



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ARAGÓN"

**"ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE REFORMA DE LA
REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN
LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE
CRÉDITO. "**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSÉ ALBERTO SANTIAGO VARGAS.

**ASESOR:
LIC. ANTONIO LUNA CABALLERO.**



BOSQUES DE ARAGÓN, EDO. DE MEXICO 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS: Por dejarme existir y darme fuerzas día a día, para salir adelante.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, máxima casa de estudios:

Por darme la oportunidad de ser universitario durante toda mi trayectoria como estudiante, desde el Colegio de Ciencias y Humanidades Plantel Sur.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón:

Por formarme como profesionista, orgullosamente egresado de esta facultad.

A mis padres, Reyna Josefina Vargas Garin y Santiago Santiago Juárez:

Por su apoyo, consejos e interminable cariño. Los quiero muchos papas.

A mis hermanos, Fernando y Jorge;

Por su apoyo y paciencia, y sobre todo por sus conocimientos que han aportado a mi vida.

A mi asesor, el Lic. Antonio Luna Caballero:

Gracias, por aceptar dirigirme este trabajo de investigación, por las aportaciones, los comentarios, y por obsequiarme tiempo en la realización de este trabajo.

Al Lic. Francisco Javier Nava Tello, Subdirector Jurídico de lo Contencioso de Nacional Financiera, S.N.C:

Dándome la oportunidad de pertenecer a su equipo de trabajo, e impulsar mi titulación.

A la Lic. Patricia Lilia León González, Experto Jurídico de Nacional Financiera, S.N.C;

Por creer en mí, y motivar la conclusión de este trabajo.

A mi gran amigo Luis Román Campuzano Ortiz:

Por acompañarme a lo largo de mi vida, por todos los buenos tiempos y los que seguiremos pasando juntos.

A mi amiga Melina González González:

Por estar a mi lado en la última etapa de mi carrera, apoyándome en las decisiones que he tomado.

Al Lic. Ernesto Vera y a la Lic. Consuelo Aldana:

Por ser estupendos compañeros de trabajo, induciéndome a ser mejor profesionalista.

ÍNDICE

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

CAPITULO I ANTECEDENTES.

1.1 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.....	3
1.1.1 FIDEICOMISSIUM.....	4
1.1.2 FIDUCIA O PACTUM FIDUCIAE.....	7
1.2 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMÁNICO.....	10
1.2.1 PRENDA INMOBILIARIA.....	10
1.2.2 MANUSFIDELIS.....	10
1.2.3 SALMA O TREUHAND.....	11
1.3 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLES.....	12
1.3.1 USE.....	12
1.3.2 TRUST.....	16
1.4 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.....	19
1.4.1 LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.....	22
1.4.2 LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO Y LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.....	23
1.4.3 LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO DE 1932.....	25
1.4.4. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.	26
1.4.5 LEYES REGLAMENTARIAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO, DEL 14 DE ENERO DE 1985 Y DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DEL 18 DE JULIO DE 1990.....	28

CAPITULO II CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

2.1 CONCEPTO DE FIDEICOMISO.....	32
2.2 EL ACTO JURÍDICO Y LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.....	34
2.2.1 EL ACTO JURÍDICO.....	34
2.2.2 ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO.....	37
2.2.3 LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.....	41
2.3 TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.....	42
2.3.1 EL FIDEICOMISO COMO DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.....	43
2.3.2 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	44
2.3.3 EL FIDEICOMISO COMO MANDATO IRREVOCABLE.....	45

2.3.4 TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.....	47
2.3.5 EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.....	48
2.4. CARACTERISTICA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO.....	50
2.5 DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.....	51
2.5.1 EL FIDEICOMISO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.....	52
2.5.2 EL FIDEICOMISO Y EL DEPÓSITO.....	53
2.5.3 EL FIDEICOMISO Y LA SOCIEDAD.....	54
2.5.4 EL FIDEICOMISO Y LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.....	55
2.5.5 EL FIDEICOMISO Y EL MANDATO.....	56

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

3.1 ELEMENTOS PERSONALES.....	58
3.1.1 FIDEICOMISARIO.....	58
3.1.1.1 DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.....	59
3.1.1.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.....	60
3.1.2 FIDUCIARIO.....	60
3.1.2.1 NOCIÓN DE FIDUCIARIO.....	61
3.1.2.2 DERECHOS DEL FIDUCIARIO.....	62
3.1.2.3 OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.....	63
3.1.3 FIDEICOMISARIO.....	64
3.1.3.1 DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO.....	65
3.1.3.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.....	66
3.2 ELEMENTOS REALES.....	67
3.2.1 OBJETO DEL FIDEICOMISO.....	67
3.2.2 FINES DEL FIDEICOMISO.....	68
3.2.3 PATRIMONIO FIDUCIARIO.....	69
3.3 ELEMENTOS FORMALES.....	70
3.4 DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.....	71
3.5 FIDEICOMISOS PROHIBIDOS.....	72
3.6 EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.....	73
3.6.1 CAUSAS DE TERMINACIÓN.....	73
3.6.2 EFECTOS DE LA TERMINACIÓN DEL FIDEICOMISO.....	75
3.6.3 NULIDAD DEL FIDEICOMISO.....	76
3.7. TIPOS DE FIDEICOMISO.....	77
3.7.1 FIDEICOMISO EN ADMINISTRACIÓN.....	77
3.7.2 FIDEICOMISO DE INVERSIÓN.....	78
3.7.3 FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	79
3.7.4 FIDEICOMISO DE INFRAESTRUCTURA.....	79
3.7.5 FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.....	80
3.8 MODALIDADES DEL FIDEICOMISO.....	81

CAPITULO IV
EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

4.1. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	85
4.2. OBJETO DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	87
4.3 ELEMENTOS QUE INTERVIENEN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	89
4.4 CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.....	91
4.5 FORMALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO.....	94
4.6 ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LOS ARTÍCULOS REFERENTES AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA QUE REGULA LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.....	100
4.7 PROPUESTAS DE REFORMA DE LOS ARTÍCULOS QUE REGULAN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.....	107
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	118

INTRODUCCIÓN.

Sin duda, las garantías de pago han adquirido mayor trascendencia en los últimos años, debido a las fuertes crisis económicas vividas en nuestro país, las cuales incrementaron los niveles de incumplimiento de los deudores frente a sus acreedores.

Es por eso que el fideicomiso en garantía en México, ha alcanzado la cualidad de ser el instrumento idóneo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, en el mayor de los casos, para el otorgamiento de créditos.

El fideicomiso de garantía se encuentra regulado en el Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual desde nuestro punto de vista, incurre en ciertas limitaciones, que dan como resultado que en ciertos casos, con la constitución de este tipo de fideicomisos, no se puedan lograr el fin por lo cual se constituye, el cual es la de garantizar obligaciones.

Este trabajo tiene como objetivo esencial el de proponer modificaciones al ordenamiento jurídico vigente, así como un mecanismo idóneo para que las controversias que se susciten entre las partes que intervienen en el fideicomiso de garantía, se pueden resolver de una manera eficaz y con prontitud.

La importancia del presente tema radica en analizar e identificar las limitaciones que trae la regulación del fideicomiso de garantía, buscando solución a las observaciones que sean encontradas.

Esta obra se divide en las siguientes cuatro partes:

En el primer capítulo denominado “ANTECEDENTES” se hace un reseña de las instituciones que fueron fuentes históricas del fideicomiso en el mundo como en nuestro país, partiendo de la antigua Roma, pasando por el derecho germánico e inglés.

En el segundo apartado denominado “CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO” se busca determinar primero qué es un fideicomiso, y precisar su naturaleza jurídica. .

En el tercer capítulo designado “EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO” se busca obtener una versión más amplia del fideicomiso mexicano, los elementos que lo conforman, así como se identifica la regulación de éste en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Finalmente en el cuarto apartado, se hace un análisis y crítica a diversas disposiciones de la Ley referida, proponiendo reformas a determinados artículos, encaminadas a que el fideicomiso de garantía sea más eficaz como medio de garantía ante el incumplimiento de ciertas obligaciones, lo anterior, como resultado de las conclusiones específicas de este trabajo.

CAPITULO I. ANTECEDENTES.

El fideicomiso en México es una de las instituciones jurídicas más sui-generis en nuestra legislación, que fue el resultado de la evolución de diversas figuras en varios países, por ser éste un medio idóneo para la realización de diversos fines, tales como; garantizar obligaciones, trasladar y administrar bienes, emitir certificados de participación, realizar planes de pensiones, fomentar la actividad económica de determinados sectores del país, entre otros.

Podemos afirmar que existen actualmente dos vertientes; la primera sostiene que el fideicomiso mexicano tiene como antecedente inmediato, al trust y al use del sistema anglosajón, y la segunda vertiente la cual señala que en un primer momento legislador se inspiró en el *use* y el *trust* anglosajón, pero es el *fideicomissum* y el *pactum fiduciae* las base de esta Institución.

1.1 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ROMA.

Podemos afirmar que el fideicomiso encuentra su origen en el antiguo derecho romano, en las figuras de *Fideicomissum* y *fiducia o pactum fiduciae*, aunque como se precisará más adelante, se distinguen importantes diferencias con el fideicomiso que conocemos hoy en día, no

obstante, resulta importante estudiar el origen y desarrollo de ambas instituciones, para conocer la naturaleza y determinar si realmente encuentran relación con el fideicomiso mexicano.

1.1.1 FIDEICOMISSUM.

Según el maestro Guillermo Floris Margadant *“el fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso mortis causam, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario heredero o legatario y el fideicomisario un tercero.”*¹

El origen del fideicomiso en el derecho romano se da *“a partir de la intención del testador para imponer su voluntad más allá de su vida y para evitar la serie de restricciones que el legislador de la época señalaba para testar.”*²

La aparición de esta clase de disposiciones testamentarias se debió a la intención de evitar la reglamentación que disponían que cierto tipo de personas adquirieran por la vía sucesoria, ya que no se encontraban capacitados para ejercer este derecho por carecer del la llamada *“testamenti factio”*, o bien por que la ley establecía ciertos límites a estos derechos.

Por lo anterior, a efecto de que las personas que no podían por ley heredar, el testador para poder lograrlo, transmitía por medio de su

¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. “El derecho Privado Romano”, vigésima primera edición. Editorial Esfinge S.A. México 1986. Pág. 501

² Sánchez Sodi, Horacio. “El fideicomiso en México” Greca ediciones. México.1996. Pág. 9

testamento determinados bienes de su patrimonio a un fiduciario y le solicitaba o suplicaba que a su muerte trasmitiese tales bienes o se ejecutara una acción específica a favor de un tercero.

Tenemos un claro ejemplo de la utilización de esta figura en la antigua Roma, como consecuencia de los efectos producidos por la *Lex falcidia*, esta se dio en el año 714 A.C., instituyéndose para que el heredero tuviera por lo menos la cuarta parte de la herencia o de su porción hereditaria, libre y exenta de deducción por legados. Esta parte reservada al heredero se llamaba la falcidia o simplemente la cuarta o cuarta falcidia.

La intención de la anterior disposición era proteger el patrimonio que recibía el heredero testamentario. Ya que prohibía que toda la masa sucesoria se repartiera en legados.

“...de nuevo intervino el legislador, mediante la Lex Falcidia de 40 a. De J.C. decretando que el heredero no podría ser constreñido a entregar legados por más del setenta y cinco por ciento neto de la herencia. En caso de infracción a este principio, todos los legados debía sufrir una reducción proporcional, hasta que el total de los legados fuera el setenta y cinco por ciento del patrimonio sucesorio.”³

Por lo anterior citado, el testador no podía disponer por vía de legado más de tres cuartas partes de su patrimonio, y en caso que esto sucediera, quedaban reducidos a dichas tres cuartas partes.

³ MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. Pág. 493

Por lo que a través del *fideicomissum* se buscó burlar esta disposición, ya que el testador podía en un momento dado designar como fiduciario a un heredero y encargarle que entregara los bienes que formaban parte de la masa hereditaria a determinadas personas, entre las que podía incluir a quienes no estaban facultadas para heredar legalmente o aquellos que no tenían permitido recibir los bienes por alguna otra vía.

Es así como el fideicomissum romano nace como un negocio atípico y basado en la confianza, en el que el testador encomendaba al legatario o heredero la entrega de un bien, a la persona por el designada, quedando obligado a cumplir ese cargo solo por la confianza que tenía el testador en el fiduciario para que este lo cumpliera.

No obstante de lo anterior, con el paso del tiempo la intención de depender de la buena fe y la confianza para el cumplimiento de las disposiciones testamentarias resultó inoperante, aunado de la falta de consecuencias jurídicas, el interés personal y el dinero, dieron como resultado abuso de los herederos fiduciarios originándose un gran número de incumplimientos de fideicomisos.

Fue así que el emperador Augusto en el año 276 A.C encargó a sus Cónsules la vigilancia de los fideicomisos a través de la intervención de los Cónsules.

Posteriormente el emperador Claudio, modifica dichas medidas nombrando a dos pretores fideicomissarii. La reglamentación de los fideicomisos se tornó más estricta hasta que con Vespasiano se utilizaron los mismos principios que la Lex Falcidia disponía a los legados. Así el heredero o fiduciario podía retener para sí la *quarta Tribelliana*,

repartiéndose además, entre el fiduciario y el fideicomisario las cargas que corresponden a la masa fideicomitada, ya que anteriormente era el heredero quien cargaba con el pasivo de la sucesión, entregado de este modo al fideicomisario bienes sin ninguna deuda.

El senadoconsulto Tribeliano del año 55 A.C. estableció que al transmitirse un patrimonio en fideicomiso, también se transmitían las acciones que civilmente se derivaran en contra y a favor del heredero o del fiduciario. Por consiguiente las personas que eran incapaces para recibir herencia de acuerdo a lo que dictaminaba el *Ius Civile*, lo eran por consiguiente con relación a los fideicomisos.

Es así que encontramos en Roma los primeros indicios del fideicomiso a través de la figura del *fideicomissum*, la cual creemos que dista mucho de lo que actualmente entendemos por fideicomiso, no obstante de encontrar elementos semejantes entre ambas figuras, el fin que persiguen es totalmente discrepante.

1.1.2 FIDUCIA O PACTUM FIDUCIAE.

Otra de las figuras del derecho romano que pudo ser los orígenes de nuestro fideicomiso fue la *fiducia o pactum fiduciae*.

Esta Institución fundamentalmente de buena fe, se usaba como garantía consistente en un “*pacto o convención en virtud de la cual el que recibía la propiedad de una cosa quedaba obligado a devolverla, observando determinadas condiciones.*”⁴

⁴ Diccionario de Derecho Romano. Gonzalo Fernández del León. Buenos Aires .1962. Pág. 243

Dentro del derecho romano en términos generales se consideraba como un contrato real, en virtud del cual se entregaba una cosa con el fin de garantizar un crédito. Esta entrega se realizaba a través de una *mancipatio* (forma solemne de transmitir la propiedad) o bien por medio de una *in jure cesio* que implicaba la realización de un *pactum fiduciae*, el cual comprometía al acreedor a devolver el objeto, una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el deudor.

Existieron en Roma dos tipos de *fiducia* o *pactum fiduciae*, la *fiducia cum amico*, que fue la de mayor importancia y la *fiducia cum creditore*.

La fiducia cum creditore era una garantía que otorgaba un deudor a favor de su acreedor, considerando el objeto de la garantía en algún objeto propiedad del primero, esta era ocupada antes de exponerse a las penas corporales que acarrearían el cumplimiento de sus obligaciones civiles.⁵

El Doctor Floris Margadant asimila esta operación con un pacto de retroventa donde el que adquiría se obligaba mediante un *pactum fiduciae* a vender a favor del deudor al agotarse el crédito.

“Originalmente, el acreedor que tenía una garantía real exigía retener como garantía, durante la existencia del crédito, la propiedad de algún bien del deudor, fiducia cum creditore o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de que este hubiere pagado su deuda.”⁶

⁵ Hernández Octavio. Derecho Bancario Mexicano. Tomo II. Ediciones de la Asociación Mexicana de investigaciones Administrativas. México. 1956. Pág. 227.

⁶ Beteta Ramón, Mario y otros. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura de la Organización Somex, A.C. México. 1982. Pág.4.

Esta modalidad ofrecía plena garantía al acreedor, pero como toda figura jurídica, podía tener desventajas para alguna de las partes como nos indica Acosta Romero “ *como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo de mala fe o por descuido, en cuyo caso el deudor no tendría más que un derecho personal en contra del acreedor, y no un derecho real sobre el bien en cuestión.*”⁷

En cuanto a la segunda forma en que se podía apreciar la figura de la *fiducia* era la llamada *Fiducia cum amico* y esta tenía como objeto mediante la enajenación de los bienes liberar a su propietario de las obligaciones y responsabilidades anexas al derecho de propiedad o bien permitir a un amigo el uso de la propiedad.”⁸

Esta aún cuando existía transmisión de la propiedad, el acreedor solo podía hacer uso y disfrutar de los bienes durante cierto tiempo o hasta el cumplimiento del fin que dio origen a la constitución de la *fiducia*. Una vez realizados los fines del contrato, quien había recibido los bienes, como consecuencia del *pactum fiduciae* debía retransmitirlos.

Es necesario señalar que algunos autores afirman que la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*, nacieron los contratos de comodato y prenda.

En conclusión, consideramos que en la figura de la *fiducia* o *pactum fiduciae* encontramos un antecedente más cercano al fideicomiso de hoy en día, aun cuando en sus elementos que lo integran no son los mismos,

⁷ Acosta Romero, Miguel y Almaraz Alaniz, Roberto Pablo. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. Tercera Edición. Editorial Porrúa. S.A. México. 1999. Pág. 3.

⁸ Villagordoa Lozano, José M. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa, 1986. Pág.3.

el fin que perseguían, consistente en garantizar obligaciones, lo podemos encontrar en el fideicomiso de garantía, así como la afectación de bienes, elementos que no se puede dejar desapercibidos.

1.2 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMÁNICO.

En el derecho germánico encontramos como posibles antecedentes del fideicomiso figuras como; la prenda Inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *Salman* o *treuhand*.

1.2.1 PRENDA INMOBILIARIA.

La prenda inmobiliaria se caracterizaba por constituir un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor, para fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta *venditionis*, y al mismo tiempo se obligaba el propio acreedor, con una contracarta, a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en su caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación.⁹

Entre las características primordiales de esta figura, es que como su nombre lo indica solo se extiende sobre bienes inmuebles, y sobre todo la entrega de la carta *venditionis* y la contracarta del acreedor.

1.2.2 MANUSFIDELIS.

La institución llamada *manusfidelis* nace como la necesidad de tratar de evitar algunas disposiciones sucesorias en el derecho germánico, consistente en la determinación de la cantidad de herederos legítimos.

⁹ Ídem. Pág. 5.

Quien quería realizar una donación Inter vivos o post obitum, transmitía la cosa material de la donación a un fiduciario, llamado *manusfidelis*, mediante una carta *venditionis*, este inmediatamente después de dicha transmisión retransmitía al vendedor beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada, para que durante su vida la disfrutara.¹⁰

1.2.3 SALMA O TREUHAND.

Por último tenemos al Salma o Treuhand se define como *“la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo”*.¹¹

*“El salma era una persona a quien se transferían la tierra con el fin de que pudiera a su vez traspasarla de acuerdo con las instrucciones del donante.”*¹²

En el derecho antiguo germánico el salma recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él, para transmitir los bienes al tercero destinatario, no así en el derecho moderno en donde el salma es fiduciario del adquirente y no del enajenante, por lo que de él recibe sus facultades.

Las figuras que se desarrollaron dentro de ésta época, consideramos que encuentran gran semejanza con la utilizadas en la antigua Roma en relación con la necesidad de garantizar obligaciones y la necesitada de

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ídem Pág. 6

¹² Beteta Ramón, Mario y otros. Ob. Cit.

heredar a determinadas personas, no así el *Salma* o *treuhand*, ya que como se mencionó se encuentra limitado a la transmisión de propiedad, por lo que consideramos que ésta figura se asimila más a la que conocemos como mandato.

1.3 EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLÉS.

El antecedente más directo del fideicomiso mexicano los encontramos en dos instrumentos de origen inglés, que constituye sus fundamentos doctrinales y legislativos, por un lado encontramos en primer lugar al *use*, el cual evolucionó y dio origen a la aparición de *trust*.

1.3.1 EL USE.

El sistema legal que impero en Inglaterra fue el conocido con el nombre de *Common Law* (derecho común), la cual se basada en la recopilación y codificación a través de los siglos de las diversas costumbres y procesos jurídicos de cada una de las regiones Británicas.

Este sistema adolecía en ser muy rígido y no acorde a la realidad, por lo que las resoluciones dictadas sobre la base de este ordenamiento eran injustas e impedían una adecuada administración de justicia, además que el campo de acción era muy limitado por parte de las Cortes del Real Tribunal de Justicia las cuales sus juicios versaban en tres objetos: 1) restituir la posesión de propiedad personal, 2) remediar, concediendo la recuperación de la propiedad, 3) sentenciar la recuperación de los daños por perjuicios, en casos de incumplimiento de contrato.¹³

¹³FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. Pág.. 8.

Derivado de lo anterior fue el rey el encargado de impartir una nueva justicia, la cual delegaba en un canciller, que a su vez la delegaba en magistrados, quienes emitían supuestamente resoluciones más justas. Dicho sistema se denominó sistema de equidad o “Equity”.

Es así que al ser rebasado el sistema de Derecho común por las crecientes demandas de la población, dieron origen al nacimiento de Use que posteriormente se desarrollaría en el Trust.

Puede decirse que el use fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas tributarias que imponía el sistema feudal sobre sus vasallos, y en segundo término, para burlar el régimen imperante en esa época.

En sus orígenes el *use* era un instrumento utilizado por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (*enfeoffment*), para el uso de otro, (*feoffment*). El que recibía la propiedad se llamaba *Feoffee to uses* y al beneficiario se denominaba *cestui que use*.

Este Instrumento fue en primer momento empleado para transferir parte de las tierras del propietario a sus vasallos y sirvientes como compensación para el uso de otro. Con el paso del tiempo este propósito se convirtió más para proteger las tierras y la economía del propietario ya que muchos lograban eludir las graves cargas que les imponía el régimen feudal, la cual exigía la donación de partes de sus tierras al señor feudal o la partición de los frutos, los cuales los vasallos o siervos estaban liberados de estas cargas.

“... Conforme al Common Law, por otra parte, el marido no podía legalmente transferir bienes a la esposa, prohibición que eludía enfeudando a otras personas que, a su vez, enfeudarían a favor de ambos cónyuges, quienes así, poseerían para sí mismos y sus herederos...”¹⁴

Otras de las razones por las que se utilizaba este mecanismo fue por que alentaba prácticas fraudulentas, encontrándose las transmisiones que se hacían para defraudar a los acreedores y burlar acciones reivindicatorias.

El *use* también fue utilizado por las órdenes religiosas, a consecuencia de la promulgación de la Ley de Manos Muertas. Durante el siglo XII, fue muy común que la iglesia contara con grandes extensiones de tierras destinadas para fines benéficos, sin embargo, dicha situación provocó un conflicto de intereses entre algunos integrantes del Parlamento que se hallaban en pugna con la iglesia, alegaban que dichas tierras se encontraban fuera del comercio, y que por lo tanto impedían el crecimiento económico del país al no ser de ningún modo productivas. *“...La tercera categoría considerada por Keeton en una posición intermedia entre las dos extremas indicadas, comprendía los casos de evasión a las leyes de manos muertas, que venían a hacer posible la donación de tierras a las fundaciones eclesiásticas, en especial la orden franciscana, que por su voto de pobreza impedía para adquirir la propiedad, más no para recibir su provecho económico...”¹⁵*

Esta serie de acontecimientos justificaron la creación de un sistema paralelo al Common Law, el cuál adolecía de una incapacidad de resolver

¹⁴ Batíza, Rodolfo. El fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1976.

Pág. 34.

¹⁵ Ídem.

los conflictos que se suscitaban, éste se encargaría de regular y sancionar la práctica del use. El nuevo sistema de jurisdiccional fue llamado Sistema de Justicia de Equidad y se llevó a la par del llamado Derecho Común.

La equidad se define como el sistema de jurisprudencia, basado en buena razón, buena conciencia e introducida y desarrollada por los cancilleres de Inglaterra, por autoridad del rey con el asentimiento del parlamento, para hacer justicia donde era denegada por el Derecho Común (Common law) o para hacer justicia más que perfecta que la que podía hacerse a través del Derecho Común.¹⁶

Los cancilleres iniciaban los procesos para obligar a guardianes infieles, fiduciarios deshonestos a ejecutores abusivos, o astutos comerciantes sin conciencia a comparecer ante él y responder a los cargos en su contra; y si los encontraba culpables, estaban obligados a restituir la propiedad obtenida en abuso de sus funciones.

Podemos decir entonces que el cumplimiento del use pasó de una obligación de tipo moral a un acto de naturaleza jurídica regulado por el nuevo derecho de equidad.

Fue en 1536 cuando Enrique VII promulgó el “Statue of Uses” que fue la primera legislación en la materia. Con esta nueva disposición legal se estableció que el *Cestui que Use* (fideicomisario) gozaría de la titularidad legal de los bienes afectos en Use.

¹⁶ Villagordoa Lozano, José M. Ob cit. Pág.. 17.

Consideramos que la figura del use está todavía muy lejana al fideicomiso que hoy conocemos, sin embargo encuentra semejanzas ya que en ambas se transfiere un bien en beneficio de otro.

1.3.2 EL TRUST.

El *trust* se desarrolló a partir del antiguo *Use*, se da como resultado de la dualidad de sistemas de justicia en Inglaterra. Gran parte de su codificación se dió a partir de 1850, con el objeto de estar de acuerdo con las cambiantes condiciones de la sociedad. En Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica ha tenido una gran importancia esta institución.

Para Domínguez Martínez “...*trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes de Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de crearlo.”¹⁷

Los Estados Unidos dieron un gran impulso al *trust* al extender su aplicación a la actividad bancaria, y esta tiende a ser profesionalizada. En Inglaterra el *trustee* no recibe compensación por su trabajo, mientras que en los Estados Unidos si, lo cual dió como resultado que esta figura se extendiera en este país, creándose así los bancos fiduciarios.

El *trust* se encuentra constituido por tres partes fundamentales; en primer término tenemos al *Settlor*, que en nuestro derecho se equipararía al fideicomitente.

¹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; El Fideicomiso. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México. 1996. Pág.. 140.

“El *Settlor* es la persona que da origen al trust mediante una declaración unilateral de voluntad, pues decide transmitir el dominio de determinados bienes a un tercero (trustee), con el objeto de que se realice un determinado fin.”¹⁸

Para poder hacer uso de esta institución el *Settlor* debe de tener plena capacidad sobre los bienes que pretende afectar a los determinados fines. Además una vez que se construye el *trust*, esta persona tiende a desaparecer a no ser que se reserve el derecho de revocar el trust, alterarlo o enmendarlo.

Igualmente esta persona es la encarada de nombrar al *trustee* y al beneficiario del *trust*; se compromete a entregar los bienes para su cumplimiento, teniendo el derecho de revocarlo siempre que esta disposición se establezca en el acto que le dé origen al trust.

El segundo elemento del *trust* es el llamado “*trustee*” que en nuestra legislación es equivalente al fiduciario. Podemos decir que este funge como el titular de los bienes dados en *trust*, al transmitirlos el dominio legal de estos por lo que debe de gozar de capacidad para adquirir y poseer. Así como para ejercer los derechos inherentes a estos, y así poder cumplir con el fin por el cual se creo el trust.

Para el tratadista Villagorda, no solo se requiere tener la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia, sino necesita la capacidad de ejercitar tales derechos, pues de lo contrario un tribunal

¹⁸ Sánchez Sodi, Horacio. Ob Cit. Pag 16.

de equidad deberá proceder a la remoción del *trustee* designado que carezca de la capacidad de ejercicio, para evitar de esta manera los perjuicios que se le pueden ocasionar a los beneficios del *trust*.¹⁹

La designación expresa del *trustee* desde la constitución misma del *trust* no es necesaria ya que en cualquier momento lo puede realizar un tribunal, asimismo pueden nombrarse uno o varios “*trustees*”.

El *settlor* y *trustee* pueden coincidir cuando el *settlor* así lo disponga, y tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes o derechos materia del *trust*, a un tercero. En este caso no existe transmisión de bienes o derechos, únicamente se da separación de los patrimonios, al crearse un patrimonio autónomo y propio.

El tercer elemento fundamental del *trust* es el beneficiario del mismo denominado “*cestui que trust*”, el cual tiene entre sus derechos el de exigir el cumplimiento del mismo, así como exigir se reintegren los bienes a la masa del patrimonio afectado en caso de que se encuentre en terceras personas ocasionado por cualquier acto no correcto por parte del *trustee*.

En la época actual cualquiera que sea capaz de tener propiedad para sí puede ser beneficiario de un *trust*.²⁰

Por lo que se debe tener en cuenta, que se determina que los legalmente incapacitados, tales como pueden ser los menores de edad o enajenados mentales, se les considera con la capacidad para ser

¹⁹ Villagordoa Lozano, José M. Ob. Cit. Pág.. 29

²⁰ Ibidem. Pág.. 35

beneficiarios de trust y que, un gran número se reconocen la razón de la existencia de ésta institución, precisamente a la protección de las personas que no pueden cuidarse por si mismos.

La existencia de esta Institución no se justifica sin la de sus elementos personales, pero aun menos si no se tiene un objeto claro que constituye el patrimonio que ha de afectarse, y esto tampoco se justifica si el trust se encuentra carente de algún fin específico. Por lo anterior, se desprende que cualquier bien puede ser afecto en *trust* siempre y cuando no exista una restricción legal.

En conclusión, podemos determinar que las Instituciones del *use* y del *trust* sobrevivieron al paso del tiempo y a las exigencias de la época, a diferencia del fideicomiso Romano, consolidándose en el derecho inglés, dando las bases de la estructura y bases formales de lo que actualmente constituye la figura del fideicomiso mexicano.

1.4. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

En México se tiene una gran experiencia legislativa, judicial y bancaria en materia de fideicomiso, por ser este un medio idóneo con el cual se puede realizar diversos fines, tales como; garantizar obligaciones, trasladar bienes, administrar inmuebles, fomentar la economía de determinados sectores del país, entre muchos otros.

Se cree que el primer antecedente en México del fideicomiso se realizó el 21 de noviembre de 1905 a través de un *trust* constituido en Estados Unidos, con bienes ubicados en México, a favor de las Instituciones

Fiduciarias norteamericanas, como acreedores hipotecarios y en beneficio de tenedores de las obligaciones o bonos que se ordenó emitir, destinados a financiar la construcción de ferrocarriles de las compañías mexicanas ferroviarias.²¹

No obstante el también llamado *trust deed*, se otorgó en Estados Unidos de Norteamérica, este 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 la compra de ferrocarriles.

Superada la turbulencia de la época revolucionaria en México, acorde a la necesidad de dotar de mayor estructura al sistema financiero mexicano, se acordó la creación de diversos dispositivos legales encaminados a normar la actividad bancaria y de crédito en nuestro país.

El fideicomiso llegó a la legislación mexicana en la década de 1920, sin embargo, con anterioridad se hicieron intentos de adaptar el trust anglosajón a nuestro medio jurídico.

Fue el 21 de noviembre de 1905 cuando el entonces Secretario de Hacienda José Y. Limantour, envió al Congreso de la Unión la iniciativa de ley que permitiría la creación de instituciones mercantiles con la capacidad de actuar como “agentes financieros”, dicho proyecto fue denominado “Proyecto Limantour”.

Dentro de la iniciativa de Ley se expresó la necesidad por razones comerciales, se adoptaran organizaciones especiales conocidas con el nombre de Compañías Fideicomisarias que en países anglosajones ya se

²¹ Guzmán Holgin Rogelio. Derecho Bancario y Operaciones de Crédito, 2ª edición. Editorial Porrúa. Instituto Internacional del Derecho y del Estado. México 2004. Pág.. 234

utilizaban, impulsado la necesidad de integrar esta institución a la actividad bancaria mexicana a consecuencia de la estrecha relación comercial que se venía dando con los Estados Unidos de Norteamérica.

El proyecto se integraba por ocho artículos que disponían:

I.- En el encargo hecho al fideicomiso, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en ese contrato, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato que sean consecuencia legal del mismo.

II.- En el encargo hecho al fiduciario, por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o quien se confiere derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos (artículo 2º). El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer (artículo 3). Para que una Institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda (artículo 4). En las concesiones que se otorguen para el establecimiento de instituciones fideicomisarias, se podrá autorizar a estas a ejecutar los actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales (artículo 5º). La Ley fijará los términos en que las compañías deban garantizar el fiel

cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios conforme a los cuales habrán de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del Público (artículo 6º).Podrán concederse exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos a dichas compañías o instituciones y a las operaciones que estas ejecuten, con los requisitos que establezca la ley (Artículo 7º). Se faculta igualmente al Ejecutivo para que modifique la legislación civil, mercantil y de procedimientos, en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y firmeza de los contratos y actos que estén autorizadas a ejecutar (artículo 8º)

Este proyecto fue turnado a la Cámara de Diputados, sin embargo jamás llegó a discutirse y fue descartado debido a conveniencias políticas que impidieron la entrada de esta Ley a la vida económica del país.

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

De manera legislativa el primer antecedente que hace mención al fideicomiso lo tenemos dentro de la Ley Bancaria del 24 de diciembre de 1924, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925, la cual fue el primer paso para regular en un mismo ordenamiento la actividad de banca y crédito en general.

“En la convención Bancaria de 1924 se propuso la reglamentación de cierto tipo de compañías bancarias que tendrían por objeto el de fungir como fiduciarias, que nunca se realiza. Sin embargo, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de diciembre de 1924, que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito, de 1897,

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.”²²

La función de esta Ley fue adaptarse a las nuevas necesidades y figuras de la banca en México, mediante la introducción de figuras y funciones bancarias, tales como los bancos de depósito y bancos de fideicomiso, estos últimos regulados de una forma directa por una ley posterior.

En resumen, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925 podemos resaltar que:

Fue la Primera ley que se refirió a los Bancos de Fideicomiso.

Señalaba como actividades principales de los Bancos de Fideicomiso la función de administrar capitales e invertir en representación de suscriptores y tenedores de bonos hipotecarios.

Proveía la posterior expedición de una ley especial que reglamentaría la actividades de los Bancos de Fideicomiso.

1.4.2 LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO Y LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

Con 86 artículos, la Ley de Bancos de Fideicomiso de junio de 1926, organiza por primera vez de forma medular el fideicomiso en nuestro país, surgiendo como una necesidad de cubrir el vacío de la nueva institución en la Ley de 1924, conocida con el nombre de Bancos de Fideicomiso.

²² Dávalos Mejía Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras”, Tomo II, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, 2ª edición. México 1992, Pág.. 842.

*“El objeto propio de estas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena a favor de tercero, autorizado por el artículo 1, para su establecimiento se requería el otorgamiento de una concesión con la exigencia de ser constituida como sociedad anónima”.*²³

Esta ley en el capítulo II, definía la naturaleza jurídica del fideicomiso de la siguiente forma:

“Artículo 6º.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.”

Como lo indica el tratadista Rodolfo Batiza, uno de los acontecimientos importantes durante la vigencia de esta ley fue la constitución de los fideicomisos en México al menos los de garantía.²⁴

La existencia de la Ley de Bancos del Fideicomiso fue efímera, en virtud que en noviembre de 1926 fue abrogada con la entrada en vigor de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

La anterior ley señalada, publicada el 12 de noviembre de 1926, continuó clasificando a los bancos por la naturaleza de los títulos que ponía en circulación y por los servicios que brindan al público, por consiguiente los Bancos de Fideicomiso seguían existiendo como tal.

²³ Acosta Romero, Miguel y Almaraz Alaniz, Roberto Pablo. Ob. Cit.

²⁴ Batiza Rodolfo. Ob Cit. Pag. 116

Además, la Ley de Bancos de Fideicomiso fue totalmente reproducido por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, el cual mantuvo a los Bancos de Fideicomiso, considerándolas complementarias al servicio de ahorro, depósito y descuento.

1.4.3 LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO DE 1932.

El 27 de agosto de 1932 se publicó en el Diario Oficial la LGTOC, entrando el vigor el 15 de septiembre del mismo año. Esta ley fue la primera que reguló al fideicomiso de manera integral y sustantiva no sólo en México, sino en todo el mundo.

La exposición de motivos de la ley dispone:

“La Ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de gran utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo, pero, desgraciadamente, la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las generaciones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y efectos de esa institución que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido en la ley

actual, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es un institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso de lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y de desempeñar mandatos o comisiones de toda clase.”

Esta ley se encuentra vigente desde entonces, sin muchas modificaciones, aunque en el tema que nos atañe, las reformas más importantes fueron realizadas en los años 2000 y 2003. No obstante de lo anterior, me permito transcribir los artículos 346 y 347 tal como fueron publicados en agosto de 1932.

“Artículo 396.-En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encaminado a la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

“Artículo 347.- El fideicomiso será valido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. “

1.4.4 LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Este fue el ordenamiento encargado de regular y organizar el funcionamiento de los principales sujetos activos del fideicomiso, las instituciones fiduciarias, por más de 4 décadas.

Esta ley de fecha 3 de mayo de 1941, se publicó en el Diario Oficial el 31 del mismo mes y entró en vigor a partir del 2 de junio.

“Su exposición de motivos indicaba que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufrirían modificaciones como no fuera añadir a la enumeración de sus cometidos algunas que podría resultar propios de estas instituciones y cuales normas nuevas por las cuales debía regirse las operaciones de inversión que realizara la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resultaran indicaciones suficientemente precisas. Añadía que sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se había prescrito la notificación obligatoria de los interesados de las operaciones que se realizaran en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitieran identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre y cuando fuera posible o cuando no se hubiere renunciado a ella expresamente, y con el fin de hacer mas real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.”²⁵

Esta ley contenía 176 disposiciones distribuidas en 5 capítulos, en las cuales las operaciones fiduciarias se reglamentaban en los artículos 44 a 46, 16, 127 y 135 a 138.

Para que las instituciones de crédito pudieran brindar el servicio fiduciario, debían observar las siguientes reglas:

²⁵ Batiza Rodolfo. Ob Cit. Pág. 119

Estar constituidas en forma de sociedad anónima, con capital fijo o variable, organizadas conforme a la Ley General de Sociedades mercantiles.

Obtener concesión del Gobierno Federal.

Contar con un capital mínimo de \$200,000.00 cualquiera que hubiere sido el lugar de su operación.

Registrar en su contabilidad el dinero y demás bienes, valores y derechos que hubieren sido dados en fideicomiso.

Desempeñar su cometido a través de los funcionarios designados especialmente para tales efectos.

Por otra parte, este ordenamiento fue el primero en prever la formación de un Comité Técnico o de distribución de fondos, liberando a la institución fiduciaria de cualquier responsabilidad cuando hubiere obrado en acatamiento a los dictámenes o acuerdos de éste.

1.4.5 LEYES REGLAMENTARIAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO, DEL 14 DE ENERO DE 1985 Y DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DEL 18 DE JULIO DE 1990.

Por decreto de septiembre de 1982 se expropiaron a favor de la nación, por causa de utilidad pública, las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, cajas, bóvedas, sucursales, inmuebles y demás activos en cuanto fueran necesario a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se había otorgado concesión para el servicio de banca y crédito.

En virtud de lo anterior, se expidió la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada el 14 de enero de 1985, que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

La ley declaraba ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio de banca y crédito, la cual se prestaría por instituciones de crédito constituidas por el Estado como sociedades nacionales de crédito. A las que clasificaba en:

Instituciones de banca múltiple

Instituciones de banca de desarrollo.

En el artículo 30 de esta ley se señalaban las operaciones de las sociedades nacionales de crédito, particularmente en la fracción XV se indicaba la facultad para poder practicar las operaciones de fideicomiso.

Con fecha 2 de mayo de 1990 el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto a fin de reestablecer el régimen mixto de la prestación de servicio de banca y crédito, resultando una modificación a la legislación en ese entonces. Este se resumió en suprimir la exclusividad a favor del Estado a la prestación del servicio de banca y crédito, así como la prohibición de que ese servicio fuera objeto de concesión a particulares.

Al reprivatizarse la Sociedades Nacionales de Crédito, el gobierno expidió las nuevas autorizaciones para que los bancos privados pudieran dar ese servicio, entonces se publicó la Ley de Instituciones de Crédito que abrogó a la de 1985.

En lo referente al fideicomiso ambas disposiciones tienen idénticas disposiciones que regulaban la prestación del servicio de las instituciones como fiduciarias:

El artículo 60 de la abrogada Ley del Servicio Público de Banca y Crédito coincidían con el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito. En los artículos establecen las contabilidades especiales en las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, señalando que en ningún caso estarán afectos a otras responsabilidades que los derivadas de dichas operaciones o las que corresponda contra ellos a terceros de acuerdo con la ley.

Los artículos 63 y 82 señalan respectivamente que el personal que las instituciones de crédito, utilicen directa o exclusivamente para el cumplimiento de los fines del fideicomiso no formarán parte del personal al servicio de la institución de crédito, sino al patrimonio del fideicomiso. Sin embargo cualquier derecho derivado de esta relación laboral será pagado con cargo al patrimonio del fideicomiso y afectar en medida que sea necesario el referido patrimonio.²⁶

Estas leyes no modificaron la estructura sustantiva del fideicomiso, sino que lo consideraron como una actividad permitida para bancos y su organización material descansó y descansa, supletoriamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²⁶ Villagordoa Lozano, José. Ob.cit. Pág.60

Así pues podemos concluir que el fideicomiso se inicia como un instrumento de fe, de confianza, que adquiere vida jurídica y se desarrolla por medio de un instrumento jurídico, preponderantemente bancario.

CAPÍTULO II.

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

2.1 CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 define al Fideicomiso y Expresa al respecto que: “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente trasmite 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.”

El artículo en comento no da una definición precisa de lo que debe entender como fideicomiso, sino que sólo se basa en la descripción de la forma en que se realiza, el cual consiste en destinar ciertos bienes a un fin determinado.

Para el Maestro Batiza, el fideicomiso es un instrumento legal mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria, para que con ellos realice un fin lícito, que la propia persona señala en su contrato respectivo.²⁷

²⁷ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. p..166.

Para el tratadista Domínguez Martínez, el fideicomiso “es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiera obligado contractualmente con ello”.¹

Al respecto, proponemos como definición de Fideicomiso la siguiente: Contrato mediante el cual una persona sea física o moral llamada fideicomitente, transmite la propiedad determinada de su patrimonio a otra llamada Fiduciario, para que con ellos se persiga un fin lícito y determinado, el cual podrá o no estar en beneficio de otra persona llamado fideicomisario.

Así pues, podemos concluir que las características que se desprenden en la legislación como en la doctrina del fideicomiso son las siguientes:

- Desprendimiento y afectación de un patrimonio, para la realizar un fin determinado.
- Transmisión real de los bienes afectados a dicho fin.
- El fin perseguido debe ser lícito.
- La realización del fin lícito y determinado, dependerá de una institución fiduciaria, por ser ésta a quien se le transmitieron los bienes.
- El fin podrá o no estar destinado a un beneficiario específico, llamado fideicomisario.

²⁸ Domínguez Martínez, Jorge. Op. Cit. p. 188.

2.2 EL ACTO JURÍDICO Y LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

Los autores encuadran al fideicomiso como un acto jurídico o como un negocio basándose tanto en la teoría francesa o bipartita o en la teoría ítalo- germánica del supuesto jurídico o tripartita. Pero una de las diferencias es que en el acto jurídico las consecuencias se siguen por la ley independientemente de la voluntad de las partes y en el negocio se dan y se siguen exclusivamente por esa voluntad, siendo éste, el negocio jurídico, una tipo de acto jurídico que solo lo podemos encontrar en la doctrina, por no estar reconocida en la legislación vigente.

2.2.1 EL ACTO JURÍDICO.

Antes de definir lo que se entiende por acto jurídico debemos de comprender que lo origina.

La estructura de la norma jurídica se compone de dos elementos; el supuesto jurídico y las consecuencias de derecho; las primeras se definen como *la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de derecho contenidas en la norma*, siendo estas, las consecuencias originadas como segundo elemento, *la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones*.

Es así, el nacimiento de las consecuencias de derecho se da a partir de la realización del supuesto jurídico, a través de un acontecimiento o suceso que implica una mutación en el mundo exterior, el cual está apoyado en una norma jurídica para cobrar el valor del hecho jurídico.

“Más aún, puede darse el caso que un mismo hecho sea un acontecimiento ajurídico porque un orden determinado no le atribuye consecuencias de derecho y sin embargo, por producirlas conforme a otro orden, ser jurídico para éste, al reconocerle tal carácter precisamente por asignarle consecuencias de esa calidad.”

“Ciertamente la lectura de un libro no contribuye en términos generales un hecho jurídico por no producir consecuencias de *jure*; empero el mismo hecho observado por otro orden jurídico, como sí las produce, ello lo hace jurídico.”²⁹

De acuerdo a la teoría francesa esta divide al hecho jurídico como género en dos; el hecho jurídico en sentido estricto y el acto jurídico.

El hecho jurídico, en sentido estricto se entiende como aquel acontecimiento natural o generador de consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe la intención de crear esas consecuencias.

Por ejemplo el caminar es un hecho no jurídico, por no estar previsto en una hipótesis normativa, pero el tropezar al ir caminando y romper un cristal, este se convierte en un hecho jurídico, por ser derechos que se generan a favor del afectado, no obstante de no tener la intención de crear esas consecuencias de derecho. De acuerdo con la concepción francesa estos acontecimientos se pueden clasificar en hechos en sentido estricto voluntarios lícitos y hechos en sentido estricto voluntarios

²⁹ Domínguez Marínez Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Editorial Porrúa, México 1998. pág. 498.

ilícitos, los primeros son los considerados como cuasi-contratos y los segundos son los llamados cuasidelitos, al respecto definimos estas figuras.

El cuasi-contrato: “Es el hecho que obliga una persona en virtud del cual, crea una obligación en su contra (la gestión de negocios) o que crea una obligación a su cargo de su correlacionado (la entrega de dinero con error en la persona), sin que ni una ni otra hayan buscado y, por tanto, sin que estén relacionadas en función de un vínculo convencional.”³⁰ Estos no llegan a perfeccionarse como contratos y consecuentemente como actos jurídicos por carecer de voluntad para la generación de efectos jurídicos.

El cuasi-delito: el hecho por el cual una persona, por dolo o malicia causa un daño o un perjuicio a otra. La diferencia entre los cuasi-contratos consiste en que estos están permitidos por la ley, en tanto en el cuasi-delito no.

Por último como especie de hecho jurídico en la teoría francesa tenemos al acto jurídico el cual “es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica.”

31

³⁰ Dávalos Mejía Carlos Felipe. Op Cit.

³¹ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 44ª Edición, Editorial Porrúa. México 1992, Pag. 183.

Lo que determina el nacimiento de un acto jurídico es el deseo o intención que tiene el sujeto de que su acción tenga consecuencias de derecho. El matrimonio, el testamento, el reconocimiento de un hijo, la remisión de deuda, entre otros, se encuentran en la clasificación de estos acontecimientos.

2.2.2 ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO.

En nuestra legislación, la legislación civil enumera por separado los elementos para la existencia del acto jurídico, así como los necesarios para su validez refiriéndolos al contrato, que es la especie más común del acto jurídico del derecho privado. El artículo 1859 del Código Civil Federal dispone que todas las normas que para los contratos establece el propio Código serán aplicables a los convenios y demás actos jurídicos que no se opongan a la naturaleza de los mismos y a la propia ley.

La voluntad de celebrar el acto jurídico es el motor principal de los actos jurídicos. En los contratos, esa voluntad se le llama consentimiento, para su integración es necesario que converjan dos declaraciones unilaterales la oferta y su aceptación respectiva. “El consentimiento (y por ende el contrato) no es ni la oferta sola ni la aceptación sola. Ambas partes se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente”.³²

La voluntad se manifiesta con el fin de obtener un resultado, éste constituye el segundo elemento de existencia, el objeto. El Código Civil para el Distrito Federal establece que son objetos en los contratos:

³² Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla, México 1999, Pág. 55

I.- La cosa que el obligado debe dar.

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

El Doctor Luis Muñoz, sostiene que el objeto del contrato son los intereses privados que se regulan, agregando que sería conveniente considerarlo como una prestación o una abstención.³³

La doctrina manifiesta tres acepciones para la palabra objeto: 1.- El objeto directo del contrato, que es el de crear, modificar o transmitir derechos y obligaciones; el objeto indirecto el cual consiste en la cosa u hecho que son materia del acto; y por último la cosa misma que se da.

Además, el objeto debe de encontrarse en el comercio, es decir que por su naturaleza pueda ser propiedad de un individuo, o que la ley declara como irreductibles a propiedad particular; debe ser determinado al momento de celebrar el acto, no podemos celebrar un acto respecto de algo que no conocemos o identificamos en forma específica; debe estar en la naturaleza, así por ejemplo, no podemos celebrar un contrato de compraventa de un unicornio, por no existir en la realidad.

Ahora bien, el objeto también debe de ser posible y lícito, es decir, física y jurídicamente posible, el primero no se puede realizar por haber una Ley natural que hace imposible su realización, como por ejemplo el dejar de beber agua durante un mes, el segundo porque aún cuando se pueda realizarse su imposibilidad radica en que contraría una norma jurídica, es decir sería ilícito.

³³ Muñoz, Luis. Doctrina General del Contrato. Primera edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1992. Pág. 180.

Por otra parte, la legislación civil establece los requisitos de validez del acto jurídico, la ausencia de cualquiera de ellos da como resultado que el acto se considere nulo.

Como primer requisito de validez que establece el Código Civil tenemos la capacidad, entendiendo esta por la aptitud de todo sujeto para adquirir derechos y obligaciones. Como es sabido existen dos tipos de capacidad; la capacidad de goce que es la aptitud que tiene un individuo de ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio, que es la aptitud que se tiene de ejercitar o hacer valer por sí mismo sus derechos y contraer obligaciones.

La ausencia de vicios en el consentimiento, constituye el segundo requisito de validez del acto jurídico, por que esta voluntad de las partes debe ser un resultado de una determinación espontánea, libre y acorde con la realidad.

“Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor) entonces es una voluntad viciada que anula el contrato (artículo 1812 del C.C.). En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto no habría sido realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.”³⁴

³⁴ Bejarano Sánchez Manuel. Op. Cit. Pág. 94.

La licitud en el objeto, motivo o fin es considerada por la Ley como requisito para que un acto jurídico sea válido. Entre los artículos del Código Civil que hacen mención a este elemento se encuentran:

“El artículo 1795 el dispone que el contrato puede ser invalidado... III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito.”

“Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser: ... II. Lícito.”

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

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

El último elemento de validez del acto es la formalidad o forma, esta se puede entender como “...signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico o del contrato”.³⁵

La manifestación de voluntad, o consentimiento en su caso, debe de reunir la forma que la ley establece en tal caso, “los actos jurídicos pueden clasificarse, atendiendo a la forma que deben revestir, en consensuales, formales y solemnes.

³⁵ Muñoz, Luis. Op. Cit. Pág. 16.

Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad... la segunda categoría de actos se denomina formales. En estos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez... Por último, los actos pueden ser solemnes. Son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.”³⁶

El acto jurídico podrá ser invalidado de acuerdo con el artículo 1975 del Código Civil, cuando el consentimiento no se haya dado en la forma establecida por la ley, o se perfeccionarán sólo con éste, cuando la ley no establezca formalidad específica para tal acto.

2.2.3 DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.

La declaración unilateral de voluntad es la exteorización que el individuo hace de su propia voluntad, aceptando expresamente la creación de derechos u obligaciones a su cargo.

Existe dos vértices doctrinarias que consideran una que la voluntad unilateral como fuente general de las obligaciones y otra, que sostiene que la voluntad unilateral sólo puede ser fuente excepcional de las obligaciones, en los casos en que la ley le reconoce tal efecto.

La doctrina mexicana asegura que la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones solo en los casos en que la legislación así lo prevea.

³⁶ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1991, Pág. 138.

“Como expresiones unilaterales de la voluntad productoras de obligaciones, regula el código civil del Distrito Federal las siguientes (artículos 1860 a 1881): a) El hecho de ofrecer al público un objeto en determinado precio, b) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, c) la apertura de concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenaron ciertas condiciones, con fijación de un plazo, d) La estipulación contractual a favor de tercero.”³⁷

Para el maestro Rojina Villegas, la manifestación de voluntad unilateral es una fuente general de las obligaciones, basándose en el principio de la autonomía de voluntad de las partes al celebrar un contrato o acto jurídico, y es la declaración un acto jurídico, debe aplicársele este principio, además que el Código civil no limita los casos de declaración unilateral, como sacude en el Código alemán.

Además “afirma que al lado de las declaraciones unilaterales de voluntad típicas, o nominadas es concebible la existencia de declaraciones atípicas o innominadas, entre las que menciona el acto dispositivo unilateral gratuito, la oferta libre a persona indeterminada, la premisa abstracta de deuda a persona determinada...”³⁸

2.3 TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

En la actualidad existen diversas teorías que buscan explicar la naturaleza de la figura del fideicomiso dentro del derecho mexicano, no

³⁷ Acosta Romero, Miguel y Almaraz Alaniz, Roberto Pablo. Op. Cit. Pág. 178

³⁸ Bejarano Sánchez, Manuel. Op.Cit. Pag. 140.

obstante, después de las reformas del año 2003, se reforzó de forma considerable el concebir la naturaleza del fideicomiso como un acto jurídico, en especial un contrato.

2.3.1. EL FIDEICOMISO COMO DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Hasta antes de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en 2003, algunos autores consideraban al fideicomiso como una declaración unilateral de voluntad, como consecuencia de la lectura de los artículos 385 y 387, los cuales establecían que no era necesaria la comparecencia del fiduciario en el acto de creación del fideicomiso, y la mención de que el fideicomiso puede constituirse por testamento.

Así tenemos por ejemplo: “ *el señor ‘Y’ quiere que a su muerte la casa ‘X’ que tiene en Tlalpan se destine para servir como hogar de menores infractores. En su testamento, de manera unilateral, puede designar como fiduciario (administrador) a Banamex S.A., sin que éste se obligue en dicho testamento, y puede señalar como fideicomisarios (beneficiarios) a los menores infractores que el Consejo Tutelar designe, sin que éstos siquiera estén enterados.*”³⁹

Esto no implica que al momento de que el fideicomitente manifieste su voluntad de afectar ciertos bienes en fideicomiso, éste quede perfeccionado instantáneamente, ya que requerirá la aceptación por parte de la fiduciaria para que los bienes afectados queden bajo su titularidad.

³⁹ Ruíz Torres, Humberto Enrique. Derecho Bancario. Oxford. 2003. Pág. 152

En consecuencia, no se puede considerar al fideicomiso como una declaración unilateral de voluntad, más aun, la única disposición que hacia referencia a ésta situación, como se expuso, fue reformada.

2.3.2 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

Domínguez Martínez señala que *“por negocio fiduciario debe entenderse aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero.”*⁴⁰

“En la doctrina, sobre todo en la extranjera y en aquellos países en los cuales no se ha introducido todavía el trust anglosajón, ni el fideicomiso, ni figura equivalente, se ha desarrollado una corriente para definir lo que llamamos negocio fiduciario y que consiste en aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes. Y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.”⁴¹

Posteriormente el tratadista Domínguez Martínez, hace referencia al maestro Cervantes Ahumada, tomando las ideas de porqué el fideicomiso no se le puede equiparar con un negocio fiduciario; *“En primer lugar, este*

⁴⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso. Pág 169.

⁴¹ Acosta Romero y Almaráz Alanis. Op. Cit. Pág. 174.

*último, por definición, es atípico, mientras que aquel es un negocio típico, y en segundo, de acuerdo con su punto de vista, el negocio fiduciario se traduce, en realidad, en dos diversos negocios cuyos efectos son contradictorios, destruyendo los del oculto a los del aparente, mientras que por el contrario, el fideicomiso está estructurado por sólo un negocio, cuyos efectos no derivan de su acto constitutivo o de la ley.”*⁴²

2.3.3 EL FIDEICOMISO COMO MANDATO IRREVOCABLE.

El mejor exponente de esta teoría es el Dr. Ricardo J. Alfaro, citado por José Manuel Villagordoa Lozano, el cual expone en el año 1920 que; *“El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se trasmite 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.”*⁴³

Sigue afirmando Alfaro, que si se compara cuidadosamente el fideicomiso romano con el trust inglés, se verá que coincide con un elemento esencial; que tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha dado por otra persona para el beneficio de un tercero.

Pero ¿el concepto de mandato es suficiente por si solo para caracterizar el trust?. Evidentemente que no, por que si fuera así, los fines del trust podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así.

⁴² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op Cit. Pág. 148.

⁴³ Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 87.

Entre las razones que expone este autor es que; el mandato ordinario se extingue por la muerte del mandante y es revocable, por lo cual no es posible alcanzar los fines que el trust tiene.

Por lo que se concibió la figura del mandato irrevocable, para explicar la figura del trust, por medio de la cual el mandante no pudiera deshacer el encargo y así crearse un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriera el fiduciario en forma definitiva y no precaria.

“Señala los siguientes elementos de la definición:

- a)La esencia.
- b)El objeto.
- c)El fin.
- d)El sujeto.”

a) La esencia del fideicomiso, es al de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por él como necesaria, pues sin ella no habría acto de confianza.

b) El objeto según lo anota el autor, lo es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro.

c) El fin esta representado por el contenido de la obligación del fiduciario, o sea, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más.

“d) Por último, el sujeto del fideicomiso es, según Alfaro citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el fideicomisario, pues en beneficio de éste fue la constitución de aquél...”⁴⁴

2.3.4 TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.

Domínguez Martínez, define al patrimonio en general como: *“el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituye una universalidad jurídica.”*⁴⁵

De esta definición podemos desprender que el patrimonio se encuentra integrado por dos elementos; el activo y el pasivo. El primero es el conjunto de bienes y derechos que pertenecen a una persona, el segundo son las obligaciones que ésta haya adquirido, las cuales desde un punto de vista económico, se restan al primer elemento para saber la solvencia en que se encuentra.

Este autor sigue diciendo: “...surgimiento de la teoría del patrimonio afectación, cuyo postulado principal es que la noción de patrimonio depende del destino dado a una o más bienes para la realización en especial de un fin jurídico.”⁴⁶

Partiendo de esta idea, en el fideicomiso nos encontramos la formación de un patrimonio destinado a un fin determinado, prescindiendo de la existencia de un propietario como tal.

⁴⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso. Op Cit. Pág. 148 y 149.

⁴⁵ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Op cit. Pág 215.

⁴⁶ Idem

Consideramos que los bienes dados en fideicomiso constituyen un fideicomiso separado al de las partes que intervienen en el acto, en virtud de estar afectos a un fin determinado, los cuales la fiduciaria detenta sobre ellos en propiedad o titularidad sui generis, pudiendo ejercer ésta únicamente los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento de dicho fin, y el fideicomitente no podrá disponer de los bienes mencionados, salvo en el caso de que se haya reservado ciertos derechos en el contrato de fideicomiso.

“Sin embargo. La afectación de bienes que tuvo lugar en el fideicomiso antes de las reformas del año 2003 no implicó una autonomía tal del patrimonio correspondiente, que se traduzca en una masa de relaciones carentes de titular según los fundamentos de la teoría sustentada por *Landerreche Obregón*. Menos ahora con el señalamiento expreso de efectos translativos fideicomitente-fiduciario.”⁴⁷

2.3.5. EL FIDEICOMISO COMO OPERACIÓN BANCARIA.

En México el servicio de banca y crédito sólo pueden ser prestado por instituciones de crédito, las cuales se dividen de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito en:

- I.-Instituciones de banca múltiple, e
- II.-Instituciones de banca de desarrollo.

En México se consideraba que solo podían ser fiduciarias los bancos, porque estos eran los únicos que estaban autorizados para su realización (ahora también en determinados casos, las Instituciones de fianzas, de

⁴⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso. Op Cit. Pág. 157.

seguros, casa de bolsa etc.). Por ello anteriormente se clasificaba como una operación exclusivamente bancaria, así tenemos el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

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

Además, de acuerdo con el artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio, el fideicomiso es un acto de comercio.

*“Artículo 75. La Ley reputa actos de comercio:
XVI.- Las operaciones de los bancos.”*

El artículo primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hace la misma mención sobre esta figura.

“Artículo 1.-son cosas mercantiles los títulos de crédito...”

“Las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta son actos de comercio.”

Las operaciones bancarias en general es la actividad que realizan las instituciones bancarias contando con autorización del Gobierno Federal, y estas se clasifican en : “... activas, pasivas y junto a ellas están una serie de operaciones de servicios que prestan las instituciones de crédito, a las que la doctrina ha llamado operaciones neutras por que no implican concesión de crédito.”⁴⁸

⁴⁸ De la Fuente Rodríguez Jesús. Tratado de Derecho Bancario. Tomo I. Editorial Porrúa. México 2002. Pág. 350.

Por lo anterior, tenemos que el fideicomiso es una operación bancaria, pero no exclusiva de los bancos, es mercantil de lucro y generadora de ingresos. La podemos clasificar en operación neutra o de servicio, pues no significa modificación de activos ni de pasivos.

2.5. CARACTERÍSTICA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

Consideramos que el fideicomiso mexicano es un contrato, por encuadrarse como un acto jurídico, en el cual los celebrantes otorgan su libre consentimiento, a fin de que surjan derechos y obligaciones que se obligan acatar.

Los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, definen al convenio como: “...*el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.*” “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

En este sentido, las partes que celebran un contrato de fideicomiso, conocen los efectos y consecuencias de su conducta, por encontrarse establecidos dentro de una ley.

“Para calificar al fideicomiso mexicano como contrato se considera que es un relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece

derechos y obligaciones entre dos partes y por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.”⁴⁹

Para la celebración de un contrato se necesita la comparecencia de dos o más voluntades, ya que de otro modo nos encontraríamos ante una declaración unilateral de voluntad.

En el fideicomiso se requiere la participación al menos dos personas, por una parte el fideicomitente, que es la persona que aporta los bienes o derechos de propiedad a favor del fiduciario, quien a su vez debe aceptar que ingresen bajo su titularidad, a efecto de destinarlos a un fin lícito y específico, a favor de un tercero llamado fideicomisario.

Por otra parte, en la práctica del fideicomiso mexicano, se plasma el criterio del fideicomiso como contrato, así lo menciona Acosta Romero; “...es el hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contratos, no obstante su creación se ordena, bien sea por acuerdo presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos, son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.”

2.5 DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

Dentro del siguiente apartado, se tratara de señalar las diferencias y similitudes que tiene el contrato de fideicomiso con otras figuras jurídicas dentro del derecho mexicano.

⁴⁹Acosta Romero y Almaráz Alanis. Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 189.

Entre las figuras a estudiar, se buscare la similitudes y diferencias que pueden tener con el contrato de fideicomiso, dentro de los ordenamientos aplicables.

2.5.1 EL FIDEICOMISO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.

La estipulación hecha a favor de un tercero hace adquirir a éste, salvo pacto en contrario, el derecho a exigir al promitente la prestación a que se ha obligado, y a su vez se confiere al estipulante, el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.

Por lo consiguiente, el contrato que contenga una estipulación a favor de terceros dará a éste, el derecho a reclamar tal estipulación. Beneficio que se asimilara a la posición del fideicomisario dentro del contrato de fideicomiso.

El artículo 1870 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “ *El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato.*”

La diferencia entre la estipulación a favor de terceros y el fideicomiso es que en la estipulación en ningún momento existe una afectación de bienes o derechos encaminados a un fin específico como en el fideicomiso, ya que la obligación del promitente es de carácter personal.

Dentro del fideicomiso la fiduciaria es la encargada y tiene la obligación de ejecutar la voluntad del fideicomitente, y en la estipulación a favor de terceros, el promitente no tiene la obligación de ejecutar o cumplir la voluntad del estipulante, pues cumple su propia voluntad.

2.5.2 EL FIDEICOMISO Y EL DEPÓSITO.

De conformidad al Código Civil para el Distrito Federal el depósito “*es el contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a resguardarla para restituirla cuando la pida el depositante.*”

La similitud que podemos encontrar con el fideicomiso, es que en ambas figuras existe la entrega de un conjunto de bienes muebles o inmuebles a un tercero, encaminado a un fin determinado., ya que el depositario y el fiduciario, reciben una cosa que se les confía y que deben guardar y desempeñar el cargo con confianza.

No obstante los fines del fideicomiso pueden ser mucho más específicos y sin limitación aparente, mientras en el depósito el fin se limita para el depositario a la simple guarda de los bienes.

La diferencia notable entre ambas figuras, es que el fideicomiso es un acto traslativo de dominio, y el depósito no implica una transmisión de propiedad; podemos decir que si una persona solo entrega una cosa a otra para que la conserve en beneficio de un tercero, transmitiendo únicamente la tenencia de dicha cosa, se estará frente a un contrato de depósito y no de un fideicomiso.

2.5.3 EL FIDEICOMISO Y LA SOCIEDAD.

Entre ambas figuras existe un elemento en común que es la formación de un patrimonio autónomo.

El patrimonio en las sociedades se considera del ente colectivo y no en copropiedad de los socios, siendo que las aportaciones de los socios pierden individualidad y quedan integradas al patrimonio colectivo, afectadas por el cumplimiento del fin social.

“En virtud del contrato de sociedad se crea una persona jurídica con capacidad, responsabilidad y patrimonios propios distintos de la capacidad, responsabilidad y patrimonio de los socios, lo cual, a su vez determina

- i) El modo de relacionarse la sociedad con terceros, o sea, la representación.
- ii) Los límites a la capacidad de la sociedad.
- iii) Los límites a la representación, y la responsabilidad de la sociedad y de los socios frente a terceros.”⁵⁰

Por lo que si un tercero invoca un crédito contra la sociedad, ésta no podrá oponer la compensación resultante de un crédito de un socio.

⁵⁰ García Rendón Manuel. Sociedades Mercantiles. Editorial Oxford. México 1999. Pág. 76.

Mientras que en el contrato de sociedad el patrimonio se destina al logro de los objetos sociales, en el fideicomiso, a la realización del fin lícito y determinado señalado por el fideicomitente.

Mientras que la sociedad tiene personalidad en virtud de la ley, el fideicomiso carece de personalidad jurídica, por lo que éste último se obliga a través de la fiduciaria, mientras que en la sociedad existe una estructura para cumplir los fines para lo que fue creada.

2.5.4 EL FIDEICOMISO Y LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.

Como veremos más adelante, el fideicomiso se puede constituir para garantizar una obligación principal, denominándosele fideicomiso de garantía.

En la legislación vigente existen contratos de garantías como son la prenda y la hipoteca, los cuales persiguen el mismo fin, que es, la de garantizar una obligación principal.

El Código Civil para el Distrito Federal define a estas figuras como:

“Artículo 2856. La prenda es un derecho real constituido sobre un bien enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.”

“La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.”

“En un principio los contratos de prenda e hipoteca, resultaba los mismo; posteriormente lo único que los diferenciaba era que para el perfeccionamiento de la prenda se requería el pignus (puño o mano) o sea la entrega de la cosa, y en la hipoteca el bien se dejaba en poder del deudor.”⁵¹

Sin embargo existen grandes diferencias esenciales de estas figuras con el fideicomiso, como lo es que el fideicomiso de garantía tiene una gran flexibilidad para su constitución y fines, además no es necesaria la intervención de un juez para la ejecución del mismo, en caso de incumplimiento de deudor, mientras que en los contratos de garantía si es necesario un procedimiento jurisdiccional.

2.5.5 EL FIDEICOMISO Y EL MANDATO.

El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

“El mandato, por ser un contrato *intuitu personae*, es por naturaleza revocable. Sin embargo, cuando es en beneficio e interés del mandatario y no del mandante, se puede pactar y otorgarse en forma irrevocable...”

“...el mandato puede ser irrevocable:

1.- Cuando se confiere como una condición puesta en un contrato bilateral; y, 2. Cuando es un medio para cumplir una obligación contraída.”⁵²

⁵¹ Pérez Fernández del Castillo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 352.

⁵² Pérez Fernández Del Castillo. Representación, Poder y Mandato. Editorial Porrúa. México 2001. Pags. 37 y 38.

La similitud ente la figura del mandato y el fideicomiso, es que en éste último la fiduciaria ejecuta un encargo por cuenta del fideicomitente, mientras que en el mandato, una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, por lo que se le puede asimilar al fideicomitente con el mandante y el fiduciario al mandatario.

No obstante, el mandante puede realizar por el mismo los actos que encomendó a su mandatario, en cualquier momento, mientras que en el fideicomiso solo la fiduciaria es la encargada para realizar los actos para los cuales se le encomendó el fideicomiso, pudiendo otorgar poderes para la realización de determinados actos.

El fideicomiso es un acto translativo de dominio, por otro lado el mandato es una representación.

El mandato realiza y ejecuta actos en nombre de su mandante, mientras el fiduciario lo hace a nombre propio y sin necesidad de contar con instrucciones para ello, sin perjuicio de las obligaciones que haya asumido en el contrato de fideicomiso respectivo.

CAPÍTULO III.

EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

3.1 ELEMENTOS PERSONALES.

Analizaremos los sujetos que interviene en el perfeccionamiento del contrato del fideicomiso, así como sus respectivos derechos y obligaciones.

3.1.1 FIDEICOMITENTE.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no define al fideicomitente, sin embargo, podemos decir que es toda aquella persona física o moral, que dispone de sus bienes para un fin determinado a través de la afectación que hace a favor del fideicomisario el fideicomitente.

El maestro Miguel Acosta Romero, lo define como: *“la persona titular de los bienes o derechos , que trasmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y, desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.”*⁵³

El artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona: *“Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad*

⁵³ Acosta Romero y Almaráz Alanis. Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 197

para transmitir la propiedad o titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.”

3.1.1.1 DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.

En la doctrina divide en dos grupos los derechos que tiene el fideicomitente, los legales o institucionales y los convencionales.

“Toda vez que el fideicomiso es un contrato, de toda forma, el fideicomitente puede pactar a su favor todo género de facultades y derechos, luego, los que señala expresamente la LGTOC deben entenderse sólo como los concedidos de manera institucional, es decir, en todos los casos.”⁵⁴

Entre los derechos podemos señalar los siguientes.

- Designar al o los fideicomisario que recibirán los beneficios del fideicomiso. Artículo 383 de la LGTOC.
- Reservarse derechos respecto del patrimonio fideicomitado, esto es, de acuerdo con el artículo 386 de la Ley antes citada, “... los bienes que se den el fideicomiso se consideran afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercerse, respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refiere, salvo lo que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros...”

⁵⁴ Dávalos Mejía Carlos Felipe. Op Cit. pag. 900.

- Poder constituir un Comité Técnico, designando a sus miembros.
- Facultad restitutoria, ésta se presenta cuando al extinguirse el fideicomiso, los bienes podrán ser transmitidos al fideicomitente, siempre que no se haya pactado lo contrario.
- Podrá solicitar la rendición de cuentas al Fiduciario y en su caso la remoción del mismo, siempre y cuando se haya reservado este derecho.

3.1.1.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.

El fideicomitente tiene, entre otras, la obligación fundamental para la existencia del fideicomiso, que es la transmisión de la propiedad de sus bienes a una institución fiduciaria, para la constitución de un patrimonio autónomo.

- a) Transmitir la propiedad de los bienes o ceder los derechos respectivos.
- b) Pagar al fiduciario los honorarios y comisiones que se pacten.
- c) Fiscalmente, si el fideicomiso es empresarial, debe responder como contribuyentes del impuesto sobre la renta cuando los fideicomisos sean indeterminados.”⁵⁵

3.1.2 FIDUCIARIO.

Creemos que la fiduciaria, después del fideicomitente, es las figuras más importantes en la mecánica del fideicomiso, por ser esta la encargado de alcanzar el fin, motivo por el cual ser constituyó el fideicomiso, teniendo para ello derechos y obligaciones exclusivas para ello.

⁵⁵ Rúiz Torres Humberto Enrique. Derecho Bancario. Op Cit. Pág. 154.

3.1.2.1 NOCIÓN DE FIDUCIARIO.

Fiduciario es una institución que tiene la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal, la cual es la encargada del cumplimiento de los fines del fideicomiso, a través de la titularidad de los bienes que les ha transmitido el fideicomitente.

Solo pueden ser fiduciarias aquellas instituciones que están expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito.

De acuerdo con la legislación vigente, pueden actuar como fiduciarias las siguientes instituciones

- Las Instituciones de Crédito, en términos del artículo 46 fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito.
- Las Instituciones de Fianzas, de acuerdo con el artículo 16 fracción XV de **la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.**
- **Las Instituciones de Seguros en virtud del artículo 34 fracción IV de la Ley de Sociedades Mutualistas y Seguros.**
- Las Casas de Bolsa de conformidad con el artículo 22 fracción IV de la Ley de Mercado de Valores.
- El Banco de México, según con el artículo 7 fracción XI, de su Ley.

- Por decreto presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de julio de 2006, en donde se reforman algunas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se añaden las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

El fiduciario puede ser nombrado en el acto constitutivo del fideicomiso por el fideicomitente, por el fideicomisario, por el Juez de Primera Instancia por el Comité Técnico, en caso de renuncia o se le remueva, salvo pacto en contrario, se nombrará otro que se le sustituya, en caso que éste no pueda, el fideicomiso se extinguirá. (artículo 385 de la LGTOC párrafo tercero)

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o separadamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y condiciones en que se haya de sustituirse.

3.1.1.2 DERECHOS DEL FIDUCIARIO.

- Poder ser nombrado fideicomisario y así poder recibir los beneficios del fideicomiso en donde también funge como fiduciario, siempre y cuando este en el supuesto del párrafo V del el artículo 382 de la LGTOC, esto es "...podrá ser fideicomisario en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales, que son los fideicomisos de garantía.
- Ejercitar los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan

al efecto, estos son concedidos en virtud de una ley o del contrato correspondiente, para que éste cumpla con su función que se le ha encomendado, por lo cual puede también considerarse que estos derechos son obligaciones al mismo tiempo.

- Recibir el pago de honorarios por los servicios prestados, este se encuentra fijado en el contrato propio del fideicomiso. El artículo 45 bis de **la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares** en el artículo 45 bis señalaba “el Banco de México está facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones recibieran como fiduciarias, comisionistas o mandatarias.”

3.1.2.3 OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.

La obligación fundamental del fiduciario es cumplir con los fines del fideicomiso de acuerdo al acto que lo constituyó. Es aquí donde encontramos lo estipulado por el artículo 391 de la LGTOC que menciona que “...deberá obrar como buen padre de familia” el cual es un concepto muy ambiguo, que no tiene significado práctico ni jurídico.

Al respecto, Dávalos Mejía nos señala que “Este concepto es de los más bizarros del derecho mexicano, ¿Qué es un buen padre de familia y a los ojos de quién, del juez, del Ministerio Público, de la madre del perjudicado o del hijo ilegítimo del interesado? Lo que es un buen padre nada tiene que ver en un contrato comercial...”⁵⁶

Entre otras obligaciones del Fiduciario encontramos:

⁵⁶ Dávalos Mejía Carlos Felipe. Op Cit. pág. 893

- Responder por la pérdida o menoscabo que los bienes sufran por negligencia o mala fe de este.
- Revertir los bienes al fideicomitente para extinguir el fideicomiso, salvo pacto en contrario.
- Llevar la contabilidad separada por cada operación fiduciaria.
- Mantener el llamado secreto fiduciario.

3.1.3 FIDEICOMISARIO.

“El fideicomisario es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso, sin ser un elemento esencial para la existencia del fideicomiso...”⁵⁷

Cualquier persona con capacidad puede ser fideicomisario, y este puede ser nombrado por el fideicomitente, en el acto constitutivo del mismo o posterior a este.

La existencia del fideicomiso no está supeditada a la existencia del fideicomisario, el artículo 382 hace referencia sobre este punto señalando “El fideicomiso será válido aunque se constituya sin designar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.”

Puede darse el caso que el fideicomitente designe a varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, y cuando se deba consultar su voluntad, en todo aquello no previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones

⁵⁷ Ortíz Soltero Sergio Monserrit. El Fideicomiso Mexicano. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 137.

se tomarán por mayoría de votos, computados por representaciones y no por persona. En caso de empate decidirá el Juez de primera instancia del lugar del domicilio del Fiduciario, artículo 383 de la LGTOC.

Además, el fiduciario puede ser a la vez el fideicomisario, siempre y cuando el fideicomiso se constituya con el fin de servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. Artículo 382 de la ley de referencia.

Por último, también puede darse el caso que la calidad de fideicomitente y fideicomisario este en una persona, por ejemplo los señores a, b, c y d (fideicomitentes) constituyen un fideicomiso en IXE Banco (fiduciario) y al respecto destinan \$90,000,000.00 con la finalidad de adquirir acciones de una sociedad mercantil. Si las acciones son adquiridas, entonces el beneficio lo recibirán los señores a, b, c y d, quienes tendrán el mismo carácter de fideicomitente y fideicomisario.⁵⁸

3.1.3.1 DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO.

Entre los derechos que tiene el fideicomisario tenemos:

- Recibir los frutos del fideicomiso.
- Exigir el cumplimiento del mismo, así lo estipula el artículo 390, el cual refiere que “El fideicomisario tendrá además de los derechos que se les concede por virtud del acto constitutivo del fideicomiso el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria...”

⁵⁸ Ruiz Torrez Humberto. Derecho Bancario. Op. Cit. Pág. 156

- Atacar la validez de los actos realizados en su perjuicio de mala fe o exceso de las facultades de la fiduciaria, y cuando este ocurriere podrá;
- Solicitar la reivindicación de los bienes que hayan salido del patrimonio del fideicomiso.
- Designar al fiduciario cuando no lo designó el fideicomitente.
- Exigir la rendición de cuentas a la fiduciaria, las acciones para pedir cuentas, corresponden al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de estos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse el derecho para ejercitar esta acción. Artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito.

31.3.2 OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.

- Las que se establezcan en el contrato de la constitución del fideicomiso, por no estar establecidas de manera explícita en la legislación, salvo;
- En el fideicomiso de garantía, el fideicomisario tiene la obligación de notificar a la institución fiduciaria, que la obligación a su favor a quedado extinguida, en cuyo caso desaparecerá los derechos que con respecto de él se deriven, así el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar que se ha realizado el fin por el cual se creó el fideicomiso.

En suma podemos concluir:

- 1.- El fideicomisario es quien recibe el beneficio o provecho del fideicomiso.
- 2.- El fideicomisario tiene ciertos derechos y obligaciones.

3.- El fideicomitente y la Institución fiduciaria puede ser también fideicomisario, este último con reservas de ley.

4.- En el fideicomiso no es esencial la designación del fideicomisario.

3.2 ELEMENTOS REALES.

Dentro de los elementos reales tenemos el objeto, los fines, y el patrimonio fideicomitado

3.2.1 OBJETO DEL FIDEICOMISO.

Nuestra legislación, así como la doctrina, denominan objeto del fideicomiso, a la cosa que se trasmite, y a los fines del fideicomiso, al objetivo que será cumplido por el fiduciario.

“...la parte del patrimonio de la que se desprendió el fideicomitente, que es el objeto del fideicomiso, ipso iure se erige como un patrimonio sujeto a reglas especiales cuyo destino no puede ser otro que el fin señalado por el fideicomitente en el contrato.”⁵⁹

El artículo 386 de la LGTOC menciona “ Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes o derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.”

Entre los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso tenemos:

- a) Muebles: créditos no negociables, créditos negociables, valores de renta fija o variable, acciones sociales, documentos bursátiles, títulos nominativos, títulos al portador, cartera por cobrar de empresas, joyas contratos de inversión, etc.

⁵⁹ Dávalos Mejía Carlos Felipe. Op Cit. Pág. 877.

- b) Derechos: derechos de uso, usufructo, reales, propiedad, personales, patentes y marcas, de autor, derechos fideicomisarios de un contrato de fideicomiso previo, derechos litigiosos, derechos corporativos o patrimoniales derivados de acciones sociales, derechos sobre herencias o legados, etc.
- c) Inmuebles: Terrenos urbanos, casa habitación, edificios, centros comerciales, estacionamientos, aeronaves o barcos, buques, desarrollos turísticos, ranchos, hospitales, etc.

No pueden ser objeto del fideicomiso:

- a) Las cosas que no estén en el comercio.
- b) No estén en la naturaleza.
- c) No sean propiedad del fideicomitente.
- d) Sean derechos personalísimos del fideicomitente.

3.2.2 FINES DEL FIDEICOMISO.

De acuerdo al maestro Ernesto Gutiérrez y Gonzáles, citado por Ortíz Sotelo, el fin o motivo es:

“la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico.”⁶⁰

Este fin como indica la propia ley, debe ser lícito y determinado, el cual está encomendado para su realización a la institución fiduciaria.

En adición, considerando el artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, el objeto debe ser además jurídica y físicamente posible.

⁶⁰ Ortíz Soltero Sergio Monserrit. El Fideicomiso Mexicano. Op. Cit. Pág. 145.

3.2.3 PATRIMONIO FIDUCIARIO.

El patrimonio fiduciario es el conjunto de bienes y derechos afectos de manera temporal con limitaciones en su administración, que pretenden cumplir los fines del fideicomiso para el cual fueron transmitidos a la institución fiduciaria.

El artículo 386 de la LGTOC dispone que los bienes que se den en fideicomiso se consideraran afectos al fin a que se destinan y, además sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran.

Por otra parte, tenemos que se entiende por propiedad “el poder jurídico que el titular ejerce directa e indirectamente sobre una cosa y con exclusión de terceros, que le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico porque puede usarla, disfrutarla y disponer de ella sin mas limitaciones y más modalidades que las establecidas en la ley.”⁶¹

La diferencia entre la propiedad civil y la que tiene la Institución Fiduciaria se diferencia según lo menciona Ortíz Soltelo en que “...mientras en ésta el sujeto ejerce sobre la cosa un poder jurídico en forma directa e inmediata para aprovecharla con exclusión de los demás y con la posibilidad normativa de realizar los actos de dominio o de administración con la limitación que fijen las leyes, en aquella la fiduciaria no tiene

⁶¹ Domínguez Marínez Jorge Alfredo. Derecho Civil. Op Cit. Pág. 348

derecho de aprovechar el bien, en tanto que no puede disponer para su beneficio de la posesión o de los frutos...”⁶²

3.3 ELEMENTOS FORMALES.

El artículo 387 de la LGTOC señala que la constitución del fideicomiso debe constar siempre por escrito.

Antes de las reformas a que fue objeto este artículo en el año 2003, este artículo señalaba además de constar por escrito debía ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de derechos a la propiedad de las cosas.

Al respecto Domínguez Martínez señala “Haber quitado a la disposición indicada la parte complementaria en cuanto al ajuste a los términos de la legislación comun...” “...en estas condiciones, que la disposición contenga la fórmula de que simplemente el fideicomiso deba ser por escrito, es sin perjuicio de aquellos casos en los cuales por la naturaleza de los bienes el acto relativo debe otorgarse en escritura por ser estos los términos establecidos en la ley aplicable por decidir las formalidades de los actos jurídicos y que es la ley local de cada entidad federativa.”⁶³

Es el caso, de conformidad al artículo 2317 del Código Civil las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor no exceda el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y de la constitución o transmisión de los derechos reales, podrá otorgarse en documento

⁶² Ortíz Soltero Sergio Monserrit. El Fideicomiso Mexicano. Op. Cit. Pág. 99

⁶³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; El Fideicomiso. Op. Cit. Pag.381

privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

Por otra parte, tratándose de inmuebles cuyo valor sea superior a 365 días de salario mínimo en el D.F., se requerirá su afectación en fideicomiso mediante escritura pública.

En el caso de bienes inmuebles, el fideicomiso deberá de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, surtiendo efecto contra terceros desde la fecha de su registro.

Con respecto a bienes muebles surtirán efectos contra terceros cuando:

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

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

III.- Si se tratase de una cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

3.4 DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.

El término o duración del fideicomiso deberá ser suficiente para que se cumplan los fines para los que fue creado, se mantendrá vigente mientras que no se presente alguna causa que origine su extinción.

Lo anterior se desprende del análisis del artículo 394, el cual en su fracción III señala la limitación a cincuenta años a los fideicomisos que no

se designe como beneficiaria a un persona moral de orden público, o institución de beneficencia.

También señala que cuando el fin del fideicomiso constituido sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro, podrán tener una duración mayor a la indicada en el párrafo anterior.

3.5 FIDEICOMISO PROHIBIDOS

A) Fideicomisos secretos.

Los fideicomisos no pueden tener un fin secreto, atendándose en que este no se convierta en un instrumento jurídico para el ocultamiento de bienes en beneficio de intereses individuales, incitando delitos como el fraude.

El Dr. Dávalos Mejía hace distinción entre el fideicomiso secreto y secreto profesional o fiduciario, mencionando que "... aquel consiste en el deliberado ocultamiento del bien o del fin del fideicomiso, y que queda desconocido para la fiduciaria y se prohíbe a favor de la seguridad del negocio. En el secreto profesional se determina no proporcionar información acerca de un caso particular a nadie que no sea directamente interesado, con excepción de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en su caso a de la autoridad judicial; es decir, el secreto en este caso es del banco hacia terceros y existe a favor del usuario. El primer tipo de secreto está prohibido y el segundo es una obligación. "⁶⁴

⁶⁴ Dávalos Mejia Carlos Felipe. Op Cit. Pág. 911.

B) En la fracción II del artículo 394 de la LGTOC indica además que “aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente”

c) Por último, aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando el fideicomisario sea una persona moral, salvo que esta sea de orden público o institución de beneficencia o asistencia.

3.6 EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

3.6.1 CAUSAS DE TERMINACIÓN.

Las causas de extinción del fideicomiso se encuentran enmarcadas en el artículo 392 de la LGTOC, además debemos de tener en cuenta que el fideicomiso es un contrato, y como tal le son aplicables las causas de terminación de estos.

“Artículo 392.- El fideicomiso se extingue:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido.”

“II.- Por hacerse este imposible”

Los contratos deben tener un objeto jurídica como físicamente posible, por lo cual al no presentarse estos requisitos no se perfeccionará el contrato.

“III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución.”

La condición suspensiva es cuando su cumplimiento depende que se produzcan los efectos de la obligación. Al respecto Villagordoa afirma que: “Esta fracción evidentemente contiene una redacción errónea, porque el hecho de que se haga imposible el cumplimiento de una condición suspensiva a la que se sujeta, no ya la vigencia del contrato, sino su propia existencia, no puede extinguir el acto jurídico que aún no existe, consecuentemente no podemos hablar de una causa de extinción, sino más propiamente de una causa que ha impedido el nacimiento del fideicomiso”⁶⁵

“IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.”

Según el artículo 1940 del Código Civil, la condición resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían.

“V.- Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.”

Reconocimiento que da la ley a las partes, por así convenir a los intereses de estos.

⁶⁵ Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Op. Cit. Pag. 211.

“VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso, debiéndose expresar en el acto constitutivo.”

“VII.- En caso del párrafo final del artículo 386 el cual dispone que el fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.”

3.6.2 EFECTOS DE LA TERMINACIÓN DEL FIDEICOMISO.

Los efectos de terminación del fideicomiso se pueden pactare en forma expresa por las partes desde su constitución. El efecto principal que señala la LGTOC, es la situación sobre los bienes que constituyeron el fideicomiso, y los que se en un momento dado se obtuvieron como resultado de su ejecución.

“Artículo 393.- Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto de dicha transmisión, el juez de primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente.

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

3.6.3 NULIDAD DEL FIDEICOMISO.

La nulidad de un acto jurídico, en este caso el contrato de fideicomiso, implica el cese de sus efectos jurídicos, como consecuencia por haberse presentado alguno de los de los supuestos que la ley establece.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que en caso de que el fideicomiso sea constituido en fraude de terceros podrá ser en todo momento atacado de nulidad para los interesados.

“Son susceptibles de atacarse por medio de la esta acción pauliana: la repudiación de la herencia hecha por el heredero en perjuicio de sus acreedores; la enajenación que hace el deudor de los bienes que efectivamente posee y la renuncia de derechos constituidos a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal...”⁶⁶

Otros supuestos de nulidad se encuentran en los contemplados en el artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que hace alusión en sus tres fracciones que lo integra, a la prohibición para la constitución de fideicomisos, como son los fideicomisos secretos, en los que el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la muerte de la anterior y aquellos con una duración mayor a los 50 años, en los dos últimos con sus respectivas excepciones.

⁶⁶ Batiza Rodolfo. Ob Cit. Pag. 442

En cualquiera de los supuestos indicados en las fracciones del artículo 394 y 386 último párrafo, nos encontramos ante una nulidad absoluta y en su caso los efectos del contrato serán destruidos retroactivamente hasta la fecha de su celebración.

3.7. TIPOS DE FIDEICOMISO.

Creemos que no hay diferentes tipos de fideicomisos, encontrando diferencia solo en el fin por el cual se constituyó.

3.7.1 FIDEICOMISO EN ADMINISTRACIÓN

“Por fideicomiso de administración se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc, todo ello en interés del beneficiario.”⁶⁷

Por medio de este se afectan y transmiten al fiduciario determinados bienes y derechos para que este los custodie, conserve, guarde y administre a favor del fideicomisario o del propio fideicomitente o de un tercero, se puede decir que en todo fideicomiso el fiduciario administra los bienes fideicomitidos.

Villagordoa señala dos actividades fundamentales que se presentan en la práctica a saber:

⁶⁷ Batiza Rodolfo. Ob Cit. Pág. 182.

- a) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente.
- b) La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos, y transmita dichos productos al fideicomiso.⁶⁸

3.7.2 FIDEICOMISO EN INVERSIÓN

El Dr. Dávalos Mejía explica que el fideicomiso de inversión es: “ Aquel en el que una persona (fideicomitente) destina cierta cantidad en efectivo o en títulos de crédito, a la constitución de una fideicomiso; y al fiduciaria se compromete, durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en mesas de dinero de otras bancas, con el objeto de obtener con ellos un máximo rendimiento.”⁶⁹

Para Batiza el fideicomiso de inversión es “...aquél que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Celebrándose así dos o más contratos: en primer término el del fideicomiso y después, en su ejecución, el de los mutuos”⁷⁰

En esta operación pueden ser fideicomitente cualquier persona, así como el mismo puede recibir los provechos del fideicomiso, o sus beneficiarios,

⁶⁸ Villagordoa Lozano, José Manuel. Op. Cit. Pág. 195

⁶⁹ Dávalos Mejía Carlos Felipe. Op Cit. Pág. 875

⁷⁰ Batiza Rodolfo. Ob Cit. Pág. 182.

persiguiendo el fin de invertir los bienes aportados, consistentes en dinero o títulos de crédito, para obtener máximos rendimientos.

3.7.3 FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo menciona: *“Solo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago...”*

“el fideicomiso con fines de garantía es, en todos los casos, un contrato accesorio que garantiza el cumplimiento de obligaciones que asumió el fideicomitente, o en algunos casos el fideicomisario, a la firma de un contrato diferente, que puede clasificarse como de crédito, de reconocimiento de adeudo, de pago con condición suspensiva, de mutuo con interés, o a la suscripción de un título de crédito, entre otros.”⁷¹

Conforme al artículo 396 de la misma ley, en el fideicomiso de garantía, el fideicomisario podrá ser a la vez ser fiduciario por se traten de garantizar obligaciones a su favor, además las partes deberán convenir términos y condiciones en caso de conflicto de intereses.

3.7.4 FIDEICOMISO DE INFRAESTRUCTURA

Este tipo de fideicomisos se diseñó y se puso en práctica ante la necesidad de apoyar el desarrollo del país, a través del crecimiento de su infraestructura, en diferentes sectores de la economía, como en el campo eléctrico, petrolero, carretero, etc.

⁷¹ Ortíz Soltero Sergio Monserrit. Op.cit. Pág. 205

En estos fideicomisos la iniciativa privada interviene en ellos, ya que es ella la que financia los programas gubernamentales.

Los participantes en estos esquemas fiduciarios y de ingeniería financiera son:

- 1.- El gobierno federal, que otorga la concesión y aporta los bienes muebles e inmuebles requeridos.
- 2.- La iniciativa privada, por medio de inversionistas que aportan recursos financieros y del que desarrolla el proyecto.
- 3.- La institución fiduciaria que diseña implanta y administra el esquema jurídico fiduciario y los estudios de factibilidad e ingeniería que el proyecto requiere.

3.7.5 FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Por testamento se entiende que es el “acto jurídico unilateral, personalísimo y solemne, por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes y derechos que no terminan con su muerte, y cumple deberes para cuando fallezca.”⁷²

Por otra parte, la doctrina define al fideicomiso con fines testamentarios como: “Es aquel mediante el cual, una persona física llamada fideicomitente entrega a otra llamada fiduciario, parte o totalidad de los bienes que conforman su patrimonio universal, para que a su fallecimiento,

⁷² Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Oxford. México 2001.pág. 275.

la fiduciaria los distribuya en términos y condiciones del contrato de fideicomiso.⁷³

No obstante de lo anterior, antes de las reformas del 2003 a la LGTOC, en esta ley hacía referencia de manera explícita a su constitución, “Artículo 387 El fideicomiso podrá ser constituido por acto ente vivos o por testamento...” pero fue en ese año donde se suprimió esta parte del artículo, dándole un sentido estrictamente contractual del fideicomiso.

3.8 MODALIDADES DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso mexicano puede revestir las siguientes modalidades que bien pueden tomarse como clasificación, así tenemos.

- Fideicomisos constituidos con reserva o sin reserva.

Será con reserva cuando en el fideicomiso por ejemplo, el fideicomitente se reserve algunos derechos, como el uso de un inmueble o un derecho de extinción del mismo; y será sin reserva , cuando el fideicomitente no se reserve algún derecho.

- Fideicomiso revocable e irrevocable.

Será revocable aquellos fideicomisos en los que el fideicomitente se reserve tal derecho, revocándolo en cualquier momento; e irrevocable, cuando el fideicomitente no se reserve expresamente tal derecho, o aquellos que no puedan ser revocados por ley.

- Fideicomiso Individual y Colectivo

⁷³ Ortiz Soltero Sergio Monserrit. Ob. Cit. Pág. 189

Es individual cuando el beneficiario es una sola persona; colectivo, cuando se designan varios fideicomisarios.

Sin embargo, estas modalidades no tienen mucha relevancia ya que se debe entender que el fideicomiso es único, y esta distinción es solo para efectos didácticos y prácticos.

CAPÍTULO IV

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

El llamado fideicomiso de garantía no es más que una modalidad o clasificación del fideicomiso de acuerdo a su fin, como es el de administración, de inversión, translativo de dominio; así lo ha clasificado la Comisión Nacional Bancaria desde hace varios años. Desde el año 2000 esta característica se ha plasmado en la ley, regulándolo de forma independiente del fideicomiso común en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre los motivos podemos encontrar lo plasmando en una parte de la Iniciativa de la propia modificación:

“...el vigente régimen legal mexicano sobre garantías ha sido superado por el contexto económico y comercial actual, de las operaciones mercantiles que se realizan en el país, lo que da como resultado limitaciones en cuanto a las personas que pueden otorgar créditos y al mismo tiempo, acceder al mismo, procedimientos costosos para su asignación y registro, tasas de interés elevadas, pero sobre todo procedimientos sumamente prolongados y onerosos, para hacer efectivas las garantías en caso de incumplimiento, lo que a su vez genera serios problemas, por insuficiencia de financiamiento para el desarrollo de las actividades socialmente más importantes, como la agricultura, la mediana

y pequeña empresa y la vivienda, entre otras. Todo lo anterior provoca, además, que los deudores se vean obligados a sobregarantizar los créditos que solicitan.”

“Como consecuencia de lo expuesto, la presente iniciativa que sometemos a esta soberanía considera el establecimiento de mecanismos que faciliten la posibilidad de ofrecer garantías reales sobre todo tipo de bienes muebles e inmuebles para asegurar el pago de créditos, de tal manera que existan formas de garantía adicionales a los contratos accesorios de la misma naturaleza que consagra la legislación vigente...”

“Por su parte, el fideicomiso de garantía permitiría a los deudores otorgar en garantía el mismo tipo de bienes señalados para la prenda en garantía el mismo tipo de bienes señalados para la prenda sin transmisión de posesión, pero incluyendo además bienes inmuebles. Una característica específica de este tipo de fideicomiso se traduce en la posibilidad de construir un mismo fideicomiso para garantizar obligaciones sucesivas del deudor, lo cual representaría una ventaja significativa para éste, en virtud de que no será necesario construir un fideicomiso para cada acreedor que, en su momento dado pudiese tener el deudor...”

En virtud de lo anterior, podemos ver que fueron muchas las razones que el legislador consideró para la nueva regulación de un fideicomiso de garantía, pero consideramos que no son suficientes, para que se haya considerado necesario la creación de un capítulo para regularlo, distinto al fideicomiso en general , además que entre el fideicomiso genérico y el de garantía se observaron incongruencias jurídicas, y repeticiones innecesarias, las cuales el legislador han querido ir solventando, es así,

con una nueva reforma en el año 2003 se intentó solucionarlas, dando como resultado una figura muy trastocada en su naturaleza plasmada desde su creación.

El fideicomiso de garantía sirve entre otras cosas para:

- El otorgamiento de créditos.
- Para la obtención de financiamiento.
- El reconocimiento de adeudos.

4.1. CONCEPTO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Antes de la reforma del 2003 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito definía al fideicomiso como “*Art. 395. En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente trasmite 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.*”

El tratadista Julián Bojalil señala; “...el fideicomiso de garantía es un contrato accesorio en el que el fiduciario recibe los bienes o derechos con carácter irrevocable para que con ellos se garantice el cumplimiento de un obligación principal a cargo del fideicomitente o un tercero.”⁷⁴

Por su parte el Dr. Dávalos Mejía al hacer referencia al fideicomiso de garantía, menciona lo siguiente: “En el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por ley, la titularidad de ciertos bienes a la

⁷⁴ Bolalil, Julián. Fideicomiso. Editorial Porrúa. S.A. México. 1989. Pág. 79.

institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución procederá a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas a favor del fideicomisario.”⁷⁵

En virtud de lo anterior y atendiendo a sus elementos, el fideicomiso de garantía lo podemos definir como aquel contrato accesorio por el cual un fideicomitente (deudor) transmite la propiedad de ciertos bienes a una institución fiduciaria con el fin de que estos sirvan para garantizar al fideicomisario (acreedor) el cumplimiento de cierta obligación a su favor, por lo que se faculta a la institución fiduciaria para que venda el bien fideicomitado, y con su producto se satisfaga la obligación principal.

El fideicomiso de garantía se constituye como resultado de una obligación de un crédito, cuyo fin es garantizar con los bienes sobre los cuales fue constituido, el posible incumplimiento de la obligación principal.

El fideicomiso de garantía a nuestro parecer, encuentra ciertas ventajas con las tradicionales formas de garantizar, como la fianza, prenda o hipoteca, entre otras razones, por que en el clausulado del respectivo contrato de fideicomiso se establece un proceso convencional de ejecución de garantías para el caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, que por su carácter extrajudicial, es más ágil y ventajoso, que la implicación en las garantías tradicionales, que consisten en un procedimiento tardado y en el mayor de los casos más oneroso.

“El fideicomiso de garantía, en comparación con otras garantías, en particular las reales, como la prenda y la hipoteca, tienen una característica común; el acreedor garantizado con la *fiducia* de garantía

⁷⁵ Dávalos Mejía Carlos Felipe. Op Cit. Pág. 868.

goza de pagos preferenciales sobre los demás acreedores del deudor. No en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor, sino en el patrimonio separado del fiduciario...”⁷⁶

La transmisión que hace el fideicomitente es de carácter temporal y durará el tiempo que este tarde en cumplir con la obligación que tiene con el fideicomisario, por lo que al hacerlo se revertirán los bienes y derechos que se hayan afectado para este fin.

4.2 OBJETO DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Como mencionamos anteriormente, son objetos del fideicomiso todo tipo bienes y derechos que los fideicomitentes aporten para su constitución, los cuales están destinados a la realización de un fin lícito y determinado.

En el fideicomiso de garantía, el objeto resulta de mayor importancia, por ser este la garantía que se constituye por el fideicomitente-deudor, y ser la garantía con la que cuenta el fideicomisario-acreedor para cubrir su crédito. Podrán ser objeto de este fideicomiso cualquier tipo de bienes ya sea muebles o inmuebles, derechos reales o personales. Al respecto el tratadista Sergio Monserrit Ortíz Soltero, manifiesta; “... El bien fideicomitado constituye la absoluta garantía, por lo que la fiduciaria no responde con su patrimonio ni está obligada a otorgar créditos para cumplir las obligaciones asumidas por el fideicomitente con el fideicomisario...”⁷⁷

⁷⁶ Kiper M Claudio y Otro. Tratado de Fideicomiso. Segunda Edición. Buenos aires Argentina. 2003. Pag. 463.

⁷⁷ Ortíz Soltero Sergio Monserrit. El Fideicomiso Mexicano.Op.cit. Pág. 207.

Además, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, permite que las partes puedan convenir ciertos derechos que podrán tener los fideicomitentes sobre los bienes que se aportaron a la constitución del fideicomiso, los cuales consisten en:

“Artículo 398...”

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

“II.- Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados; y”

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

Las partes podrán convenir sobre la posesión de los bienes del fideicomiso, a favor de un tercero o del fideicomitente, el cual tendrá la calidad de depositarios asimismo responderá sobre cualquier daño o deterioro de los bienes dados en fideicomiso.

“Artículo 401. Los riesgos de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitidos corren por cuenta de la parte que esté en posesión de los mismos, debiendo permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar , según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general...”

También se podrá convenir en el contrato de fideicomiso que en caso que los bienes fideicomitidos disminuyan de valor de manera que no baste a cubrir el importe de la obligación principal y los accesorios, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo obligación el acreedor de hacer tal notificación al deudor ya sea vía judicial o mediante fedatario, esto según el artículo 401 párrafo segundo de la LGTOC.

En virtud de lo anterior, consideramos que el objeto es el elemento principal en la constitución del fideicomiso de garantía, por ser este la que garantiza una obligación principal, siendo la razón de su nacimiento.

4.3. ELEMENTOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Dentro de los elementos del fideicomiso de garantía, tenemos al fideicomitente, al fiduciario, fideicomisario, un objeto y fin, de los cuales se hacen los siguientes señalamientos.

a) Fideicomitente; Es la persona que transmite la propiedad de los bienes en garantía, y a la vez, es el deudor de la prestación garantizada. También es considerado como Fideicomisario en segundo lugar, por tener el derecho a que se le reviertan los bienes fideicomitidos una vez

que sea satisfecha la obligación principal y a favor del fideicomisario en primer lugar.

b)Fiduciario; la institución a la que le son transmitidos los bienes o derechos y quién en su caso, será la encargada de ejecutar el fideicomiso por incumplimiento del fideicomitente a la obligación garantizada.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 395, podrán ser fiduciarias en este tipo de fideicomisos, las siguientes instituciones;

I.- Instituciones de crédito;

II.- Instituciones de seguros;

III.- Instituciones de fianzas

IV. Casas de bolsa;

V Sociedades financieras de objeto limitado; y

VI. Almacenes generales de depósito.

Como mencionamos anteriormente, por decreto presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de julio de 2006, en donde se reforman algunas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se añaden las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

Además que deben de sujetarse a lo establecido por el artículo 85 bis de *la Ley de instituciones de Crédito el cual señala:*

“Artículo 85 Bis.- Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía las instituciones a que se refieren las fracciones II a V del

artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán contar con el capital mínimo adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.

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

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

Por último, de acuerdo con el artículo 396 de la LGTOC, “Las Instituciones y Sociedades podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor, conviniendo la forma y términos para dirimir posibles conflicto de intereses”.

c) Fideicomisario; Es la persona acreedora a la cual el fideicomitente le debe alguna prestación, y por lo cual se constituyó el fideicomiso de garantía, ya que los bienes que integran la masa fiduciaria servirán para

hacer pago de su crédito hasta el límite de este o hasta donde alcance el producto de la venta de estos.

El fideicomisario en primer lugar tiene un mejor derecho que el fideicomitente, por lo que este no puede recovar la designación de aquel, pero el fideicomitente puede, siempre y cuando se señale, nombrar a más fideicomisarios en la prelación correspondiente, así lo indica el artículo 397 de la LGTOC.

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

d) Objeto.

Como lo mencionamos anteriormente, es el elemento primordial en la celebración del contrato del fideicomiso, por constituir la garantía de la obligación principal.

e) Fin.

La finalidad que persigue este tipo de fideicomisos es garantizar el cumplimiento de una obligación que tiene el fideicomitente a favor del fideicomisario, a través de la transmisión de la propiedad de ciertos bienes y derechos que hace el fideicomitente a una institución fiduciaria. En caso de incumplimiento, la fiduciaria podrá ejecutar el fideicomiso, estando conforme a lo pactado en el contrato respectivo.

Los fines sustanciales de éste tipo de fideicomisos, en lo que el fideicomisario en primer lugar es el acreedor, son;

- Que la fiduciaria mantenga en propiedad el bien.
- Que lo revierta al fideicomitente en caso de que cumpla con sus obligaciones frente al fideicomisario en primer lugar.
- Que ponga a la venta los bienes fideicomitados en caso de incumplimiento, por parte del fideicomitente, de las obligaciones garantizadas a la firma del contrato de fideicomiso.
- Que se entregue al fideicomisario en primer lugar el producto de la venta de los bienes dados en garantía, hasta el límite del adeudo.
- Que el remanente lo entregue al fideicomitente, y
- Que transmita la propiedad de los bienes al adquirente final.

4.4. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.

La forma en que se tramiten los bienes dados en fideicomiso deberá ser fijada en el acto constitutivo del fideicomiso. Respecto a los bienes muebles estos pueden manejarse de manera muy amplia por que estos pueden venderse, usarse, combinarse e incluso enajenarse, siempre y cuando en estos dos supuestos su valor no disminuya al punto de que sean insuficientes para cubrir el crédito garantizado.

El fiduciario recibe la titularidad del derecho de propiedad en el sentido jurídico, más no económico, no adquiere para él, tiene restringida esa titularidad al fin del mismo fideicomiso, que es la de garantizar una obligación, por lo que la fiduciaria no puede disponer de ello en provecho propio.

La transmisión que hace el fideicomitente consideramos que se puede considerar como un transferencia reversible, porque lo que pretende es garantizar una obligación trasladando de forma temporal parte de su patrimonio, por lo que una vez que se satisfecha la obligación principal que garantizó, el fideicomitente irremediamente buscará que se le restituyan los bienes y derechos de los que se desprendió para hacer frente a su obligación.

4.5. FORMALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO.

Para la constitución del fideicomiso de garantía se aplican en general las formalidades que las partes establezcan en el acto de su constitución, respetando los principios básicos del derecho y a la naturaleza jurídica de éste, en cuanto que es un contrato accesorio en relación de un principal.

En consecuencia, se debe de reunir ciertas formalidades en cuanto a su constitución, siendo la más importante que debe de constar por escrito, tratándose de inmuebles, debe de hacerse en escritura pública además hacer la inscripción en el registro correspondiente, si se trata de bienes muebles que su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil unidades de inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario público.

Ahora bien, en caso de incumplimiento por parte del deudor, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente los bienes objeto del fideicomiso, siempre y cuando se pacte lo siguiente:

1.- La solicitud por escrito por parte del o los fideicomisarios a la fiduciaria, para que esta inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial.

2.- La institución fiduciaria comunique a los fideicomitentes por escrito la solicitud a que se hace mención en el párrafo anterior, los cuales podrán oponerse en lo siguientes supuestos:

- a) si exhiben el importe del adeudo
- b) acreditan el cumplimiento de la obligación o obligaciones precisadas por los fideicomisarios.
- c) Exhiben documento en donde se conceda la prórroga de plazo o la novación de la obligación.

3.- Solo en caso que los fideicomitentes no acrediten alguno de los supuestos anteriores, la fiduciaria procederá a la enajenación de los bienes fideicomitados, conforme a lo pactado en el contrato del fideicomiso

4.- Los plazos señalados para llevar a cabo los actos anteriores.

En caso de falta de convenio expreso, se seguirán los procedimientos establecidos en el Libro Quinto Título Tercero bis del Código de Comercio para la realización de los siguientes actos:

- a) La enajenación de los bienes del fideicomiso que en su caso deba llevar a cabo el fiduciario; o
- b) La tramitación del Juicio que se promueva para oponerse a la ejecución del fideicomiso.

De conformidad al Título Tercero bis del Libro Quinto del Código de Comercio denominado **De los Procedimientos de Ejecución de la Prenda sin Transmisión de Posesión y del Fideicomiso de Garantía, el fideicomiso de garantía puede ejecutarse de forma extrajudicial y judicialmente.**

Se tramitara por el procedimiento extrajudicial, la ejecución del fideicomiso de garantía:

- El pago de los créditos vencidos.
- La posesión de los bienes objeto de las garantías, siempre que no haya controversia en cuanto a la exigibilidad del crédito.

El valor de los bienes podrá ser determinarse:

- Por el dictamen que rinda el perito que las partes designen para tal efecto.
- Por cualquier otro procedimiento que las partes acuerden.

El procedimiento se iniciará requiriendo al deudor, la entrega de la posesión de los bienes dados en fideicomiso, quedando la fiduciaria con el carácter de depositaria.

Una vez entregada formalmente la posesión, la institución fiduciaria procederá a enajenarlos, tomado en cuenta las siguientes observaciones.

- Cuando el valor de los bienes sea igual al monto condenado, quedara liquidado e crédito, sin reservarse el acreedor acción o derecho alguno para hacer valer con posterioridad.

- Cuando el valor de los bienes sea menor al monto adeudado, el fiduciario o acreedor podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía y conservar las acciones y derechos correspondientes a la parte que no le fue cubierta.
- Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto adeudado la fiduciaria, una vez deducido el crédito y accesorios, entregará al deudor el remanente producto de la venta de los bienes.

El procedimiento de ejecución judicial del fideicomiso de garantía se iniciara por las siguientes causas:

- Cuando se oponga el deudor a la entrega material de los bienes o al pago del crédito respectivo.
- Cuando no se haya producido el acuerdo respecto sobre la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados

Se tramitará de acuerdo a este procedimiento todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible, y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que no se hubiere convenido el procedimiento previsto en el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además conste en documento público o escrito privado, según corresponda.

Se presentará demanda para ejecutar el fideicomiso de garantía, la cual deberá anexar el contrato respectivo, así como la determinación del saldo que formule el acreedor, y cuando el acreedor sea una institución de crédito, anexará la certificación de saldo que corresponda

Una vez presentada la demanda, si reúne los requisitos, el Juez la admitirá en un plazo no mayor de dos días y dictará un auto para que el deudor sea requerido formalmente de pago, de no hacerlo, se hará entrega al actor de la posesión de los bienes fideicomitidos, emplazando al deudor, para que dentro del término de cinco días oponga las excepciones y de contestación a la misma.

Si el deudor no hiciere entrega de los bienes en la diligencia de requerimiento de pago, el secretario actuario lo hará constar, apercibiéndolo con una multa de tres hasta cuatrocientas veces el salario mínimo, además el juez podrá interponer las siguientes medidas de apremio:

- El auxilio de la fuerza pública.
- Arresto administrativo hasta por 36 horas.

Las partes podrán oponer las excepciones que a su derecho convenga, que se acrediten con prueba documental, salvo aquellas que por su naturaleza, requieran de ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental.

Si se opone la falta de personalidad del actor o del demandado, se concederá un plazo no mayor de diez días para que este la subsane, si no se hiciera, el juez sobreseerá el juicio o, en su caso, se seguirá por rebeldía.

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

Si se opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor, para que en el término de tres días, la corrija.

El allanamiento que afecte toda demanda producirá el efecto de que el asunto pase a Sentencia, deberán ofrecer todas sus pruebas relacionándolas con los hechos que pretendan probar y presentar todos los documentos respectivos, El juez resolverá sobre la admisión o desechamiento en el auto que tenga por contestada o no la demanda. Asimismo dará vista al actor con las excepciones opuestas por el demandado, por el término de tres días y señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas alegatos y sentencia

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

Los procedimientos que se ventilen conforme a lo señalado en este Capítulo, no se admitirán incidentes y las resoluciones que se dicten podrán ser apeladas sólo en efecto devolutivo, por lo que en ningún caso podrá suspenderse el procedimiento, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo 1414 bis 10.

4.6. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LOS ARTÍCULOS REFERENTES AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA QUE REGULA LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

Después de hacer señalado los aspectos generales del fideicomiso de garantía así como su regulación en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, analizaremos y haremos observaciones a los siguientes artículos.

“Artículo 397. Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultáneamente o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor a quedado extinguida...”

“...A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para lo cual fue constituido el fideicomiso...”

Del artículo anterior transcrito, se desprende la existencia de la prelación de créditos que se pueden constituir sobre la masa fideicomitada, de manera sucesiva o simultánea, que el fideicomitente puede constituir frente a las obligaciones con sus acreedores.

Por lo anterior, creemos que el acreedor se encontraría en un estado de incertidumbre respecto al pago de sus créditos, por la existencia de otras deudas garantizadas con el mismo fideicomiso, por lo que son los mismos bienes, la garantía con que cuentan diversos acreedores.

Pero no solo lo anterior, si atendemos a la naturaleza del fideicomiso en general, podemos advertir que los bienes que forman parte del fideicomiso, estos son propiedad de la Fiduciaria, por lo que suena ilógico que el fideicomitente pueda constituir más de una garantía sobre bienes que han salido de su patrimonio.

Más aun, es contradictorio la naturaleza misma en la transmisión de los bienes, por un lado, después de la reforma de los años 2000 y 2003, se hace de manifiesto una transmisión de propiedad que hace el fideicomitente a la Fiduciaria, y por otro lado el artículo 391 de la LGTOC hace referencia a que para la realización del fideicomiso la Fiduciaria debe de obrar como “un buen padre de familia” y aunque no encontremos una definición de lo que se entiende como “un buen padre de familia”, se puede aludir a un comportamiento sobre quien ostenta objetos que no son de su propiedad, y por ello debe de velar por ellos.

Por otra parte, el artículo 396 dispone que *“Las Instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar*

obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”

De este artículo se desprende la posibilidad legal de que las instituciones Fiduciarias puedan tener un doble papel, ya que también podrán ser fideicomisarias en fideicomisos que tengan como fin garantizar obligaciones a su favor.

Esta situación puede resultar ventajosa para una Institución, por que al nacimiento de esta relación esta podría fungir como juez y partes dentro de la mecánica de funcionamiento y ejecución del fideicomiso, no obstante que en la parte final de este precepto se establezca que las partes deberán de convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflicto de intereses.

Además, lo señalado en el último artículo transcrito, es una repetición del artículo 382 del mismo ordenamiento, y que hace referencia al fideicomiso en general, en su parte final señala que la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan como fin servir como instrumentos de pago, en los casos de créditos otorgados por la propia institución.

Ahora bien, la misma figura del fideicomiso regulada en la LGTOC establece la posibilidad de instaurar en el mismo acto de creación de Fideicomiso, un procedimiento extrajudicial de ejecución.

Por ser un procedimiento de naturaleza convencional entre las partes, el artículo 403 de la Ley anterior citada, hace referencia solo a los requisitos mínimos que se deberán pactar, los cuales son:

I.- Que la institución fiduciaria inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial del o los bienes o derechos en fideicomiso, cuando reciba del o los fideicomisarios comunicación por escrito en la que soliciten la mencionada enajenación y precisen el incumplimiento de la o las obligaciones garantizadas.

II.- Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio señalado en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en la fracción anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación, si exhiben el importe del adeudo, acreditan el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios de conformidad con la fracción anterior, o presentan el documento que comprueba la prórroga del plazo la novación de la obligación.

III. Que sólo en caso de que él o los fideicomitentes no acrediten, de conformidad con lo previsto en la fracción anterior, el cumplimiento de la o las obligaciones garantizadas o, en su caso, su novación o prórroga, la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el o los bienes o derechos fideicomitados, en los términos o condiciones pactadas en el fideicomiso;

IV. Los plazos para llevar a cabo los actos señalados en las fracciones anteriores.

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquella con que haya suscrito dicho fideicomiso.”

Este procedimiento es un acuerdo entre las partes, ya que al momento de la constitución del fideicomiso, quisieron asegurar el cumplimiento de una obligación, para lo cual, se establece un mecanismo para que cuando se esté en frente de un incumplimiento por parte del fideicomitente deudor, el fideicomisario pueda solicitar la venta de los bienes a la fiduciaria y con ello cubrir el importe que se la deuda.

Posteriormente el artículo citado continúa expresando que a falta de convenio, se seguirán los procedimientos establecidos en el Libro Quinto, Título Tercero Bis del Código de Comercio, para la realización de enajenar los bienes en fideicomiso, que deberá llevar a cabo el fiduciario o la tramitación del juicio que se promueva para oponerse a la ejecución del fideicomiso.

Por lo que se desprende, que solo cuando las partes no convinieron la forma de ejecución del fideicomiso, se seguirán los procedimientos establecidos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio, para los fines establecidos en el párrafo anterior.

Es por eso que pensamos que sería conveniente que se haga obligatoria la celebración de este convenio, el cual regirá la forma en que actuarán las partes en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

La finalidad por la que se constituyó este tipo de fideicomisos, es la de garantizar ciertos tipos de obligaciones, la cual se constituye entre el fideicomisario-acreedor y un fideicomitente-deudor, siendo que en caso de incumplimiento por parte de este último, los bienes que se afectaron constituyan una garantía eficaz para que el acreedor pueda disponer de manera pronta y confiable de los bienes del deudor, para cubrir su crédito, y a su vez, el fideicomitente pagar su deuda, así el fin se tendrá perfectamente garantizado.

Además la obligatoriedad de la celebración de este convenio le dará mayor certidumbre a las partes, en especial al fideicomisario, debido a que en sus manos estará la forma en como se quieren obligar, y como darán por concluido el fideicomiso, en caso del incumplimiento del fideicomitente, por medio de la enajenación de los bienes fideicomitados.

Es conveniente que paralelamente a la obligatoriedad de este convenio, para la ejecución del mismo, y para que se eviten procedimientos largos y costosos ante los tribunales, la instauración de un arbitraje forzoso, cuya finalidad sería solucionar de las controversias que puedan presentarse en su aplicación.

“El arbitraje es el método por el cual las partes acuerdan someter su controversia a un tercero físico o a un tribunal constituido para tal efecto, aplicando a su vez las normas que las partes especifiquen y con la obligación de aceptar al final el laudo o resolución como arreglo definitivo”⁷⁸

⁷⁸ Bravo Peralta Martín Virgilio. El Arbitraje Económico de México. Editorial Porrúa. México 2002. Pag. 95

El arbitraje de conformidad al Código de Comercio, es un acuerdo por lo que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual no contractual.

El procedimiento arbitral tiende a ser menos formal, más rápido y menos costoso que el proceso judicial.

En el contrato de fideicomiso de garantía se estipularía la modalidad de un arbitraje preferentemente Institucional, consistente en someter la controversia a la decisión de una institución especializada, que organizaría y conduciría el procedimiento arbitral, teniendo como ventaja la experiencia y grado de especialización en el asunto.

Además en el contrato de fideicomiso se establecería una cláusula compromisoria, por la cual el fideicomitente y el fideicomisario, se comprometerán a someter al arbitraje cualquier controversia y conflicto que pudieran nacer, respecto del convenio de ejecución del fideicomiso.

Esta cláusula compromisoria haría referencia a que con el arbitraje las partes se obligan y pasan por lo estipulado, e impedir a cualquier órgano jurisdiccional conocer de cualquier controversia relacionada con el convenio de ejecución del fideicomiso, por lo cual en caso de que alguna de las partes ejercite una acción ante los órganos jurisdiccionales, bastaría con que cualquiera de las otras, invoque como excepción, el sometimiento del convenio de referencia a arbitraje.

Por último, el laudo final que se dicte en cualquier controversia relacionada con la ejecución del fideicomiso, se debe considerar con

efectos de cosa juzgada entre las partes, y contra el mismo, solo aceptara recurso de Revisión o el Juicio de Amparo, dependiendo de la naturaleza del Arbitro que da solución al conflicto.

En virtud de lo anterior, resultaría innecesario que se establezca en el artículo 403 de la LGTOC, que el fideicomitente deba de estampar su firma en el contrato de fideicomiso y también en el convenio de enajenación extrajudicial de bienes, siendo el caso que al considerarse obligatoria la realización del citado convenio, éste se integrara al contrato de fideicomiso principal, y formaría parte como estipulación ineludible.

4.7. PROPUESTAS DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS QUE REGULAN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

El artículo 397 actual de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

*“**Artículo 397.** Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultáneamente o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor a quedado extinguida...”*

“...A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para lo cual fue constituido el fideicomiso...”

Al respecto, la modificación que proponemos es únicamente de reafirmar que los bienes son propiedad de la fiduciaria y ésta es la que tiene sobre ellos la facultad de disponer de ellos, y no por el contrario del fideicomitente.

La oportunidad que tiene el fideicomitente de poder garantizar con un fideicomiso, diversas obligaciones, deberá siempre solicitarlo a la institución fiduciaria, la cual autorizará dependiendo, en primer lugar, del estudio de los bienes fideicomitados y, en segundo lugar, por lo manifestado por los fideicomisarios.

En virtud de lo anterior, proponemos que el artículo de referencia, quede de la siguiente forma:

*“Artículo 397: Un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultáneamente o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomiso contraiga, con un mismo o distintos acreedores, **previa autorización de la fiduciaria, quien deberá de oír lo manifestado por él o los fideicomisarios**, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor a quedado extinguida...”*

*“...A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario, **simple y cuando se dé el consentimiento y autorización señalada en el párrafo anterior**, o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para lo cual fue constituido el fideicomiso...”*

Como segunda propuesta establecemos la eliminación del último párrafo del artículo 382 de la citada ley, el cual establece:

“Artículo 382.-...

...La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tenga por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses...”

Lo anterior debido a la repetición que hace el artículo 396, el cual menciona:

Artículo 396.- “Las Instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”

Debido a que lo establecido en el artículo 396 se encuentra ubicado en el capítulo respectivo al fideicomiso de garantía, y por otro lado, lo que respecta al último párrafo del artículo 382 se sitúa en la parte del fideicomisos en general, creemos conveniente la supresión de este último, a fin que evitar repeticiones.

La tercera propuesta se deriva del artículo 403 de la LGTOC, el cual señala:

“Art. 403. En el fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente:

I...

III...

IV...

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquella con que haya suscrito dicho fideicomiso.

A Falta de convenio previsto en este artículo, se seguirá los procedimientos establecidos en el Libro Quinto Título tercero Bis del Código de Comercio para la realización de los siguientes actos.

a)...

b)..."

En el artículo de referencia proponemos la mayor modificación, primeramente se establecería que la celebración de este **convenio de enajenación extrajudicial es de carácter obligatorio**, por ser la finalidad de éste tipo de fideicomisos la de garantizar obligaciones, la cual se constituyó entre el fideicomisario-acreedor y un fideicomitente-deudor, siendo que en caso de incumplimiento por parte de este último, los bienes que se afectaron constituyan una garantía efectiva para que el acreedor pueda de manera pronta y confiable cubrir su crédito, y a su vez, el fideicomitente cubrir su deuda.

Se propone indicar que este convenio forme parte el contrato del fideicomiso principal, por que no hay necesidad de hacerlo incluir en una sección especial, y mucho menos que se deba firmar separadamente al contrato original.

Asimismo, sería conveniente se constituya un arbitraje como medio de solución de controversias que se susciten en la aplicación del convenio mencionado, para así evitar procedimientos largos y costosos ante los tribunales comunes, quedando como sigue:

Art. 403. **Dentro del contrato de fideicomiso de garantía**, las partes **deberán** convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso debiéndose pactar lo siguiente:

I...

III...

IV...

Las partes establecerán un procedimiento arbitral, a fin de someter las controversias que pudieran surgir respecto de la ejecución del convenio mencionado.

El laudo final que se dicte en cualquier controversia relacionada con la ejecución del fideicomiso, se debe considerar con efectos de cosa juzgada entre las partes, y contra el mismo, solo procederá recurso de Revisión o el Juicio de Amparo, dependiendo de la naturaleza del Arbitro que de solución al conflicto.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las figuras del Derecho Romano fideicomissum y pactum fiduciae son el primer antecedente del fideicomiso mexicano, sin embargo, no hay que pensar que influyeron de manera significativamente en este. Por otro lado el trust anglosajón es el de mayor similitud y contribución con la figura jurídica estudiada, pero se debe de tener en cuenta que el fideicomiso mexicano se instauró en nuestro sistema jurídico a través del tiempo, acogiendo los usos y costumbres de nuestro país, convirtiéndose en una figura flexible y sui-generis.

SEGUNDA.- El fideicomiso mexicano es un contrato, por encuadrarse como un acto jurídico, en el cual los celebrantes otorgan su libre consentimiento, a fin de que surjan derechos y obligaciones que se obligan acatar, no puede considerarse como negocio jurídico, ya que dicho concepto no se encuentra en nuestro sistema jurídico, además que el mismo ordenamiento lo considera explícitamente desde la reforma del año 2000 como un contrato.

TERCERA.- El fideicomiso en garantía surge como una necesidad que tiene un acreedor de asegurar el cumplimiento de un crédito a su favor considerándose un contrato accesorio, por el cual un fideicomitente (deudor) transmite la propiedad de ciertos bienes muebles o inmuebles a una institución fiduciaria con el fin de que estos sirvan para garantizar al fideicomisario (acreedor) el cumplimiento de cierta

obligación a su favor, por lo que se faculta a la institución fiduciaria para que venda el bien fideicomitado, y con su producto se satisfaga la obligación principal.

CUARTA.- Desde la celebración del contrato de fideicomiso en garantía, el fiduciario recibe la titularidad del derecho de propiedad en el sentido jurídico, más no económico, no adquiere para él, tiene restringida esa titularidad al fin del mismo fideicomiso, que es la de garantizar una obligación, por lo que la fiduciaria no puede disponer de ello en provecho propio.

QUINTA.- El fideicomiso en garantía, encuentra ciertas ventajas con las tradicionales forma de garantizar, como la fianza, prenda o hipoteca, ya que al poderse establecer un proceso convencional de ejecución de garantías para el caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, que por su carácter extrajudicial, es más ágil y ventajoso que la implicación en las garantías tradicionales, de un procedimiento tardado y en el mayor de los casos más oneroso.

SEXTA.- En el fideicomiso de garantía se puede aceptar la prelación de créditos, la facultad del fideicomitente para disponer de los bienes muebles o inmuebles siempre y cuando se convengan con antelación con las partes, y la fiduciaria realmente vele por los bienes que tiene en su propiedad.

SÉPTIMA.- En el caso de incumplimiento de la obligación garantizada por parte del fideicomitente, el fideicomisario no puede apropiarse de la cosa dada en garantía, sino que en primer momento se seguirá el procedimiento convencional de ejecución pactado entre las partes, a

falta de este, o en caso de alguna controversia u oposición, se aplicará supletoriamente lo establecido en el Código de Comercio.

OCTAVA.-La finalidad que persigue el fideicomiso en garantía es la de garantizar y a su vez liquidar deudas, pero esta puede estar limitada debido a los procedimientos judiciales que pueden iniciarse debido a controversias entre las partes, por lo que se debería establecer un procedimiento arbitral con el único fin de resolver de forma pronta y eficaz cualquier conflicto que surja, y en específico sobre lo que se pacte en el convenio extrajudicial de ejecución.

NOVENA.-Se propone como propuesta la reforma del artículo 397 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala:

“Artículo 397. Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultáneamente o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor a quedado extinguida...”

“...A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para lo cual fue constituido el fideicomiso...”

En los siguientes términos:

*“Artículo 397: Un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultáneamente o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomiso contraiga, con un mismo o distintos acreedores, **previa***

autorización de la fiduciaria, quien deberá de oír lo manifestado por él o los fideicomisarios, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor a quedado extinguida...”

*“...A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario, **simple y cuando se dé el consentimiento y autorización señalada en el párrafo anterior, o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para lo cual fue constituido el fideicomiso...”***

A fin de reafirmar que los bienes son propiedad de la fiduciaria y ésta es la que tiene sobre ellos la facultad de disponer de ellos, y no por el contrario del fideicomitente.

DÉCIMA.-Se propone la eliminación del párrafo final del artículo 382 de la referida ley.

“Artículo 382.-...

...La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tenga por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses...”

Debido a que en el artículo 396 del mismo ordenamiento, se hace mención a la misma posibilidad de las instituciones fiduciarias para poder tener la calidad de fiduciaria y fideicomisarias en los fideicomisos de garantías.

DÉCIMA PRIMERA.- Se propone la reforma al artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala:

“Art. 403. En el fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente:

I...

III...

IV...

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquella con que haya suscrito dicho fideicomiso.

A Falta de convenio previsto en este artículo, se seguirá los procedimientos establecidos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio para la realización de los siguientes actos.

a)...

b)...”

Para quedar como sigue:

Art. 403. **Dentro del contrato de fideicomiso de garantía**, las partes **deberán** convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso debiéndose pactar lo siguiente:

I...

III...

IV...

Las partes establecerán un procedimiento arbitral, a fin de someter las controversias que pudieran surgir respecto de la ejecución del convenio mencionado.

El laudo final que se dicte en cualquier controversia relacionada con la ejecución del fideicomiso, se deber considerar con efectos de cosa juzgada entre las partes, y contra el mismo, solo procederá recurso de Revisión o el Juicio de Amparo, dependiendo de la naturaleza del Arbitro que dé solución al conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-Acosta Romero Miguel. Tratado de Derecho Bancario, Editorial Porrúa, S.A de C.V. México 1978.
- 2.-Arellano García, Carlos. Métodos y técnicas de la investigación jurídica: elaboración de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, tesinas y otros trabajos de investigación jurídica. México, Editorial Porrúa, 1999.
- 3.-Batíza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y al Administración Fiduciaria. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1958.
- 4.-Baena Paz, Guillermina. Manual para elaborar trabajos de investigación documental, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981.
- 5.-Bernal Molina, Julián. Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso. Miguel Ángel Porrúa editor. México 1988.
- 6.-Bravo Peralta Martín Virgilio. El Arbitraje Económico de México. Editorial Porrúa. México 2002. Pag. 95
- 7.-Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14ª edición. Editorial Herrero.
- 8.-Dávalos Carlos. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Editorial Harla. México 1995.
- 9.-Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. 7 edición. Editorial Porrúa. México 1977.
- 10.-Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho civil: teoría del contrato: contratos particulares, México, Editorial Porrúa, 2000.
- 11.-García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa. México 1993.

12.-García Rendón, Manuel. Sociedades Mercantiles, México, Editorial Harla, 1999.

13.-Kiper M Claudio y Otro. Tratado de Fideicomiso. Segunda Edición. Buenos aires Argentina. 2003.

14.-Margadant, Guillermo F. El derecho Privado Romano. Vigésima Primera Edición. Editorial Esfinge S.A. México 1995.

15.-Muñoz Luis. El Fideicomiso Mexicano. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1973.

16.- Pérez Fernández Del Castillo. Representación, Poder y Mandato. Editorial Porrúa. México 2001.

17.-Pérez Fernández del Castillo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México 2003

18.-Rojína Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo III, bienes, Derechos Reales, Posesión. Editorial Porrúa. México 1991.

19.-Sánchez Sodi, Horacio. El Fideicomiso en México. Greca Editores. México 1996.

20.- Villagorda Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 3ª edición. Editorial Porrúa. México 1998.

Legislación.

1.-Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Delma. México.2006.

2.-Código de Comercio. Ediciones Delma. México. 2006.

3.-Código Fiscal de la Federación. Editorial Delma. México. 2005.

4.-Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Ediciones Delma. México.2006.

5.-Ley de Instituciones de Crédito. Editorial Porrúa. México.2006.

6.-Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Editorial Porrúa. 2006.