los artículos 192, 193 y 193 Bis de la Ley de Amparo, donde en materia de su competencia exclusiva, las ejecutorias del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito, pueden constituir jurisprudencia, en el entendido de que lo resuelto en ellas se sustenta en cinco ejecutorias no interrumpidas, por lo que existe un campo extenso de jurisprudencia sobre la materia de fideicomisos, los cuales sientan un precedente más para el adecuado funcionamiento de esta herramienta jurídica. Cabe hacer mención que las autoridades encargadas de vigilar y controlar la actividad de las Instituciones Fiduciarias en la actualidad de nuestro país, son la Secretaría de Hacienda y Crédito y Público, la Secretaría de la Función Pública (para las Sociedades Nacionales de Crédito y Banca de Desarrollo), la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Banco de México, además de la Asociación Mexicana de Bancos, las que por diversos oficios y circulares también han dado las bases para su funcionamiento.

En el Diario Oficial del 23 de Mayo del 2000 y 13 de Junio del 2003, se publicaron las reformas realizadas en los siguientes ordenamientos, al Código de Comercio, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a la Ley de Instituciones de Crédito, respecto a esta materia, las cuales contienen modificaciones, adiciones y adecuaciones, para modernizar los medios de garantía como son la prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de garantía. Dicha actividad legislativa es considerada como una de las más importantes de ese período, toda vez que viene a adecuar el uso de dichas figuras en nuestro sistema jurídico, como consecuencia del Tratado del Libre Comercio celebrado por nuestra nación con los países del norte, persiguiendo además de lo anterior un acceso, de manera expedita, a un crédito más barato, con el cual se pretende reactivar la economía del país mediante la ampliación de la planta productiva. De tal modo, que se dio una viabilidad real en nuestro sistema jurídico a los medios de garantía antes mencionados, siempre buscando que el acreditante como el acreditado tuvieran pleno conocimiento de las consecuencias legales derivadas del contrato de crédito celebrado, así como una certeza suficiente para poder recuperar el pago del crédito otorgado.

Asimismo debe tomarse en cuenta que cualquier figura que pretenda reactivar el crédito, está en que el acreedor encuentre vías expeditas de ejecución, consecuentemente se establecieron procedimientos judiciales más expeditos para que, en caso de controversia, ésta fuese resuelta en forma rápida y con ello se recortaran también los costos involucrados en un litigio.

Por otra parte, las reformas al fideicomiso parten de las mismas bases y en principio persiguen los mismos objetivos de la prenda sin transmisión de

posesión, esto es, convertir esta figura en una herramienta de financiamiento sencilla, que permita al deudor ofrecer garantías reales que lo hagan acceder al crédito, simplificando su trámite y la obtención del mismo y que a la vez genere confianza en el acreedor de que en caso de incumplimiento su recuperación será fácil y expedita, sin necesidad de recurrir a juicios largos y onerosos, que cuando se resuelven las más de las veces los bienes por situaciones cambiarias o devaluatorias, o simplemente, por las defensas sofisticadas de los abogados, ya no valen ni la suerte principal.

Finalmente, y a opinión del maestro Domínguez Martínez, son lamentables los resultados derivados de las modificaciones hechas a la figura del fideicomiso, publicadas en el Diario Oficial el 13 de Junio del 2003, toda vez que antes de ellas su versatilidad se distinguía por un tratamiento fiscal favorecedor, al respetar éste los principios de la esencia del negocio en cuestión, es decir el reconocimiento oficial a la imposición personal del propietario fideicomitente con el sometimiento de sus bienes a un régimen jurídico-patrimonial especial, que los hacía afectos al fin señalado como su destino pero sin traer con ello como consecuencia una supuesta transmisión de propiedad a la institución fiduciaria.

En las reformas que se mencionaron con antelación, se mantiene el esquema del fideicomiso con sus tres sujetos, los bienes fideicomitados, los fines pretendidos y demás caracteres ya conocidos, pero bajo una óptica distinta, pues los dos aspectos fundamentales referidos son materia de un trastoque provocador de un giro considerable en cuanto a como se proyectan a las voluntades intervinientes en la dinámica del fideicomiso y a la situación de los bienes fideicomitados:

Se reformó el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para establecer que el aspecto fundamental es la transmisión de la propiedad, ello trae como consecuencia la participación voluntaria de quien adquiere, y si bien, ciertamente en el caso, se dan también dos conductas en el fideicomitente, la primera no es “destinar” sino “transmitir” y si para destinar no se requiere de otro sujeto, para transmitir es necesaria la intervención de otro sujeto, ya que se genera una adquisición, por el contrario, el fideicomitente conservaba la propiedad de sus bienes y la institución simplemente era el sujeto legitimado para realizar los actos tendientes a alcanzar el fin del fideicomiso.

Las adiciones hechas al apartado del fideicomiso de garantía en el mes de mayo del 2000 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con el fin de incluir una sección segunda, trajo consigo una serie de repeticiones ociosas para situaciones específicas ya previstas en la resultante primera sección. Para remediar todo lo anterior, se dio por el legislador una reordenada a la sección y se eliminaron no sólo esos artículos repetitivos ociosamente, también se suprimió el precepto obstaculizante de la recuperación plena de un crédito, porque ello desanimaba a cualquier acreedor, en virtud de que resultaba una posibilidad de enriquecimiento injustificado del deudor, al quedar liberado de cubrir diferencia alguna por considerarse extinguidos los derechos del acreedor para exigir el pago del remanente en caso de que los bienes no cubran el total de las obligaciones.

Ahora bien, si se colocan todas y cada una de las disposiciones actuales con su correlativa anterior, no hay modificación alguna que traiga consigo un viraje considerable en la regulación del fideicomiso de garantía. Más bien se

trató de una mera actualización con una reordenación prudente y una mejoría discreta, pero con algunos cambios tendientes a lograr una situación sólida para el acreedor.

La pretensión principal de las reformas del 2003 fue la definición de la ley a los dos aspectos torales de la figura del fideicomiso, los cuales son la naturaleza contractual y no unipersonal de su acto creador, y en segundo lugar a la transmisión de propiedad observada por muchos del fideicomitente a la institución fiduciaria respecto de los bienes fideicomitidos, dejando atrás toda discusión sobre el régimen legal aplicable a tales bienes.⁴⁰

⁴⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, *El Fideicomiso*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004. p.p. 345-389.

CAPÍTULO II

MEDIOS DE GARANTÍA

II.1 GARANTIAS PERSONALES

II.2 GARANTIAS REALES

II.3 OTROS MEDIOS DE GARANTÍA

II. MEDIOS DE GARANTÍA

Como su nombre indica, los contratos de garantía son aquellos que sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito, el cumplimiento de una obligación a su favor, de ahí que se trate de contratos accesorios al principal del cual dimana la obligación garantizada, lo que significa que la validez del contrato de garantía depende de la validez del contrato principal. Con objeto de mitigar en parte el peligro que afronta el acreedor, pese a la buena fe de las partes en la concertación de cualquier obligación o acto, en el artículo 2898 Fracción VI del Código Civil Federal se establecen algunos medios indirectos para proteger al acreedor del incumplimiento de su deudor, tales como el derecho de retención en ciertos contratos (venta, mandato, hospedaje, comisión, transporte, depósito, etc.), también observamos la pérdida del beneficio del término cuando el deudor pone en peligro la posibilidad de cumplir con la obligación, la excepción dilatoria del contrato no cumplido, la rescisión o cumplimiento forzado en un fin, la solidaridad pasiva impuesta en ciertos casos, e incluso el derecho de vigilancia del acreedor, embargo precautorio, inscripción de la demanda en el Registro Público. Así mismo, se establece que su finalidad es asegurar al acreedor el pago de su crédito, otorgando con ello confianza en el deudor.

No obstante, dichos medios son insuficientes no sólo porque algunas veces el acreedor está francamente imposibilitado al pago, sino porque es difícil probar su incumplimiento o actos fraudulentos. Es por eso que los contratos de garantía resultan adecuados en todo momento, ya que éstos proporcionan al acreedor mayor seguridad de que su crédito será satisfecho, de ahí que en los contratos de garantía debe tomarse en cuenta no sólo la función de garante que

predomina en las garantías reales, por cuanto a que los bienes pignorados o hipotecados son perseguibles por el acreedor, de cualquier mano que se encuentre, sino también que el deudor no limita el cumplimiento de su obligación con la sola garantía real sino con el patrimonio de un tercero.

Para introducirnos a este breve estudio de los diferentes medios de garantía utilizados en nuestro sistema jurídico actual, primeramente debemos saber que en ese amplio campo está conformado por dos grandes clases de garantías, las personales y las reales, ambas con una doble función: a) Fortalecen la función crediticia respecto del patrimonio del deudor, siendo un ejemplo la prenda, que por lo general priva al deudor de la posesión de uno o varios de sus bienes, siendo análogo el resultado de la hipoteca. La importancia de dichas garantías estriba en que llevan a la consecución del fin, independientemente de la insolvencia del deudor o de la amenaza de ésta, lo que las distingue del embargo y otras formas de garantía. Asimismo la función b) la cual se caracteriza en que los bienes dados en garantía se encuentran en esa calidad exclusivamente respecto del acreedor y puede cobrarse con ellos preferentemente a los demás acreedores (prelación de crédito) y aún con exclusión de ellos.¹

Por tanto es conveniente, recordar lo conceptualizado por el Artículo 2964 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos en las entidades de la República Mexicana, donde dicho dispositivo establece el principio general en materia de responsabilidad de cualquier deudor, que en el foro se conoce como “Prenda General Tácita”, el cual señala que el deudor responde del cumplimiento

¹ LEÓN TOVAR SOYLA H., Contratos Mercantiles, 1ª Edición, Editorial Oxford, México, 2003. p.p 691-693

de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.

En la realidad, se puede observar que es insuficiente dicho principio, por actualizarse una insolvencia real o ficticia, o en otros casos la concurrencia de otros acreedores del deudor en caso de concurso o quiebra.

Las garantías se pueden clasificar en garantías reales y garantías personales. En las primeras se responde privilegiadamente con los bienes del deudor o del garante y en las personales con la solvencia económica de las personas.

II.1 GARANTÍAS PERSONALES

Históricamente, las garantías personales son las que tienen primacía respecto de las reales y su objeto es garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor mediante el establecimiento o la creación de una pluralidad de deudores, de suerte que el riesgo que corre el acreedor resulta menor en cuanto que si el deudor principal no paga, queda posibilitado de acudir en contra de los demás deudores. En las garantías personales el acreedor hace añadir a su deudor uno o más sujetos obligados al cumplimiento de la obligación y de esta forma minimizar los efectos negativos de la insolvencia del deudor original. Sin embargo, las presentes garantías presentan además el inconveniente de resultar ineficaces en el caso de insolvencia del deudor u obligado adicional, e igualmente ante la concurrencia de diversos acreedores sobre un mismo deudor y sobre los obligados adicionales.

a) Obligación Solidaria

Se define como la obligación que asume un tercero para responder de las obligaciones derivadas de algún contrato. Debe ser una persona con capacidad para obligarse y con bienes suficientes para responder de la deuda, por la que se debe comprobar que cuenta con bienes inmuebles o establecimiento mercantil, inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, siendo pues una modalidad de las obligaciones que supone dos o varios sujetos activos o pasivos, en virtud del cual, no obstante la divisibilidad de la obligación, cada acreedor puede exigir a cada deudor el cumplimiento total de la misma.

Existen dos tipos de solidaridad, cuando hay pluralidad de acreedores, a la cual se le conoce como solidaridad activa y antagónicamente a la solidaridad pasiva cuando hay pluralidad de deudores. Debe destacarse el hecho de que las obligaciones solidarias son indivisibles respecto al cumplimiento de las mismas, ya que pensar lo contrario sería considerar otro tipo de obligaciones como son las obligaciones a prorrata o simplemente mancomunadas, siendo una característica propia la unidad en el objeto y la pluralidad de vínculos.

La obligación solidaria es a la vez múltiple bajo la relación de las obligaciones contraídas por los diferentes deudores y única en lo que concierne a la prestación que forma su objeto.

Por tanto, consideremos a la obligación solidaria pasiva, como un medio de garantía de tipo personal, toda vez que de su definición se desprende la hipótesis normativa que derivara después de haberse verificado el incumplimiento

de los sujetos obligados al cumplimiento de la misma, siendo exigible el cumplimiento total de la misma a cualquiera de los sujetos pasivos. En este orden de ideas, la presente garantía es una institución práctica y de uso frecuente en la vida jurídica actual.

Dicha solidaridad puede tener como fuente la ley o la voluntad de las partes, siendo la primera una solidaridad de tipo legal y la segunda de tipo voluntaria.²

Cabe considerar que en el derecho mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones, principio contrario en materia civil, ya que ésta deviene de la ley o de la voluntad de las partes y nunca se presume; teniendo como ejemplos los enmarcados en los artículos 4, 154 y 159 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

b) Pena Convencional

Primeramente para entrar al estudio de la presente figura jurídica, la cual al parecer reviste dos herramientas inmersas en la praxis de los actos jurídicos, como son las *arras* y *la cláusula penal*, las cuales tienen en común su atributo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas entre las partes que celebran determinado acto jurídico, hemos de precisar que la figura de pena convencional es regulada por el artículo 2117 del Código Civil, el cual establece

² BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, 17ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000. p.p. 663-668.

que la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Por tanto, dicha figura consiste en estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación se incumpla o no se cumpla de la manera convenida. Sin tal estipulación no podrán reclamarse además daños y perjuicios, ya que la intención por la cual se conviene en ella, es para sustituir tal indemnización.

Debemos considerar que la utilidad de dicha figura como medio para garantizar la indemnización en caso de que la obligación no sea cumplida, es porque resulta más viable que iniciar una acción para reclamar los daños y perjuicios generados por tal incumplimiento, ya que no siempre son fáciles de demostrar por su carácter subjetivo.

La utilidad de la cláusula relativa es evidente, ya que posibilita obtener por esa vía el resarcimiento del daño o perjuicio que provoca quien incumple.

Cabe referir que de manera incomprensible el artículo 88 del Código de Comercio establece que en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, lo cual no encuentra equivalencia con la legislación común, ya que el artículo 1856 del Código Civil permite reclamar la

pena convencionalmente pactada aún y cuando se demande como prestación principal el cumplimiento del contrato.

Cuando se estipula dicha pena, se tiene ventaja de que si el obligado falta al cumplimiento de su obligación, el acreedor no tiene que demostrar que este incumplimiento le causó algún daño o perjuicio. Sin embargo, una peculiaridad en común de las dos herramientas en las que se materializa dicha figura jurídica es que ninguna puede exceder el valor o cuantía de la obligación principal, además de que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación principal y el de la pena simultáneamente o sucesivamente, ya que se caería en una nulidad relativa.³

b.1) Las Arras

Las arras son un contrato o el pacto dentro de un contrato por virtud del cual una de las partes entrega a la otra un bien en señal de confirmación del contrato o para significar que ambas tienen el derecho de arrepentirse. Si las arras tienen como función confirmar el contrato, se les llama arras confirmatorias y si por el contrario permiten su destrucción, al conceder el derecho de arrepentimiento, se les llama penitenciales.

Si las arras tienen la función de confirmar el contrato, pueden ser de tres tipos:

a) *Arras a cuenta de precio*: cuando el bien se da y se recibe con la intención de cumplir en sus términos el contrato y en prueba de ello, la parte que resulta deudora de un bien hace una entrega parcial para demostrar su buena fé.

³ Ob. Cit. 468-470.

Tiene como función ratificar la intención de esa parte para el cumplimiento del contrato y cuando sea oportuno cumplir su obligación de entrega, ya sólo estará obligado a pagar el saldo por que las arras se computan a cuenta del precio.

b) *Arras de prueba*, también tienen el propósito de confirmar el contrato más precisamente; de constituir una prueba frente a terceros y con validez frente a los tribunales de su celebración y para tal efecto, una de las partes entrega a la otra un bien previamente determinado entre ellas, que hace la prueba de la celebración del contrato y que por regla general no es ni la cosa o el bien que se obliga a entregar por el contrato ni de la misma especie o calidad del bien que constituye el objeto del contrato, y que por ello, al cumplirse el contrato, la parte que recibió esas arras, las deberá devolver.

c) *Arras penales* se entregan con la intención de confirmar el contrato pero tienen una función indemnizatoria para una de las partes, frente a el incumplimiento de la otra, y a la manera de la cláusula penal, la parte cumplidora no tiene por qué demostrar el monto de los daños y perjuicios por el incumplimiento y sólo probando éste, tiene derecho a apropiarse de las arras sí con esa función se entregaron.

Las arras penitenciales constituyen un germen de destrucción del contrato, ya que permiten el arrepentimiento de cualquiera de las partes perdiendo las arras: si el arrepentimiento es de quien las entregó, simplemente las pierde: si es del que las recibió, debe devolver las recibidas con otro tanto.

La diferencia entre las arras penitenciales y las penales, es de que en las penales la entrega se hace con la intención de cumplir con el contrato y ante el incumplimiento de una de las partes, la otra puede quedarse con las arras o demandar el cumplimiento forzoso, lo que significa que la decisión le corresponde

al cumplidor, en cambio, en las penitenciales, la intención es poder arrepentirse y la decisión de perderlas le corresponde al incumplidor.⁴

El código de Comercio no se refiere a las arras en el capítulo de los contratos mercantiles en general, sólo lo hace en el artículo 381, dentro del relativo a la compraventa y dispone que las arras, salvo pacto en contrario, se entiendan dadas a cuenta del precio. En este sentido, las arras pueden tener el carácter de prenda o garantía para asegurar el cumplimiento del contrato, y pueden darse antes o después de perfeccionado éste. En ambos casos pueden ser parte del precio o prenda para asegurar el cumplimiento del contrato. Desde el punto de vista jurídico, las arras son el antecedente que casi siempre significa dinero anticipado, es decir, un anticipo en numerario, ya sea por el deudor de una obligación que aún no vence o como adelanto a cuenta de un precio a favor de quien recibe el anticipo. A ambos casos se refiere el Código Civil Federal en sus artículos 2087, 2395 y 2396.

Como las arras constituyen una garantía de cumplimiento de contrato, nuestro Máximo Tribunal, conformado en la extinta Tercera Sala de nuestra Suprema Corte de Justicia ha considerado que en el caso de que el contrato no se lleve a cabo por culpa de quien entregó las arras, éste pierde el derecho a su devolución, de acuerdo al siguiente criterio Jurisprudencial:

No. Registro: 359,074
Tesis aislada
Materia(s): Civil
Quinta Época
Instancia: Cuarta Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación

⁴ ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ÁNGEL, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 2000. p.p 435-436.

Tomo: XLVII

Tesis:

Página: 4991

ARRAS, PERDIDA DE LAS.

El artículo 2820 del Código Civil de 19884, aplicado supletoriamente en materia mercantil, establece que si en un contrato hubiesen intervenido arras, el comprador perderá las que hubiese dado, cuando por su culpa no hubiese tenido verificativo el contrato.

Recurso de súplica 92/23. Compañía "El Cisne", S. en C. 24 de marzo de 1936. unanimidad de cuatro votos. Relator: Vicente Santos Guajardo.

Sin embargo, se considera que este criterio es erróneo porque, salvo que las partes lo hayan pactado, el acreedor no puede quedarse con las arras, sino en todo caso puede retenerlas como garantía del pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento que la otra parte le ocasione, pero no podrá disponer de las mismas sino hasta que haya sentencia judicial que así lo decrete, siendo válido tal razonamiento sostenido por la Maestra Soyla H. León en virtud de que las partes convienen en que las arras constituyan una garantía de cumplimiento, la entrega de las arras autoriza a los contratantes para el caso de resolución del contrato a perder las mismas a favor del acreedor si dicha resolución se debe a culpa o negligencia del deudor, pero para ello es preciso que se haga constar en el documento respectivo en que se otorgue el recibo de las arras, la cantidad que se recibe en dicho concepto, así como las causas y condiciones conforme a las cuales el deudor perderá dichas arras.⁵

En México, en el Código civil no están reglamentadas las arras (el contrato o el pacto), sin embargo no están prohibidas y su celebración es perfectamente posible, dentro del marco legal, si se toma en cuenta el contenido de los artículos 1839 del ordenamiento antes citado, que señala que “los contratantes

⁵ LEÓN TOVAR SOYLA H., Contratos Mercantiles, 1° Edición, Editorial Oxford, México, 2003. p. p. 52-53.

pueden poner las cláusulas que crean convenientes” y el 1858 que establece que “los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que no fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos en este ordenamiento”.

b.2) Cláusula Penal

La cláusula penal constituye una cláusula accidental del contrato y, por tanto, sólo opera cuando las partes expresamente la han convenido. Como cláusula accesorio su nulidad no acarrea la nulidad del contrato principal de acuerdo a lo establecido por el artículo 1841 del Código Civil Federal y sustentado en la tesis jurisprudencial en materia civil:⁶

No. Registro: 913,536

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice 2000

Tomo: Tomo IV, Civil, Jurisprudencia TCC

Tesis: 594

Página: 552

Genealogía:

GACETA NÚMERO 85, OCTAVA ÉPOCA, TESIS I.4o.C. J/61, PÁGINA 61

APÉNDICE '95: TESIS 570, PÁGINA 411

PENA CONVENCIONAL. CUÁL ES LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL EN LA.-

La interpretación auténtica, lógica y sistemática de las disposiciones legales rectoras de la cláusula penal, en relación con su objeto y naturaleza jurídica, conduce a determinar necesariamente que el concepto "obligación principal", utilizado en el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a cada obligación concreta por cuyo posible incumplimiento se pacta la pena convencional, y en modo alguno a la obligación que se estime de mayor importancia, económica o de cualquier otra índole, entre todas las contraídas en un

⁶ IUS 2004, Junio de 1917- Junio del 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación

contrato. Las razones específicas que conducen a dicho criterio son las siguientes: 1. De lo dispuesto en el artículo 1840 del citado ordenamiento sustantivo, se advierte que la pena convencional es una prestación pactada para el caso de que cierta obligación no se cumpla, o no se cumpla de la manera convenida. Su objeto esencial, según lo explican magistralmente los autores del Código Civil para el Distrito Federal de 1870, en la parte expositiva, consiste en indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan con la falta de cumplimiento de la obligación, y por esto se fija como límite máximo el valor de la obligación principal, porque si pudiera exceder de éste, se halagaría con un incentivo poderoso al acreedor, para obstaculizar el cumplimiento o ser moroso al exigirlo, por lo menos, con el ánimo de obtener el importe de la pena, que implicaría no sólo una justa indemnización, sino también una considerable ganancia, o bien resultaría un pacto estéril, si no se cumple, o un gravamen realmente insoportable. En dicha parte expositiva se ve que invariablemente se identificó a la obligación principal con la obligación incumplida. Por otra parte, el objeto descrito de la cláusula penal ha continuado hasta nuestros días, sin variación en la legislación vigente, y esto lleva a la situación siguiente: si no se identificara a la obligación principal con la que por incumplimiento da lugar a la pena convencional, se desvirtuaría absolutamente la finalidad de ésta, porque admitiría la posibilidad de que una pena convencional excediera en valor o cuantía a la obligación cuyo incumplimiento la generó, contrariando así el fin perseguido con la institución. Verbigracia, si un arrendatario incumpliera con el deber adquirido de sustituir el calentador de agua por uno nuevo, cuyo precio no excediera de mil nuevos pesos, y por eso estuviera fijada una pena de tres mil nuevos pesos, siendo la prestación contractual de mayor importancia, el pago de la renta mensual de cuatro mil nuevos pesos, con el criterio que no se admite por este tribunal, sería válida esa estipulación y, consecuentemente, contravendría el objeto explicado, al proporcionar al acreedor, no sólo lo máximo que pudiera obtener con el cumplimiento de la obligación, sino una jugosa ganancia, ajena totalmente a los propósitos de la institución; en cambio, si como obligación principal se entiende la sustitución del calentador, lo convenido al respecto sería nulo, en lo que excediera al valor de este mueble más la mano de obra y materiales para su instalación, logrando así inobjetablemente que el arrendador fuera compensado por lo que perdió con el incumplimiento, sin propiciar una injusta ganancia. 2. Del contenido del artículo 1841 del Código Civil, se desprende el carácter accesorio de la pena convencional, y por tanto, que su existencia, validez y subsistencia siguen la suerte de la obligación con la que se le vincula. Por esto, el precepto dice que la nulidad del contrato importa "la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél", con la sola aclaración de que en este texto, la palabra contrato está usada como sinónimo de la obligación que sirve de base a la cláusula penal, siguiendo con esto una antigua costumbre de los legisladores y los autores. Este carácter accesorio acogido en la ley, permite explicar con claridad que en una disposición inmediata posterior se use el concepto "obligación principal", entendiéndose éste en oposición al de "obligación accesoria" dado a la pena, en seguimiento de una de las clasificaciones tradicionales de las obligaciones, que distingue entre principal y accesoria. 3. En todos los artículos relativos a la cláusula en comento, se regula únicamente la relación existente entre la obligación incumplida y la de pagar la prestación convencional por el incumplimiento, sin involucrar para nada alguna situación distinta. Por ejemplo, en el artículo 1840, donde se establece la posibilidad de pactar esa modalidad; en los artículos 1844 y 1845, referentes a la modificación de la pena por incumplimiento parcial de la obligación; o en el 1846, donde se dispone que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación (incumplida) y el pago de la pena, sino una sola de estas prestaciones, por regla general. Esta constante haría ilógico que cuando a la palabra "obligación" se le agrega la voz "principal", se le diera un significado diferente al de la obligación incumplida, porque con ello se rompería la uniformidad, sin ninguna explicación ni necesidad, e inclusive se alteraría la armonía de las normas y el objeto de la institución regulada, como ya se vio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Época:

Amparo directo 4974/93.-Equipos Básicos, S.A. de C.V.-21 de octubre de 1993.-Unanimidad de votos.-Ponente: Leonel Castillo González.-Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Amparo directo 2434/94.-Adán Gutiérrez y González.-19 de mayo de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata.-Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 4374/94.-Impceco, S.A. de C.V. y otras.-8 de septiembre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Gilda Rincón Orta.-Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

Amparo directo 4574/94.-Ignacio Rocha González.-22 de septiembre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata.-Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 5334/94.-María Esther Villalobos Herrera.-27 de octubre de 1994.-Unanimidad de votos.-Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas, en funciones de Magistrado por ministerio de ley.-Secretario: Carlos Arteaga Álvarez.

Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Segunda Parte, página 411, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 570; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XV, enero de 1995, página 113.

La cláusula penal consiste en una prestación pactada para el caso de que cierta obligación no se cumpla conforme lo pactado por las partes. Su objeto no solo es indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan ocasionando por el incumplimiento, sino fundamentalmente apremiar al deudor para que cumpla, de ahí que la ley sustantiva de la materia señale que la pena convencional no puede exceder el importe del capital, a diferencia de los intereses moratorios. Con forme a lo dispuesto por el artículo 1840 del Código Civil Federal, los contratantes pueden estipular cierta prestación como pena, para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida; si tal estipulación se hace, no pueden reclamarse, además daños y perjuicios, ya que lo establecido por el artículo 1847 del ordenamiento antes citado, previene que no se podrá hacer efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable, de donde resulta que la pena convencional se integra con los siguientes elementos:

- a) Un acuerdo de voluntades de los contratantes, accesorio del contrato principal.
- b) La imposición de una pena, en sustitución del resarcimiento de posibles daños y perjuicios;
- c) El incumplimiento culpable, total o parcial, de la obligación objeto de la convención principal,

d) Alguna prestación a favor del acreedor.

El artículo 88 del Código de Comercio señala que en caso que se fije dicha pena, la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero no ambos; puntualizando el hecho que utilizada una de tales acciones, queda extinguida la otra. Analizando al respecto dos cuestiones que devienen de lo anterior: la primera de ellas es la relativa a la posibilidad de exigir la pena convencional y el cumplimiento del contrato cuando dicha pena se estipuló por el simple retardo en el cumplimiento del contrato o porque ésta no se cumple de la manera convenida, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1846 del Código Civil Federal, al igual que el artículo 88 del Código de Comercio, donde ambos se refieren a la incompatibilidad del cumplimiento con la pena convencional, sin embargo, el primer ordenamiento admite la acumulación de la pena y del cumplimiento forzado cuando la pena se estipuló por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se presta de la manera convenida.

Atendiendo a la opinión de la Maestra Soyla H. Tovar⁷ respecto a la expresión del Código de Comercio consistente en: “ pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra” no permite por ningún motivo exigir el pago de la pena por simple retardo en cumplimiento, como sí lo establece en materia civil, ya que el Código Comercio no diferencia y por tanto no se pueden distinguir los casos de acumulación de ambas instituciones.

La segunda cuestión es la de determinar si el perjudicado, habiendo optado por la resolución del contrato, conforme al artículo 1949 del Código Civil

⁷ Ob. Cit. 46-50.

Federal aplicado por incorporación al artículo 81 del Código de Comercio, puede al mismo tiempo exigir el pago de daños y perjuicios y la pena convencional. Nada dice el ordenamiento en materia mercantil, sin embargo, el artículo 1840 del Código Civil Federal, aplicado supletoriamente al ordenamiento primeramente citado añade: “si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además daños y perjuicios”. Por ello se considera que no son acumulables daños y perjuicios con la pena convencional. La ventaja de dicha cláusula, si es que existe, es la liberación al acreedor de probar los daños y perjuicios causados, e incluso el deudor debe pagar la pena pactada aun cuando el acreedor no sufra perjuicio alguno.

Por tanto, se considera que la pena convencional prevista en el Código de Comercio tiene el mismo alcance, propósito y naturaleza que la pena convencional establecida en materia civil y sus únicas diferencias son las que expresamente señala el ordenamiento mercantil, de ahí que la pena convencional ahí establecida al igual que en materia civil, está limitada al valor y cuantía de la obligación principal y si la obligación fue cumplida en parte, la pena convencional se debe modificar en la misma proporción en atención a lo establecido por los artículos 1843 y 1844 del Código Civil Federal, razón por la cual suele ser más atractiva una cláusula de precuantificación de daños que una pena convencional, pero ésta es preferible a la indemnización que por daños y perjuicios prevé la ley.

c) Reserva de Dominio

La presente garantía personal, es propiamente una modalidad en los actos jurídicos de enajenación, propiamente del contrato de compraventa, la cual tiene como característica que el vendedor se reserva el dominio de la cosa que

enajena. Lo que con lleva con la misma una limitación al propio dominio del vendedor quien no la puede ya volver a enajenar o a hipotecar, ya que conforme al derecho positivo mexicano, sólo puede hipotecar quien puede enajenar, y su dominio está limitado por los efectos del contrato que ha celebrado.

De acuerdo al artículo 2312 del Código Civil del Distrito Federal que dispone: “Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado”. Cuando los bienes vendidos son de los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310 de la ley antes citada, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la Fracción III del artículo anterior, se aplicará lo dispuesto en esa fracción.

La diferencia que existe entre la compra venta a plazos y la reserva de dominio, es de que en la primera no se reserva el dominio, toda vez que ya lo ha transmitido, quedando sólo pendiente el pago del precio, y en el segundo si se hace una reserva del dominio, evitando se enajene o grave nuevamente la cosa objeto del contrato.

En el derecho positivo mexicano, sólo se considera como causa para la reserva de dominio la falta de pago del precio, sin embargo es legalmente factible, en aras del principio de autonomía de la voluntad, el establecer esa reserva de dominio por cualquier otra causa lícita. Atendiendo siempre a los principios registrales de que debe recaer sobre bienes inmuebles o muebles cuya identificación sea indubitable para que puedan inscribirse en el Registro Público, y por lo tanto surtan efectos contra terceros.

Cuando se tiene verificativo la pérdida de la cosa antes de que opere la transmisión de dominio al adquirente, es decir, antes de la entrega del bien al comprador, se debe atender a las siguientes reglas:

La cosa perece para su dueño. Al no existir transmisión del dominio, sino hasta que el precio haya sido pagado, la cosa perece para el enajenante, aunque haya entregado la posesión de la misma. Válidamente puede pactarse que el riesgo de la cosa sea para el comprador, aunque esté pendiente de transmitírsele el dominio de la misma.

Pagado el precio o cumplida la condición por la que se sujetó el contrato a reserva de dominio, se debe también exhibir al registro otro documento en el que conste la cancelación de la reserva de dominio, para que éste proceda a hacer la anotación correspondiente. Por lo que se refiere a los bienes muebles se hará la cancelación por consentimiento del vendedor o acreedor, o a solicitud del deudor, siempre que acredite fehacientemente el cumplimiento de sus obligaciones.

Debe tomarse en cuenta que con el fin de que sea válida la reserva de dominio, tiene que cubrir con las condiciones a las que se sujeta el contrato de compraventa, con el fin de que sea lícito el pacto de la misma, ya que dicha figura se regula como una modalidad de la compraventa.

En el Código Civil para el Distrito Federal se establece que mientras no pase la propiedad de la cosa vendida al comprador, si éste recibe la cosa será

considerado como un arrendamiento de la misma, por lo que se presentan una serie de dificultades que la vuelven impráctica, porque si no cumple con la obligación principal, deberá devolver la cosa, pero el resarcimiento de daños y perjuicios al vendedor por la falta de pago del precio, se dificulta con la intervención de peritos que deberán fijar el monto de las rentas.

El maestro Zamora Valencia establece que: “La reserva de dominio, normalmente en la práctica, produce serios inconvenientes, entre ellos:

- a) Limita el crédito de los compradores, por no poder dar en garantía completa el bien que han adquirido
- b) Inmoviliza las fincas, ya que ni el vendedor ni el comprador, las pueden enajenar ni gravar, sin concluir la operación original.
- c) Es fuente de conflictos si la cosa llega a deteriorarse o destruirse por caso fortuito o fuerza mayor.
- d) Es un instrumento al servicio del egoísmo de los especuladores que lesiona la armonía que debe existir en el tráfico inmobiliario, pues no le otorga ventajas adicionales al vendedor, a las que puede lograr mediante el contrato adecuado de garantía”.

Por otra parte debemos considerar que no es práctica la presente modalidad, toda vez que existe la necesidad de celebrar dos escrituras, la de compraventa con reserva de dominio y la de transmisión de la propiedad, asimismo en múltiples ocasiones el comprador tiene graves dificultades para obtener el documento en que se haga constar la transmisión de la propiedad, ya sea porque al pagar, desinteresó al vendedor y éste es remiso o moroso en otorgar el documento, porque fallece o por no haber cumplido sus compromisos fiscales, no está en posibilidad normal de otorgar el documento liberatorio y traslativo.⁸

⁸ ARCE GARGOLLO JAVIER (Coordinador Internacional) y ZUBIRÍA MAQUEO EMILIANO (Coordinador en México), “Las Modernas Técnicas Jurídicas en materia de Garantías y la Práctica Notarial”, “Leasing”, “Trust”, “Hipoteca Inmobiliaria”, “Reserva de Dominio”, XXI

d) Fianza

El contrato de fianza consiste en una garantía personal por el que un tercero garantiza al acreedor, con todo su patrimonio, el pago de una obligación ajena para el caso de que el deudor no la cumpla, constituyéndose así el fiador en un responsable sin deuda, el fiador no es deudor del acreedor, pero asume la responsabilidad del pago para el caso de que el deudor no cumpla con la obligación garantizada, obligación que subsiste aun sin consentimiento o en contra del deudor. Por tanto, la palabra fianza, en sentido amplio, significa cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación y en sentido rigurosamente técnico-jurídico, significa la garantía personal mediante la cual un sujeto determinado asume el compromiso de cumplir una obligación ajena, para el caso de incumplimiento del obligado principal.

La fianza no puede existir sin una obligación válida, pero puede no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado.

La fianza puede ser convencional, legal o judicial. Esta clasificación es importante en atención a que es la primera, (la fianza convencional), surge del acuerdo de voluntades de la partes, fiador y acreedor: antes de su celebración no existe obligación alguna de otorgar la mencionada garantía personal, en cambio en la fianza judicial o legal, establecida en el artículo 2850 del Código Civil Federal,

Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín Alemania de Mayo 28 a Junio 3 de 1995, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C., Editorial Aldina, México 1995 p.p. 80-83..

antes de celebrar el contrato existe ya la obligación de otorgar esta garantía, ya sea por resolución judicial (para garantizar la ejecución provisional de una sentencia impugnada por la otra parte en un solo efecto, o para que surta efectos la suspensión del acto en virtud de un juicio de amparo), o por disposición legal (el deudor alimentista, el tutor para administrar bienes del incapaz o el albacea para administrar bienes), en fin, el usufructuario. En fianzas legal y judicial el fiador debe demostrar su solvencia con bienes inscritos a su nombre en el Registro Público, no goza de los beneficios de orden y excusión, puede sustituir la fianza por prenda o hipoteca y dichos fiadores no pueden disponer de sus bienes. En la fianza convencional, el fiador no tiene esas limitaciones ni obligaciones, e incluso, ante el caso de disminución del patrimonio del fiador convencional, el acreedor únicamente está facultado para exigir al deudor, pero no al fiador, a otras garantías adicionales o bien a otro fiador.

El contrato de fianza puede ser civil o mercantil, la primera de ellas está regulada por el Código Civil de los estados y el Código Civil Federal, constituye un contrato de garantía por el cual se garantiza al acreedor el pago de las obligaciones del deudor por un tercero, para el caso de que el deudor no las cumpla. El fiador puede ser en materia civil una persona física o persona jurídica, que tenga capacidad para obligarse y que cuente con bienes suficientes para responder de la deuda, e incluso, si deviene insolvente, el acreedor tiene derecho a exigir otro fiador en su lugar. El fiador puede obligarse a menos, pero no a más de la obligación que se garantiza, y no puede ser compelido a pagar sin que previamente sea reconvenido el deudor (artículos 2814 del Código Civil Federal) y se haga excusión de sus bienes. Puntualizando, en la fianza civil el fiador goza, salvo pacto en contrario, de los beneficios de orden y excusión y tiene derecho de

indemnización por el deudor en caso de pago de la deuda, intereses, gastos, daños y perjuicios, así como subrogarse en los derechos del acreedor, a menos que la fianza se hubiera otorgado en contra de la voluntad del deudor, en cuya hipótesis sólo tiene derecho para cobrar en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Instituciones de Fianzas, se prohíbe a toda persona física o moral distinta de las instituciones de fianzas autorizadas en los términos de esa misma ley, a otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, y puesto que el artículo 2° del mismo ordenamiento, señala que tanto las fianzas como los contratos que en relación con ellas se otorguen o celebren las instituciones de fianzas (coafianzamiento, refinanciamiento, prenda, fideicomiso, obligación Solidaria), salvo el contrato de hipoteca, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarios, solicitantes, fiadas, contrafiadas u obligaciones solidarias, no cabe duda de que el contrato de fianza también puede ser de carácter mercantil y que en la práctica es el que se realiza de manera ordinaria, en virtud de la solvencia acreditada de todas las instituciones de fianzas y las sanciones de que pueden ser acreedoras en caso de reiterada negativa de cumplimiento en sus obligaciones.

Conforme dicha ley, el contrato de fianza adquiere para todas las partes el carácter de mercantil en función de uno de los sujetos que en ella intervienen, el fiador, una sociedad anónima que por ley es comerciante y cuya actividad habitual y objeto social es el otorgamiento de fianzas a título oneroso, con el propósito de especulación comercial. Concluyendo que el contrato de fianza es mercantil sin importar la calidad civil o mercantil, ni el objeto de la fianza, ya que la ley sustantiva, establece que la fianza es mercantil, con independencia de

que se otorgue para responder de los posibles daños y perjuicios que pueda sufrir el tercero perjudicado en el caso de que el quejoso no obtenga la protección de la justicia federal, para obtener la libertad bajo caución de un sujeto, para el cumplimiento de un contrato de obra pública con el Estado; para garantizar el pago puntual del precio de venta de mercancías, para garantizar al arrendador de casa habitación el pago de las rentas del inquilino, bastando que el fiador sea una institución de fianzas para que el contrato adquiera el carácter de mercantil, aun cuando se trate de fianzas judiciales o administrativas, de acuerdo al artículo 5° de la Ley de Instituciones de Fianzas. También puede existir fianza mercantil, en la cual el fiador no sea una institución de fianzas, en los casos que el objeto de la fianza sea garantizar el pago de obligaciones derivadas de un acto mercantil, dado el carácter accesorio de ésta y la analogía prevista por el artículo 75 Fracción XXV del Código de Comercio, como también cuando la fianza es otorgada por o entre comerciantes. En efecto, la Ley de Instituciones de Fianzas califica de mercantil a la fianza de empresa, pero en ningún momento señala que dicha fianza sea la única que tenga o pueda tener el carácter de mercantil, máxime que no existe prohibición alguna que impida a una persona física o moral distinta de una institución de fianzas, celebrar contratos de fianza onerosa, con tal que lo haga en forma accidental o esporádica, ya que la ley limita la celebración habitual de estos negocios jurídicos a las citadas instituciones de finanzas y a las organizaciones auxiliares de fianzas respecto de las actividades auxiliares.

La función de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de cualquier persona que es hábil para contratar, y que tiene capacidad para ello, puede válidamente celebrar cualquier contrato o negocio jurídico, tal como el de la fianza, con las únicas limitaciones apuntadas.

En el Derecho Positivo Mexicano existen las siguientes clases de fianza:

a) Fianzas Legales.- Son aquellas que la ley en forma directa e inmediata impone la obligación de otorgar fuera de cualquier procedimiento administrativo y judicial

b) Fianzas Judiciales.- Son las que se otorgan en virtud de una providencia emanada de un órgano jurisdiccional competente.

c) Fianza Convencional.- Cuando celebran el contrato libremente y de común acuerdo fiador y acreedor.

d) Fianza Mercantil.- La fianza es mercantil cuando la otorga una Institución de Fianzas o cuando se celebra entre comerciantes, salvo que sea de naturaleza esencialmente civil o probando que deriva de una causa extraña al comercio.

e) Fianzas Civiles.- La fianza es civil cuando es otorgada en forma accidental o para garantizar obligaciones civiles.

Por último, es importante considerar que el fiador cuenta con los beneficios de orden y excusión establecidos en los artículos 2814 y 2815 del Código Civil del Distrito Federal, dicho beneficio consiste en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la exclusión de sus bienes, dicha exclusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto.⁹

⁹ Ob. Cit.58-63.

II.2 GARANTÍAS REALES

Este tipo de garantías a diferencia de las personales confieren al acreedor un derecho real sobre los bienes perseguible ante todo el mundo, como la hipoteca y la prenda, garantías y contratos reales por excelencia, los cuales dotan al acreedor de poder tal que les permite obtener la venta del bien y el pago de su crédito con el producto de la venta, con preferencia a todos los demás acreedores del deudor. La función del garante predomina en las garantías reales por cuanto que los bienes pignoralados o hipotecados son perseguibles por el acreedor, en cualquier mano que se encuentren, el bien dado en garantía se encuentra en esa calidad exclusivamente respecto del acreedor y puede cobrarse en ellos preferentemente a los demás acreedores (prelación del crédito) y aun con exclusión de ellos. La fuente de esas garantías es generalmente convencional, sólo por excepción la ley prevé la preferencia de algunos acreedores respecto de otros (verbigracia, el fisco, los trabajadores, los acreedores alimentistas), y la amenaza de perder el bien en garantía funciona para el deudor como coacción psicológica que lo obliga al cumplimiento de su obligación garantizada; el carácter accesorio de la garantía real presupone, al igual que en la garantía personal, la existencia de un crédito que justifica su existencia. Las garantías reales son garantías indivisibles por cuanto subsiste el crédito, aun cuando el mismo se haya cubierto parcialmente. Al lado de estas garantías reales existen otras figuras jurídicas que pueden resultar más eficientes para el acreedor, como el depósito en garantía y el fideicomiso de garantía. Debemos destacar las ventajas derivadas de su carácter real como son la oponibilidad, persecución y preferencia.

a) Prenda

El desarrollo en México de la publicidad registral se ha dado estrechamente con la hipoteca inmobiliaria, ya que mediante dicha publicidad se persigue el informar a un tercero, la situación jurídica del inmueble en cuestión. Sin embargo, la Prenda, ha tenido un cause distinto en nuestro sistema jurídico actual. Dicha figura jurídica tiene diversas acepciones, ha saber, ya que se considera como un derecho real o un contrato accesorio de garantía.

Primeramente, se estima delimitar estas acepciones, definiendo a la prenda como un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Por lo que respecta a un contrato, la prenda es un contrato *in re*, que requiere como regla general para su perfeccionamiento, de la *traditio* esto es la entrega de la cosa pignorada; la desposesión del deudor y su entrega al acreedor para que se tenga por constituida. El acreedor prendario tiene en la posesión del bien pignorado la mejor seguridad para la eficacia de esa garantía, siendo innecesaria la publicidad registral. Debe destacarse el hecho de que la cosa dada en garantía no se adjudica al acreedor al tiempo de celebrarse el contrato, pues esto implicaría un pacto comisorio ilícito y en consecuencia la nulidad de éste, existiendo la excepción en materia mercantil, ya que puede convenirse la adjudicación con posterioridad a la constitución y con anterioridad al vencimiento.

Por otro lado, en algunos casos en los que se constituye esa garantía prendaria, no sólo se perfecciona con la entrega real de la cosa, sino también con su

entrega jurídica, existiendo la posibilidad de inscribir en el Registro Público de la Propiedad, lo relativo al registro de operaciones sobre bienes muebles, con el fin de que produzca efectos contra tercero. Dicha inscripción es muy limitada y contiene una serie de requisitos como son: los nombres de los contratantes, la naturaleza del muebles, las características o señales que sirvan para identificarlos de manera indubitable, el importe del crédito, la fecha en que se practique y la firma del Registrador, en adición a que sólo pueden registrarse operaciones sobre bienes muebles que sean susceptibles de identificación indubitables y además que estén facturados o se encuentren en el Distrito Federal. De lo anterior se desprende que lo relativo al registro mobiliario se encuentra regulado por el Código Civil, por tanto no encontraremos un registro mobiliario específico de la prenda en materia mercantil, toda vez que la prenda se considera de naturaleza mercantil cuando es constituida para garantizar un acto de comercio y se presume mercantil la prenda constituida por un comerciante.

Por otra parte, se contempla un caso en que la prenda se constituye con su inscripción en el Registro de Comercio, convirtiendo a dicha inscripción en un acto constitutivo y no sólo declarativo, como es el caso de los créditos de habilitación o avío y refaccionarios. Dichos créditos son destinados específicamente a fomentar la producción de las empresas; habilitación o avío, al proceso inmediato de la producción, esto es una empresa que ya está trabajando o lista para trabajar (adquisición de materias primas y materiales, pago de jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa); y el refaccionario destinado a la preparación de una empresa para la producción (adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos,

ganado o animales de cría, etc), créditos que tienen finalmente diferencias de grado.

Ambos tipos de créditos pueden estar garantizados con prenda sobre bienes que no se entreguen al acreedor, el deudor se le considera depositario judicial y se tiene por constituida la garantía al inscribirse el contrato en el folio mercantil correspondiente, esto es, no en un registro de muebles sino en un registro de deudores.

Asimismo, los principios generales consagrados respecto a las garantías mobiliarias que se encuentran reconocidos en los sistemas jurídicos de nuestros vecinos del norte, de alguna manera se encuentran reconocidos en nuestro sistema, como por ejemplo:

La posibilidad de constituir prenda sobre universalidades que puedan ser sustituidas en el movimiento normal de las actividades del deudor.

La posibilidad de convenir legalmente reservas en la prelación registral.

El hecho de contar ya en materia mercantil con un folio mercantil, que es un registro de personas y no de bienes, que puede publicitar su calidad de deudores y que evidentemente supera en eficacia al obsoleto registro de bienes muebles que existe aún en materia civil.

La Comisión del Notariado ha sido la precursora en los estudios relativos a la evolución de las garantías jurídicas, dando como consecuencia diversos proyectos para adecuar el uso y funcionamiento de las mismas en nuestro sistema jurídico.

Los principios básicos de un moderno sistema de garantías mobiliarias, suponen la necesidad de contar en el derecho positivo de un gravamen que permita que después de su constitución pueda ampliarse en forma automática a otros bienes adquiridos con posterioridad; que este gravamen igualmente pueda extenderse a nuevos bienes que se generen en el curso normal de las operaciones del deudor y que se subroguen a los bienes originalmente gravados; que incluya un mecanismo que permita a un deudor obtener un nuevo crédito, aun cuando haya gravado sus bienes presentes y futuros; que incluya la posibilidad de que ese sistema sirva para garantizar todo tipo de obligaciones, aun las futuras, la necesidad de que el sistema otorgue protección a los consumidores que adquieran como terceros de buena fé los bienes del deudor en el curso de sus operaciones; aunado a la necesidad de establecer un procedimiento de ejecución ágil y efectivo que permita al acreedor tomar posesión y ejecutar los bienes afectos a la garantía, y por último que el eje del sistema descansa en un medio de publicidad basado en la inscripción del gravamen por medio de un registro ordenado por el nombre del deudor, fundamental cuando se trate de bienes muebles.

Por tanto dicho sistema descansará en el principio de que el deudor conserve durante toda la vigencia del crédito, la posesión de los bienes gravados que le permitan usarlos, disfrutarlos y aún disponer de ellos para generar la riqueza necesaria para cubrir el crédito.

a.1) Con Transmisión de Posesión

El contrato de prenda es aquel por virtud del cual una persona llamada deudor prendario constituye un derecho real del mismo nombre sobre un

bien mueble, determinado y enajenable, a favor de otra llamada acreedor prendario, a quien se le deberá entregar real o jurídicamente, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho de persecución al acreedor, y en caso de incumplimiento de la obligación, de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de prelación que señale la ley, y que obliga al acreedor a la devolución del bien, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada.

Al constituirse la prenda, se hace entrega a un tercero del bien mueble enajenable y le concede el derecho para hacer vender éste en caso de incumplimiento de dicha obligación, la clasificación de esta prenda en materia civil es de los contratos sinalagmáticos imperfectos, unilateral, formal y accesorio de una obligación.

La prenda civil sobre créditos, no da derecho al acreedor pignoraticio a cobrar éstos, pues sólo puede pedir que se deposite su importe, en tanto que en la prenda en materia mercantil puede cobrar el crédito pignorado

El acreedor tiene las siguientes acciones, en caso de que el deudor no entregara la prenda:

- Exigir la entrega de la prenda
- Dar por vencido el plazo de la obligación que se pretendía garantizar con la prenda.
- Dar por resuelta la misma obligación y aplicando la norma general del artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, exigir el pago de daños y perjuicios.

- Si la cosa se ha transmitido a un tercero por virtud de cualquier título legal, no podrá el acreedor exigir su entrega y sólo conservará las dos acciones restantes.

En nuestro sistema jurídico, para que se cumpla con la forma establecida el contrato de prenda deberá constar por escrito, y para que surta efectos contra terceros debe ser auténtica, lo que se logra por medio de escritura pública en su celebración o por la ratificación de firmas ante fedatario. Si recae sobre frutos pendientes (prenda sobre cosa futura) debe ser inscrita en el Registro Público para que surta efectos contra terceros.

Los casos especiales para la constitución de la prenda son:

- a) Para que una persona pueda gravar bienes ajenos requiere estar autorizada expresamente por la ley o por el propietario mediante un poder especial para ese efecto o un poder general para actos de dominio.
- b) Quienes ejercen la patria potestad y los tutores no pueden dar en prenda los bienes de sus representados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa autorización del Juez competente, en el caso del tutor, se requiere además la conformidad del curador.
- c) Los representantes del ausente tienen las mismas facultades y restricciones que los tutores y por lo tanto tampoco podrán dar en prenda los bienes del ausente si no satisfacen los requisitos legales.
- d) Los legatarios sólo podrán dar en prenda los bienes legados si están en posesión de ellos, ya que no pueden ocupar por propia autoridad los bienes legados.
- e) Los albaceas no podrán dar en prenda los bienes de la herencia, si no es con el consentimiento de los herederos o de los legatarios interesados.

Entre la serie de derechos del acreedor prendario podemos mencionar el de retención, el de exigir otra cosa en prenda, el ser indemnizado, el de persecución, el de enajenación y el de preferencia, todos ellos derivados de la misma naturaleza del contrato, y también tiene las siguientes obligaciones: de conservar la cosa dada en prenda, de restituir y de responder del saneamiento para el caso de evicción, si se procede con dolo en la enajenación del bien o que se haya sujetado expresamente a esa responsabilidad.

a.2) Sin Transmisión de Posesión

Empecemos por precisar que la prenda sin transmisión de posesión (en las Comisiones del congreso fue desechado el término sin desplazamiento de posesión por haber considerado que no tiene significado jurídico), constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes, la cual en caso de incumplimiento se procedería a la tramitación del nuevo procedimiento de ejecución establecido para tal efecto. Así pues, definamos a la prenda sin transmisión de posesión como un contrato accesorio por el cual una persona llamada deudor prendario constituye un derecho real sobre uno o más bienes muebles propios a favor de una persona llamada acreedor prendario, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, así como su preferencia en el pago con el producto de la venta del bien o bienes en caso de incumplimiento del deudor, conservando el deudor prendario la posesión del bien o bienes sobre los que se constituyó la prenda; siendo sus características la

unilateralidad, formalidad y registro necesario, accesorio y de garantía real respecto de los bienes muebles.

Las características de esta nueva garantía es como ya dijimos antes, un derecho real, el cual se constituye sobre bienes muebles, su naturaleza es eminentemente mercantil, con las siguientes dos excepciones: a) cuando se celebran entre dos o más personas físicas no comerciantes y b) cuando los actos no se reputan como actos de comercio.

Los sujetos que intervienen, los cuales son el acreedor y el deudor, pueden ser personas físicas o morales, comerciante o no, lo que significa que puede garantizarse con este tipo de prenda cualquier obligación con independencia de la actividad a que se dedique el deudor.

Pueden ser objeto de este tipo de garantías: a) Toda clase de derechos y bienes muebles que obren el patrimonio del deudor que deben identificarse; b) Si se trata de todos los bienes muebles que el deudor utilice para la realización de su actividad preponderante, pueden identificarse en forma genérica; c) Esos bienes y derechos que obren en el patrimonio del deudor incluyen nombres comerciales, marcas y otros derechos; d) Los de igual naturaleza que adquiera el deudor con fecha posterior a la constitución de la prenda; e) Los llamados bienes atribuibles o de reemplazo o transformados, a saber: 1. Los que deriven como frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos de los anteriores, 2. Los que resulten de procesos de transformación de esos bienes, y 3. Los que el deudor tenga derecho de recibir o reciba en pago por la enajenación a terceros de los bienes

pignorados o reciba como indemnización en caso de daños o destrucción de dichos bienes; f) Los que adquiera con recursos de un crédito que otorguen nuevos acreedores y que es la llamada garantía por el precio de compra, supuesto en el cual sólo procede la prenda tratándose de bienes muebles que puedan identificarse con precisión.

Queda prohibido constituir prenda ordinaria u otra garantía sobre los bienes que ya se encuentren pignorados con esta garantía, sin embargo, no se prohíbe lo contrario, por lo que los bienes podrían estar previamente gravados con otra garantía, lo cual puede provocar conflictos entre acreedores en caso de incumplimiento del deudor.

De lo anterior se desprende que pueden garantizarse toda clase de obligaciones presentes o futuras, pero en este último caso para que la garantía pueda ejecutarse o adjudicarse al acreedor, la obligación principal debe ser exigible.

El contrato constitutivo de la garantía debe constar por escrito además deben ser ratificadas las firmas del contrato ante notario o corredor cuando se refiera a bienes cuyo valor exceda de doscientas cincuenta mil unidades de inversión (UDIS). La liberación de la prenda sigue las mismas formalidades que la constitución, y el otorgamiento de la prenda en la forma indicada es requisito indispensable para que pueda seguirse en su momento el procedimiento judicial para ejecutarla.

A la firma del contrato se constituye la garantía, surtiendo sus efectos entre las partes desde la fecha de su celebración, y surte sus efectos ante Terceros, a partir de la inscripción en el Registro Público de comercio del lugar en el que se encuentre ubicado el domicilio del deudor o en su caso en el registro especial correspondiente.

El importe de esta garantía puede ser por una cantidad determinada al momento de la constitución de la garantía o determinarse al momento de su ejecución. Esto conduce a que aún sin fijar la cantidad máxima que garantice el gravamen, proceda su inscripción. Respecto a su prelación se determina por su registro, salvo la que se constituye sobre bienes adquiridos con recursos de créditos posteriores, que otorguen nuevos acreedores y siempre que estos bienes puedan identificarse con precisión y distinguirse de los bienes pignorados a favor del primer acreedor.

La prenda sin transmisión de posesión es preferente a la garantía hipotecaria, refaccionario o fiduciaria, si se inscribe antes que el mencionado bien mueble se adhiera al inmueble objeto de estas garantías. Debe tenerse presente que en nuestro derecho existe la posibilidad de hipotecar objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, ya para su adorno o comodidad, ya para el servicio de una industria, siempre que se hipotequen juntamente con dichos edificios y solamente en esos casos. Sobra decir que la presente garantía es preferente a los créditos quirografarios, a los créditos con garantía real no

registrada y a los gravámenes judiciales preexistentes y no registrados, existiendo la posibilidad de modificar mediante convenio la prelación de la misma.

Mediante la prenda sin transmisión de la posesión, el derecho real que se constituye sobre derechos muebles busca garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes por lo que no se transfiere la aludida posesión, ni la facultad de disposición del bien, beneficiando de esta manera al deudor, quien podrá continuar realizando su actividad con el bien otorgado en garantía, a fin de cumplir con la obligación principal contraída.

Sin olvidar, que la posesión, desposeimiento y venta de la prenda son efectos propios de esta garantía, pues son los presupuestos jurídicos que le dan efectividad al proporcionar comodidad y eficacia a la figura en el tráfico comercial, misma que resulta ser de las más sencillas y de mejores costos en el mercado.¹⁰

b) Hipoteca

La hipoteca tuvo su origen en Grecia, donde existió como garantía real a favor del acreedor, pero sin conceder a éste el derecho de proceder a la enajenación de la cosa hipotecada. En el Derecho Romano, se perfeccionó esta institución, donde poco a poco fue superando los inconvenientes, donde el deudor en su táctica de insolvencia procedía a la venta del bloque de todos los bienes a un

¹⁰ ITURBIDE GALINDO ADRIÁN, "Las nuevas garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1° Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p.p 101-123.*

precio ordinariamente bajo, y su producto era insuficiente para el pago de sus acreedores.

Asimismo, la presente garantía ha sufrido cambios a lo largo del tiempo y de los sistemas jurídicos que la han adoptado como una garantía más, existiendo varias modalidades de ésta, que actualmente recae sobre bienes inmuebles y excepcionalmente en bienes muebles.

b.1) Hipoteca civil

La hipoteca al igual que la prenda se regula en forma de contrato y de derecho real, donde se desprende que la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago para el caso de incumplimiento de la obligación.

Este contrato accesorio, depende de la existencia de una obligación principal, para asegurar el pago de un crédito y su preferencia respectiva. Existen dos clases de hipotecas en materia civil: las voluntarias y las necesarias; las primeras se constituyen por voluntad espontánea del deudor, o para cumplir una obligación impuesta por el dueño de los bienes que se hipotecan, y respecto a la segunda, existe cuando se constituye para cumplir una disposición de la ley, lo

cual puede hacerse o por medio de contrato o también mediante una simple declaración unilateral de la voluntad del deudor.

Los bienes sobre los que se constituye la hipoteca deben ser siempre determinados, enajenables e inscribibles, y siempre se extienden a las acciones naturales del bien gravado, a las mejoras hechas por el propietario, a los muebles incorporados por el propietario cuando por ese motivo se convierten en inmuebles y a los nuevos edificios o pisos que el propietario construya sobre el inmueble otorgado con esta garantía.

Asimismo se debe considerar que no son susceptibles de hipotecarse los bienes que no sean determinados, los que no sean enajenables y el usufructo legal concedido a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes.

Sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar y tienen limitación para hipotecar las siguientes personas: los que ejercen la patria potestad y los tutores por lo que respecta a los bienes de sus representados, los representantes de los ausentes, los albaceas y los copropietarios respecto del predio común salvo con el consentimiento de todos los copropietarios.

El acreedor hipotecario tiene los derechos de persecución, de enajenación, de preferencia, de ampliación, mismos que se dan por disposición de la ley, además de los pactados en el contrato.

La hipoteca dura, salvo convenio en contrario, por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice y si ésta no tiene término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Se puede pactar que la hipoteca tenga una duración menor que el plazo de la obligación garantizada, pero no uno mayor.

Debemos considerar que con el fin de que la hipoteca sea oponible a terceros, la hipoteca que garantice una obligación cuyo monto exceda de 365 veces del Salario Mínimo General Diario en el Distrito Federal, debe constar en escritura pública, con el fin de que se inscriba en el Registro Público de la localidad.¹¹

b.2) Hipoteca mercantil

Los acreedores, tienen en principio iguales derechos sobre los bienes muebles e inmuebles de sus deudores. De ahí el que usualmente se señale que los bienes del deudor constituyen la prenda común y tácita de sus acreedores. Pero se hace real la situación de privilegio o preferencia frente a otros, escapando así a la insolvencia de sus deudores, por la preexistencia de una garantía personal o de una real derivada para garantizar su crédito; de suerte que se cuenta con un derecho de preferencia sobre el precio de venta de esos bienes para el pago de la deuda garantizada.

¹¹ ARCE GARGOLLO JAVIER (Coordinador Internacional) y ZUBIRIA MAQUEO EMILIANO (Coordinador en México), "Las Modernas Técnicas Jurídicas en materia de Garantías y la Práctica Notarial", "Leasing", "Trust", "Hipoteca Inmobiliaria", "Reserva de Dominio", *XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín Alemania de Mayo 28 a Junio 3 de 1995, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.*, Editorial Aldina, México 1995 p.p. 55-120.

Cuando se trata de garantías reales el derecho de preferencia no va unido a la persona, y por tanto no corre su suerte. Por tanto, las garantías reales y en especial la hipoteca, han sido preferidas al no implicar el despojo de los bienes al deudor, quien continúa disfrutándolos y en su caso haciéndolos productivos, y no se agota por el hecho de su constitución, ya que sobre el mismo bien puede pesar más de una carga real.

A partir del siglo XVI se estableció la regla de que la prenda era para los bienes muebles y la hipoteca para los inmuebles, y se inició la organización de un sistema que implica la matriculación de ciertos bienes muebles y en consecuencia la publicidad de su inscripción, haciendo posible la existencia de garantías similares a los bienes inmuebles como la hipoteca marítima, hipoteca aeronáutica, etc.

Debemos destacar que la hipoteca mobiliaria había sido suprimida en el antiguo derecho porque la ausencia del derecho de persecución sobre los muebles no parecía conciliable con la idea que se tenía de una garantía seria. Sin embargo, estos impedimentos han desaparecido para ciertos bienes muebles sometidos a un sistema de propiedad que los aproxima al de los inmuebles.

La organización de las hipotecas mobiliarias fue calcada de las hipotecas de los inmuebles. La publicidad está asegurada por registros llevados por las autoridades encargadas del tracto sucesivo de las transferencias de propiedad.

b.3) Hipoteca Industrial

La hipoteca industrial, llamada así por la doctrina a la garantía real que se constituye sobre la unidad económica de las empresas, que comprende todos los bienes muebles e inmuebles afectos a la explotación considerados como una unidad, a excepción de la hipoteca civil, nace como privilegio legal a favor de ciertas personas, como las Instituciones de Crédito, las cuales, por su actividad gozan de excepciones a las reglas generales, para proteger la recuperación de créditos que se otorgan con recursos del público inversionista y que representan el motor crediticio del país.

La empresa constituye el foco creador de muchos de los modernos negocios jurídicos comerciales, por tanto entendamos a la empresa como la unidad económica de producción y distribución de bienes o servicios, por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la misma, (artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo).

La hipoteca industrial involucra dos conceptos importantes en su definición y contenido: a) la hipoteca como derecho real de garantía y b) la universalidad de hecho, analizada en este mismo capítulo anteriormente.

Cabe partir de la definición de la hipoteca industrial como un gravamen real impuesto sobre la unidad, reconocida por la ley, que conforman los distintos elementos organizados de una empresa para lograr su finalidad económica independientemente de su naturaleza, la cual se mantiene en explotación por parte del deudor o de su propietario y que da el derecho al acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de la unidad completa, en el grado de preferencia establecido por la ley. Evidentemente que este caso es una excepción al principio de especialidad de la hipoteca ya que la misma recae sobre bienes que definitivamente llegan a ser indeterminados pero considerados como una unidad, como una universalidad de hecho. También es claro que esta excepción es ordenada por la ley en diversos ordenamientos y por lo mismo válida, como lo establece el artículo 11 del Código Civil Federal.

Diversas disposiciones legales como hemos visto establecen la posibilidad de considerar como un todo, distintos elementos individuales de un patrimonio a fin de otorgarles algunas consecuencias jurídicas como si fueran un solo bien, es decir establecen lo que se llama en la doctrina universalidades de hecho, por lo que las hipotecas industriales, es decir, aquellas que tiene por objeto un conjunto de bienes organizados a un fin económico (empresa), considerados como un todo distinto de las partes que lo componen, a fin de garantizar con ese todo un crédito determinado. Por tanto, este tipo de hipoteca tiene como finalidad concentrar los elementos que componen la empresa y no considerarlos en forma

individual ya que precisamente su organización y funcionamiento es lo que garantiza al acreedor que su crédito será cubierto.¹²

La Ley de Instituciones de Crédito señala que esta garantía puede comprender incluso el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, incluso sin consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario (artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito).

La hipoteca industrial debe constar por escrito, donde se fijen con precisión los bienes que se afecten en garantía, dicho contrato debe ser otorgado por escrito privado firmado por triplicado, ante dos testigos, ratificado ante el Registro Público de la Propiedad e inscrito en el Registro Público de la Propiedad del lugar de la ubicación de los bienes, surtiendo sus efectos contra terceros desde la fecha y horade su inscripción (artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas deben permitir la explotación de los bienes afectos a la hipoteca conforme al destino que les corresponda, así como las modificaciones que sean necesarias a las concesiones que en su caso tenga el garante hipotecario, pero el acreedor puede oponerse a la

¹² BAZÚA WITTE ALBERTO, "La Hipoteca Industrial", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal* 3, 1° Edición, Editorial Porrúa, México 2001. p.p 55-70.

venta o enajenación de los bienes y a la fusión en caso de que se origine con ello peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

Por tanto, es desechada la posibilidad de que dos personas pacten el establecimiento de una hipoteca industrial para la seguridad de un crédito, sin que la misma esté prevista en alguna ley, acudiendo al principio de la autonomía de la voluntad, de que todo lo que no está prohibido está permitido, ya que de acuerdo al artículo 2895 del Código Civil Federal, establece que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, a no ser que estén regulados por alguna ley.

Debemos considerar que en este tipo de hipoteca, la cual es constituida a favor de instituciones de crédito que incluye garantías mobiliarias que pueden sustituirse en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad de consentimiento del acreedor y salvo que entre los bienes gravados se encuentren inmuebles que requieren inscripción el Registro Público de la Propiedad correspondiente, la hipoteca industrial se inscribe en el Registro de Comercio ubicado en la cabecera del Distrito Judicial del Domicilio del comerciante, manifestándose éste nuevamente como un registro de deudores. Por tanto al comprender todos los elementos materiales muebles o inmuebles afectos a la explotación, permite la sustitución de los bienes gravados.

b.4) Hipoteca Marítima

Esta garantía, consiste en un contrato por el cual el propietario de una embarcación marítima o de un artefacto naval construido o en proceso de construcción, constituye un derecho real a favor de su acreedor para ser pagado con el producto de la venta de dichos bienes, con preferencia a cualquier otro acreedor, salvo los privilegios marítimos.

Son objeto de esta hipoteca las embarcaciones, es decir, todas las construcciones destinadas a navegar, cualquiera que sea su clase o dimensión, y los artefactos navales, o sea las construcciones flotantes o fijas que no estando destinadas a navegar, cumplen funciones de complemento o apoyo en el agua a las actividades marítimas, fluviales o lacustres, o de la exploración y explotación de recursos naturales, incluidas las plataformas fijas, con excepción de las instalaciones portuarias (artículo 2° de la Ley de Navegación). Puede extenderse la hipoteca al flete, si así se pacta expresamente, los bienes hipotecados sólo pueden ser gravados con el consentimiento expreso del acreedor hipotecario.

Algunas características de la hipoteca marítima son:

1. Debe constar en documento otorgado ante notario público, corredor público o cualquier otro fedatario público en el país o en el extranjero (artículo 90 de la Ley de Navegación).
2. La hipoteca se extiende a la última anualidad de intereses, salvo pacto en contrario.

3. En casos de pérdida o deterioro grave de la embarcación o artefacto naval, el acreedor hipotecario puede ejercitar sus derechos sobre los derrelictos; esto es, sobre las embarcaciones o artefactos navales que se encuentran en estado de no navegabilidad, sus provisiones y carga, máquinas, anclas, cadenas de pesca abandonadas y los restos de embarcaciones y aeronaves, así como las mercancías tiradas o caídas al mar y, en términos generales, todos los objetos, incluidos de origen antiguo, sobre los cuales el propietario haya perdido la posesión, que sean encontrados ya sea flotando o en el fondo del mar, en las aguas territoriales o en cualquiera de las aguas en que México ejerza soberanía o jurisdicción. (Artículo 129 de la Ley de Navegación). Asimismo, puede ejercitar sus derechos de acuerdo al artículo 92 de la citada ley, en las indemnizaciones debidas por daños materiales ocasionados a la embarcación o artefacto naval, los importes debidos a la embarcación por avería común, indemnizaciones por daños ocasionados en la embarcación o artefacto naval, con motivo de servicios prestados y las indemnizaciones de seguros.

4. La hipoteca debe anotarse en la matrícula de la embarcación.

5. Debe inscribirse en el Registro Marítimo Nacional, al igual que su prelación respecto de otros privilegios para que surta efectos contra terceros (artículos 14 fracción II, y 15 de la Ley de Navegación).

6. En caso de que estén garantizados los privilegios marítimos, puede hacerse constar en el registro y anotar en primer lugar la hipoteca.

7. La acción del acreedor para hacer efectiva la hipoteca prescribe a los tres años de vencido en crédito, de acuerdo al artículo 94 de la Ley de Navegación.

8. El grado de prelación del acreedor hipotecario marítimo, a diferencia del civil, es en sexto lugar. Le anteceden en prelación los siguientes créditos, considerados

privilegios marítimos: sueldos y otras cantidades debidas a la tripulación de la embarcación y las aportaciones de seguridad social pagaderas en su nombre, créditos por indemnizaciones por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas en tierra o agua en relación directa con la explotación de la embarcación; créditos por la recompensa por el salvamento de la embarcación; créditos a cargo de la embarcación, derivados del uso de infraestructura portuaria, señalamiento marítimo, vías navegables y pilotaje, y los créditos derivados de las indemnizaciones por culpa extra-contractual, por razón de la pérdida o del daño material causado por la explotación, distintos de los ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos de los pasajeros transportados a bordo de la embarcación.¹³

b.5) Hipoteca Aeronáutica

La presente modalidad de la hipoteca ha quedado desaguada en el contorno jurídico mexicano, toda vez que rara vez en la práctica se lleva a cabo la hipoteca de alguna aeronave, como consecuencia de su desuso, el legislador derogó los artículos correspondientes a los gravámenes de aeronaves establecidos en la Ley de Vías Generales de Comunicación. La regulación referente a la hipoteca en materia aeronáutica se encontraba inmersa en los artículos 362 al 366 del Capítulo XV de la ley antes citada, mismos que fueron derogados entre otros artículos por la Ley de Aviación Civil publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de Mayo de 1995, en cuyo Artículo Segundo Transitorio deroga las disposiciones ya mencionadas de la Ley de Vías Generales de Comunicación.

¹³ LEÓN TOVAR SOYLA H., Contratos Mercantiles, 1ª Edición, Editorial Oxford, México, 2003.p.p 749-750.

La nueva Ley de Aviación Civil no hace mención expresa sobre a características o requisitos para constituir una hipoteca aeronáutica, a excepción de que aún conserva en su artículo 47 la existencia de un Registro Aeronáutico Mexicano, donde se llevará un registro de las aeronaves, cuyos certificados de matrícula guardan su identificación e historia jurídica de los vehículos denominados aeronaves.

Asimismo, es menester retomar la presente figura jurídica, no como un instrumento comúnmente usado en nuestro país, sino como un gravamen utilizado en el marco internacional y reconocido por la Segunda Asamblea Anual de la OACI celebrada en Ginebra el mes de Junio de 1948, donde se aprobó un proyecto de convenio sobre el reconocimiento internacional de los derechos sobre las aeronave.

Por tanto y sólo como resultado de los cambios sufridos a lo largo del tiempo a la hipoteca, es menester retomar la Ley de Vías Generales de Comunicación antes de las reformas de 1995, para establecer las características de la presente garantía.

Antes, la hipoteca aeronáutica sólo se podía constituir previa autorización de la Secretaría de Comunicaciones hoy Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Analizando brevemente los orígenes de la hipoteca de aeronaves, estos se encuentran estrechamente vinculados a la hipoteca de bienes muebles, ya que no hay que olvidar que lo normal es la hipoteca de

inmuebles, pero de manera excepcional y sólo en materia mercantil es la hipoteca de bienes muebles.

Es importante señalar que en el siglo XIX, la cuestión de las hipotecas sobre muebles sufre importantes modificaciones, en específico en el Derecho Francés, donde a través de la ley del 31 de Mayo de 1924 sobre la navegación aérea se permite la hipoteca de las aeronaves, creándose al mismo tiempo un funcionario que se encargue del registro de las mismas, destacando la interesante opinión del maestro Planiol sobre la fragilidad de la presente garantía en la práctica.

En el derecho mexicano existía como se dijo antes, la regulación de la hipoteca de aeronaves y la prenda de motores, que de acuerdo al artículo 362 de la anterior Ley de Vías Generales de Comunicación establecía:

Artículo 362: Son susceptibles de hipoteca:

I. Las aeronaves,

II. La unidad completa de una empresa de transporte aéreo, en cuyo caso la hipoteca comprenderá las concesiones o permisos respectivos y, salvo estipulación expresa, el equipo de vuelo, las instalaciones de ayuda a la navegación, los motores, hélices, aparatos de radio, instrumentos, equipos, avíos, combustibles, lubricantes y demás bienes muebles o inmuebles destinados a la explotación y considerados en su unidad.

Asimismo, en el artículo 363 de la misma ley, se establecía la posibilidad de ser objeto de prenda los motores, hélices, piezas de repuesto, aparatos de radio, instrumentos y demás equipos.

De lo anterior, se desprende que existía una irregularidad en la aplicación de dicha ley, ya que permitía hipotecar las aeronaves en su totalidad y al mismo tiempo permitía otorgar en prenda los motores, hélices, etc.

Los requisitos formales establecidos anteriormente de la hipoteca aeronáutica, según el artículo 364 serán además de las exigidas por las leyes generales aplicables a la hipoteca:

- a) Una descripción de la aeronave y de los equipos hipotecados,
- b) La mención de la marca de nacionalidad y matrícula,
- c) El nombre del fabricante,
- d) El número de serie,
- e) En su defecto, los datos que de manera indubitable identifiquen la aeronave,
- f) Y en su caso, los demás bienes comprendidos en la hipoteca.

Los grados de privilegio del acreedor hipotecario quedaban inmediatamente después de:

- Los créditos fiscales
- Los créditos derivados del salvamento de la aeronave.
- Los créditos que provengan de las erogaciones extraordinarias indispensables para la conservación de la aeronave.

Los acreedores por los dos últimos conceptos indicados gozaban del derecho de retención; por otra parte, dichos gravámenes debían inscribirse en el Registro Aeronáutico Mexicano de la Secretaría de Comunicaciones, produciendo

el efecto de que los acreedores podrán perseguir las aeronaves a cualquier propietario que pasaren.¹⁴

II.3 OTROS MEDIOS DE GARANTÍA

La globalización que caracteriza al mundo actual, ha obligado a los juristas latinos a revisar ciertas instituciones jurídicas, reguladas en sus países con sistemas de Corriente Romano-germánica, que parecieran rezagadas frente el avance notable que estas mismas instituciones han experimentado en los países con sistemas del *Common Law*.

El intercambio de bienes y servicios entre países de diferentes culturas jurídicas ha venido así, presionando a los legisladores de varios países latinos, entre otros, el nuestro, a encontrar puntos de unión o coincidencia con países sajones, que han devenido en acelerados procesos de cambio que podrían enmarcarse dentro de una tendencia a la americanización de nuestro derecho. La interacción de sistemas jurídicos diversos resulta hoy día inevitable, el conocimiento y análisis de las respuestas que a estos temas ofrece cada uno de ellos, se torna indispensable. Es evidente que la frenética actividad comercial que se efectúa hoy en día a nivel mundial, demandada cada vez más crédito y éste lo encuentra en los distintos medios de garantía tocantes en la actualidad, no hay duda que la legislación mexicana tanto civil como mercantil en esta materia, se había quedado anticuada o cuando menos vuelto insuficiente para responder a las necesidades comerciales y económicas del mundo moderno que demandan un

¹⁴ TOLEDO CABRERA CARLOS EDUARDO, "La Hipoteca Aeronáutica", *Revista Facultad de Derecho*, num. 9 Junio, 1992, Mérida, Yucatán, México, p.p. 33-36

gran dinamismo y flexibilidad. Además es evidente, que a medida que se requiere mayor tiempo para hacer efectivas las garantías por incumplimiento de la obligación principal, los acreedores se ven obligados a aplicar márgenes más elevados en los créditos, para compensar el costo de recuperación de la cartera vencida, generándose lo que se llamó un subsidio cruzado a cargo de los deudores cumplidos y a favor de los morosos.

Si bien, el propósito de revisar el sistema jurídico de las garantías, en especial de las mobiliarias, existía desde hace muchos años, con la celebración del Tratado del Libre Comercio para Norteamérica, el que vino a detonar el interés de diversas organizaciones y autoridades para estudiar y analizar, destacando la actividad del connotado jurista cubano-americano el Doctor Boris Kozolchyk que vino a sacudir el letargo y reanimar el interés mexicano por la profundización del tema, que junto con la Asociación Nacional del Notariado Mexicano han contribuido al estudio y adecuación de la legislación mexicana en el rubro de garantías prendarias.¹⁵

En materia de protección del crédito, existe un avance importante hacia nuevos esquemas de *garantías* disponibles para la tutela del crédito, desde las fórmulas tradicionales hasta las concepciones novedosas de éstas, es decir, el derecho real de prenda sin transmisión de posesión, hipoteca y fideicomiso de garantía.

La estabilidad de la economía, aparejada con el proceso que han sufrido los bancos, ha impulsado a las instituciones bancarias a celebrar con sus

¹⁵ ITURBIDE GALINDO ADRIÁN, "Las nuevas garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1° Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p.p 101- 136.*

clientes relaciones más consistentes y estables, dentro del marco en el que se gestan y desarrollan las diversas operaciones mediante las cuales se presenta la asistencia crediticia.

En México existe una marcada predisposición a conceder créditos sólo a favor de aquellas personas que se encuentran en condiciones de otorgar bienes inmuebles en garantía o el aval de una persona que cuente con dichos bienes; mientras que los acreedores muestran resistencia a tomar garantías sobre bienes muebles por diversas razones, entre las que destacan: una legislación inadecuada, la necesidad por razones legales o de riesgo de que el bien dado se entregue al acreedor, y al hecho de que los procedimientos para la recuperación y ejecución de las garantías—son lentos y costosos. Por ello, las modalidades tradicionales de contratación sucesiva y variada se han tornado antifuncionales y onerosas en relación con la constitución de garantías singulares propiamente dichas, para cada una de las operaciones concertadas.

En el marco de referencia, el régimen legal mexicano sobre garantías, inspirado en teorías surgidas en el siglo XVIII, establecía diversos requisitos para la constitución, el perfeccionamiento y la ejecución de los distintos tipos de garantías, tales como la fianza, el aval, la hipoteca y la prenda tradicionales, en donde existía un anquilosamiento y muy poca creatividad por parte de los legisladores para adecuar el régimen de garantías al cambiante mundo del comercio. Por ello, a partir de 1994, el aludido ordenamiento legal intenta transformarse, buscando resolver la innegable dificultad que resultaba la ejecución de las garantías.¹⁶

¹⁶ QUINTANA ADRIANO ARCELIA, "La Quiebra de la Banca y la Regulación de las Garantías en México", *Revista del Derecho Privado*, num. 4 Enero-Abril 2003, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/leg/leg9.htm

En este orden de ideas, una economía moderna requiere que todos los agentes económicos puedan disponer del crédito para desarrollar actividades comerciales e industriales, sobre todo las pequeñas y medianas empresas. La experiencia en otros países y algunos estudios realizados en América Latina indican que una economía debe promover el uso de garantías sobre bienes muebles para hacer accesible el crédito, aumentar el capital disponible, reducir el costo respectivo, fomentar la inversión, y de esa manera incrementar de forma considerable la producción, el empleo y, consecuentemente el producto interno bruto.

a) Contrato de Seguro

El presente contrato es de gran utilidad práctica, ya que el artículo 2º de la Ley sobre el Contrato de Seguro y 5º de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, establece que únicamente es realizable por las instituciones aseguradoras, ya que constituye una actividad mediante la cual éstas soportan riesgos de manera onerosa. Citando al maestro Vázquez del Mercado, el cual dice: “de no existir un riesgo, no habría razón de un seguro y es el temor presente de que la eventualidad se realice, lo que lleva a contratar un seguro”.

El contrato de seguro corresponde a la materia mercantil de conformidad con el artículo 75 Fracción XVI del Código de Comercio, que reputa como actos de comercio a los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechas por empresas.

Podemos definir al contrato de seguro como aquel por virtud del cual una institución debidamente autorizada por el Gobierno Federal y organizada para

tal efecto se obliga mediante el pago de una cantidad denominada prima, a cubrir un riesgo y en su caso, a resarcir al beneficiario designado en el contrato, del pago de las consecuencias dañosas derivadas de la realización de un evento incierto denominado siniestro en los términos y bajo las condiciones pactadas que se hacen constar en un documento denominado póliza. El presente contrato es típico, consensual, principal, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso, conmutativo, aleatorio y de adhesión.

Es típico porque se encuentra regulado tanto por la Ley sobre el Contrato de Seguro, como por la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Es consensual porque el acuerdo de voluntades se otorga por la exteriorización verbal de la voluntad y la ley no exige la forma escrita.

Es bilateral porque las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos.

Es oneroso porque contiene provechos y gravámenes para ambas partes.

Es conmutativo porque las prestaciones, provechos y gravámenes que derivan del contrato son plenamente conocidas por las partes desde su celebración ya que en la póliza correspondiente se establecen los límites máximos de responsabilidad de la institución, así como los derechos y obligaciones de ambas partes, pero será aleatorio en relación con el eventual acontecimiento incierto (siniestro).

Es de adhesión porque las condiciones del contrato suelen ser establecidas de manera unilateral por la compañía aseguradora y plasmadas en las pólizas que al efecto se expida.

Los elementos personales son el tomador del seguro, que puede ser el propio beneficiario y la empresa aseguradora. Cualquier persona física o moral puede actuar como tomador de un seguro, tanto en nombre y por cuenta propios, en cuyo caso asume también el carácter de asegurado, como en interés de un tercero, que es el asegurado pero que no asume obligación alguna frente al asegurador.

Por regla general el tomador que es quien contrata el seguro, es el titular del interés asegurado, sin embargo es posible que quien realice el contrato, sea diverso del asegurado, y así aparece la distinción entre el contratante, que es quien toma parte en el contrato y el asegurado, que es el titular del interés asegurado.

La obligación principal del tomador será la de pagar el monto de la prima acordada; por su parte la empresa aseguradora tiene la obligación de cubrir el riesgo en los términos acordados y en caso de que ocurra el siniestro, pagar al beneficiario la cantidad correspondiente al daño cubierto.

Así, de conformidad con el artículo 20 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, la empresa aseguradora estará obligada a entregar al contratante del seguro, una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes, la cual debe contener:

- I. Los nombres, domicilios de los contratantes y firma de la empresa aseguradora;
- II. La designación de la cosa o de la persona asegurada;
- III. La naturaleza de los riesgos garantizados;
- IV. El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía;
- V. El monto de la garantía;
- VI. La cuota o prima del seguro;
- VII. Las demás cláusulas que deban figurar en la póliza, de acuerdo con las disposiciones legales, así como las convenidas lícitamente por los contratantes.

Asimismo, la prima es correlativa al riesgo, su equivalente, en sentido de que la empresa fija las primas después de haberse formado un concepto de los riesgos de que responda. Para el maestro Rodríguez y Rodríguez, la prima es la contraprestación que el tomador del seguro debe hacer a cambio de la obligación que contrae al asegurador, que en principio recae sobre el contratante del seguro, con independencia de que el beneficiario, por convenio o por ley, pueda ser otro.

El riesgo es la posibilidad que de que ocurra un acontecimiento dañoso, y que todo seguro debe significar un riesgo para el asegurador por cuanto asume la obligación de resarcir al asegurado, los daños que éste a su vez resienta, por la eventual realización del acontecimiento previsto.

La naturaleza del pago indemnizatorio es la de resarcir el daño y no la de producir ventajas lucrativas al beneficiario.

De conformidad con el artículo 7º de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, las instituciones pueden obrar en los ramos que se señalan:

- I. Vida;
- II. Accidentes y enfermedades, en alguno o algunos de los ramos siguientes:
 - a) Accidentes personales;
 - b) Gastos médicos;
 - c) Salud;
- III. Daños, en alguno o algunos de los ramos siguientes:
 - a) Responsabilidad civil y riesgos profesionales;
 - b) Marítimo y transportes;
 - c) Incendio;
 - d) Agrícola y de animales;
 - e) Automóviles;
 - f) Crédito;
 - g) Diversos;
 - h) Terremoto y otros riesgos catastróficos; y
 - i) Los especiales que declare la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo dispuesto por el artículo 9º de la propia ley.

Además, las autorizaciones podrán otorgarse también para practicar exclusivamente el reaseguro, en alguna o algunas de las operaciones mencionadas en el propio artículo o conforme a lo señalado en el artículo 76-A de la ley antes citada.

Los tipos de contratos referidos en el artículo 7º de la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros antes referidos se conceptualizan en las diversas Fracciones del artículo 8º de la propia ley, y las diferentes especies de los contratos se contienen esencialmente en la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Por último, debemos precisar el concepto de reaseguro y coaseguro, los cuales son ampliamente usados en la práctica y a menudo confundidos, donde el primero se define como una opción a favor de las empresas aseguradoras, para que en caso de tener que cubrir al asegurado el monto de una indemnización, puedan exigir de la misma manera a la reasuguradora, el pago de las cantidades que se hayan debido cubrir al beneficiario del seguro, en este no existe un vínculo jurídico entre el beneficiario del seguro y la reaseguradora, siendo un tipo de respaldo para la empresa aseguradora, como lo señala el maestro Díaz Bravo es un seguro de segundo piso, cuyo fin es el apoyo financiero de los aseguradores. Asimismo el coaseguro es cuando un riesgo es compartido por dos o más empresas, que en su caso cubrirán proporcionalmente la indemnización al beneficiario, el cual se vincula jurídicamente con cada una de ellas para repartir el riesgo del bien asegurado. En el coaseguro el riesgo es dividido entre varios aseguradores, los cuales, en su caso, resarcen parcialmente el daño, en donde tanto el riesgo como el interés son los mismos y las sumas aseguradas por cada aseguradora no sobrepasan el valor asegurado puesto que lo que el asegurado busca, es repartir el riesgo entre varias aseguradoras y por ello celebra un contrato con cada una de ellas.¹⁷

b) Fianza de Empresa

El presente contrato es de enorme utilidad práctica, el cual es realizado por las Instituciones afianzadoras, y constituye una actividad mediante la cual se otorgan garantías de cumplimiento de manera onerosa.

¹⁷ CASTRILLÓN Y LUNA VÍCTOR M., Contratos Mercantiles, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002.p.p 169-203.

La fianza de empresa es un contrato accesorio de índole mercantil en el que el fiador garantiza una obligación del mismo carácter o cuando dicho fiador sea un comerciante y haga de la fianza su ocupación habitual, siendo onerosa dicha actividad, puntualizando el hecho de que el fiador se referirá a una institución de fianzas debidamente autorizada para otorgar dicho contrato y como consecuencia de dicha autorización, la debida solvencia que deberá acreditar para ejercer dicha actividad, precisando dicho concepto en que la fianza de empresa constituye un contrato por el cual una institución de fianzas (fiador) se obliga con un tercero (acreedor) a pagar por el deudor (fiado) si éste no lo hace, a cambio de una contraprestación denominada prima, que se obliga a pagar el tomador o contratante.

El presente contrato es típico, consensual, accesorio, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso, conmutativo, aleatorio, y de adhesión.

Los elementos formales que integran dicho contrato, corresponden a que debe constar por escrito y debe expedirse la póliza de fianza respectiva, adicionando los documentos adicionales de las mismas como la ampliación, disminución o prórroga y documentos de modificación, además de llevar un orden consecutivo. La devolución de la póliza a la institución establece la presunción a su favor de que la obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario, debiéndose presentar a revisión dicho documento cuando se pretenda hacer válida la fianza, por lo menos 30 días antes de su utilización o puesta en operación.

Los elementos reales de este contrato, se conforman por una parte con la póliza que constituye un elemento objetivo o real del contrato, donde constan los derechos y las obligaciones de la institución de fianza y del beneficiario.

La ley federal de Instituciones de Fianzas en el artículo 12 establece la presunción *iuris tantum* de que todas las fianzas que se emitan en papelería oficial de las instituciones de fianzas serán legalmente válidas y las instituciones no podrán objetar la capacidad legal de quien las suscriba.

Los elementos personales son cuatro: el fiador, el contratante, el fiado o deudor, y el beneficiario o acreedor, aun cuando el carácter que contraten puede ser asumido por el propio deudor, o bien el contrato puede celebrarse aún en contra de la voluntad del fiado o deudor, no obstante lo cual aparece como elemento de la fianza en virtud de que es su obligación el objeto de la garantía del fiador.

El fiador es por definición y existencia legal, una de las tantas sociedades anónimas autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público facultada para otorgar garantías personales de fianza en forma onerosa (artículos 3º, 5º y 9º de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), así como los consorcios formados por instituciones de fianzas, quienes realizan profesionalmente actividades complementarias y de apoyo de las que son propias de las fianzas, operación de la que hacen su ocupación ordinaria.

Las instituciones de fianzas como tales tienen por objeto el otorgamiento de fianzas onerosas; es decir, se dedican a realizar operaciones de

fianzas con el público y por ello tienen derecho a recibir una remuneración denominada prima.

De conformidad con el artículo 19 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para que estas instituciones se constituyan en garantes de obligaciones a terceros, deben establecer con ellos la constitución de garantías suficientes que le permitan en caso de verse obligadas a pagar al beneficiario, acreedor de su fiado, recuperar el importe correspondiente. Las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener en los términos de esta Ley, podrán ser:

- a) Prenda, hipoteca o fideicomiso
- b) Obligación solidaria
- c) Contrafianza, o
- d) Afectación en garantía en los términos previstos por esta Ley.

Además, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, mediante reglas de carácter general, podrá autorizar otras garantías de recuperación y determinará las calificaciones y requisitos de las garantías señaladas en el artículo 24 de la ley antes citada. Por otro lado, las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrariado y obligado solidario, antes de haber ellas pagado, para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución, con motivo de su fianzas, en los siguientes casos:

- Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada;

- Cuando la obligación garantizadas se haya hecho exigible aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior;
- Cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;
- Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o a su domicilio;
- Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere el artículo 97 de la Ley de Instituciones de Fianzas, incumpla obligaciones de terceros de mundo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación;
- En los demás casos previstos en la legislación mercantil.

Tal acción podrá ser ejercitada por las instituciones de fianzas, antes del juicio, simultáneamente con la demanda o después de haber hincado el juicio respectivo. Además, las instituciones de fianzas podrán embargar bienes que hubieren sido registrados como lo establece el artículo 31 de la Ley sustantiva, aún cuando dichos bienes hubieren pasado a tercero por cualquier título. Los efectos del embargo se retrotraerán a la fecha del asiento en el Registro Público correspondiente.¹⁸

c)Aval Bancario

La presente garantía nace propiamente de las operaciones permitidas a las instituciones de crédito que integran el Sistema Bancario Mexicano, las cuales son propiamente las Instituciones de Banca Múltiple y las Instituciones de Banca de desarrollo, establecidas en el artículo 2 de la Ley de Instituciones de Crédito.

¹⁸ Oc. Cit. 139-160.

Asimismo, el aval bancario tiene las mismas características del aval convencional en materia cambiaria, a excepción de que como su nombre lo dice éste solamente lo pueden prestar las Instituciones de crédito antes mencionadas.

Por tanto, antes de entrar a un estudio total de esta garantía, mencionaremos que de acuerdo a lo establecido por el artículo 46 Fracción VIII de La Ley de Instituciones de Crédito, establece la posibilidad de que dichas instituciones puedan asumir obligaciones por cuenta de terceros, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito. Dicha garantía está supeditada a una relación jurídica preexistente; donde la Institución de Crédito en su carácter de Acreditante haya concedido un crédito antes del otorgamiento de aval Bancario al obligado cambiario o Acreditado.

Así, dicha garantía encuentra el respaldo de la liquides y solvencia económica que deben tener los Bancos en nuestro país, toda vez que el artículo B de la Ley de Instituciones de Crédito considera de acreditada solvencia a los Integrantes del Sistema Bancario Mexicano, máxime que el artículo 91 de la ley antes citada establece que dichas instituciones responderán directa e ilimitadamente de los actos realizaos por sus funcionarios y empleados en cumplimiento de sus funciones, en este orden de ideas, en el supuesto de que se tuviera que hacer efectiva la presente garantía, la Institución de Crédito en su carácter de aval bancario deberá pagar el importe del título de crédito, en el entendido de no hacerlo, será acreedora a una sanción por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Asimismo, es necesario mencionar que en la práctica, se presenta la posibilidad de que una persona jurídica, como una institución de crédito o una Sociedad Mercantil pueda constituirse como aval de algún sujeto.

Primeramente hay que partir de que los actos que realicen todas las sociedades legalmente constituidas, deben estar circunscritos al objeto social para el que fueron creadas. De lo anterior, es factible que sus administradores no necesitan una facultad expresa para otorgar avales, siempre y cuando sea con el fin de cumplir con el objeto social de la persona jurídica.

El problema fundamental se plantea respecto el objeto social que limita la actividad de sus administradores, donde partiremos de la base de los de tres sistemas para determinar tal limite:

- a) Anglosajón (*ultra vires*): Es el sistema más restrictivo, en el cual la sociedad puede realizar los actos comprendidos en el *Articles of Incorporation*, fuera de estos límites, su autoridad es nula.
- b) Sistema Alemán: Fundado en la teoría realista, concede la máxima amplitud a la persona jurídica, que goza de capacidad jurídica general; sus administradores, pueden obligarla en todos los aspectos y las limitaciones de poder sólo afectan a los administradores en un aspecto interno.
- c) Sistema Latino: es aquel donde el objeto social actúa como límite de la capacidad de los administradores, éstos obligan a la sociedad en todo lo que se refiere al giro de la empresa.

Entonces y de acuerdo con los criterios de nuestros máximos Tribunales, el exceso de facultades sólo puede ser reclamado por los socios y no por terceros; pero además, dicho exceso, conocido en el medio mexicano como

ultra vires, sólo se presenta cuando el administrador se extralimita en relación con el objeto social.¹⁹

Por tanto y como corolario de la anterior mencionaremos que el aval es una garantía cambiaria del pago total o parcial de un título de crédito, su naturaleza jurídica es eminentemente cambiaria, en virtud de que únicamente se contempla en materia de títulos de créditos. Cualquier persona capaz de obligarse mercantilmente puede ser aval, toda vez que genéricamente el título de crédito es un instrumento de pago.

La forma habitual de hacer constar el aval es poniendo la frase “por aval” u otra equivalente, como puede ser “en garantía”, “en aseguramiento”, “en esfuerzo”, etc., sin embargo es conveniente señalar que la sola firma puesta en el título de crédito, cuando no se le pueda atribuir otro significado, se tendrá como aval.

Siguiendo este razonamiento, el aval bancario es una garantía personal que se otorga respecto del importe total o parcial de un título de crédito y consta en el título mismo o en hoja adherida a él, con la simple inserción de la firma de un tercero denominado aval (artículo 109 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), quien es la Institución de Crédito que se obliga a responder por alguno o algunos de los obligados en el título, a quien se le ha otorgado algún crédito en ese mismo acto o con anterioridad, y cuyos efectos o consecuencias son mayores respecto de la fianza, a que el avalista queda obligado solidariamente con el avalado al pago del importe del título. El aval subsiste pese a

¹⁹ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Títulos y Operaciones de Crédito, 3ª Edición, Editorial Oxford, México 2001. p.p 73-78.

la nulidad de la obligación que le dio origen. En el aval basta la firma puesta en el título sin ninguna mención para que se considere como aval. El avalista es deudor autónomo y puede exigírsele la obligación en primer lugar.

La función económica del título circulatorio, como cosa vehículo para la dinámica de movilización de la riqueza, explica inicialmente el papel del aval en este campo. En los títulos cambiarios se destaca el carácter de garante que asume cada uno de los que interviene en su negociación. El aval tiene como fundamental cometido, desde el punto de vista de la realidad económica, permitir la agregación de nuevas garantías, aunque quienes las otorgan no participen de la creación o circulación del título. Podemos entonces definir al aval como el acto unilateral no recepticio de garantía, otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago, por lo que se desprenden las siguientes características:

- a) Es un acto unilateral, por tanto es una promesa unilateral incondicionada, irrevocable, y que obliga por la sola manifestación externa de su existencia jurídica ante cualquier poseedor determinado o determinable
- b) No recepticia, no requiere de aceptación alguna para producir todos sus efectos.
- c) De garantía; nace de un acto espontáneo que no necesariamente interviene en las funciones cambiarias principales, dando un seguro al crédito.
- d) Otorgado por escrito; la forma en que debe otorgarse el aval debe ser necesariamente por escrito y constar en el mismo título de crédito o adherido a él.²⁰

Finalmente, concluiremos que el aval es una declaración unilateral de voluntad de índole cambiario, donde se obliga solidariamente con el avalado,

²⁰ ALEGRIA HECTOR, El Aval, 3ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires 1999, p.p 1-43.

teniendo validez independientemente de la obligación principal del avalado; y cuando se otorga por personas jurídicas, no existe obligación legal de que se faculte expresamente a los administradores para constituirse como avales de la sociedad en la escritura constitutiva, en términos del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, máxime que de la interpretación conjunta de los numerales 3º y 10 de la ley antes citada, se concluye que para realizar el objeto de una sociedad, es necesario considerar que para su cabal cumplimiento se puedan realizar ciertos actos accesorios o conexos para llevar a cabo su ejercicio comercial.²¹

d) Carta de Crédito o Stand By

El contrato de carta de crédito, desarrollado en la práctica bancaria constituye un instrumento sumamente útil para la realización de operaciones bancarias neutras tales como la transferencia de fondos, básicamente las cartas de crédito tienen como función principal permitir a un sujeto cierta seguridad de que dispondrá en una plaza diferente a la suya, de una determinada cantidad de dinero.

El contrato denominado carta de crédito es una misiva dirigida a un sujeto al que se le pide que entregue un determinado valor a su portador: la carta de crédito es, en términos del maestro Dávalos Mejía, una carta de recomendación, que involucra básicamente dos principios:

- a) Se introduce al portador de la carta con el destinatario, identificándolo como el acreedor del derecho que de la misma carta se desprende.

²¹ GÓMEZ GORDOA JOSÉ, Títulos de Crédito, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001. p.p 132-136.

b) Contiene la solicitud que hace el remitente al destinatario de entregar al portador un derecho, una cantidad de dinero en efectivo o un servicio.

Por este motivo, las cartas de crédito deben expedirse a favor de una persona determinada y no son negociables, expresan una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas, pero comprendidas en un máximo cuyo límite se debe señalar con precisión (artículo 311 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

No obstante la clara especialización y aparente campo restringido de la carta de crédito, ha tenido difusión por prestar una indiscutible utilidad comercial, resumiendo su mecánica en:

Se redacta dirigida a un destinatario susceptible de proporcionar un beneficio al portador.

Se entrega a quien será su portador y quien recibirá los beneficios que se derivan de ella.

El destinatario puede acatar o no la solicitud hecha por el remitente, en caso afirmativo entrega al portador el derecho o dinero que expresamente aparezca delimitado en su texto.

Existen dos tipos de cartas de crédito: con provisión y sin ella. En la primera el portador pone a disposición del remitente el dinero que costará el derecho y que el destinatario le proporcionará en otra plaza; en otras palabras, el

portador de la carta pagó por adelantado el derecho que le será proporcionado por el destinatario y, por tanto, tiene exigibilidad sobre ese derecho. Por otro lado, las cartas sin provisión son aquella a cuyo valor el portador debe pagar a su regreso, a quien suscribió la carta, pues gracias a su recomendación el destinatario le proporcionó tal beneficio.

Las características esenciales de este contrato son:

- o Debe expedirse por una cantidad fija o varias cantidades determinadas, pero comprendidas en un máximo cuyo límite debe ser igualmente fijo
- o Los beneficios deben ser expresamente determinados en el texto, si se expide al portador no surte sus efectos.
- o Debe especificar claramente la persona a quien va dirigida, así como la fecha de expedición
- o Se perfecciona en el mismo, sin necesidad de celebrar otro contrato por separado que organice las relaciones entre las partes.

Salvo convenio en contrario, el término de las cartas de crédito es de 6 meses desde la fecha de su expedición. Es decir, es exclusivamente durante el plazo convenido o el plazo legal cuando el portador puede aspirar a recibir la cantidad consignada en la carta. Pasado el término convencional o legal sin que el tomador haya intentado obtener la cantidad consignada, la carta queda cancelada y no se derivan derechos u obligaciones de ninguna especie en favor o en contra de los participantes.

Asimismo la carta de crédito sin provisión, no se otorga garantía por lo que en caso de incumplimiento de pago del tomador de la cantidad recibida, la acción de recuperación debe intentarse por la vía ordinaria o ejecutiva, según sea el

caso, es decir que el adeudo sea susceptible de ser reconocido por el deudor judicialmente o no (artículo 1391, Fracción VII del Código de Comercio.

Las cartas de crédito con provisión pueden darse de dos maneras:

a) Con la entrega en efectivo de la cantidad consignada en la carta que, a su vez, debe recibir del pagador en otra plaza (lo que es una provisión en los propios términos), o bien

b) Cuando el portador dé fianza o asegure de alguna otra manera con garantía convencional, el pago de la cantidad que le exhiba el pagador. En este último caso, si el portador no paga su deuda al dador tiene derecho a ejecutar la garantía que como vimos generalmente es personal.

La utilidad de la carta de crédito como un medio más de garantía deviene generalmente de los bancos, ya que dichos negocios son celebrados en su mayoría por estas instituciones, equiparándose ésta a un financiamiento del banco a su cliente. La forma en que por lo general los bancos instrumentan este tipo de crédito es mediante el depósito a cuenta de cheques, contra línea de crédito, o en de que el portador no tenga chequera ni línea de crédito con él, a través de la apertura de un crédito simple con la indicación de la puesta a disposición de ese dinero en otra plaza distinta.

Por tanto, se desprende que el presente instrumento contribuye a fomentar las operaciones de crédito con una agilidad en el otorgamiento y garantía de las mismas.

Finalmente este contrato típico regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede ser de tracto instantáneo o sucesivo, y deberán expedirse a favor de personas determinadas y no serán negociables,

expresarán una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas, pero comprendidas en un máximo, cuyo límite se señalará precisamente.

Asimismo, el tomador no tendrá derecho alguno contra el dador, sino cuando haya dejado en su poder el importe de la carta de crédito, o sea su acreedor por ese importe, en cuyos casos el dador estará obligado a restituir los daños y perjuicios. Si el tomador hubiere dado fianza o asegurado el importe de la carta, y ésta no fuere pagada, el dador estará obligado al pago de los daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios no excederán de la décima parte del importe de la suma que no hubiere sido pagada, además de los gastos causados por el aseguramiento de la fianza.²²

²² DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2° Edición, Editorial Oxford, México 2003. p.p. 727-731.

CAPÍTULO III

FIDEICOMISO DE GARANTÍA

III.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

III.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ

III.3 CLÁUSULAS QUE PUEDEN CONTENER

III.4 CLÁUSULAS QUE DEBEN CONTENER

III.5 FINES Y SENTIDO PRÁCTICO

III.6 PROBLEMAS DE APLICACIÓN

III.7 EXTINCIÓN

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

A lo largo del presente trabajo, hemos reiterado la riqueza jurídica que contiene el Fideicomiso y los alcances que puede llegar a tener en la práctica. Pero vamos a detallar la situación que rodea a la figura del Fideicomiso de Garantía que tuvo lugar a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial el 23 de mayo del 2000 y 13 de Junio del 2003, a los diversos ordenamientos que regulan esta figura, destacando que en virtud a esas reformas y adiciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se formó una Sección Segunda denominada “Del Fideicomiso de Garantía” compuesta por los artículos 395 al 407 de la citada ley.

Así pues, dicha sección está destinada a la glosa de las disposiciones rectoras del nuevo fideicomiso de garantía.

Por otro lado, es menester de nosotros partir desde los dos aspectos medulares que caracterizaban al fideicomiso del legislador de 1932, consistentes en que la composición original del fideicomiso era un acontecimiento jurídico voluntario, en el que se sumaba un acto unipersonal constitutivo y el segundo aspecto era de naturaleza contractual, en el que se pactaba la ejecución de los fines del fideicomiso, siendo el factor común la conservación del derecho de propiedad por el fideicomitente de los bienes.

Tradicionalmente, el fideicomiso se puede constituir por un acto entre vivos o por testamento, en virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado o determinable, encomendado a una institución financiera para la realización de un fin.

En virtud de este tipo de fideicomisos, el deudor (deudor-fideicomitente) o un tercero (garante-fideicomitente) afecta ciertos bienes en fideicomiso con el fin de asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, facultando a la fiduciaria a enajenar en los términos y condiciones previstos en el contrato, los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado y con el producto de la venta pagar al acreedor (acreedor-fideicomisario) la obligación objeto de la garantía o en caso de cumplimiento, la fiduciaria extinguirá el mismo.¹

La finalidad principal es asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo del propio fideicomitente o de un tercero y a favor del acreedor fideicomisario; se puede constituir mediante la afectación por parte del fideicomitente al fiduciario, de cualquier clase de bienes o derechos de su original propiedad o titularidad respectivamente; el fiduciario en caso de incumplimiento, realizará la venta o remate de los bienes y con su producto paga al acreedor, en caso de cumplimiento, se revierten los bienes al fideicomitente. Por lo general, el deudor o fideicomitente conserva la posesión, el uso y hasta el disfrute de los bienes; sobre todo de inmuebles, independientemente de que se transmita la titularidad de los derechos de propiedad al fiduciario, para fines de garantía.

Los conceptos de titularidad de la propiedad y transmisión del derecho de propiedad cobran sentido en el fideicomiso de garantía, ya que actualmente este tipo de operación fiduciaria tiene mucha aceptación por la seguridad que proporciona al acreedor en la recuperación de créditos, ya que por virtud de la naturaleza jurídica del fideicomiso, los bienes afectos salen del

¹ ARCE GARGOLLO JAVIER, "Fiducia y Trust", *Revista de Derecho Notarial, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO*, A.C., Tomo II, Año XLIII, Número 117, Noviembre del 2002. México, Distrito Federal. p.p. 231-236.

patrimonio del fideicomitente y pasan en propiedad fiduciaria lo que facilita su ejecución en el caso de incumplimiento.²

Por lo que se refiere en concreto, al fideicomiso que la ley califica ahora como de garantía, debido a las reformas recientes, donde se introdujo la idea de transmisión de propiedad de los bienes fideicomitados al fiduciario, es de considerar la característica fundamental del mismo, la cual es una figura reglamentada para garantizar a un acreedor-fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago y finalmente, como consecuencia de la necesaria transmisión de la propiedad del fideicomitente-deudor al fiduciario, donde se establece como obligatoria la designación de la institución fiduciaria desde el momento de la constitución del mismo.

En México, esta figura como ya se dijo antes, se encuentra regulada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como un contrato mercantil, en virtud de que pueden fungir como fiduciarios de los fideicomisos de garantía, las instituciones de crédito, de seguros, de fianzas, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito; sin embargo, se considera que nadie puede afectar en fideicomiso un bien, sino exclusivamente el dueño del mismo, a fin de garantizar un crédito; por tanto, basta la simple declaración unilateral de voluntad que estipule los términos en que queda afectado ese bien, manifestando las partes su voluntad, al convenir y pactar en un acto jurídico generador de múltiples relaciones.

² ROALANDINI JESÚS, -El Fideicomiso Mexicano, Retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio 1° Edición, Editado por Bancomer, S. A., Institución de Banca Múltiple, México 1998. p.p. 68-71.

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

La ley concede a la institución fiduciaria todos los derechos y acciones que requiera para el cumplimiento del fideicomiso, por lo que tiene todos y cada uno de los derechos del propietario, es decir, administrar, arrendar, hipotecar e inclusive llega a vender la cosa cuando sea necesario con el fin de llegar a cumplir con el fideicomiso.

Por tanto, la institución fiduciaria puede realizar los actos de dominio que le permitan alcanzar los fines del fideicomiso, puede ostentarse y actuar frente a terceros como propietario del bien o los bienes fideicomitidos, e incluso defender dicho patrimonio; sin embargo, esta propiedad es también limitada, puesto que el propietario se encuentra restringido o sujeto como tal, a fin de apegarse exclusivamente a los fines del fideicomiso.

En la legislación mexicana, el fiduciario tiene una propiedad, la cual no tiene los elementos característicos de la propiedad tradicional, sino más bien, se considera una propiedad temporal, dominical o limitada, restringida a los fines para los cuales se haya creado el fideicomiso. Además, el fideicomiso constituido en fraude de acreedores podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados, otorgándoseles el ejercicio de la acción Pauliana.

En efecto, la afectación de bienes que se destinan en fideicomiso puede ser impugnada por aquellos a quienes eventualmente dicha afectación pudiera causar perjuicios, por ejemplo, el caso de la masa de acreedores del comerciante deudor, a quienes la disminución del patrimonio del concursado pudiera representar una pérdida. Así la Ley de Concursos Mercantiles, establece distintas hipótesis de actos llevados a cabo por el deudor común y que pudieran ocasionar perjuicios a sus acreedores.

Actualmente, en México el Fideicomiso de Garantía permite a los deudores otorgar en garantía bienes muebles e inmuebles; por ello, una característica específica de este tipo de fideicomisos, se traduce en la posibilidad de constituir un nuevo fideicomiso para garantizar obligaciones simultáneas o sucesivas, ya sean presentes o futuras, simples o modales, contractuales o extracontractuales del deudor, lo cual representa una ventaja significativa para éste, en virtud de que no es necesario constituir un fideicomiso para cada acreedor que, en un momento dado, pudiese tener el deudor. Además el incluir el patrimonio fideicomitado dentro de la masa concursal, se realiza con el fin de evitar el fraude de acreedores y proteger los intereses de éstos, evitando que el deudor afecte su patrimonio para disminuir sus activos. De esta forma la masa fideicomitada sale del patrimonio del fideicomitente y no se integra al de las partes que intervienen en él, es decir, se constituye un patrimonio separado y autónomo de los contratantes.

En efecto, el fideicomiso en garantía puede tener uno o más acreedores como beneficiarios; los cuales podrán gozar de la garantía en forma conjunta, alternada, consecutiva o sucesiva, o funcionar rotativamente; los créditos garantizados podrán ser previos a la celebración del mismo, simultáneos o

posteriores, y la garantía ofrecida y prestada podrá o no dar preferencia al pago del crédito de algún beneficiario, siempre sin perjuicio de los derechos de los acreedores garantizados en primer término, quienes a su vez podrán ceder su prioridad a otros beneficiarios.³

III.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración, estos elementos concurrentes en la formación de un negocio jurídico, deben reunir, a su vez, determinados requisitos.

En esas condiciones, a reserva de analizar su contenido, cabe considerar con el carácter de esenciales del negocio jurídico los siguientes:

- Manifestación de voluntad;
- Objeto y
- * Solemnidad.

Los dos primeros son comunes a todos los negocios, a excepción de la última en donde sólo se impone cuando la ley así lo exija. Por otra parte, la manifestación de la voluntad y el objeto son elementos esenciales materiales o de fondo, mientras que la solemnidad es un elemento esencial formal o de forma.

³ QUINTANA ADRIANO ARCELIA, "La Quiebra de la Banca y la Regulación de las Garantías en México", *Revista del Derecho Privado*, num. 4 Enero-Abril 2003, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/leg/leg9.htm

a) Manifestación de la voluntad

Es aquella declaración externa del sujeto coincidente con la voluntad de realizar fines o efectos jurídicos, en otras palabras es un complejo integrado por una declaración concordante con la voluntad interna, como lo describe el maestro Pugliatti: “el acto interno del querer”.

La manifestación de la voluntad puede tener lugar tanto expresa como tácitamente; es expresa, cuando su realización es mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes y tácita cuando aunque no se manifieste por una declaración formal, resultare, sin embargo de los hechos, los cuales de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito.

Uno de los aspectos discutidos en la estructura del fideicomiso hasta el 2003, fue el relativo a determinar si se trató de un negocio jurídico unilateral, porque quedaba constituido por la simple manifestación de la voluntad del fideicomitente, o bien, si por el contrario, era plurilateral, al requerir la presencia de dos manifestaciones volitivas.

De acuerdo al Maestro Domínguez Martínez, la constitución del fideicomiso hasta antes del 2003, implicaba un acto unilateral y el acuerdo de voluntades requerido para esa figura, se verifica en su ejecución.

Ciertamente, el acto unilateral por el que el fideicomitente destinó ciertos bienes a un fin lícito determinado, y otro, distinto, el contrato mediante el

cual aquél encomendó la realización de ese fin a la fiduciaria, la que aceptó ejecutar todos los actos tendientes a su logro.

Con las reformas del 2003, tuvo una actualización de los elementos constitutivos del fideicomiso, con un matiz de contractualidad, si bien, en ninguna de las modificaciones hechas se establece el fideicomiso como un contrato, existen varias disposiciones aplicables que fueron modificadas y que hacen prevalecer una naturaleza contractual de dicha figura, siendo la más trascendental en la que ahora dispone que para la validez del fideicomiso se requiere la aceptación del encargo por parte de la fiduciaria, siendo contrastante anteriormente donde se podía constituir sin designar nominalmente a la Institución Fiduciaria.

Ahora bien, el consentimiento en el fideicomiso de garantía se conforma por la voluntad del fideicomitente (deudor de la obligación a garantizar) y la del fiduciario (quien se convertirá en el propietario de los bienes fideicomitidos) en el propósito de crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de derecho a favor del beneficiario (acreedor de la obligación).⁴

b) Objeto

Como todo negocio jurídico que tiene la voluntad de celebrarse, debe ser con la intención de realizar un objeto, el cual propicia el nacimiento de efectos jurídicos, consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de

⁴ ROALANDINI JESÚS, -El Fideicomiso Mexicano, Retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio 1° Edición, Editado por Bancomer, S. A., Institución de Banca Múltiple, México 1998. p.p. 104-106.

relaciones y estados jurídicos. Es menester considerar la dualidad existente en este objeto, dividiendo su estudio en directos e indirectos.

Los objetos directos en los negocios jurídicos son el nacimiento de consecuencias jurídicas, o sea, la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas, mientras que el indirecto es la prestación a cargo del obligado, que puede ser positiva, de dar o hacer, o su abstención.

Ahora bien, ambos objetos deben reunir ciertas características; el primero habrá de ser jurídicamente posible y en el segundo dicha posibilidad no se limita a ser jurídica, sino también deberá ser física.

Dicha posibilidad jurídica implica que los efectos nacidos sean reconocidos por el derecho, al no existir una norma jurídica que sea un obstáculo; en cuanto la posibilidad física deviene de la naturaleza, de los fenómenos físicos sujetos a esta realidad, donde a su vez se encuentra la posibilidad jurídica condicionada a que el mismo sea determinado o determinable en cuanto a su especie y que se encuentre en el Comercio.

Como resultado a las reformas realizadas en el 2003 se suprimió la posibilidad de constituirse el fideicomiso sin que se designe a la institución fiduciaria, situación que cambio el acto unilateral como acto constitutivo, a la aceptación del cargo por la fiduciaria, como momento en cual nacen las consecuencias jurídicas del fideicomiso.

Los derechos y obligaciones que integran el objeto directo del fideicomiso, se encuentran distribuidos entre los tres status que corresponden a los diversos sujetos que participan en la dinámica de la figura.⁵

III.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ

Como se analizó anteriormente, para que el negocio jurídico tenga vida es necesario la coincidencia de ciertos elementos. Pero, para que éstos tengan plena eficacia y puedan surtir sus efectos sin que puedan ser anulados, en otras palabras validez, deben cumplir ciertos requisitos de validez, como son:

- La Licitud en el Objeto, Fin, Motivo o Condición del Negocio;
- La Capacidad de Ejercicio;
- La Ausencia de Vicios de la Voluntad;
- La Forma.

a) La Licitud en el Objeto, Fin, Motivo o Condición del negocio

El presente requisito consiste en que el negocio que se celebre debe estar en concordancia a las leyes de orden público y a las buenas costumbres (artículo 1830 del Código Civil).

Se llama lícito al acto o a la conducta que concuerda con la norma jurídica prescribe como debido, debiendo coincidir la conducta con la norma establecida.

Por tanto, como apunta el Maestro García Maynez, la licitud debe ser una cualidad en la calidad de conducta, siendo su ilicitud una omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos.

⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, El Fideicomiso, 10° Edición, Editorial Porrúa, México 2004. p.p. 53-61.

El objeto, motivo o condición del negocio debe ser calificado particularmente en cada acto constitutivo de un fideicomiso, siendo la Autoridad Judicial la única capaz de calificar e interpretar las concepciones del orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad.

b) Capacidad de Ejercicio

La capacidad jurídica se entiende como la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, donde dicha acepción tiene dos vertientes:

La Capacidad de Goce es la aptitud del sujeto de ser titular de obligaciones y derechos, dicha capacidad es atribuida por los imperativos legales y que acompaña al ser humano a partir de su concepción hasta su muerte.

La Capacidad de Ejercicio es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica, se adquiere a la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde al carecer de plenas facultades mentales, lo que tiene que ser declarado por el Juez competente. Así mismo, dicha aptitud jurídica supone dos especies a saber:

- a) *La capacidad sustancial* consistente a la aptitud de obligarse, celebrar negocios y actos jurídicos, cumplir personalmente sus obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, entre otras.

b) *La capacidad de obrar procesal o formal* que se refiere a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representantes legales.

La incapacidad puede ser natural o legal, en términos del artículo 450 del Código Civil, siendo la primera un estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, donde no pueda gobernarse el individuo o manifestar su voluntad, por sí o por algún medio que la supla, y la segunda deviene por no haber adquirido la mayoría de edad.

Las personas físicas adquieren su capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte y las personas jurídicas, adquieren dicha capacidad de goce al momento de su constitución y su capacidad de ejercicio queda limitada a su objeto social, el cual se realizará a través de los órganos que la representan.

En el fideicomiso de garantía, el fideicomitente y fideicomisario puede ser una persona física o jurídica, quien recibe los beneficios del mismo, quien debe tener capacidad de goce, en cambio el fiduciario, sólo puede ser una persona jurídica autorizada por la ley en términos de los artículos 385 y 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

c) Forma

La forma debe entenderse como el medio por el cual una persona manifiesta su voluntad con el fin de mostrar su realidad al mundo exterior, pudiendo ser en forma oral, escrita, tácita, etc.; siendo distinta a la formalidad la

cual es la función del medio por el cual el acto o negocio jurídico se ostenta para hacer patente su participación activa en el universo jurídico y que implica la satisfacción de ciertos requisitos establecidos en ley para ser considerada válida y eficaz.⁶

La clasificación de ciertos actos de acuerdo a su forma que reviste es la siguiente:

Consensuales: son aquellos cuya validez no requiere formalidad alguna, por tanto, la manifestación de la voluntad puede ser verbalmente, por escrito o actos que hagan presumirla.

Formales: son aquellos actos en donde es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez, por tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito (en documento público o privado).

Solemnes: son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ente funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia a su inobservancia.

Así pues, el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito debe constar por escrito.

También de conformidad con el artículo 2320 del Código Civil Federal, en concordancia con el antes mencionado 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito , si el bien fideicomitado es inmueble, deberá llevarse a cabo en escritura cuando el valor de avalúo de los bienes sobre los que sus efectos

⁶ Ob. Cit. p.p. 618-624.

recaen, exceda de trescientas sesenta y cinco veces el Salario Mínimo General Diario vigente en el Distrito Federal, y ser inscrito el acto, en todo caso, en el Registro Público de la Propiedad, como lo establece el artículo 388 de la ley adjetiva.

d) Ausencia de Vicios en la voluntad

Es de explorado derecho que la voluntad de las partes es la norma suprema en los contratos, siempre que no contravenga a la ley.

Por otra parte, el Diccionario de la Real Academia Española define al vicio (del lat. *Vitium*) como: Falta de rectitud o defecto moral en las acciones, hábito de obrar mal; dicho efecto que produce o induce al error, el cual evita que tenga una naturaleza real y lícita la formación del negocio jurídico.

Por error, debemos entender como una noción falsa sobre la realidad, el cual puede ser propiciado por el dolo y la mala fé.

Existe una variedad de errores que pueden victimar la voluntad de quien intervenga en la realización de un negocio jurídico, teniendo la siguiente clasificación:

- I. Error hecho: es el que recae sobre la naturaleza del negocio celebrado, teniendo las siguientes gradaciones:
 - a) Error obstáculo (*obstativo*): es una divergencia inconsciente entre la voluntad y su declaración, existiendo dos subcategorías:
 - a.1) Error sobre la naturaleza del acto que se debe ejecutar.
 - a.2) Error sobre la identidad de la cosa objeto del acto.
 - b) Error nulidad (*vicio*): es aquel que destruye la voluntad por existir discrepancia entre la misma y su declaración.

- c) Error indiferente: es aquel que no afecta la validez del negocio debido a que tiene repercusiones secundarias.
- II. Error de Derecho: es el falso conocimiento de la ley que determinó una formación errónea de la voluntad.
- III. Error de Cálculo: es el producido por un resultado distinto en las ventajas derivadas de la celebración de un negocio.
- IV. Error de Cuenta: es el equívoco matemático cometido cuando se efectúa uno de estos actos jurídicos.⁷

Asimismo, debemos entender por dolo como cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir al error, o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fé, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido, diferenciándose el uno del otro, en virtud de que el primero el sujeto guarda una conducta activa y en el segundo es una conducta pasiva.

La violencia en sus dos aspectos: a) física y b) psicológica es el medio por el cual se busca viciar una voluntad ajena, siendo su objetivo el provocar miedo o temor; así el miedo es el vicio de la voluntad cuya provocación está a cargo de la violencia, según consista en vías de hecho o amenazas.

Asimismo, la lesión ha sido considerada por algunos autores como vicio de la voluntad, pero para efectos del presente trabajo y en observancia al artículo 385 del Código de Comercio, la lesión no es una causa de rescisión del contrato celebrado, máxime que la desproporción exagerada en las prestaciones recíprocas de un negocio conmutativo como lo establece el artículo 17 del Código Civil, no encuentran lugar en las relaciones comerciales, en virtud de que los sujetos participantes se presumen peritos de dicha materia.

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Derecho Civil (Parte General Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez), 8° Edición, Editorial Porrúa, México 2000.

Finalmente, para efectos del presente elemento de validez, el cual contempla la formación de una voluntad libre y conciente.

III.3 CLÁUSULAS QUE DEBENCONTENER

Las cláusulas constituyen el elemento medular de cualquier convenio *lato sensu*, porque en él se concreta su objeto, se especifica lo deseado por las partes, se establece la finalidad económica del contrato y se satisfacen las necesidades jurídicas de los contratantes. En él se determina la expresión del consentimiento que recae sobre el objeto de cualquier contrato.

La redacción de las cláusulas contiene dos aspectos: a) el gramatical y el jurídico. Por tanto el clausulado contiene la voluntad de quien otorga, que expresa una voluntad de forma imperativa para cumplir un hecho futuro.

Para poder adentrarnos a un estudio de la clasificación de éstas, es menester tomar en cuenta lo establecido por el artículo 1839 del Código Civil Federal, el cual establece lo que en la doctrina se llama libertad contractual, la cual establece la posibilidad de insertar en los contratos u convenios cláusulas y condiciones que las partes libremente convengan, siempre y cuando obedezcan a las excepciones expresamente marcadas por la ley.

La doctrina distingue tres clases de cláusulas distintas:

- a) *Cláusulas Esenciales*: son aquellas que la ley considera puestas aunque no se expresen, además tienen el carácter de irrenunciables y su omisión acarrea la imposibilidad jurídica del nacimiento del contrato.
- b) *Cláusulas Naturales*: son aquellas que la ley considera implícitas en los contratos derivadas de la normatividad que supletoriamente son aplicables al contrato porque dependen de su tipo o naturaleza. Son cláusulas supletorias que se pueden renunciar o cambiar siempre y cuando la renuncia se haga en términos claros, precisos y no vaya en contra de las leyes de orden público y de las buenas costumbres.
- c) *Cláusulas Accidentales*: son aquellas que pueden o no estar en el contrato, en virtud de que con ellas se particulariza el acto jurídico a celebrar, donde la mayoría de las veces derogan a una cláusula natural, en virtud de que la voluntad de las partes construye una estructura jurídica sustentada en los lineamientos jurídicos, y la libertad contractual actúa como la norma máxima de los contratos para establecer términos, condiciones, obligaciones accesorias, entre otras cosas.
- d) *Cláusulas de Estilo*: estas cláusulas son particularmente de uso y tradición notarial, las cuales no son indispensables para la formulación del contrato, por su similitud a las cláusulas naturales, máxime que se redactan en forma especificativa y reiterativa, donde se asientan en forma clara los términos de la voluntad de los contratantes.

En la realización del documento donde conste el contrato, en este caso del fideicomiso de garantía hay que indicar lo siguiente y que se expresa a modo esquemático:

- a) Antecedentes o Declaraciones;
- b) Identidad de las partes;
- c) Revocabilidad o Irrevocabilidad;
- d) Aceptación;
- e) Honorarios;
- f) Reglas especiales para la venta de los bienes fideicomitidos;
- g) Información y rendición de cuentas;
- h) Jurisdicción y competencia;

i) Término y condición

El clausulado del Fideicomiso de garantía, por lo general, contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; su constitución, duración y fines del mismo, fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa respecto los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya sea porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, etc.⁸

Asimismo y en estricta observancia al artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las partes deberán convenir en la constitución del fideicomiso las siguientes cuestiones:

- a) Los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos;
- b) Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario, por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos;
- c) La persona o personas a las que el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que el fiduciario deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;

⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO BERNARDO, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México 2000. p.p. 257-265.

- d) La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;
- e) La forma de valorar los bienes fideicomitados, y el parámetro de referencia o índice de valores referenciales para determinar la extensión de la pérdida o grado de deterioro de los bienes
- f) Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen su valor.
- g) La garantía se debe constituir en la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración.

Cabe destacar, que en caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base al artículo antes citado, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

III.4 CLÁUSULAS QUE PUEDEN CONTENER

Con el fin de hacer más funcional el cumplimiento del fideicomiso de garantía que se llegue a otorgar, las partes pueden pactar una serie de cláusulas accidentales, donde vengan inmersas ciertas condiciones o cargas que particularizan cada instrumento al caso concreto por el que fue creado, buscando y previendo un dinamismo real para su desarrollo y actividad.

Así, entre algunas situaciones que pueden pactar las partes en este fideicomiso, mencionamos algunas de manera enunciativa y no limitativa, debido a su naturaleza accidental de estos pactos, la cual ya ha sido explicada anteriormente:

- a) Las reglas para inspeccionar los bienes fideicomitidos, así como la reducción del valor del mercado de los bienes fideicomitidos (cláusula de buena inversión). (artículos 399 Fracción VI y 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- b) Debe preverse una cláusula de reversión para el caso de cumplimiento por parte del fideicomitente y deudor. (artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- c) En términos del artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en el fideicomiso, así como los plazos para llevar a cabo los actos señalados en el numeral antes mencionado. Cabe señalar, que dichas cláusulas deben incluirse en una sección especial del fideicomiso, contando con una firma del fideicomitente, que será adicional a aquélla con que haya suscrito dicho fideicomiso.

La inobservancia del artículo antes citado, obliga a las partes a estar a lo establecido expresamente en los Procedimientos de ejecución previstos en el Código de Comercio sobre dicha materia.

- d) Existe la posibilidad de pactar una pena convencional en caso de que alguna parte no cumpla con lo convenido en el fideicomiso de garantía. (artículo 1840 del Código Civil Federal).
- e) Asimismo y sólo como índole procesal, puede prorrogarse la jurisdicción territorial y someter a las partes expresamente a la competencia de determinado Tribunal de Justicia, en atención a lo establecido por los artículos 1092 y 1093 del Código de Comercio, con la restricción de que sea de manera alternativa el domicilio de algunas de las partes, el lugar para el cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas y/o de la ubicación de la cosa.
- f) Se estima necesario proteger la garantía de transmisiones no autorizadas, sustracción de componentes, desgaste fuera del uso normal o cualquier otra razón que disminuye intencionalmente el valor de los valores afectos a la garantía, cobrando aplicación lo establecido el artículo 406 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece una sanción penal y multa que va creciendo de acuerdo con el monto de la garantía.
- g) La distribución del producto del remate, en caso del incumplimiento de la obligación garantizada y del subsiguiente procedimiento de ejecución.(artículo 1414 Bis-17 del Código de Comercio).⁹

III.5 FINES Y SENTIDO PRÁCTICO

El fideicomiso de garantía ha venido a sustituir con ventaja a la prenda y la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. Como ventajas de la garantía fiduciaria sobre otro tipo de garantías podemos expresar las siguientes:

- I. Es una garantía de ágil realización.
- II. La simplificación de los actos para su celebración y funcionamiento en su constitución.
- III. Es segura, ya que los bienes fideicomitados no pueden ser embargados por otros acreedores.

⁹ ITURBIDE GALINDO ADRIÁN, "Las nuevas garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p.p 101- 136*

- IV. Existe una transmisión de propiedad a la fiduciaria, lo cual facilita el manejo y cumplimiento de los fines para los cuales fue creado el fideicomiso.
- V. El bien mueble o inmueble sale del patrimonio del fideicomitente (deudor) para constituir un patrimonio autónomo destinado exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que contrajo el propio fideicomitente o un tercero con el fideicomisario en primer lugar.
- VI. La misma garantía puede utilizarse en varios créditos sucesivos.
- VII. La Ejecución se realiza directamente por la fiduciaria sin requerir la intervención de la autoridad judicial y los plazos de ambos procedimientos, extrajudicial y judicial contemplan plazos breves considerándose ágiles y expeditos en la práctica.
- VIII. Los derechos o acciones que ostenten los terceros frente al fideicomitente no pueden ejercerlos sobre el patrimonio fideicomitado, ya que jurídicamente no son propiedad de éste. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que tiene el fideicomitente cuando constituye el fideicomiso para garantizar un acto simulado de crédito con ánimo de evitar el pago a legítimos acreedores.
- IX. Hay una identificación exacta hoy en día del marco jurídico que regulan al contrato de fideicomiso, reputándolo de naturaleza mercantil.

Por tanto, este instrumento permite a los deudores otorgar simplificar sus deudas al constituir dicho negocio afectando determinados bienes dentro de su patrimonio para garantizar obligaciones sucesivas.

III.6 PROBLEMAS DE APLICACIÓN

Ahora bien, para poder plantear la interrogante sobre la falta de uso de la presente figura, es pertinente comentar las opiniones aisladas de los maestros Batiza y Cervantes Ahumada, la cual afirma que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales, por lo que si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, éste se limita a

comprobar una simple situación de hecho, la cual es la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario, y en caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente.

Por otro lado, apunta el maestro Dávalos Mejía¹⁰ que uno de los fideicomisos que más han motivado la intervención judicial ha sido precisamente el de garantía, bajo estas tres razones:

- Por que el litigante pretende desvirtuar el fideicomiso haciendo consistir su pretensión en que la garantía “no es un fin determinado o lícito.”
- Por que el litigante pretende desvirtuar la naturaleza de transmisión real del fideicomiso, haciéndola consistir en que el fideicomiso, siendo de garantía, por definición no puede transmitir la propiedad al fiduciario sino sólo la posesión temporal afecta a garantizar.
- Por que el litigante argumenta que la fiduciaria se excede de sus facultades al actuar en la ejecución como un órgano judicial, siendo que no lo es.

Asimismo, en la dinámica de ejecución pueden darse los siguientes supuestos:

- La negativa del fideicomitente o del poseedor de los bienes fideicomitados para recibir la notificación mediante la cual se da aviso del inicio del procedimiento de ejecución, ya que en caso de que el fideicomitente no sea notificado, exista la posibilidad de que sobrevenga una nulidad. Dicha notificación puede practicarse por Notario o Corredor Público.
- El impedimento por parte del fideicomitente o por parte del poseedor de los bienes fideicomitados, para realizar el avalúo mediante el cual se determina el valor de los bienes para efectos de ejecutar la garantía.
- La negativa de entregar el bien afectado en el fideicomiso, una vez que se ha adjudicado.

¹⁰ DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2ª Edición, Editorial Oxford, México 2003. p.p 849-900.

- La confusión y discusión existente en el foro en base a la inconstitucionalidad de la actuación del fiduciario en la ejecución del fideicomiso. Situación que ha quedado superada en virtud al siguiente razonamiento, La institución Fiduciaria no actúa con facultad de potestad o imperio, por tanto no tiene el carácter de autoridad, ni mucho menos pretende fungir como tal, toda vez que únicamente su actuación se centra al cumplimiento y realización de los fines para los cuales fue creado el fideicomiso.

Así esta confusión ha generado su aplicación a manera de defensa, haciendo valer la supuesta inconstitucionalidad antes mencionada.

También, es muy recurrida la práctica de demandar la nulidad de la operación por la que se otorgó el crédito garantizado, y como consecuencia la invalidez del contrato de fideicomiso, resultando a mediano plazo un obstáculo en el procedimiento y por consiguiente un retraso en la impartición de justicia, situación que se pretende superar con las recientes reformas que habilitan la utilización de dicho negocio jurídico.¹¹

a) El Sistema Bancario Mexicano

El sistema bancario mexicano es el resultado de una larga experiencia a través de la cual se fueron estructurando diversas organizaciones que se ajustaron a las necesidades cambiantes de cada una de las etapas sociales que vivimos a través de nuestra historia.

En las últimas décadas el sistema financiero mexicano ha enfrentado tres cambios importantes:

¹¹ CÁRDENAS VILLAREAL HÉCTOR M., "El Derecho de Propiedad en los Bienes Fideicomitados y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2° Edición, Editorial McGraw-Hill, México 2001.* p.p 217-240.

- La transición de la banca pública a la privada; lo que significó cambios de administración y, por consiguiente, de enfoques, políticas y hasta de personas; además debieron absorberse los precios pagados;
- La transformación de un sistema regulado en forma tradicional a otro liberalizado y con creciente competencia;
- El cambio de un sistema nacional cerrado en cuanto a bancos y empresas a uno abierto a la competencia de productos y servicios financieros.

En la búsqueda de un sistema financiero más competitivo, México emprendió una transformación basada en la desregulación de los mercados financieros; la modernización del marco legal del propio sistema, la desincorporación de la banca comercial, la apertura del sistema mediante la autorización de nuevos intermediarios nacionales y extranjeros, así como el mejoramiento de la regulación prudencial y de la supervisión. Además, el país cuenta con la autonomía del Banco de México, el cual representa una pieza muy importante en la orientación del sistema financiero mexicano, respaldado con un fondo de protección y seguro bancario, cuyos elevados volúmenes de ahorro provienen del período de la nacionalización que se incrementan por la prima de riesgo aportada por la banca.

Así, el sistema financiero mexicano se organiza a través de la Rectoría Financiera del Estado que distingue dos grandes campos, el de las autoridades que se encuentra integrado con las actividades que desarrolla el gobierno federal, por mandato constitucional, y el de las instituciones financieras.

Las autoridades en el actual Sistema Financiero Mexicano son: la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), Banco de México (BM), Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB).

Las entidades financieras tienen como función transferir los recursos financieros de las entidades o personas a los sujetos demandantes del crédito y están integradas de conformidad con el artículo 3o. de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (LCNBV) por las siguientes figuras:

- Sociedades Controladoras de Grupos Financieros;
- Instituciones de Crédito;
- Casas de Bolsa;
- Especialistas Bursátiles;
- Bolsas de Valores;
- Sociedades de Inversión;
- Sociedades Operadoras de Sociedades de Inversión;
- Sociedades Distribuidoras de Acciones de Sociedades de Inversión;
- Almacenes Generales de Depósito;
- Uniones de Crédito;
- Arrendadoras Financieras;
- Empresas de Factoraje Financiero;
- Sociedades de Ahorro y Préstamo;
- Casas de Cambio;
- Sociedades Financieras de Objeto Limitado;
- Instituciones para el Depósito de Valores;
- Contrapartes Centrales;
- Instituciones Calificadoras de Valores;
- Sociedades de Información Crediticia;
- Personas que operen con el Carácter de Entidad de Ahorro y Crédito Popular;
- Otras Instituciones y Fideicomisos Públicos que realicen actividades financieras y respecto de las cuales la Comisión ejerza facultades de supervisión.

Las instituciones de crédito, por su parte, se conforman por la banca múltiple, banca de desarrollo y por aquellas organizaciones que auxilian en las operaciones crediticias.

Las instituciones crediticias se encuentran inmersas en un profundo proceso de reestructuración, toda vez que en la actualidad, con el afán de hacer más eficiente la banca y mejorar sus procedimientos administrativos, se fusionan y forman alianzas estratégicas con bancos extranjeros; sin embargo, es difícil esperar una reactivación significativa del crédito interno en tanto no se reestructuren a fondo los créditos morosos y se superen las dificultades que representan las carteras vencidas.

Por ello, la experiencia de las crisis financieras confirman la necesidad de revisar y, en su caso, mejorar los esfuerzos de supervisión y regulación de las entidades financieras, estableciendo disposiciones normativas de carácter prudencial encaminadas a preservar la liquidez, solvencia, seguridad, confianza y honradez de las entidades financieras y las bancarias; sin olvidar la protección que requiere el valor de una empresa en déficit, en el caso particular del sector bancario, para preservar su operación y los empleos que genera a fin de conservar el equilibrio entre el comerciante y sus acreedores, mediante un procedimiento escrito, rápido y equitativo que permita fortalecer la seguridad y convicción jurídica de todos los involucrados en caso de presentarse el concurso mercantil.

Toda vez que los analistas financieros y los dueños del capital consideraron que una reforma en materia de garantías y concursos reactivaría el crédito en nuestro país; es decir, se daría certidumbre al crédito y su eventual recuperación, creando un marco jurídico propicio y notoriamente adecuado para la reasignación eficiente de recursos.¹²

¹² QUINTANA ADRIANO ARCELIA, "La Quiebra de la Banca y la Regulación de las Garantías en México", *Revista del Derecho Privado*, num. 4 Enero-Abril 2003, www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/leg/leg9.htm

III.7 EXTINCIÓN

Las obligaciones pactadas en los contratos, como fuente de las mismas, nacen, se transmiten, se modifican y se extinguen. A la firma del contrato del fideicomiso las partes que intervienen prevén aquellas causas que lo extinguirán, ya sea por voluntad o por mandamiento legal. Estas causas las podemos dividir en:

- a) *Legales*: Son las dispuestas por ministerio de ley, y son aplicables, aunque no se pacten por las partes en el texto del acto constitutivo del fideicomiso.
- b) *Convencionales*: Aquellas que las partes contemplan como un suceso futuro, que provocan las consecuencias deseadas por ellos.

El artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece las causas legales por la que el fideicomiso se extingue:

I. Por la realización del fin para el cual fue constituido: Quedó asentado que la fiduciaria es la encargada de llevar a feliz término el cumplimiento de los fines por el cual se creó el fideicomiso, por lo que al cumplimiento de éstos, el fideicomiso concluye.

II. Por hacerse éste imposible: esta causal enmarca la máxima del derecho que reza así: *"Nadie está obligado al cumplimiento de lo imposible"*.

III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución. Se desprenden dos supuestos:

- a) La imposibilidad de cumplir con la condición suspensiva.
- b) No haberse verificado dentro del plazo pactado por las partes
- c) Las condiciones suspensivas que pacten las partes en los contratos no pueden exceder para su realización más de 20 años.

Asimismo, es importante mencionar que la duración del fideicomiso, considerada como el plazo en que convienen las partes para la creación y la extinción de las obligaciones generadas por el fideicomiso, para tal efecto la Fracción III del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone la prohibición de aquellos fideicomisos cuya duración sea mayor a 50 años, sin embargo, pueden constituirse con duración del plazo antes citado, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro. En éste orden de ideas, del dispositivo antes citado se desprende que:

I. Por ministerio de ley la vigencia de los fideicomisos no podrán ser mayor a 50 años.

II. Excepcionalmente puede exceder ese plazo cuando se trate de:

a) Personas morales que sean de orden público o instituciones de beneficencia, y

b) Cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

III. El plazo antes mencionado, es de carácter legal, pero no es óbice para que voluntariamente lo fijen las partes, mientras que no exceda dicho plazo. Por otra parte, el plazo del fideicomiso puede sujetarse a un día determinado u otro acontecimiento futuro de realización cierta. No se debe confundir el plazo de 20 años alude el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Fracción III, cuando se refiere a la obligatoria extinción del fideicomiso ante la imposibilidad del cumplimiento de la condición suspensiva.

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. Es de explorado derecho que la condición es el modo por el que las partes se obligan, y sujetan la existencia o la extinción de las obligaciones a un acontecimiento futuro del que no se tiene la certeza que se produzca, estas se dividen en: a) Suspensivas y b) Resolutorias. Así de acuerdo al artículo 1940 del Código Civil, la condición es resolutoria cuando resuelve la obligación una vez cumplida.

V. Por convenio escrito entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. No obstante que los fines del fideicomiso no se hayan cumplido, la ley reconoce el derecho de las partes para extinguirlo por convenir a sus intereses, el convenio

debe constar por escrito en donde las partes liberen de cualquier responsabilidad a la fiduciaria, haciéndole saber su decisión para extinguir el contrato de fideicomiso e instruyéndolo sobre el destino de los bienes fideicomitidos.

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso. Esta alternativa consiste en que el fideicomitente, cuando no existe en otra persona la calidad opuesta de fideicomisario, gire carta de instrucciones haciéndole saber su decisión de extinguir el negocio, destacando que por regla general los fideicomisos son irrevocables, a excepción de aquellos que contengan un acto de liberalidad hacia el fideicomisario.

VII. En el caso del párrafo final del artículo 386 de la misma ley (cuando el fideicomiso constituido en fraude de terceros pueda ser atacado su nulidad por los interesados.¹³

Finalmente, es importante tomar en cuenta la opinión de los maestros Acosta Romero y Almazán Alaniz ¹⁴al examinar otras causas de extinción que pueden presentarse, como son:

- a) Por destrucción de los bienes fideicomitidos.
- b) Por renuncia del fideicomisario, en términos de lo establecido en el último párrafo del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- c) Por expropiación de los bienes fideicomitidos.
- d) Por quiebra del fiduciario.
- e) Por invalidez del fideicomiso.

Sólo resta mencionar los efectos de la extinción del fideicomiso, los cuales son:

¹³ ORTIZ SOLTERO SERGIO MONSERIT, *El Fideicomiso Mexicano*, 2° Edición, Editorial Porrúa, México 2001. p.p. 161-170.

¹⁴ ACOSTA ROMERO MIGUEL, ALMAZAN ALANIZ ROBERTO, *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso*, 4° Edición, Editorial Porrúa, México 2002. p.p 327-340.

- a) La Reversión de los Bienes: ésta se da a la extinción del fideicomiso y ocurre cuando los bienes salen de la propiedad de la fiduciaria porque son revertidos al fideicomitente, transmitidos al fideicomisario o a quien tenga derecho sobre ellos, o en su defecto, a la fiduciaria sustituta. La reversión debe revestir la siguiente formalidad:
 - I. Tratándose de bienes muebles, éstos deben ser devueltos al fideicomitente en la misma forma que se utilizó para constituir el contrato de fideicomiso.
 - II. Si se trata de bienes inmuebles, la reversión se puede verificar por dos formas:
 - a) Mediante Escritura Pública: La firma de la escritura correspondiente debe contener el finiquito a favor de la fiduciaria, provocando en estricto sentido, la extinción del fideicomiso y conclusión del cargo. Se debe inscribir la escritura que contiene dicho acto con el fin de cancelar el negocio original.
 - b) Mediante asiento en el acto constitutivo del fideicomiso en los términos del artículo 393 de la ley de la materia.

En ambos casos debe mediar el consentimiento del fideicomitente para que la fiduciaria revierta los bienes, a fin de evitar que ésta sea demandada por la pérdida o menoscabo de los mismos.

CAPÍTULO IV
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN FIDUCIARIA

IV.1 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

IV.2 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN FIDUCIARIA

En México, la ciencia del derecho mercantil actualmente cuenta con figuras jurídicas, expresamente la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía que permiten en materia de garantías agilizar el cumplimiento de operaciones mercantiles, respecto de ciertos actos de comercio dentro del contexto económico y comercial, en el que se desenvuelven las actuales operaciones financieras, y de acuerdo con las exigencias de las necesidades del tráfico comercial moderno.

Previamente al señalamiento de las disposiciones que integran el marco legal del fideicomiso y una vez que hemos reflexionado sobre la estructura jurídica que guarda en nuestro sistema, en atención a que si bien el fideicomiso es considerado una figura de nuestro Derecho Mercantil, la cual no sólo indica, sino jerarquiza los cuerpos legales aplicables, incluyendo los usos bancarios y comerciales, los cuales son con independencia de los fines u objetivos que persigan los interesados al celebrar dicho negocio, son los lineamientos legales referentes a su nacimiento, desahogo o aplicación y extinción, donde en dicho proceso se incluye la intervención y ejercicio de la partes que lo celebran.

El fideicomiso de garantía puede ser considerado como la figura más ventajosa sobre las tradicionales garantías de prenda, hipoteca y fianza, beneficiando en forma mediata los mercados, y en forma inmediata las empresas; toda vez que con él se pretende agilizar el otorgamiento de los créditos permitiendo alcanzar el aprovechamiento máximo del valor de realización de los bienes, lo que amplía notablemente la posibilidad del crédito, alivia los efectos de

las crisis financieras de las empresas, y posibilita un mejor y mayor acceso a recursos financieros para deudores de riesgo.

El fideicomiso constituye una garantía autoliquidable, de bajo costo instrumental que permite considerarlo una herramienta indispensable del crédito, pues en sentido contrario a las garantías reales de la hipoteca y la prenda que necesitan para su aplicación estructural el mundo de las cosas, dejando fuera de la posibilidad el ofrecimiento en garantía de otros bienes, que no son cosas, tales como los derechos, créditos y todo aquello que revista un contenido patrimonial susceptibles de tener un valor.

El ordenamiento legal mexicano contempla al fideicomiso como un acto jurídico de disposición cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación que puede combinarse con un negocio jurídico de gestión patrimonial y administración de los bienes fideicomitidos. El procedimiento utilizado con esta garantía resuelve los conflictos de manera más rápida para recuperar la inversión del acreedor, a más bajo costo y más segura para preservar el valor de los bienes del deudor, toda vez que una garantía autoliquidable tiene preferencia sobre otra de resultados lentos y onerosos.

Entonces, partiendo del hecho de que se trata de una operación reglamentada por la legislación mercantil, atribuyéndole dicho carácter, en virtud de ser considerado como un acto de comercio de acuerdo al artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, queda sujeta a las normas que regulan los actos mercantiles, y sólo excepcional y supletoriamente al derecho común.

El artículo 2º de la Ley cambiaria, establece el régimen sustantivo y precisa la jerarquía de las disposiciones aplicables, y en su caso, de los usos del ramo, en los términos que se señalan en seguida:

- a) En primer lugar, la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- b) Después las demás leyes especiales, dicha observancia debe atenderse al aspecto material que englobe la celebración de este acto, pues en los campos administrativo s y jurisdiccional no es posible mantener el orden ni la jerarquía establecidos).¹
- c) En su defecto, la legislación mercantil general.
- d) A falta de ella, los usos bancarios, siendo origen de éstos, la actividad de las instituciones del ramo, por lo que tiene preferencia sobre los usos generales.
- e) Luego, por los usos mercantiles.

Por tanto, por lo que se refiere a los procedimientos de ejecución, se contemplan en una adición al Título Tercero-Bis del Código de comercio, el cual establece los supuestos de la ejecución extrajudicial y judicial, donde ambos devienen de obligatorios para las partes, ya que en cualquier caso el proceso de ejecución de la garantía se sujetará a lo establecido en ese título.²

La existencia de dos procedimientos de ejecución de las garantías: uno extrajudicial y otro judicial, es de suma importancia considerar que para que el primero de los procedimientos citados sea procedente, requiere la conformidad del deudor de someterse a dicho procedimiento, conformidad que se manifestará entregando la posesión de los bienes a la fiduciaria cuando ésta lo requiera. En caso de que el deudor no entregue la posesión de los bienes materia de la garantía

¹ Ob. Cit. 441-445.

² ITURBIDE GALINDO ADRIÁN, "Las nuevas garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1º Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p.p 101- 136.*

fiduciaria, se suspenderá el procedimiento extrajudicial y será necesario acudir a la autoridad judicial correspondiente, a efecto de que ante ella se lleve el procedimiento de ejecución de las garantías en donde el deudor deberá ser oído y vencido, con lo cual se elimina toda la controversia tradicionalmente existente respecto de la legalidad del fideicomiso de garantía.

Por tanto, y siguiendo a la legislación vigente que regula la ejecución del presente fideicomiso, nos queda la inquietud acerca del alcance de la voluntad de las partes en el acto constitutivo, toda vez que el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, abre la posibilidad de convenir en un procedimiento privado de ejecución, siempre y cuando en el acto constitutivo del mismo sea convenido y como complemento el artículo 78 del Código de Comercio establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, y el numeral 1051 del mismo ordenamiento dispone que el procedimiento mercantil preferente es el que las partes convienen libremente.

Del contenido de los numerales citados se desprende:

- a) El derecho de las partes para pactar el procedimiento mercantil que mejor les convenga, en tanto que su voluntad es la ley suprema.
- b) El pacto debe constar en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones.
- c) El fin del contrato de fideicomiso debe ser la garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el fideicomitente.
- d) En el supuesto que las partes decidan no pactar un procedimiento convencional, se aplicarán, en su caso, los procedimientos que prevé el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición de la fiduciaria.

El ordenamiento legal mexicano requirió contar con otras figuras jurídicas que permitieran agilizar el cumplimiento de operaciones mercantiles, concretamente, respecto de ciertos actos de comercio adaptados al contexto económico y comercial de las actuales operaciones financieras, a fin de evitar cualquier limitación, tanto por lo que respecta a los sujetos que pueden otorgar ciertos tipos de crédito, como también en cuanto a las clases de bienes muebles susceptibles de ofrecerse en garantía.

Al transferir el deudor fideicomitente la propiedad de los bienes fideicomitados al fiduciario, en caso de incumplimiento de aquél, dicho fiduciario podrá sacarlos a remate, a petición del acreedor fideicomisario, pudiendo ocupar tal carácter las propias Instituciones de Crédito, de Seguros, de Fianzas, las Sociedades de Objeto Limitado y los Almacenes Generales de Depósito, estableciéndose las bases para la valuación de los bienes afectos al fideicomiso y para facilitar así su ejecución.

Así, con la regulación del fideicomiso de garantía es evidente que satisface el objetivo perseguido por el sector financiero de obtener la constitución de una garantía con la posibilidad de la existencia de un procedimiento de carácter convencional, que descansa sobre el principio de la autonomía de la voluntad, con el fin de obtener la venta de los bienes afectos por el deudor al fideicomiso de garantía, lo que se realiza mediante el llamado “Remate al Martillo”

Por lo anterior, mediante Decreto de fecha 23 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley de Instituciones de Crédito,

incorporándose dos nuevas figuras para la constitución de garantías denominadas prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía; además de establecerse nuevos procedimientos para la ejecución de las garantías otorgadas con el fin de asegurar al acreedor que en caso de incumplimiento del deudor y después de cumplir con todos los requisitos que se establezcan, se pueda ejecutar la correspondiente garantía de forma expedita, repercutiendo de manera favorable en el costo de los créditos y su correspondiente proceso de otorgamiento.

Sin duda alguna, el fideicomiso en garantía ha venido a sustituir con gran ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito.

A partir de la reforma del año 2000 se incorpora la figura del fideicomiso de garantía mediante el cual el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, a diferencia del fideicomiso donde exclusivamente se destinan ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Asimismo es importante considerar que el plazo de prescripción para las acciones de los acreedores garantizados con este tipo de fideicomiso es de tres años, contados a partir de la fecha en que la obligación puede exigirse. Al extinguirse así el derecho de pedir su cumplimiento, deberá revertirse la propiedad al fideicomitente, como lo establece el artículo 375 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

IV.1 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Primeramente debemos considerar que el Código Comercio en su artículo 1052 faculta a las partes a someterse a un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral, en tales condiciones, es claro que los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio vigente, son válidos para hacer efectiva la garantía otorgada de manera ágil.

Por tanto, el presente procedimiento supone obtener por esta vía, el pago del crédito vencido y la obtención de la posesión de los bienes, sin que exista controversia en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada o la entrega de la posesión de los bienes; por tanto, es fundamental conocer el valor de los bienes que se determina o bien por dictamen pericial o por cualquier otro procedimiento convenido por las partes.

Las bases para designar al perito valuador distinto al acreedor, deben establecerse en el contrato de acuerdo a lo establecido por el artículo 1414 bis, del Código de Comercio.

Mediante el presente procedimiento, se establece la posibilidad de que el acreedor obtenga sin controversia, la entrega de los bienes afectos a la garantía.

Dentro del fideicomiso de garantía, las dos clases de actos que realiza el fiduciario son los de administración y de dominio, encontrándose los segundos condicionados al supuesto de incumplimiento por parte del fideicomitente de la obligación principal.

El procedimiento se inicia con el requerimiento formal de entrega del bien afectado con el fideicomiso, mediante fedatario público y entregada que sea la posesión al fiduciario o en su defecto al acreedor, que tendrá el que la reciba el carácter de depositario judicial.

Cuando hay oposición del deudor a la entrega, al pago o exista cualquier controversia sobre la exigibilidad del crédito o sobre el monto de la cantidad adeudada, se puede iniciar el procedimiento judicial.

Puede haberse estipulado en el contrato que no habiendo controversia, el fiduciario o el acreedor obtengan la posesión de los bienes objeto de la garantía, lo cual debe hacerse siempre ante fedatario público, mediante acta que incluya el inventario pormenorizado de los bienes. Si se obtiene la posesión se procede a la enajenación.

En caso de que no se pudiere obtener la posesión, se puede optar por el procedimiento de ejecución forzada.

Por lo que se refiere al procedimiento judicial, se prevé uno brevísimo que se señala con detalle en la propia adición al Código de comercio, permitiéndose el demandante oponer excepciones, acreditadas preferentemente con

prueba documental, respecto a lo no previsto en este título particular, le son aplicables las reglas establecidas para los juicios ejecutivos de acuerdo a lo establecido por los artículos 1391 y siguientes, así como el 1414-bis-20 del Código de Comercio.

En el evento de que el deudor no cumpla la obligación garantizada, el fiduciario a petición del fideicomisario, siguiendo el procedimiento convencional prescrito en el contrato de fideicomiso, deberá proceder a realizar los actos necesarios para realizar el patrimonio del fideicomiso y con el producto de su venta pagar al acreedor, previas las deducciones para cubrir los gastos que prioritariamente hayan de hacerse tales como gastos de ejecución, gastos de conservación y administración de los bienes, contribuciones, honorarios, primas de seguros y cualesquiera que se hayan previsto.

La legalidad del procedimiento seguido por el Fiduciario se fundamenta en lo pactado por las partes, sin que sea renunciable que el deudor no sea notificado de la ejecución del fideicomiso ya que no de no ser así quedaría en estado de indefensión. Por tanto, el notario debe ser partícipe de los actos de ejecución dando fé de los hechos, cuya certeza debe ser indubitable, tales como calificación de posturas o subastas, y otros actos que la ley ordene que deban constar en instrumento público.³

Mediante el procedimiento extrajudicial, como ya se indicó, se tramita el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes

³ ARCE GARGOLLO JAVIER (Coordinador Internacional) y ZUBIRÍA MAQUEO EMILIANO (Coordinador en México), "Las Modernas Técnicas Jurídicas en materia de Garantías y la Práctica Notarial", "Leasing", "Trust", "Hipoteca Inmobiliaria", "Reserva de Dominio", *XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín Alemania de Mayo 28 a Junio 3 de 1995, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.*, Editorial Aldina, México 1995 p.p. 55-120.

objeto de las garantías otorgadas, siempre y cuando no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados.

El valor de los bienes objeto de las garantías otorgadas se calculará por el dictamen que proporcione el perito que las partes designen para tal efecto desde la celebración del contrato o en fechas posterior, o bien, por cualquier otro procedimiento que convengan las partes por escrito, desprendiéndose del artículo 1414 Bis-17 del Código de Comercio, lo siguiente:

1. Que si el valor de los bienes es igual o menor al valor del adeudo, quedará liquidado totalmente el crédito, sin que el acreedor pueda llevar a cabo acciones futuras contra el deudor por las diferencias;
2. Que si el valor de los bienes es mayor al adeudado, una vez cubierto el principal, intereses y gastos, se entregará el remanente al deudor;
3. Que la venta de los bienes se podrá realizar ante el Juez o Fedatario Público, a elección del acreedor, de acuerdo con el siguiente procedimiento:
 - a) Se notificará de manera personal al deudor el día y hora en que se realice la venta, con cuando menos cinco días de anticipación;
 - b) El aviso de venta que contenga la descripción de los bienes y el precio, se publicará con cuando menos cinco días antes de la fecha en que la misma se lleve a cabo;
 - c) En el aviso de venta se señalarán las fechas en que se realicen las ofertas sucesivas de venta de los bienes, reduciéndose el valor de oferta 10% cada semana y si el valor de venta de los bienes se hubiese reducido al valor del crédito o a una cantidad inferior, el acreedor podrá obtener la adjudicación de los mismos en pago.
 - d) Realizada la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuera superior al monto del adeudo del acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se hay deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos incurridos para la venta, en efectivo, cheque de caja o mediante billete de depósito a favor del deudor a través del fedatario.

Sirve de apoyo de lo anterior las siguientes tesis jurisprudenciales⁴:

FIDEICOMISO. REMATE DE INMUEBLES POR LA FIDUCIARIA.

El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. Ahora bien, esto no impide que las partes, al celebrar un contrato de fideicomiso, puedan pactar, o sea convenir entre ellas, en que en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones la fiduciaria saque a venta un bien inmueble, en remate, señalando el procedimiento convencional a seguir siempre que en el se respete el derecho del afectado a ser oído. Es cierto que nadie puede hacerse justicia por propia mano, y a ésto se refiere la garantía constitucional. Pero el que la fiduciaria acate un pacto convenido por las partes involucradas, de ninguna manera implica que se haga justicia por propia mano. Simplemente, se está actuando en la forma prevista y acordada por las partes. Por otra parte, al sacar la fiduciaria el bien a remate, no se puede decir que no se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, si se hace correctamente, o en la forma pactada, el avalúo de los terrenos, y si se notifica correcta y previamente a los afectados con la antelación necesaria para que, en su caso, puedan oponerse judicialmente a la venta, o ante un arbitrio designado y mediante un procedimiento legal o convencional (artículo 1051 y 1052 del Código de Comercio). Con esto, se respeta el debido procedimiento legal y el derecho a acudir a los tribunales en caso de controversia. O sea, que el pacto, en sí mismo, es válido y legal. Lo que deja a salvo el derecho de quien se sienta lesionado en sus derechos, para acudir a los tribunales. Y así, una cosa es la validez de la cláusula, y otra la validez del procedimiento seguido por la fiduciaria para sacar los bienes a remate. La conclusión anterior se corrobora, si se lee el artículo 141, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, conforme al cual, en los casos de créditos hipotecarios se autoriza a las instituciones acreedoras a vender, mediante corredor y al precio que se hubiese señalado en el contrato, los inmuebles dados en garantía. Y sólo obliga a dicho acreedor a notificar al deudor ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, su intención de efectuar el remate. Y se deja a salvo el derecho del deudor para que, en el término de tres días después de la notificación, se oponga a la venta, acudiendo al efecto ante el juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados, o al juez competente en el domicilio de la institución acreedora, a fin de que éste resuelva en la forma sumaria que se prevé. A mayor abundamiento, también se ve la licitud de éste tipo de pactos, cuando el artículo 2884 del Código Civil autoriza que por convenio expreso se venda la prenda extrajudicialmente. Como se ve, no se hace la fiduciaria justicia por propia mano, sino que acata una obligación contractual del fideicomiso. Y el afectado no queda privado del derecho de acudir a los tribunales, en caso de controversia. Luego, el pacto no es nulo, ni violatorio de la garantía de audiencia.

Amparo directo 1564/76. Sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983. 5 votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 7a. Época. Volumen 169-174. Página: 173. Clave: . Tesis:

.

FIDEICOMISO. INSTITUCIONES DE CREDITO. REMATE.

Si en la escritura constitutiva del fideicomiso no se estipuló que en la venta del inmueble fideicomitado la subasta se hiciera en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, ante la autoridad judicial, sino que se convino expresamente que dicha venta se haría conforme a las bases establecidas en las cláusulas respectivas del contrato de fideicomiso, y en las mismas se pactó que la parte fideicomitente aceptaba como precio de la venta la cantidad al efecto fijada; que la venta se haría en pública subasta, debiendo ser anunciada con diez días de anticipación, mediante aviso publicado en un periódico de mayor circulación a elección del fiduciario, resulta que los actos tendientes a la subasta pública del inmueble, realizados por el propio fiduciario, son acordes a lo convenido en el contrato, cuya validez y cumplimiento no puede dejarse a voluntad de una de las partes, máxime si no se impugnó el contrato generador de los derechos y obligaciones, sino únicamente los actos de ejecución derivados de aquél. Las operaciones de fideicomiso están regidas por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y las instituciones que llevan a la práctica esas operaciones lo están por la Ley de Instituciones de Crédito; pero no por esto se deben aplicar al fideicomiso las reglas que establece el artículo 141 de la última ley mencionada, para el cobro de créditos hipotecarios, créditos de habilitación o avío o refaccionarios que tengan como garantía bienes inmuebles, pues el fideicomiso tiene diversa naturaleza. Debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del

⁴ IUS 2004, Junio de 1917- Junio del 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación

bien fideicomitado, lo convenido por los contratantes, pues su voluntad es la suprema ley, y el procedimiento convencional es el preferente según lo dispone el Código de Comercio.

Amparo directo 3756/75. Compañía Administradora y Realizadora de Inmuebles, S. A. 13 de noviembre de 1978. Mayoría de 3 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Disidentes: Ramón Palacios Vargas y Salvador Mondragón Guerra.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 7a. Epoca. Volumen 115-120. Página: 47. Clave: . Tesis: .

El procedimiento extrajudicial se considerará agotado cuando:

- a) El fideicomitente se oponga al pago del crédito respectivo,
- b) El fideicomitente se oponga a la entrega material de los bienes, o
- c) Exista desacuerdo sobre la persona que deba realizar el avalúo de los bienes fideicomitados.

a) Pacto Comisorio

El pacto comisorio consiste en la cláusula por la cual las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con la obligación siendo una condición resolutoria de naturaleza particular.⁵

De acuerdo al maestro González Quintanilla⁶, el pacto comisorio, el cual opera en los contratos sobre obligaciones recíprocas (sinalagmáticos-bilaterales), no se permite en la ejecución del fideicomiso de garantía, ya que sería establecer en la celebración de éste, una imposición de carácter imperativo que al momento de producirse cualquier infracción futura por el deudor, la cual infrinja

⁵ BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, 17° Edición, Editorial Porrúa, México 2000. p.p. 478-479.

⁶ ROALANDINI JESÚS, Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, 1° Edición, Ediciones Espejo de Obsidiana Grupo Financiero Bancomer, México 1997. p.p. 180.

lo estipulado, operaría como consecuencia y de manera instantánea el comiso de los bienes afectados a favor del acreedor, una especie de “confiscación automática” , despojando al deudor de las cosas y derechos inherente a las mismas, las cuales quedan libremente transferidas al acreedor.

Por tanto dicho pacto, traería como consecuencia abusos y un rechazo en el uso de dicho negocio, fundamentalmente por la cancelación del derecho a dilucidar la controversia ante las autoridades, siendo una prohibición natural para la operación de dicha cláusula, con el fin de evitar la procedencia unilateral del acreedor para apropiarse de los bienes otorgados en garantía para solventar obligaciones por cumplir, ante cualquier incumplimiento futuro del deudor.

Finalmente, debemos considerar que en el fideicomiso, el acreedor tiene un interés directo de carácter patrimonial en el cumplimiento de la obligación, interés del que no participa el fiduciario ya que el debe guardar una imparcialidad en la ejecución del fin para el cual fue creado, por tanto no debe ser valido cualquier acuerdo tendiente a imponer condiciones desventajosas al deudor, en aras del principio de justicia y utilidad social.

b) Venta al Martillo

Para algunos autores Latinoamericanos, la venta al martillo o martilleo es una actividad que realiza un agente auxiliar del comercio y que en forma autónoma media entre la oferta y la demanda de bienes, para facilitar o promover la celebración de negocios, realizando una venta públicamente y al mejor postor de los bienes que se le encomiendan, sin ser propiamente una

actividad jurisdiccional como lo es la pública subasta judicial, que por medio de almonedas pretenden rematar en ejecución forzosa algún bien con el cual se obtenga el pago del crédito reclamado por el actor en juicio.

El martillero, quien por lo regular es un Corredor o Notario Público, no tiene interés alguno en el negocio y su tarea se concreta en preparar, anunciar y realizar la venta de los bienes encomendados por los contratantes.

Debemos distinguir que la potestad jurisdiccional considerada como una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendientes a la aplicación o realización del Derecho a un caso concreto, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales legalmente establecidos de conformidad al artículo 17 de nuestra Constitución, no siendo óbice de lo anterior, la posibilidad de que en materia mercantil las partes puedan pactar un procedimiento convencional por las partes para la solución de un conflicto de acuerdo a lo establecido por el artículo 1051 del Código de Comercio.

Asimismo, y en el entendido de que todo procedimiento judicial se compone teóricamente por dos etapas que son la declarativa y la de ejecución, es importante considerar la solución de algún conflicto convencionalmente.

Por tanto y en el sentido de que el objetivo final del procedimiento judicial y del procedimiento convencional pactado por las partes, es obtener el cumplimiento de la obligación o en su caso el pago de los daños y perjuicios ocasionados en caso de que este cumplimiento no se verifique. Por tanto, entendamos que la realización forzosa respecto a la intervención de alguna

Autoridad Judicial, es el conjunto de actuaciones o diligencias que han de practicarse al objeto, con el fin de enajenar los bienes afectados del patrimonio del deudor, para que con su venta se obtenga el pago del crédito reclamado. Así el acto por el cual la autoridad pretende enajenar los bienes del sujeto que incumplió la obligación se le denomina subasta, que es propiamente la fase del procedimiento de carácter forzoso donde se fija, mediante pública licitación, el importe por el que los bienes van a ser enajenado.⁷.

De lo anterior, y habiendo precisado la diferencia entre la subasta judicial y la venta al martillo, consideramos que es válida la práctica de dicha actividad, como lo establecen los siguientes criterios jurisprudenciales⁸:

No. Registro: 241,471
Tesis aislada
Materia(s): Civil
Séptima Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 76 Cuarta Parte
Tesis:
Página: 21

INSTITUCIONES DE CREDITO. REMATE AL MARTILLO. CONSTITUCIONALIDAD.

El remate al martillo de los bienes del deudor sin la intervención del órgano jurisdiccional, no está prohibido por la ley, sino autorizado por ésta. En efecto, es verdad que el artículo 564 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, supletorio del de Comercio, dispone que toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en el citado código de procedimientos civiles, relativas a los remates; sin embargo, el mismo precepto legal exceptúa de la regla general de que todo remate deberá celebrarse en el juzgado en que actúe el Juez que fuere competente para la ejecución, en términos del artículo 565, los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario. La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su artículo 141, fracción IV, prevé el procedimiento especial de remate al martillo de los bienes dados en garantía sin la intervención judicial. No es exacta la aseveración que se haga en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicometidos realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones; toda vez que, en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor quien, como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes, transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y términos convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las

⁷ ROBLEDO VILLAR ANTONIO, La Subasta Judicial, Centro de Estudios de Derecho, Económico y Ciencias Sociales, 1º Edición, Barcelona 1998.

⁸ IUS 2004, Junio de 1917- Junio del 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación

obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque, se repite, en ello no hay controversia que ventilar y decidir. Pero si, además, las partes pactaron que el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se iniciara con la notificación notarial, o en vía de jurisdicción voluntaria, que la institución fiduciaria habría de hacer a la fideicomitente deudora, haciéndole saber su intención de efectuar el remate pactado, a fin de que esta se opusiera, judicialmente, al mismo, en la forma y términos convenidos en la propia escritura pública en que se constituyó el fideicomiso, ello pone de manifiesto que antes de iniciarse el procedimiento de remate, la controversia puede surgir mediante la oposición que se previó podía hacer valer la fideicomitente deudora, a las pretensiones de la institución fiduciaria de llevar a cabo el remate al martillo de los bienes dados en garantía; y si en este supuesto las partes convinieron, conforme al artículo 1051 del Código de Comercio, en un procedimiento mercantil convencional, preferente a los demás, conforme al cual, la contienda habría de ventilarse ante Juez competente; procedimiento que, además de ajustarse a los requisitos y condiciones señaladas en los artículos 1052 y 1053 del mismo ordenamiento, se encuentra previsto en el artículo 141, fracción III, de la citada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en estas condiciones queda patentizado que la institución fiduciaria, al realizar los fines del fideicomiso de garantía, en los casos, forma y términos pactados en el acto constitutivo del mismo y siguiendo las disposiciones del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cumple las obligaciones que conforme al contrato y a la ley le corresponden; sin que este cumplimiento entrañe el ejercicio de la función de administrar justicia, porque esta función quedó reservada a los tribunales competentes, al convenir en el procedimiento a seguir en la ventilación y decisión de la opción de la fideicomitente deudora a la realización de los fines del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria; convenio en el que, además, se guarda el respeto debido a las garantías individuales de audiencia, defensa, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14, 16 y 17 constitucionales.

Amparo directo 98/74. Mercedes Ascanio viuda de Castro. 30 de abril de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

No. Registro: 350,236
Tesis aislada
Materia(s): Civil
Quinta Época
Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomos: LXXX
Tesis:
Página: 2586

REMATE POR LAS INSTITUCIONES DE CREDITO, DE INMUEBLES DADOS EN GARANTIA.

El artículo 233 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, dice: "En los casos de créditos inmobiliarios o de crédito de habilitación o avío o refaccionarios, que tengan como garantía bienes inmuebles, las instituciones acreedores podrán proceder, a su elección, para obtener el cobro de dichos créditos: ... III. Haciendo vender, mediante corredor, al precio que se hubiere señalado en el contrato al efecto, o mediante remate al martillo, en los términos de la fracción siguiente, los inmuebles dados en garantía. Para efectuar la venta a que esta fracción se refiere, la institución acreedora procederá a notificar el deudor, ante notario, o en vía de jurisdicción voluntaria, la venta que tenga concertada o su intención de efectuar el remate. El deudor, en el término de tres días después de la notificación, tendrá el derecho de oponerse a la venta, acudiendo al efecto ante el Juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados o al Juez competente en el domicilio de la institución acreedora. El deudor podrá oponer en forma legal las excepciones que tuviere. Del escrito de oposición se dará traslado por tres días al acreedor. Si se promueve prueba, el término no podrá pasar de veinte días. El Juez citará en seguida a una junta que se celebrará dentro de tres días, para oír los alegatos de las partes y dentro de los cinco días, para oír los alegatos de las partes y dentro de los cinco días siguientes pronunciará su resolución. Si se declara infundada la oposición, la institución acreedora podrá proceder desde luego a la venta o al remate, y el deudor será condenado en las costas y, además, el pago de una multa de cinco por ciento del interés del pleito, cuyo importe se adjudicará a la beneficencia pública. La resolución del Juez será apelable sólo en el efecto devolutivo.". Ahora bien, del anterior precepto se desprende con toda claridad el establecimiento de un procedimiento especial, en caso de ventas, mediante remate al martillo, de los inmuebles dados en garantías, que debe sustanciarse previamente a la venta, cuando haya oposición por parte del deudor, y dispone sin dejar lugar a dudas, que si se declara infundada la oposición, la institución acreedora podrá proceder desde luego a la venta o al remate, lo que quiere decir, inequívocamente, que mientras no se decida nada acerca de lo fundado o infundado de la oposición, no podrán realizarse los actos mencionados. Con respecto a los problemas, consistentes el primero, en que el deudor, al formular su oposición al remate que se le anuncia, está obligado a hacer valer las excepciones que tuviere, o bien puede hacerlo después, al contestar la demanda que en su contra entable la institución acreedora, en la vía contenciosa, y el segundo, en que si, en realidad la oposición que presentó el

deudor, debió haber sido tramitada o resuelta, declarándola fundada o infundada, o si careció de toda virtualidad para provocar una decisión judicial de esa naturaleza; debe decirse respecto del primero, que en verdad, del texto de la disposición transcrita, no se desprende claramente cuál sea el momento en que el deudor debe oponer sus excepciones, pues consigna el derecho de formular la oposición y el de alegar las excepciones en párrafos distintos, habiendo además un argumento de peso para concluir que las excepciones no deben, necesariamente, hacerse valer al formularse la oposición, y es el que se deriva de la naturaleza misma de aquéllas. Las excepciones, en efecto, dentro de la técnica procesal, son defensas que hace valer el demandado para destruir la acción que se ha deducido en su contra o para dilatarla, y esto supone, naturalmente, la previa existencia de una acción, lo que no ocurre cuando la institución acreedora, como en el caso, simplemente da a conocer al deudor, ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, su intención de sacar a remate el bien inmueble que le ha sido dado en garantía. No obsta, desde luego, para llegar a esta conclusión, el hecho de que en el juicio ejecutivo mercantil y en el caso previsto por el artículo 488 del Código de Procedimientos Civiles vigentes, se establezca que el deudor, al oponerse a la pretensión del acreedor, debe hacer valer concomitantemente sus excepciones, pues se trata de hipótesis distintas a la que tiene en cuenta la Ley de Instituciones de Crédito, y no pueden, por ello, servir de disposiciones supletorias. Pero independientemente de lo anterior, considerando el segundo problema a que se ha hecho referencia, hay que tener en cuenta que en la especie, el deudor, al ser notificado de la intención del banco, de sacar a remate la casa de su propiedad que había sido dada en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por él, en el contrato de préstamo refaccionario celebrado, formuló su oposición acudiendo al efecto ante un Juez competente en el domicilio de la institución acreedora, e hizo valer, en su escrito respectivo, las defensas que estimó pertinentes, solicitando que se abriera un término de prueba a fin de poder comprobar sus alegaciones, por lo que debió haberse sustanciado esa oposición y declarada fundada o infundada. Ciertamente es que se alega en contra, que la oposición fue formulada en vía de jurisdicción voluntaria, lo que significa que la promoción del deudor no fue oposición que establece el artículo 233, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito y que, por ello, no pudo haber pruebas, alegatos ni sentencia, ni estuvo obligado al banco a suspender sus procedimientos tendientes a la venta de la finca rematada, pero tal alegación carece de fundamento, porque, en primer lugar, es evidente que la oposición pudo haber sido formulada en jurisdicción voluntaria desde el momento en que no existía contienda alguna entre las partes, nacida del ejercicio de una acción ante los tribunales y que si la ley prevé que la notificación se haga ante notario o en jurisdicción voluntaria, es obvio que la oposición a la misma puede hacerse en dicha vía, sin que ello obste para que esa oposición constituya el último acto que se realice en tal forma; y la institución acreedora, ante la renuncia del deudor a aceptar el remate de la finca de su propiedad, en los términos en que pretende realizarse, se ve obligada a abrir la vía contenciosa mediante la correspondiente acción que ejercite; y, en segundo lugar, no hay que perder de vista que, en todo caso, si la oposición fue formulada sin fundamento alguno y en una vía inadecuada, ello debió conducir a que, previa la sustanciación de los trámites necesarios, se le declarara infundada, pero de ninguna manera pudo dar lugar a que no se le tramitara. En consecuencia, si el deudor formuló su oposición, haciendo valer las defensas que estimó pertinentes y solicitando la apertura de un término de prueba para justificar sus aseveraciones; y si el Juez del conocimiento no sustanció la oposición por todos sus trámites, declarándola fundada o infundada, es evidente que no se cumplieron los requisitos que señala el artículo 233, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito, y que, por tanto, no pudo haberse promovido legalmente el otorgamiento de la escritura de venta ni haberse hecho al deudor la prevención y el apercibimiento que se le hizo, por lo que estuvo en lo justo la Sala responsable al estimarlo así y revocar los autos que ordenaron hacer esa prevención y ese apercibimiento, siendo ilegal, en cambio, la sentencia del inferior que estimó lo contrario.

Amparo civil en revisión 2337/34. Banco Nacional de México, S. A. 11 de mayo de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Manuel Bartlett B. Relator: Gabino Fraga.

Por tanto, cabe destacar que la venta al martillo es consecuencia de la ejecución del procedimiento convencional pactado válidamente por las partes, y como ya se dijo, el fiduciario en este caso no actúa con el carácter de autoridad, ni mucho menos con facultad de potestad o imperio sobre las partes, sino que solamente obedece los lineamientos que describe el propio Fideicomiso, de suerte que no está haciendo justicia sino cumpliendo las instrucciones recibidas por las

partes al celebrar el Fideicomiso, o en su caso, observar lo establecido en el artículo 1414 Bis-17 del Código de Comercio.

Cabe mencionar que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, no está vigente como tal, ya que fue derogada formalmente por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, pero como corolario de la anterior, toda vez que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares no se encuentre vigente, citaré de forma ilustrativa que de acuerdo a los artículos 21 y 22 de la actual Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, establece la posibilidad de que los Almacenes Generales de Deposito efectuarán el remate de las mercancías y bienes depositados mediante pública subasta.

IV.2 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL

El presente procedimiento se establece para el caso de que el deudor se oponga a la entrega de los bienes afectos a la garantía, o bien, si el acreedor decide renunciar a la vía extrajudicial y acudir de manera directa al procedimiento ante los Tribunales.

De acuerdo al artículo 1414 Bis-7 del Código de Comercio, para la procedencia de la presente vía es necesario que el crédito sea cierto, líquido y exigible, que conste en documento público o escrito privado y, que la constitución de la garantía se hubiese realizado mediante fideicomiso de garantía, con el fin de obtener la posesión material de los bienes garanticen.

a) Instancia Judicial

Según el maestro Iturbide Galindo⁹, las reglas del procedimiento judicial pueden resumirse en los siguientes puntos:

- I. Objeto: el cual puede ser:
 - a. El pago de un crédito cierto, líquido y exigible
 - b. La obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, (artículo 1414 bis 7, del Código de Comercio).
- II. Requisitos: Es indispensable que el crédito:
 - a. Conste en documento público o en escrito privado, según corresponda
 - b. Que sea exigible de acuerdo con lo pactado o conforme a la ley (artículos 365, 407 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 1414 bis 7 del Código de Comercio)
- III. Demanda: A ésta, debe acompañarse el contrato respectivo y la determinación del saldo (Artículo 1414 bis 8 del Código de Comercio) o la certificación del saldo, si se trata de una institución de crédito.
- IV. Admisión: Bajo su responsabilidad el juez la admite y dicta auto con efectos de mandamiento en forma para requerirle al deudor el pago y de no hacerlo, la entrega de la posesión material al actor, deviniendo éste en depositario judicial, con deber de informar al juez el lugar donde permanecerán los bienes. La excepción a esta regla, se da en el caso de que la garantía sea la casa-habitación del demandado, pues quedará éste como depositario, este último obviamente sólo en tratándose de fideicomiso de garantía. Artículo 1414bis 8 , y bis 9 del Código de Comercio).
- V. Emplazamiento. En el mismo auto en que se requiera al deudor de pago, (diligencia que por cierto no puede ser suspendida por ningún motivo), el juez lo emplazará a juicio, en caso de que no pague o no entregue la posesión material, apercibiéndolo de multa de tres o cuatrocientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal de acuerdo con el valor de la garantía reclamada. Artículo 1414 bis 8 y bis 9 del código de comercio).

⁹ ITURBIDE GALINDO ADRIÁN, "Las nuevas garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1° Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p.p 101- 136.*

- VI. Contestación: El deudor cinco días para contestar la demanda y oponer excepciones Artículo 1414 bis 8 y bis 9 Código de Comercio.
- VII. Medios de apremio. Para que el deudor entregue la posesión de los bienes el juez puede recurrir al auxilio de la fuerza pública o al arresto hasta por 36 horas. Artículo 1414 bis 9 Código Comercio.
- VIII. Excepciones. El demandado puede oponer las que su derecho convenga y:
 - a. Se acreditan con prueba documental salvo las que por su naturaleza requieran pruebas distinta
 - b. Si se opone la falta de personalidad, el juez concederá un plazo no mayor de diez días para que se subsanen los defectos del documento presentado Artículo 1414 bis 10, Código de Comercio; si no se subsanan los defectos del documento presentado por el actor, el juez sobreseerá el juicio, si no se subsanaren los del documento del demandado el juicio se seguirá en rebeldía
 - c. Si se opone la excepción de que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundada en la falsedad del mismo documento, se declararán improcedentes al dictarse la sentencia en dos casos:
 - c.1) Si el deudor realizó pagos parciales
 - c.2) Si el deudor ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito.Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de la excepción resulte por diversa causa.
 - d. Si se opone la de litispendencia sólo se admitirá si se exhibe con La contestación copia sellada de la demanda y la contestación a ésta o cédulas de emplazamiento del juicio pendiente.
 - e. Si opone la excepción de improcedencia por error en la vía, el Juez prevendrá al actor para que en tres días la corrija.
El juez revisará la contestación y desechará de plano las excepciones notoriamente improcedentes y de las que no se ofrezca prueba documental, o las pruebas directamente pertinentes a acreditarlas (Artículo 1414bis 10 y bis 20 del código de comercio.
- IX. Allanamiento: Si el demandado se allana a la demanda pasa a sentencia definitiva. Artículo 1414bis 11 del Código de Comercio.
- X. Pruebas: En la demanda y en la contestación se ofrecen las pruebas que no deben ser contra la moral o el derecho o referirse a hechos imposibles, notoriamente inverosímiles o no controvertidos por las partes, pues el juez las desecharía de plano. Su preparación quedará a

cargo de las partes, quienes deberán presentar a sus testigos, peritos, documentos públicos y privados, pliego de posiciones y demás pruebas que les hayan sido admitidas Artículo 1414bis 11, bis 12, bis 13, bis 14 y bis 15 del Código de Comercio. Es importante destacar que el demandado aun cuando no hubiere contestado en tiempo la demanda, tendrá en todo tiempo el derecho de ofrecer pruebas, hasta antes de que se dicte la sentencia correspondiente y por una sola vez.

- XI. Auto que da por contestada la demanda. En éste el juez resuelve sobre la admisión o desechamiento de pruebas, dándole vista al actor con las excepciones opuestas por el demandado por el término de 3 días y señala fecha para la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, dentro de los diez días siguientes. Artículo 1414 bis 14 del Código de Comercio.
- XII. Audiencia de pruebas, alegatos y sentencia. El juez la preside, ordenando el desahogo de las pruebas admitidas, se reciben los alegatos por escrito o verbalmente y se dicta sentencia apelable únicamente en el efecto devolutivo. Artículo 1414 bis 14, bis 16 y bis 20 Código de Comercio.
- XIII. Valor de los bienes: Dictada la sentencia, si el valor de los bienes es menor o igual al monto del adeudo condenado, queda liquidado el crédito y el acreedor o el fiduciario puede disponer libremente de los bienes objeto de la garantía, lo que constituye un pacto comisorio lícito.
- En el caso de que el valor de los bienes sea mayor, se procederá a la venta judicial de los bienes y a elección del acreedor o fiduciario, se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o ante fedatario público, el remanente después de deducido el crédito, los intereses y los gastos generados por la venta deberán entregarse por el acreedor al deudor. Artículo 1414 bis 17 del código comercio.
- XIV. Venta: la venta de los bienes debe observarse el siguiente procedimiento:
- a) Notificación personal al deudor del día y hora en que se efectuará la venta, con cinco días de anticipación
 - b) Publicación de un aviso de venta o edicto en un periódico de la localidad con anticipación de 5 días hábiles, describiendo los bienes y el precio de venta, fechas para las ofertas sucesivas, pues cada semana se rebajará el 10% hasta que el valor de los bienes sea menor o igual al monto adeudado condenado, que será cuando el acreedor

pueda optar por adquirir la propiedad plena o por realizar a su costa nuevas publicaciones relativas a la venta.

c) Realizada la venta el remanente después de cubierto lo adeudado, intereses y gastos generados, se entregará al deudor, en efectivo, cheque de caja o billete de depósito a su favor, a través de fedatario, Artículo 1414 bis 17 del código de comercio.

XV. Protección del deudor: Consta de dos hipótesis:

a) Si la parte actora no devuelve al deudor el remanente en un plazo no mayor de 5 días, el juez lo apercibirá con las medidas de apremio y le ordenará el pago de una pena equivalente a 100 y hasta 3, 000 veces el Salario Mínimo Diario General Vigente en el Distrito Federal, por días transcurridos y mientras dure el incumplimiento.

b) El acreedor o fiduciario cubrirá durante el incumplimiento una tasa de interés equivalente al Costo de Captación a plazo de pasivos denominado en Moneda Nacional (C.C.P) que mensualmente da a conocer el Banco de México. Artículo 1414 bis 18 y bis 19 del Código de Comercio.

XVI. Recursos y reglas: Consisten en los siguientes:

a) Apelación sólo en el efecto devolutivo,

b) No se admiten incidentes

c) No puede suspenderse el procedimiento salvo en caso que se hayan desechado todas las excepciones notoriamente improcedentes o aquellas de las que no se presente prueba documental u otras pertinentes. Artículo 1414 bis 10 y bis 20 del Código de Comercio.

Diferente es el caso del concurso o quiebra del deudor en que pueden ejecutarse los bienes objeto de la prenda sin transmisión de posesión por el acreedor prendario, mediante la acción correspondiente ante el juez Concursal, pues si hubiere oposición, el litigio deberá resolverse precisamente por la vía incidental. Artículo 351 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo, es importante señalar que en el procedimiento judicial que se ventile, serán aplicables en todo lo no previsto en el Capítulo respectivo, las

disposiciones referentes a los Juicios Ejecutivos establecidos en el Título Tercero del Libro V del Código de Comercio.

CONCLUSIONES

1.- El fideicomiso es una figura jurídica aparentemente moderna, toda vez que sus raíces se remontan a la antigua Roma, donde era utilizado con el fin de encomendar determinado acto en atención a la buena fe y lealtad de la persona que lo realizaría. Por otra parte, dicha figura ocupa actualmente un lugar en la mayoría de las legislaciones de los países, cuya fuente del Derecho corresponde a la rama Anglosajona y Románica, ya que funge como un instrumento ideal para la realización de actos donde intervenga el Estado o los particulares.

2.- El primer antecedente del Fideicomiso en México fue en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, donde el legislador de aquel tiempo encuentra influencia en el instrumento denominado *Trust* Anglosajón, el cual además de ayudar en su creación dentro de nuestro país, proyectó su existencia en varios países del Centro y Sur de América.

Cabe señalar que uno de los elementos que guarda en común el fideicomiso mexicano actualmente con la figura Anglosajona, es la obligación moral para su cumplimiento, ya que el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece expresamente la obligación de la institución Fiduciaria de obrar como buen padre de familia; entendiéndose con esto, una conducta sana en el desempeño de su cargo con apego a los fines pactados en el fideicomiso, tratando siempre de guardar imparcialidad, lealtad y buena fe en su cometido.

3.-Es de explorado derecho que el Poder Legislativo Federal es el único facultado para legislar en materia de comercio de acuerdo a lo establecido en los artículos 73 Fracción X y 124 de nuestra Carta Magna, en específico del Fideicomiso que de acuerdo al artículo 75 Fracción XXIV del Código de Comercio se considera un acto de comercio, por tanto el posible avance o detrimento que exista en materia de esta figura será como consecuencia de la creación de leyes que busquen un mejor posicionamiento y aplicación de este instrumento no solo en el ámbito mercantil sino en otras ramas del derecho.

Asimismo, es imperativa la necesidad de continuar con un desarrollo conjunto, tanto del fideicomiso como de un sistema adecuado de garantías, con el fin de dotar con mayor seguridad a los actos jurídicos. Donde la solución posible no es la creación de nuevas garantías, sino el adecuamiento real y congruente de los instrumentos establecidos en nuestra ley para tal efecto. Por tanto y como apoyo a los esfuerzos hechos por los diversos investigadores, abogados y estudiosos del derecho, es menester de nuestro Congreso de la Unión contar con un conocimiento más completo sobre la materia que se pretende legislar, evitando así la creación de leyes que obstaculicen y que generen confusión en el funcionamiento del fideicomiso.

4.-Como fin principal y estímulo para el incremento de actividades comerciales y de inversión en nuestro país, es importante legislar y perfeccionar los medios de garantía existentes en nuestra legislación, con el fin de adecuar su funcionamiento a la vida jurídica de nuestro país, buscando una certeza y celeridad en la ejecución de las propias garantías.

Actualmente, en nuestra legislación se contienen una serie de contratos de garantía que sirven para asegurar el cumplimiento de una obligación determinada; clasificándose en garantías personales y garantías reales. Dichos medios de garantía atienden al principio de la voluntad de las partes, donde no existe restricción alguna para su creación, salvo los limitantes expresos que marque la ley, asimismo y en analogía a la tesis de *números apertus* o números abiertos sobre la creación de derechos reales, la creación de garantías reales en el Derecho Mexicano, es posible debido a la postura antes mencionada y a lo que establece el artículo 3042 Fracción I del Código Civil Federal.

Cabe señalar, que la prenda general tácita del deudor sigue siendo el medio original para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, existiendo diversas acciones para hacer efectivo el cumplimiento forzoso de ellas o la nulidad de los actos que pretendan restar su eficacia, como son la Pauliana u Oblicua, aunque en la práctica existan grandes inconvenientes para hacerla efectiva.

5.-Los principios básicos de un sistema de garantías mobiliarias moderno, suponen la necesidad de contar en el derecho positivo de un procedimiento de ejecución ágil, efectivo que permita al acreedor tomar posesión y ejecutar los bienes afectos a la garantía, y por último que el eje del sistema descansa en un medio de publicidad basado en la inscripción del gravamen por medio de un registro ordenado por el nombre del deudor.

La importancia de dichas garantías estriba en que llevan a la consecución de un fin, con independencia de la insolvencia del deudor y que los bienes que se afectan para ese fin, guardan una calidad distinta y exclusivamente respecto del acreedor con el fin de ejecutar y cobrarse con ellos la deuda contraída.

No obstante, dichos medios de garantía han sido de alguna forma imperfectos, ante la necesidad de ejecutarlos forzosamente debido al incumplimiento de la persona obligada, debido a las maniobras poco éticas del obligado con el propósito de evadir su cumplimiento o como consecuencia de una rígida Función Jurisdiccional poco eficaz y ceñida a un proceso lento y atestado de obstáculos para la ejecución de dicha garantía.

6.- El fideicomiso ha sido objeto de estudio para varios tratadistas, generando diversas vertientes para definir y analizar a esta compleja figura, así pues existen varias perspectivas para contemplar la naturaleza jurídica del mismo, la cual ha sufrido cambios desde su aparición en nuestra legislación hasta el día de hoy, y posiblemente siga teniéndolos, debido a las nuevas corrientes pensamiento que colman nuestra doctrina y legislación.

Para efectos del presente trabajo, y en estricta observancia a la legislación vigente en este momento, la naturaleza jurídica del fideicomiso es contractual, siendo este un negocio jurídico. Dichos conceptos no son antagónicos el uno del otro, sino que ellos abarcan perfectamente su creación y fines en el mundo jurídico, al verificarse su existencia con la aceptación del cargo por parte de la Institución Fiduciaria y desplazarse dicha figura en la autonomía de la voluntad

privada con el propósito de regular los intereses propios en un marco donde el fin que se persiga sea lícito, posible y determinado.

7.- El fideicomiso es un negocio jurídico debido al lugar que ocupa la autonomía de la voluntad privada, por su amplia esfera y libertad para convenir todo tipo de derechos y obligaciones para la creación del mismo, en consecuencia entendamos al mismo como el contrato por el cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes que destinan a un fin lícito determinado.

Asimismo, la mercantilidad del fideicomiso se desprende de su denominación legal directa, la cual regula tanto a los sujetos que intervienen y los bienes a los que se afecta, en el título II del Capítulo V, Sección I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en relación al artículo 2ª de la misma ley.

Por ende, es un instrumento versátil que contiene un abanico de posibilidades para su aplicación, una de ellas es el de fungir como garantía de una o varias obligaciones, y su propósito es facilitar la ejecución de los bienes que el deudor afecte con el propósito de cumplir el fin mismo del fideicomiso. Actualmente y por reformas recientes, existe una Sección especial en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para regular al fideicomiso de garantía.

8.- Los elementos que deben de coincidir para la creación del fideicomiso son el fideicomitente y la institución Fiduciaria, aunque posteriormente sea designado el fideicomisario; la calidad de cada una de las partes puede coincidir en la posición de cada uno de los sujetos que intervienen, reuniendo en el algunos casos dos calidades distintas. Por otro lado, El elemento real del fideicomiso consistente en el patrimonio que se afecta con el fin de realizar un fin lícito determinado ha sido materia de estudio por parte de nuestros doctrinarios, entendiéndose al patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero y que se aportan al fiduciario formando una universalidad de Hecho o de Derecho, o en todo caso de ambos respecto de sus bienes con el fin de responder para los fines individuales determinados en el propio fideicomiso.

En opinión del suscrito no existe conflicto de intereses en la coincidencia del carácter de Fiduciario y Fideicomisario en un mismo sujeto, siempre y cuando se designe una institución Fiduciaria sustituta para el caso de que se verifique la ejecución forzosa del mismo. Ya que, la imparcialidad, lealtad y buena fe deben ser atributos para toda encomienda fiduciaria, máxime que el artículo 382 último párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla la posibilidad de convenir términos y condiciones para dirimir dichos conflictos.

9.- Hablar de la situación de los bienes fideicomitados nos acerca en forma considerable al tema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, siendo el criterio actual la transmisión de los bienes afectos a la fiduciaria en una propiedad

restringida o propiedad fiduciaria, el cual encuentra sustento en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que fue reformada recientemente.

En este orden de ideas, y en atención a la ley vigente, en el fideicomiso existe la transmisión de la propiedad a la Institución Fiduciaria como lo establece el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, donde el destino de los bienes afectados va ligado con el desempeño de la Institución Fiduciaria, buscando con dicha transmisión una mayor libertad para cumplir cabalmente dichos fines.

Para entender fácilmente dicha transmisión es necesario tomar en cuenta el derecho de reversión que tiene el fideicomitente en caso de que se haya cumplido con el fin para el cual fue creado, lo que implica precisamente la salida de dichos bienes al patrimonio de este último.

Sin perjuicio de lo anterior y en lo relativo a la materia Fiscal, existe un tratamiento especial y favorable a la transmisión de la propiedad existente en el Fideicomiso, con el fin de no privar a dicha figura de su utilidad debido a posibles erogaciones fiscales derivadas de su celebración, donde el Código Fiscal de la Federación a manera de unificar en las leyes secundarias los impuestos generados por la celebración del mismo, se limita a indicar simplemente los supuestos en los cuales se considera enajenable el bien fideicomitado para efectos fiscales, evitando así un desuso de tal figura por interrumpir sus fines prácticos al gravar doblemente la transmisión del patrimonio que se afecta; cabe señalar, que en todos los supuestos en que el fideicomiso se constituye para la transmisión de la

propiedad fiduciaria así como la cesión o transmisión en general de los derechos del fideicomisario corresponde en la ejecución gravar dicha transmisión.

10.-Las reformas que en materia de crédito ha tenido la legislación mexicana pretenden fortalecer las garantías, expresamente las de prenda sin transmisión de la posesión y el fideicomiso en garantía, mediante un procedimiento de realización de los bienes muebles e inmuebles que aseguren al deudor, tanto su derecho de defensa como la conservación del valor de los bienes transmitidos en garantía, así como asegurar al beneficiario cobrar su crédito en una forma rápida, y extrajudicial

11.-Anteriormente, el fideicomiso tenía una naturaleza de acto unilateral hasta el año del 2003, siendo superada tal situación al añadir como elemento de existencia para su creación, la aceptación de la Institución Fiduciaria.

Consecuentemente, es válido considerar como elemento necesario para la extinción del fideicomiso, la voluntad del fiduciario, como lo prevén las reformas recientes al artículo 392 Fracción V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual establece como requisito para la celebración del posible convenio que lo extinga, el acuerdo de voluntades del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Para entender dicha participación de la voluntad de la fiduciaria en la extinción del fideicomiso, debemos atender a lo que establece el artículo 1797 del

Código Civil Federal, el cual señala que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, por ende, y siendo el fideicomiso de garantía un contrato accesorio a una obligación principal, donde la fiduciaria tiene una actuación limitada a los fines del fideicomiso, y su voluntad solo sirvió para la creación del mismo, más no así de la obligación principal, debe considerarse únicamente la voluntad de la fiduciaria para la extinción del fideicomiso, ya que al no atender la misma, sería contrario a lo consagrado por el artículo antes mencionado, máxime que se vulneraría algún derecho a favor del fiduciario para oponerse a la extinción del fideicomiso por medio de convenio.

12.- El fideicomiso de garantía se define como el contrato accesorio que se constituye con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación determinada y su preferencia en el pago, donde existe la posibilidad de hacer efectiva dicha garantía mediante un procedimiento de ejecución extrajudicial o judicial previsto expresamente en nuestra legislación.

En la modalidad de Garantía, el fideicomiso establece la posibilidad de garantizar obligaciones sucesivas del deudor, entendiéndose estas en sus distintas modalidades, lo que representa una ventaja, en virtud de que se simplifican los actos jurídicos, al no ser necesario constituir un fideicomiso por cada acreedor, donde el fideicomitente-deudor puede detentar la posesión del bien inmueble fideicomitado para sacar el mayor provecho necesario con su uso y disfrute, sin privarlo de posibles ganancias que obtenga por su utilización.

Cabe destacar dos ventajas evidentes que reporta el fideicomiso de garantía sobre las demás garantías; donde la primera se desprende de su constitución, ya que la afectación de los bienes, cuya propiedad se transmite a la fiduciaria con el objetivo de cumplir ciertos fines, no esta sujeta a ningún otro gravamen que no este expresamente reconocido por las partes, ni tampoco guarda prelación alguna para el pago de la deuda en caso de ejecución ; y la otra, se desprende de la ley, estableciendo la obligación de vigilar el desempeño y funcionamiento de las instituciones de Crédito facultadas para actuar como fiduciarias, por parte de las autoridades facultadas para ello, como son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, , la cual confieren seguridad en su desarrollo y utilización de dicho instrumento.

13.- Es válido pactar un procedimiento de ejecución en materia mercantil, atendiendo a la libre voluntad de las partes, el cual dirimirá las posibles controversias que se susciten, sin necesidad de acudir algún órgano jurisdiccional, y promoviendo su celeridad y eficacia para el cumplimiento de las mismas.

Para que el procedimiento convencional de ejecución en materia mercantil sea válido debe ajustarse a lo dispuesto por los artículos 1052 y 1053 del Código de Comercio, otorgándole a las partes esa celeridad que necesitan las relaciones comerciales para resolver cualquier contingencia en el cumplimiento de las obligaciones.

En el fideicomiso de garantía, atendiendo al artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, se concede la posibilidad de suplir la falta de un procedimiento convencional pactado expresamente por las partes, donde la ley establece mecanismos de ejecución expresos y que se encuentran regulados en el Título Tercero Bis, Capítulos I y II del Código de Comercio.

14.-El Procedimiento de ejecución fiduciaria extrajudicial no vulnera de forma alguna la garantía de legalidad e impartición de Justicia en agravio del fideicomitente, en virtud de que dicho procedimiento fue pactado por las partes durante la creación del instrumento y en observancia a las leyes que para tal efecto lo regulan.

En ningún caso la institución Fiduciaria actúa como autoridad, en virtud de que solamente cumple los fines para los cuales fue creado el fideicomiso y carece de potestad o facultades de imperio.

En este orden de ideas, el procedimiento de ejecución extrajudicial en el fideicomiso de garantía se revela ante nosotros como una forma evolucionada para la solución de la conflictiva social, donde no se puede ubicar dentro de la Forma de solución de conflictos denominada como heterocomposición, en virtud de que solamente es el cumplimiento de una obligación a cargo de un sujeto facultado para ello, donde previamente se pacto dicha circunstancia.

El procedimiento de ejecución extrajudicial podemos ubicarlo dentro de las formas de la Autocomposición debido a que las partes que intervienen en él, propiamente realizan una transacción al momento de constituir el fideicomiso de garantía con el fin de prever posibles conflictos en su incumplimiento, dotando así de una celeridad en la recuperación de la obligación principal.

15.-El procedimiento judicial de ejecución del fideicomiso de Garantía podemos entenderlo como aquel conflicto de intereses que se ventila ante el Juez y que contiene las formalidades esenciales del procedimiento; además de que se encuentra expresamente establecido en el Título Tercero Bis, Capítulo II del Código de Comercio. Dicho procedimiento judicial tiene reglas propias, pero en todas las situaciones no previstas en dicho Capítulo son aplicables las disposiciones establecidas para los Juicios Ejecutivos.

16.-Debido a las ventajas evidentes con las que contaba anteriormente a las reformas del 2000 y 2003 el fideicomiso de garantía, como son la venta de los bienes fideicomitados, sin necesidad de juicio previo ni de autorización judicial con el fin de hacer pago de las obligaciones contraídas, hacían de él un instrumento seguro y expedito para la celebración de distintos negocios.

Con las reformas y adiciones efectuadas recientemente al Código de Comercio, se hizo aún más oscura la aplicación del fideicomiso de garantía ya que dicho ordenamiento, establece que la venta de los bienes sólo puede llevarse ahora a cabo hasta que se entregue la posesión de los bienes por el deudor, pero al no verificarse esta, se deberá acudir a un procedimiento judicial en el que se le

demande, no sólo la entrega del bien fideicomitado, sino también el pago del crédito.

Como se observa de lo anterior, las Reformas hechas al Código de Comercio cortaron cualquier ventaja posible en su ejecución, obligando al acreedor y la Institución Fiduciaria a ejercitar dos acciones legales distintas entre sí, como es la reivindicación y el cobro del crédito, en caso de que se agote el Procedimiento Extrajudicial con la negativa de entregar los bienes por parte del fideicomitente, acarreando un entorpecimiento de la ejecución forzosa, en virtud de que en el Procedimiento Judicial se estaría dirimiendo la validez del crédito y por otra la entrega de los bienes fideicomitados a la Institución fiduciaria, quien es propietaria de los mismos. En este orden, para iniciar el procedimiento judicial y obtener así el pago del crédito garantizado debe iniciarse con un litisconsorcio activo, donde actúen conjuntamente la fiduciaria y el acreedor-fideicomisario.

Esta desventaja se traduce en la obligación del fiduciario o fideicomisario-acreedor ha concluir el procedimiento extrajudicial si sobrevienen alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 1414 Bis-2 del Código de Comercio, privando la prontitud en la recuperación del crédito garantizado por medio de este procedimiento convencional, concluyendo este en entablar un procedimiento judicial para la recuperación del mismo.

PROPUESTA

Para plantear una posible solución en la cual se encuentre un equilibrio entre la celeridad para hacer efectiva la garantía en el fideicomiso que tenga dicho fin y la oposición y defensa de los derechos por parte del deudor; primeramente hay que partir del hecho de que los Órganos Jurisdiccionales son la instancia final a agotar para solucionar los conflictos y diferencias que existan entre todo tipo de personas, es entonces que la función judicial debe ser lo suficientemente capaz y accesible para atender sobre el conocimiento de controversias que exigen mayor flexibilidad y simplificación de los tiempos judiciales, a fin de encontrar un mecanismo judicial adecuado para la ejecución expedita de dicha garantía sin vulnerar cualquier derecho que le asista al deudor.

Por tanto, la actividad conjunta entre el órgano legislativo en la regulación de leyes existentes que regulen al fideicomiso de garantía, así como la actividad jurisdiccional en el caso de llegar a la ejecución del mismo, complementan un marco de legalidad que contribuiría al desarrollo social como jurídico de nuestro país.

En esta tesitura y como adición a lo anterior, la solución posible sería establecer un procedimiento sumario, que fuera lo suficientemente expedito y ágil con el fin de efectuar la entrega de los bienes fideicomitidos a la fiduciaria, en caso de existir negativa por parte del fideicomitente para la entrega de los bienes afectados por el fideicomiso, donde dicho procedimiento contemplara medios de coerción idóneos, para dicho cumplimiento, sin necesidad de dirimirse la

legitimidad del cobro del crédito, salvo que fuera el deudor el que demandara dicha acción, donde en ese caso se ceñiría respecto del Procedimiento contemplado actualmente en el Código de Comercio.

Dicho procedimiento sumario iniciaría con la interpelación judicial en un litisconsorcio activo conformado por la Institución Fiduciaria y el Fideicomisario-acreedor, donde dicha acción se sustentaría en el contrato donde se constituyó el Fideicomiso y solo buscaría la reivindicación de los bienes afectos al mismo, cuyo fin último sería la venta y pago del crédito garantizado, así mismo y al admitir la demanda el Juez acordará sobre las pruebas ofrecidas por el actor y ordenará las medidas necesarias para garantizar la entrega pronta de los bienes fideicomitados al fiduciario, quien recibirá los mismos como depositario en esa diligencia, dichas medidas podrían ser el auxilio de la fuerza pública, arresto hasta por 36 horas en caso de oposición, etc., dichas providencias pueden ser respaldadas por un oficio al Registro Público de la Propiedad de la entidad(en caso de tratarse de bienes inmuebles) donde se inscribiría la demanda respectiva a fin de cerrar el registro. El demandado únicamente podrá hacer valer las excepciones respecto a los bienes afectos del fideicomiso, y no respecto al crédito garantizado, en virtud de no ser materia del juicio. La etapa probatoria se conformará por una sola audiencia de desahogo y posteriormente se dictará la sentencia al respecto, donde en caso de ser procedente se pondrá en posesión de los bienes a la fiduciria a fin de que cumpla con el fin encomendado en el fideicomiso, dejando a salvo los derechos del Fideicomitente-deudor respecto de la obligación garantizada.

La celeridad en la entrega de los bienes afectados en el fideicomiso a la propietaria, facilitaría la ejecución forzosa sobre dichos bienes, obteniendo así el pago del crédito garantizado en menor tiempo a comparación de la duración de una Instancia Judicial que culminaría en lo mismo, la venta forzosa de los bienes para hacer el pago respectivo.

ÍNDICE DE TEXTOS CONSULTADOS

I. BIBLIOGRAFÍA

II. HEMEROGRAFÍA

III. ORDENAMIENTOS CONSULTADOS

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO MIGUEL, ALMAZAN ALANIZ ROBERTO, Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, 4º Edición, Editorial Porrúa, México 2002.

ALEGRIA HECTOR, El Aval, 3ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires 1999.

ALESSIO ROBLES MIGUEL, Temas de Derechos Reales, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004.

ARCE GARGOLLO JAVIER, Contratos Mercantiles Atípicos, 10º Edición, Editorial Porrúa, México 2004.

BARRERA GRAF JORGE, Estudios de Derecho Mercantil Editorial Porrúa, México 1958.

BARRERA GRAF JORGE, Instituciones de Derecho Mercantil, 3º Reimpresión, Editorial Porrúa, México 1999.

BATIZA RODOLFO, El Fideicomiso Teoría y Práctica, 8º Edición, Editorial Ius, México 2001.

BATIZA RODOLFO, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Editorial Porrúa, México 1977.

BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, 17º Edición, Editorial Porrúa, México 2000.

CASTRILLÓN Y LUNA VÍCTOR M., Contratos Mercantiles, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002.

CASTRILLÓN Y LUNA VÍCTOR M., Derecho Procesal Mercantil, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004.

CERVANTES AHUMADA RAÚL, Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Herrero, 2000.

DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Títulos y Operaciones de Crédito, 3º Edición, Editorial Oxford, México 2001.

DÁVALOS MEJÍA CARLOS FELIPE, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, Tomo II de Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 2º Edición, Editorial Oxford, México 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Derecho Civil (Parte General Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez), 8º Edición, Editorial Porrúa, México 2000.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, El Fideicomiso, 10º Edición, Editorial Porrúa, México 2004.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO, Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano, 3º Edición, Editorial Porrúa, México 2000.

GÓMEZ GORDOA JOSÉ, Títulos de Crédito, 7º Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

GUASTAVINO ELIAS P., La Propiedad Participada y sus Fideicomisos, Editorial La Rocca, Buenos Aires 1994.

HAYZUS JORGE ROBERTO, Fideicomiso, Editorial Astrea, Buenos Aires 2000.

IBARROLA ANTONIO, Cosas y Sucesiones, 14º Edición, Editorial Porrúa, México 2004.

KIPER CLAUDIO M. y LISOPRAWSKI SILVIO V., Teoría y Práctica del Fideicomiso, Editorial de Palma, Buenos Aires 1999.

KRIEGER EMILIO, Manual del Fideicomiso Mexicano, 1º Edición, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A, México 1976.

LEÓN TOVAR SOYLA H., Contratos Mercantiles, 1º Edición, Editorial Oxford, México, 2003.

LEPAULLE PIERRE GEORGES, Tratado Teórico y Práctico de los Trusts, Editorial Porrúa, México 1975.

MALAGÓN JAIME F., Fideicomiso y Concesión, Editorial Porrúa, México 2002.

MALUMIAN NICOLÁS, DIPLOTTI ADRIÁN G. y GUTIÉRREZ PABLO, Fideicomiso y Securitización, Fondo Editorial de Derecho y Economía la ley, Argentina 2001.

MANTILLA MOLINA ROBERTO, Derecho Mercantil, 10° Reimpresión, Editorial Porrúa, México 2003.

ORTIZ SOLTERO SERGIO MONSERIT, El Fideicomiso Mexicano, 2° Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

ORTIZ URQUIDI RAÚL, Derecho Civil, Parte General, 3° Edición, Editorial Porrúa, México 1986.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO BERNARDO, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México 2000.

ROALANDINI JESÚS, Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México, 1° Edición, Ediciones Espejo de Obsidiana Grupo Financiero Bancomer, México 1997.

ROALANDINI JESÚS, -El Fideicomiso Mexicano, Retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio 1° Edición, Editado por Bancomer, S. A., Institución de Banca Múltiple, México 1998.

ROBLEDO VILLAR ANTONIO, La Subasta Judicial, Centro de Estudios de Derecho, Económico y Ciencias Sociales, 1° Edición, Barcelona 1998.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, Derecho Mercantil, 25° Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, De los Contratos Civiles, 18° Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

SOTO SOBREYRA Y SILVA IGNACIO, Créditos Refaccionarios y de Habilitación o Avío, 1º Edición, Editorial Porrúa, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, México 2001.

VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, Doctrina General del Fideicomiso, 4º Edición, Editorial Porrúa, México 2003.

ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ÁNGEL, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 2000.

HEMEROGRAFÍA

ARCE GARGOLLO JAVIER, "PRENDA SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN", *Revista de Derecho Notarial, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.*, Año XLI, Número 115, Julio del 2000. México, Distrito Federal, p. p. 255.

ARCE GARGOLLO JAVIER, "Fiducia y Trust", *Revista de Derecho Notarial, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.*, Tomo II, Año XLIII, Número 117, Noviembre del 2002. México, Distrito Federal.

ARCE GARGOLLO JAVIER (Coordinador Internacional) y ZUBIRÍA MAQUEO EMILIANO (Coordinador en México), "Las Modernas Técnicas Jurídicas en materia de Garantías y la Práctica Notarial", "Leasing", "Trust", "Hipoteca Inmobiliaria", "Reserva de Dominio", *XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín Alemania de Mayo 28 a Junio 3 de 1995, ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.*, Editorial Aldina, México 1995 p.p. 55-120.

BAZÚA WITTE ALBERTO, "La Hipoteca Industrial", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1º Edición, Editorial Porrúa*, México 2001. p.p 55-70.

BELTRÁN SANTANA F. ALFREDO, "Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso de Garantía", *Revista Escrivá, REVISTA DEL COLEGIO DE NOTARIOS DEL ESTADO DE MÉXICO*, Año 4, Número 7, Otoño de 2001, Estado de México. p.p. 81.

CÁRDENAS VILLAREAL HÉCTOR M., "El Derecho de Propiedad en los Bienes Fideicomitidos y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2º Edición, Editorial McGraw-Hill*, México 2001. p.p 217-240.

CUÉTARA CANALE ROBERTO, "Algunas consideraciones entorno a la Prenda sin transmisión de posesión", *Revista El Foro, ÓRGANO DE LA BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A. C.*, Décimo Tercera Época, Tomo XVII, Número1, Primer Semestre 2004, México, Distrito Federal., p.p.131.

DROBNIG ULRICH, "Presente y Futuro de las Garantías reales y personales. Informe General*", *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, núm 1 Enero-Junio 2004,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art4.pdf>

ITURBIDE GALINDO ADRIÁN, "Las nuevas garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el Fideicomiso de Garantía", *Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal 3, 1º Edición, Editorial Porrúa, México, 2001. p.p 101- 136.*

KOZOLCHYK BORIS, "Algunos Aspectos Importantes del Derecho Norteamericano", *Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Distrito Federal, Junio de 1995.*

QUINTANA ADRIANO ARCELIA, "La Quiebra de la Banca y la Regulación de las Garantías en México", *Revista del Derecho Privado*, num. 4 Enero-Abril2003,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/leg/leg9.htm>

SUAYFETA OZAETA JUAN, "Las Reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Nuevo e Irresponsable atentado a la institución jurídica del fideicomiso", *Revista del Derecho Privado*, num. 2 Mayo-Agosto 2002,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/2/leg/leg7.htm>

SUAYFETA OZAETA JUAN, "Reformas vs. Reformas. hacia una restauración del fideicomiso", *Revista del Derecho Privado*, num. 4 Enero-Abril 2003,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/dtr/dtr4.htm>

SUAYFETA OZAETA. JUAN, "La Institución Jurídica del Fideicomiso en caída libre. en proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan", *Revista del Derecho Privado*, num. 6 Septiembre-Diciembre 2003,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/6/dtr/dtr4.htm>

SUAYFETA OZAETA JUAN, "La Nueva Normatividad Fiduciaria. un paso más hacia el Caos", *Revista del Derecho Privado*, num. 8 Mayo-Agosto 2004,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr5.htm>

TOLEDO CABRERA CARLOS EDUARDO, "La Hipoteca Aeronáutica", *Revista Facultad de Derecho*, num. 9 Junio, 1992,
Mérida, Yucatán, México, p.p. 33-36.

LEYES Y CODIGOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código de Comercio

Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

México, 2006.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

México, 2006.

Ley de Instituciones de Crédito

Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

México, 2006.

Ley de Navegación

Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

México, 2006.

Código Civil para el Distrito Federal

Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

México, 2006.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

México, 2006.

TESÍS AISLADAS Y JURISPRUDENCIAS

IUS 2005, Junio de 1917- Junio del 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.