

308909

3/
2e/

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION
DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA**



**TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA: MARIA TERESA LARRACILLA GODOY**

DIRIGE: LIC. HECTOR GALEANO INCLAN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
MEXICO, D. F.**

273917

1999



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 mis papás:

Por su ejemplo, amor, entrega y total apoyo en todas las decisiones personales; a ellos mi admiración y gratitud

- A mis hermanos:

Jorge, Alejandro, Pilar, José Luis, Adriana, Rodrigo, Raúl, Gerardo, Sonia y Mónica: Gracias por su cariño y comprensión

- Al Capi y a cada uno de mis profesores:

Gracias por abrirme las puertas del Derecho

- A Carla, Ma. José y al resto de las amigas:

Que me apoyaron en todos los momentos durante la época universitaria, siempre las tendré presente

- A Anita y a Don Alejandro Salas, a Beatriz, a mis tías Lupe y Mary:

Gracias por su verdadero cariño, preocupación y ánimo cuando más los necesité

- A mis compañeros de trabajo y a las personas que tienen fe en mi:

GRACIAS

INDICE

ANALISIS AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA

| | |
|---|----|
| <u>Capítulo Primero</u> | 1 |
| <u>Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.</u> | |
| 1.1. Diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso. | 2 |
| 1.1.1. Mandato. | 2 |
| 1.1.2. Operación bancaria. | 6 |
| 1.1.3. Afectación. | 7 |
| 1.1.4. Institución. | 14 |
| 1.1.5. Negocio fiduciario. | 15 |
| 1.1.6. Negocio y Acto jurídico. | 16 |
| 1.1.7. Contrato. | 18 |
| 1.1.8. Declaración unilateral de voluntad. | 21 |
| 1.1.9. Estipulación a favor de tercero. | 28 |
| 1.2. Opinión personal. | 30 |
| <u>Capítulo Segundo</u> | 35 |
| <u>La Situación Patrimonial del Fideicomiso.</u> | |
| 2.1. Diversas Teorías. | 36 |
| 2.1.2. Patrimonio sin titular. | 38 |
| 2.1.2. Desdoblamiento de la propiedad. | 45 |
| 2.1.3. Propiedad de la institución fiduciaria. | 50 |
| 2.1.4. Propiedad del fideicomitente. | 63 |
| 2.1.5. La legitimación Fiduciaria | 66 |
| 2.1.5 Opinión Personal. | 71 |
| <u>Capítulo Tercero</u> | 74 |
| <u>Elementos del Fideicomiso.</u> | |
| 3.1. Elementos personales. | 75 |
| 3.1.1. Fideicomitente. | 75 |
| 3.1.2. Institución fiduciaria. | 76 |
| 3.1.2.1. Instituciones de crédito. | 78 |
| 3.1.2.2. Casas de bolsa. | 79 |
| 3.1.2.3. Instituciones de fianzas. | 82 |
| 3.1.2.4. Instituciones de seguros. | 84 |
| 3.1.2.2. Conjunción de las calidades de fiduciaria y fideicomitente. | 85 |
| 3.1.3. Fideicomisario. | 86 |
| 3.1.3.1. Conjunción de calidades de fiduciaria y fideicomisario. | 88 |
| 3.1.4. Derechos y obligaciones derivados del fideicomiso. | 90 |
| 3.1.4.1. Del fideicomitente. | 90 |
| 3.1.4.2. De la institución fiduciaria. | 91 |
| 3.1.4.3. Del fideicomisario. | 93 |
| 3.2. Elementos reales. | 94 |
| 3.3. Elementos formales. | 95 |
| 3.4. Opinión personal. | 98 |

| | |
|--|---------|
| Capítulo Cuarto | 100 |
| Notas Características del Fideicomiso. | |
| 4.1 Fines del Fideicomiso. | 101 |
| 4.1.1. Fin lícito. | 101 |
| 4.1.2. Fin determinado. | 102 |
| 4.2. Duración. | 103 |
| 4.3. Comité Técnico. | 104 |
| 4.4. Derecho de reversión. | 106 |
| 4.4.1. Formalidades para la reversión de bienes. | 109 |
| 4.5. Defensa de los bienes fideicomitidos. | 109 |
| 4.6. Prohibiciones. | 112 |
| 4.7. Modificación del fideicomiso. | 113 |
| 4.8. Extinción del fideicomiso. | 114 |
| Capítulo Quinto | 118 |
| El Fideicomiso de Garantía y su Procedimiento de Ejecución. | |
| 5.1. Definición. | 119 |
| 5.2. Situación de los bienes en el fideicomiso de garantía. | 124 |
| 5.3. Elementos del fideicomiso de garantía. | 126 |
| 5.3.1. Elementos personales. | 126 |
| 5.3.1.1. Fideicomitente. | 127 |
| 5.3.1.2. Institución fiduciaria. | 127 |
| 5.3.1.3. Fideicomisario. | |
| 5.3.2. Elementos reales. | 129 |
| 5.3.3. Elementos Formales. | 129 |
| 5.4. Derechos y obligaciones derivados del fideicomiso de garantía. | 130 |
| 5.4.1. Del fideicomitente. | 130 |
| 5.4.2. De la institución fiduciaria. | 132 |
| 5.4.3. Del fideicomisario. | 133 |
| 5.5. El procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía. | 133 |
| 5.5.1. Causal de ejecución. | 139 |
| 5.5.2. Requisitos mínimos del procedimiento de ejecución | 139 |
| 5.5.3. El procedimiento de ejecución y las garantías constitucionales. | 140 |
| 5.5.4. Artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito y Fracción | |
| VI del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores | 141 |

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Uno de los motivos para la elección del tema y desarrollo del presente trabajo fue el personal descubrimiento del fideicomiso de garantía como una figura única y excepcionalmente original.

Llama la atención que dicha figura jurídica haya generado tesis contradictorias, opiniones diversas y cuantiosas discusiones alrededor de su origen, naturaleza, constitucionalidad y titularidad de los bienes.

El fideicomiso de garantía es una alternativa mas para garantizar obligaciones y difiere de otras garantías como la prenda y la hipoteca, entre otras cosas, por los procedimientos de ejecución y por el derecho real o personal que adquiere el acreedor de la obligación.

No obstante que el procedimiento de ejecución del fideicomiso es extrajudicial, en la práctica, muchos de tales procedimientos no han sido eficaces, en ocasiones porque la autoridad judicial ha intervenido, ya sea para suspenderlos por considerarlos inconstitucionales o para declarar que éstos lesionan los intereses del fideicomitente.

Por otra parte, crece la inquietud de las instituciones fiduciarias sobre la eficacia de los fideicomisos de garantía, ya que estas instituciones se encuentran obligadas por Ley, a cumplir al pie de la letra los términos del acto constitutivo del fideicomiso y en la práctica muchos de los instrumentos en que consta el acto constitutivo carecen de claridad suficiente y sufren de deficiencia técnica en lo que se refiere a un procedimiento práctico y posible para la venta de bienes.

Por lo anterior, las instituciones fiduciarias temen fundadamente cumplir con la finalidad del fideicomiso, es decir, garantizar obligaciones en términos distintos a los señalados en el acto constitutivo del fideicomiso.

Para considerar los elementos necesarios del procedimiento de ejecución de los fideicomisos de garantía es necesario analizar primeramente los elementos esenciales del fideicomiso como género y en segundo lugar los elementos indispensables para constituir un fideicomiso de garantía, como especie.

No sobra señalar que constituirá una cuestión central de éste trabajo el análisis al artículo 83 de la L.I.C. del que adelantamos someramente que con dicha disposición el legislador pretendió fallidamente subsanar algunos de los problemas aquí planteados para lograr que las instituciones de crédito en su carácter de fiduciarias tuvieran un lineamiento legal para cumplir con su cometido y conseguir eficazmente la ejecución de los procedimientos de los fideicomisos de garantía.

Para nosotros, la intención del legislador del artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito es de suma importancia ya que da la pauta para subsanar la ausencia de un procedimiento de ejecución en el acto constitutivo del fideicomiso o la falta de previsión técnica que impida la eficacia de un procedimiento o la falta de elementos que impidan que la ejecución sea justa, cuando dicho procedimiento conste, mediante una reforma al artículo en comento.

Capítulo Primero

Naturaleza Jurídica del fideicomiso.

Asunto fundamental del presente trabajo es determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Para tal efecto, a continuación nos abocaremos a exponer las múltiples posturas existentes sobre el particular, nos manifestaremos sobre cada una de ellas y, finalmente, concluiremos dando nuestra opinión sobre dicho tópico.

1.1. Diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso.

1.1.1. Mandato.

Diversos autores, entre los que destaca el jurista panameño Alfaro, consideran al fideicomiso como un mandato en virtud del cual el fideicomitente transmite determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordene el propio fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. En ese sentido, el fideicomitente fungiría como mandante y la fiduciaria como mandataria.

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 adoptó dicha concepción del fideicomiso en su artículo sexto que a la letra señala lo siguiente:

· Artículo 6. "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que 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".

A continuación se transcriben el artículo primero del Proyecto Alfaro y el artículo 346 de la L.G.T.O.C.:

· Artículo 1. "El Fideicomiso es mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario...".

· Artículo 346. " En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución fiduciaria." .

Comparando las definiciones anteriores ofrecidas por el Dr. Alfaro y por el legislador de la Ley de Bancos se percibe la presencia de la figura del mandato irrevocable en los antecedentes del artículo 346 de L.G.T.O.C.

Sin embargo, no consideramos que el fideicomiso sea un mandato, porque no obstante que entre ambas figuras jurídicas existen ciertas similitudes (v.gr. tanto el mandatario como la institución fiduciaria se encuentran obligadas a cumplir con lo estipulado por el mandante o por el fideicomitente respectivamente; en ambas figuras son nulos los actos que se realizan en exceso de lo estipulado en el acto constitutivo correspondiente), las diferencias esenciales que las distinguen son determinantes. De entre dichas diferencias destacan las siguientes:

- a) El mandato es un contrato y el fideicomiso, como veremos más adelante, no lo es.
- b) Puede fungir como mandatario cualquier persona que tenga capacidad legal para contratar; en tanto que como instituciones fiduciarias

únicamente pueden actuar las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las instituciones de fianzas y las instituciones de seguros.

- c) Los actos que practique el mandatario siempre serán por cuenta del mandante. Cuando el mandatario realiza el encargo a nombre propio, los efectos jurídicos se producen directamente en el patrimonio del mandatario (Art. 2561 del C.C.), los que realiza la institución fiduciaria son siempre por su cuenta, a pesar de ello, " los efectos jurídicos del acto realizado por la fiduciaria no se producen en su propio patrimonio sino que por virtud del fideicomiso, todos esos efectos se producen sólo en los bienes objeto del fideicomiso, con la única salvedad de las responsabilidades en que pueda incurrir el fiduciario por su culpa o dolo, cuando en su actuación se aparta del encargo que le ha sido confiado en el fideicomiso" . ¹
- d) " El mandante no pierde en ningún caso la legitimidad o posibilidad jurídica de realizar él mismo los actos jurídicos que ha encomendado al mandatario, aunque se trate de un mandato irrevocable o se esté en presencia de un mandato general amplísimo. En cambio los actos jurídicos que el fiduciario debe realizar en ejercicio del fideicomiso y por encargo del fideicomitente, sólo el propio fiduciario y no el fideicomitente está legitimado para llevarlos a cabo por virtud del propio fideicomiso" . ²

¹ Ramón Sánchez Medal. De los Contratos Civiles. Décimo Quinta Edición. México. Editorial Porrúa. 1997. p. 590.

² Ibidem., p. 589.

- e) Mediante el fideicomiso, el fideicomitente afecta ciertos bienes a un fin lícito y determinado. En el mandato, el mandante simplemente encomienda al mandatario, sin afectar bienes.
- f) " El radio de acción es mas limitado en el fideicomiso que el campo de aplicación del contrato de mandato, porque pueden ser materia de él toda clase de actos jurídicos con tal de que sean lícitos y no estrictamente personales del mandante (...) e incluso también las meras obligaciones de hacer, en tanto que el fideicomiso debe tener siempre por objeto actos jurídicos relacionados precisamente con bienes, o sea con los bienes materia del fideicomiso" .³
- g) El mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario (artículo 2547 C.C.); el fideicomiso se reputa perfecto con la declaración de voluntad del fideicomitente (artículo 346 L.G.T.O.C.).
- h) En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, debe el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio y el mandatario no se encuentre autorizado para obrar a su arbitrio (artículo 2563 C.C.); la institución fiduciaria no se encuentra obligada a consultar al fideicomitente, excepto que así hubiere sido previsto en el acto constitutivo.
- i) El artículo 2579 del C.C. autoriza al mandatario a retener en prenda las cosas objeto del mandato hasta que el mandante lo indemnice por los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, siempre que tales no hubieren sido originados por culpa y negligencia del mandatario, y le reembolse las cantidades necesarias

³ Ibidem., p. 590.

para la ejecución del mandato; respecto al fideicomiso no existe disposición legal que autorice algo similar.

- j) El mandato puede otorgarse verbalmente, en cuyo caso debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el que se dio (artículo 2552 C.C.); el fideicomiso siempre debe otorgarse por escrito (artículo 352 L.G.T.O.C.).
- k) El mandato puede terminar por la revocación, excepto cuando se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir con una obligación contraída (artículo 2596 C.C.); el fideicomitente únicamente podrá revocar el fideicomiso en caso de que se haya reservado expresamente ese derecho en el acto constitutivo (fracción VI del artículo 357 de la L.G.T.O.C.).
- l) El mandato puede terminar, entre otras causas, por la renuncia del mandatario, por la muerte del mandante o del mandatario y por la interdicción de uno u otro; el fideicomiso, por obvias razones, no puede terminar por ninguna de dichas causales.

1.1.2. Operación bancaria.

Otros autores consideran que el fideicomiso es exclusivamente una operación bancaria en virtud de que se encuentra previsto como un servicio bancario en la fracción XV del artículo 46 de L.I.C.

No obstante que el artículo 350 de la L.G.T.O.C. establece que solamente pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas conforme lo señala la Ley General de Instituciones de Crédito (actualmente la L.I.C.), es factible que otras instituciones como las casas de bolsa desempeñen dicha función, actuando a través de sus

delegados fiduciarios, de conformidad con lo establecido en el inciso d) de la fracción V del artículo 22 de la L.M.V.

1.1.3. Afectación.

Para algunos autores el fideicomiso constituye una afectación de bienes que requiere de una fiduciaria para que lleve a cabo los actos necesarios para conseguir el fin de afectación.

Pierre Lepaulle define al fideicomiso como "(...)una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación (...)" .⁴

Reiteradamente la L.G.T.O.C., se refiere a una afectación o destino de bienes, o en su caso, a bienes afectos o destinados, como se desprende de las siguientes disposiciones:

• Artículo 346. " En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria" .

• Artículo 349. " Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica (...)"

• Artículo 351. " (...) los bienes que den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran (...)" .

⁴ Lepaulle Pierre. Naturaleza del Trust. En la Revista General de Derecho y Jurisprudencia. 1932.

No obstante que la L.G.T.O.C. menciona el destino o afectación de bienes, la propia ley no aclara el significado de afectación como tampoco se aclara en el derecho positivo mexicano, por lo que consideramos su acepción coloquial en términos de "imposición de gravamen u obligación sobre alguna cosa, sujetándola el dueño a la efectividad del derecho ajeno."⁵

Conforme a la definición anterior, se supone que el que afecta una cosa, constituye derechos sobre la cosa a favor de un sujeto que los ejercerá *erga omnes*, desde otro punto de vista el concepto de afectación para la doctrina moderna y su interpretación en la legislación mexicana difiere de ser una constitución de derechos reales como se verá en este apartado.

La afectación es considerada en la doctrina moderna como la vinculación económica y jurídica de diversos bienes y derechos susceptibles de valorización económica, dicha universalidad tiene un destino y se regula por un régimen especial de derecho, que le da independencia y autonomía. Los autores de la doctrina moderna conceptualizan a dicha masa de bienes, derechos, cargas y obligaciones como un patrimonio autónomo, cuestión última que se analizará en el siguiente capítulo. ⁶

⁵ Diccionario Enciclopédico Quillet. 7ª edición. México. Editorial Cumbre, S.A. 1977. Tomo I. p. 81.

⁶ Nota. Ver apartado 2.1.2. Patrimonio sin titular.

Un ejemplo para la doctrina moderna de afectación de bienes es el llamado patrimonio de la familia, mismo que es regulado por el título duodécimo del libro primero del C.C.

Para tratar de comprender lo que el legislador quiso decir con destino y afectación de bienes se presenta un pequeño análisis comparativo de las similitudes del patrimonio de familia:

- a) En ambos regímenes se hace mención de los vocablos afecto, afectación o destino de bienes (artículos 726, 727, 723, 731 y 733 del C.C. y artículos 346, 349, 351 y 358 de la L.G.T.O.C.).
- b) En los señalados regímenes se habla de actos constitutivos unilaterales, no se alude a ninguna celebración.
- c) El legislador del capítulo del fideicomiso en la L.G.T.O.C. eliminó la referencia de transmisión de propiedad. El legislador del patrimonio de la familia expresamente dispuso que no habría transmisión de bienes alguna (artículo 724 del C.C.).
- d) La constitución del fideicomiso no puede hacerse en fraude a terceros (artículo 351 de la L.G.T.O.C.); el patrimonio de familia tampoco (artículo 739 del C.C.).
- e) En el fideicomiso no pueden ejercitarse respecto de los bienes afectos, derechos o acciones que no se encaminen al destino señalado por el fideicomitente (artículo 351 de la L.G.T.O.C.), por lo que no pueden embargarse, enajenarse ni gravarse, con la salvedad de que los dos últimos actos se realicen en cumplimiento del fin del fideicomiso. Los bienes que integran el patrimonio de la familia por disposición expresa son inembargables y no pueden gravarse ni transmitirse en propiedad (artículo 727 del C.C.).

- f) El que constituye el fideicomiso debe tener capacidad necesaria para afectar los bienes, es decir, debe tener la facultad de disponer de bienes o derechos (artículo 350 de la L.G.T.O.C.); el que constituye el patrimonio de la familia debe ser dueño de los bienes, por disposición expresa (artículo 739, fracción IV del C.C.).
- g) El fideicomiso debe inscribirse en el registro público tratándose de bienes inmuebles (artículo 353 de la L.G.T.O.C.), en caso de muebles debe darse publicidad (artículo 354 de la L.G.T.O.C.); el patrimonio de familia debe inscribirse en el Registro Público (artículo 732 del C.C.).
- h) Al extinguirse el fideicomiso los bienes afectos deben devolverse al fideicomitente o a sus herederos (artículo 358 de la L.G.T.O.C.); al extinguirse el patrimonio de familia los bienes deben volver al pleno dominio del que constituyó tal patrimonio o el de sus herederos, si aquél murió (artículo 746 del C.C.).
- i) Sólo el dueño de los bienes legitimado por la Ley puede constituir un régimen de afectación de tales bienes.

Además del fideicomiso y del patrimonio de familia, la masa hereditaria y la masa de la quiebra pueden entenderse como afectaciones de bienes, cuyos fines son, en el primer caso liquidar los pasivos del De Cuius y operar la transmisión de los bienes a herederos y legatarios y en el segundo la conservación del activo de una persona que se encuentra en estado de una posible insolvencia para liquidar sus pasivos.⁷

⁷ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Novena Edición. México. Editorial Porrúa. 1998. p. 87

Por lo anterior, consideramos que los regímenes especiales de afectación tienen las siguientes notas características:

- La afectación debe ser reconocida dentro de un régimen legal especial. No podrán ser afectados bienes y derechos personales e intransferibles.
- El dueño de los bienes afectos conservará la propiedad de los bienes.
- Los bienes afectos integrarán una universalidad.
- Los bienes se destinarán a un fin lícito determinado por el propio dueño de los bienes o por la Ley.
- Pueden afectar las personas físicas o jurídicas con la capacidad de ejercicio para efectuar dicha afectación.
- No podrán ejercitarse respecto de los bienes afectos, derechos o acciones que no conduzcan al fin o destino pretendido y tutelado por el Derecho.
- Los bienes que constituyan un régimen particular de afectación serán inembargables.
- La constitución de un régimen de afectación de bienes no puede hacerse en fraude a terceros.
- De la finalidad del régimen de afectación de bienes dependerá la posibilidad de transmitir bienes, gravarlos o liquidar adeudos.
- La publicidad de un régimen de afectación de bienes es indispensable para que surta efectos frente a terceros.
- Las universalidades de hecho que constituyan un régimen de afectación de bienes son susceptibles de extinguirse en los términos establecidos en las disposiciones legales que los regulen.
- En ciertos casos el destino de los bienes afectos limitará definitivamente al propietario de la legitimidad para disponer, usar y disfrutar de ellos, como es el caso de la masa de la quiebra destinada a

liquidar pasivos hasta donde los bienes y derechos afectados alcancen en caso de que no quepa la rehabilitación.

- Extinguida la afectación: (i) cesará la legitimación excluyente o concurrente de las personas legitimadas para usar, disfrutar o disponer de los bienes, (ii) los bienes podrán ser embargados nuevamente y (iii) el dueño de los bienes recuperará su legitimidad para disponer de dichos bienes.

Respecto ésta última nota característica de afectación, el maestro de la Peza considera que a la extinción del patrimonio de la familia sobreviene la vuelta del pleno dominio de los bienes a la persona que constituyó el patrimonio de la familia a que se refiere el artículo 746 del C.C. y aplica las consecuencias de la extinción del régimen de dicha afectación a contrario sensu para explicar que hay, en la afectación de bienes en fideicomiso, "una parte de enajenación plena, quiere decir (esto) que frente a todo el mundo el fiduciario es propietario de la cosa o es titular del derecho"⁸ que lo legitima a disponer de éstos. Por nuestra parte, consideramos que el derecho de propiedad no se puede transmitir parcialmente ya que no es divisible.

El Lic. Sánchez Medal comenta, lo que ahondaremos mas adelante, que " para la constitución del fideicomiso, según el artículo 347 de la L.G.T.O.C., basta la afectación de un bien al fin del fideicomiso sin necesidad de

⁸ José Luis de la Peza Luis. El Fideicomiso en México y su viabilidad en España Jornadas de Estudio organizadas por el Banco Nacional de México y Banco de Bilbao, México, 1979, p.44

designar en ese momento, sino hasta después, a la institución fiduciaria que se encargará de realizar tal finalidad del fideicomiso, lo cual sería inexplicable si hubiera transmisión de propiedad a la institución fiduciaria, mientras que no repugna a la lógica jurídica la mera afectación del bien en cuestión a la finalidad del fideicomiso y la creación de una nueva legitimación por sustitución a favor de la institución fiduciaria, sea que ésta se designe en el acto constitutivo con posterioridad a éste acto inicial. ⁹

En efecto, para constituir un régimen de afectación no se requiere de traslado de dominio alguno considerando que el artículo 356 de la L.G.T.O.C. legitima a la institución fiduciaria a disponer de los bienes afectos en fideicomiso al establecer que: "La institución fiduciaria, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al afecto, al constituirse el mismo" .

A continuación se expone la siguiente tesis que considera algunos aspectos de la afectación, aunque sin expresar el concepto de legitimación:

"Conforme a los artículos 346, 351 y 356 de la LG.T.O.C., se concibe al fideicomiso como una afectación del fin primordial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones del fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda

⁹ R. Sánchez Medal, op. cit., p. 589.

privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitidos, de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento de los del fin lícito encomendado. Amparo Directo 1355/67. Jesús Galindo Garza. 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela. Sexta Epoca. Tercera Sala. ¹⁰

1.1.4. Institución.

Una institución, según Hauriou " (...) es una idea de obra o de empresa, que se realice y dure, jurídicamente, en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión por los órganos del poder y reguladas por un procedimiento." ¹¹

" Según Ledesma Uribe, hay contratos que caen dentro de lo institucional y por el contrario, hay instituciones que adoptan la forma contractual, como en su opinión acontece con el matrimonio. (...) Ve, en suma, que en el fideicomiso concurren las características que Hauriou señala para la institución y que son la permanencia, la idea de comunidad institucional y los órganos sujetos a un régimen estatutario; la permanencia pasa lista

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXXV, cuarta parte, página 79.

¹¹ Cfr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez; El Fideicomiso; Quinta Edición. Editorial Porrúa. S.A.; México; 1995; P.p. 162 y 163.

de presente por el plazo máximo de 30 años que para la duración del fideicomiso fija la ley ...; hay vínculo entre las partes por el propósito que los inspiró pues todo acto contrario a él rompería esa especie de comunidad que relaciona a todos los miembros de una institución, lo que satisface la segunda característica de ésta y, por último, existe una sujeción al régimen previsto en el acto constitutivo, lo cual viene a representar el tercer elemento." ¹²

Nuestra objeción a considerar al fideicomiso como una institución es que este concepto no tiene una connotación jurídica sino sociológica y lo que pretendemos mediante este trabajo es acceder a la determinación de su naturaleza jurídica.

Independientemente de lo anterior, pensamos que es excesivo considerar a priori al fideicomiso en general como una institución. En todo caso, la calificación de fiduciaria como institución procedería en lo individual y estaría determinada por su organización y la trascendencia de sus fines.

1.1.5. Negocio fiduciario.

Diversos autores definen al fideicomiso como un negocio fiduciario, entendiendo como tal aquel el que deriva de la autonomía de la voluntad de las partes que en el mismo intervienen con objeto de acoger formas contractuales innominadas mediante la diversidad de fines que pueden perseguirse a su amparo, al amplio campo en el que actúa y a las múltiples posibilidades que ofrece.

¹² *Ibidem.* p.163

Rodríguez y Rodríguez señala que los negocios fiduciarios se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo".¹³

Desde nuestro punto de vista el concepto de negocio fiduciario es desafortunado aún cuando el fideicomiso permite la consecución de los más diversos fines siempre que éstos sean lícitos, en primera instancia porque no es un término conocido por nuestra legislación vigente y, después, porque no permite dilucidar la naturaleza y los efectos jurídicos del fideicomiso.

1.1.6. Negocio y Acto jurídico.

Asimismo, la Doctrina Moderna ha concebido al fideicomiso como un negocio jurídico. Manuel Albaladejo explica al negocio jurídico como el hecho que produce el efecto jurídico y que se forma necesariamente al menos por una declaración de voluntad, pero posiblemente por más declaraciones y otros elementos.¹⁴

La Doctrina Clásica o Francesa contenida en el derecho común mexicano prescinde del juicio negocio jurídico ya que por definición coincide dicho juicio con el de acto jurídico.

¹³ Citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez. El Fideicomiso. Séptima Edición. México. Editorial Porrúa. 1997. p. 166.

¹⁴ Ibidem, p. 328.

Dicha Doctrina Clásica o Francesa clasifica a las situaciones que causan consecuencias de derecho en: a) Hechos jurídicos (lato sensu); b) Hechos jurídicos (estricto sensu); y c) Actos jurídicos.

Los actos jurídicos como modificaciones del mundo exterior tienen consecuencias de derecho, las cuales se siguen precisamente por la voluntad de su autor, dichos actos son subclasificados en los actos unilaterales y en los bilaterales:

1. Son actos unilaterales aquellos en los que interviene una voluntad o varias en el mismo sentido y cuyas consecuencias se siguen precisamente por la voluntad o voluntades que intervienen.

Para Rojina Villegas, la declaración unilateral de voluntad es una fuente de obligaciones admitida en nuestro Derecho por el principio de autonomía de voluntad y por el artículo 1859 del C.C. En este sentido, para algunos autores, el fideicomiso es un acto jurídico unilateral cuya fuente de obligaciones y derechos es la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente.

2. Los actos Bilaterales requieren de dos o más voluntades en distinto sentido para tener consecuencias de derecho, y cuando crean o transmiten derechos se llaman contratos y cuando además de dichas consecuencias extinguen o modifican se llaman convenios.

Muchos autores mexicanos han apoyado la teoría de que los fideicomisos son contratos por lo que para la constitución del fideicomiso se requeriría del acuerdo de voluntades del fideicomitente, fideicomisario y fiduciaria.

Una vez presentados los conceptos anteriores, podemos afirmar que no obstante el fideicomiso dentro de la Teoría Moderna o Alemana se clasifica como un negocio jurídico, dentro de la Doctrina Clásica o Francesa se considera como un acto jurídico.

1.1.7. Contrato.

Algunos autores mexicanos afirman que el fideicomiso es un contrato tales como el profesor Dávalos Mejía, quien señala que en virtud del fideicomiso dos personas, al menos, quedan vinculadas en términos de un escrito que contenga obligaciones y derechos para cada una de las partes.

En opinión del Lic. Batiza " la naturaleza simplemente contractual del fideicomiso, con exclusión y rechazo terminante a la unilateralidad observada en su acto constitutivo, tiene diversos reconocimientos tanto directos como reflejos en la regulación legal de la figura y en lo circundante a ella. Como tales, pueden citarse los siguientes:

- a) En primer lugar, el artículo 352 de nuestra ley (se refiere a la L.G.T.O.C.), que suele ser apoyado para sostener la unilateralidad en la constitución de fideicomiso, tiene como fuente directa al artículo 18 del proyecto de Alfaro, y la interpretación del autor a dicho precepto indica observar en la figura un contrato " tripartita" .

b) En segundo término, que en la dinámica del fideicomiso, como en él (sic) cualquier otro contrato, en el caso inclusive, " bilateral, sinalagmático, perfecto" , aparece aplicable la " condición resolutoria tácita" cuando hubiere incumplimiento de alguna de las partes intervinientes, la que operaba con un reconocimiento expreso en los artículos 137 y 138 de la L.I.C.O.A., en relación con el 355 de la LTOC y ahora parcialmente regulada por la L.I.C., pero con positividad plena por corresponder a principios fundamentales.

Además, para el autor comentado la naturaleza contractual del fideicomiso está reconocida indirectamente por el legislador, pues en la exposición de motivos de la ley es constante la referencia a las operaciones de crédito, en las que el fideicomiso está incluido, a fórmulas como forma de contratación, contractuales, etc." .¹⁵

Respecto del capítulo "La Relación Contractual en el Fideicomiso", sec. 3, en el que Lizardi dice que "al excluir el legislador a los fideicomisos implícitos del ordenamiento mexicano reduce el fideicomiso a una operación exclusivamente contractual. (...) Tanto es contractual el fideicomiso testamentario que en el fideicomiso testamentario es

¹⁵ Cfr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México: Primera edición. México. Editorial Porrúa. 1994. p. 49.

indispensable la concurrencia de voluntades de testador e institución fiduciaria, pues de lo contrario no es posible su existencia.¹⁶

Además de cuestionar las anteriores consideraciones que califican al fideicomiso como un contrato, adelantamos nuestra posición en palabras del Lic. Molina Pasquel que "la concepción contractual es original del Dr. Alfaro y vigente por texto expreso del fideicomiso panameño ni siquiera fue recogida por el legislador de 1926".¹⁷

Se descarta que el fideicomiso sea un contrato con base en lo dispuesto en la última parte del segundo párrafo del artículo 350 de la L.G.T.O.C., y en la fracción V del artículo 357 de la misma ley, que señalan lo siguiente:

- Artículo 350. " (...) cuando la institución fiduciaria (...) cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que lo sustituya. Si no fuera posible esta sustitución, cesara el fideicomiso."
- Artículo 357. " El fideicomiso se extingue: (...) V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario" .

La transcripción parcial del artículo 350 de la L.G.T.O.C. evidencia que el fideicomiso persiste aún cuando la fiduciaria hubiere renunciado o hubiere sido removida.

¹⁶ Cfr. Roberto Pasquel Molina. Los derechos del fideicomisario (Ensayo sobre su naturaleza jurídica). Primera Edición. México. Editorial Jus. 1946. P.p. 139 y 140.

¹⁷ Cfr. Ibidem.

Por su parte, la fracción V del artículo 357 de la L.G.T.O.C. elimina la posibilidad de que el fideicomiso sea un contrato, puesto que de serlo, para extinguirlo por convenio, se requeriría el acuerdo de todas sus partes, y la citada disposición exige el consentimiento de la institución fiduciaria para proceder a dicha extinción.

1.1.8. Declaración unilateral de voluntad.

Los autores que se inclinan por esta teoría encuentran su fundamento en el artículo 352 de la L.G.T.O.C. que señala que " El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento (...) " .

Cervantes Ahumada analizando dicho precepto, afirma que el acto constitutivo del fideicomiso depende, exclusivamente, de la voluntad del fideicomitente aunque la institución fiduciaria no lo haya aceptado. ¹⁸

Respecto del capítulo "La relación contractual en el fideicomiso", sec. 3, escrita por el maestro Lizardi, Molina Pasquel opina lo siguiente: "Nos parece extraño que del artículo 352 de la Ley, que dice que puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, este autor haya reducido el alcance sólo al contrato, como si entre vivos quisiera decir contrato y no fuera fuente de las obligaciones la declaración unilateral de voluntad que rige (...) el C.C. La fuente de la voluntad unilateral es diversa de la fuente contractual (...). Pero la fuente del derecho del fideicomisario no es precisamente el contrato (...) como lo afirma el

¹⁸ Cfr. J. A. Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México; p. 39.

autor comentado(...) Así estima que el fideicomiso constituido sin designar fiduciaria, cuando no sea posible que acepte la que se nombra, debe entenderse que ha sido "inexistente" y que no "cesa" como dice la ley, que lo reputa ya perfecto por la sola declaración de la voluntad del fideicomitente, sin que sea necesario que se designe fiduciaria ni fideicomisario. Ley cuyo texto es terminante." ¹⁹

Para el caso de la constitución del fideicomiso por testamento, el Lic. Jorge Alfredo Domínguez Martínez expone que " (...) el testador simplemente prevé y señala las características esenciales del fideicomiso con inclusión de la denominación de la institución fiduciaria (casi siempre), el del o de los fideicomisarios, los bienes objeto del fideicomiso a constituirse, los fines de éste (...) y es el albacea en su oportunidad, a la muerte del testador, (...) contrata la ejecución de sus fines con la fiduciaria ²⁰. Asimismo, dicho autor señala que " (...) en la ley se omite cualquier alusión a una relación contractual y se usa la formula opcional ya apuntada (se refiere a la que utiliza la parte inicial del artículo 352 de la L.G.T.O.C.)" . ²¹

¹⁹ Cfr. R. Pasquel Molina. op. cit., P.p. 139 y 140.

²⁰ Cfr. J. A. Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México; p. 36.

²¹ Ibidem, p. 37.

La función del albacea no es contratar, en todo caso, ante la falta de aceptación de la fiduciaria su función es comunicarlo a los herederos (fideicomisarios) o al juez de primera instancia para se designe una fiduciaria que substituya a la que no hubiere aceptado originalmente.

Molina Pasquel manifiesta que en el fideicomiso testamentario no es indispensable la concurrencia de voluntades de testador e institución fiduciaria, señala que el fideicomiso "es constituido por declaración unilateral de voluntad del fideicomitente" ²².

Algunos autores señalan que "(...) la pretendida naturaleza del acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que o altera en forma radical los principios de derecho común de la materia" ²³.

El fideicomiso es existente desde que el fideicomitente manifiesta la voluntad de afectar los bienes a un fin lícito y determinado, aunque no designe nominalmente a la institución fiduciaria ya que el artículo 350 de la L.G.T.O.C. expresamente prevé el supuesto de constitución de fideicomiso sin tal designación:

²² Cfr. R. Pasquel Molina. op. cit., P.p. 139 y 140.

²³ Rodolfo Batiza. El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Primera edición. México. Editorial Porrúa, S.A.

1947. p. 35.

· Articuló 350. "En el caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, (...)"

Demogue sostiene lo siguiente: " nada impide técnicamente que un deudor o un acreedor sea indeterminado, basta que haya, en el momento de ejecutarse la obligación, quien exija o efectúe el cumplimiento de ella y que por consiguiente que el acreedor sea determinable al vencimiento. Pero la obligación en provecho o en contra de la persona indeterminada presenta defectos que restringen su empleo, puesto que si una persona está indeterminada es imposible, si no tiene representante, entenderse con ella para modificar o extinguir la obligación y para que esta sea reconocida desde antes de la determinación del beneficiario, es preciso que por razones de seguridad obliguen a considerar como teniendo ya un valor jurídico la pretensión o la promesa, así por ejemplo cuando un deudor fallece habiendo instituido heredero a un extraño y los herederos legítimos impugnan la validez del testamento, el deudor es incierto, mientras no se resuelve por sentencia si el testamento es válido o no" .²⁴

El fideicomiso produce efectos jurídicos sin que medie acuerdo de voluntades pues la exteriorización de la voluntad del fideicomitente basta para que se sigan las siguientes consecuencias de derecho:

²⁴ Cfr. Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. Décima Quinta Edición. México.

Editorial Porrúa. México. 1997. P.p.71 y 72

- a) Priva al fideicomitente de toda acción o derecho de disposición de los bienes que quiera afectar, salvo los derechos y acciones que se hubiere reservado en el acto constitutivo del fideicomiso;
- b) Impide a los acreedores del fideicomitente embargar los bienes afectos en fideicomiso;
- c) Obliga a la fiduciaria designada, al menos, a manifestar su aceptación o excusa (por causas graves);
- d) Legitima a la fiduciaria designada a efectuar todos los actos necesarios para cumplir con los fines del fideicomiso;
- e) Constríñe a la fiduciaria a cumplir con su cargo fielmente en caso de que lo acepte; y
- f) En el evento de que la fiduciaria designada no acepte su cargo, faculta alternativamente al fideicomitente, fideicomisario y juez de primera instancia a nombrar otra fiduciaria, de conformidad con lo establecido en la parte final del artículo 350 de la L.G.T.O.C.

Por otra parte, la declaración de la voluntad como fuente del fideicomiso es evidente en el citado artículo 350 de la L.G.T.O.C., al desprenderse la previa existencia del fideicomiso aún cuando la institución fiduciaria hubiere rechazado su cargo, fideicomiso que no cesaría en tanto la sustitución fiduciaria se hiciere imposible.²⁵ La mencionada disposición legal se aprecia a continuación:

• Artículo 350. " (...) cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o por remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá

²⁵ Cfr. J. A. Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México; p. 37.

nombrarse otra para que lo sustituya. Si no fuera posible esta sustitución, cesara el fideicomiso.

Señala Batiza que el texto de la ley es terminante y por tanto, en última instancia, la fuente de los derechos y obligaciones establecidas en el fideicomiso son los artículos 350 y 352 de la L.G.T.O.C., los cuales imprimen juridicidad a la voluntad del fideicomitente.

Cabe analizar las similitudes que presentan el testamento y el fideicomiso ya que ambos actos jurídicos producen efectos de derecho sin que medie acuerdo de voluntades de fideicomitente y fiduciaria en el caso del fideicomiso y de testador y albacea en el caso del testamento:

Tanto fiduciaria como albacea tienen una función eminentemente activa, en el sentido que han de ejecutar los actos necesarios para cumplir con toda exactitud la voluntad del autor del fideicomiso o testamento, ambas pueden ser designadas posteriormente al acto constitutivo del fideicomiso o del testamento, inclusive judicialmente, sus cargos son voluntarios y de ser aceptados ratifican el efecto de quedar obligadas a desempeñarlos sin mediar acuerdo de voluntades, mismos que no pueden ser renunciados sino por causas justas o graves.

El maestro Luis Puig Ferriol al hacer un estudio sobre la fuente de las obligaciones del albacea estima que es la voluntad del causante para el nombramiento de albacea lo que constituye un negocio jurídico unilateral, porque no existe ningún acuerdo de voluntades, ni aún después de que el designado haya aceptado el cargo de ejecutor testamentario, pues entre el

causante y el ejecutor no se ha concluido ningún contrato, pues la aceptación sólo puede tener lugar después de que *De Cuius* haya muerto, es decir cuando ya no es posible contratar con él²⁸.

El maestro Puig Ferriol manifiesta que el albacea actúa, legitimado por el testador, en nombre propio y sobre los bienes ajenos, mediante el negocio de autorización originado por la declaración unilateral de la voluntad del autorizante, y que consiste en el asentimiento a la disposición sobre derechos del que asiente, quien no adquiere la obligación de realizar ningún negocio en beneficio del concedente, sino la legitimación para actuar, ya que el nombramiento no obliga a desempeñar el albaceazgo, a menos que se acepte.²⁹

Atendiendo al contenido de la voluntad del fideicomitente y de la institución fiduciaria, tampoco se encuentra en el fideicomiso el consentimiento, es decir, la coincidencia de voluntades sobre un objeto común.

El nombramiento de la fiduciaria es válido y la aceptación es la condición para su eficacia, mas no para su constitución y el surgimiento de diversas consecuencias de derecho ya citadas.

Asimismo a continuación se retoma una ejecutoria emitida por Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil en Primer Circuito la cual se relaciona con la unilateralidad del fideicomiso:

²⁸ Cfr. Luis Puig Ferriol. *El Albaceazgo*. 1ª. Edición. Barcelona. Casa Editorial Bosch Urgel. p.53

²⁹ Cfr. *Ibidem*. P.p. 54 y 55

" De conformidad con los artículos 346 y siguientes de la L.G.T.O.C., el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad la transmite al fiduciario para la realización de un fin determinado. En términos de los preceptos antes invocados el fiduciario no es solamente un ejecutor del fideicomiso, sino que, es titular del patrimonio fideicomitado en atención a la especial naturaleza de ese acto jurídico y, en condiciones, resulta obvio que al igual que cualquier titular de un determinado bien tiene interés jurídico en protegerlo cuando por actos de terceras personas sufra una alteración en el mismo." Amparo en revisión 254/1975. " B.I.S.A." 11 de julio de 1975. Unanimidad. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil en Primer Circuito. Tribunales Colegiados. Tomo VI. Civil. Página 658.

1.1.9. Estipulación a favor de tercero.

Existe la opinión de que el fideicomiso es una especie de estipulación hecha a favor de tercero porque presenta las siguientes similitudes:

- a) La finalidad de ambas figuras es el provecho a favor de un tercero.
- b) La declaración unilateral de voluntad es la fuente de derechos y obligaciones de ambos actos jurídicos, en el caso del fideicomiso la declaración es del fideicomitente y en el caso de la estipulación a favor de tercero la declaración es del promitente y del estipulante en relación con el tercero.
- c) De dichos actos se derivan la facultad del tercero de exigir al promitente que cumpla con la prestación o abstención correspondiente y

la facultad del fideicomisario para exigir a la fiduciaria que cumpla con los fines del fideicomiso en su provecho.

No obstante las referidas coincidencias, ambas figuras tienen naturaleza distinta, ya que presentan las siguientes diferencias:

- a) El objeto de la estipulación en favor de tercero recae sobre cualquier prestación, no así en el fideicomiso cuyo objeto recae necesariamente en la afectación de bienes o derechos.
- b) En la estipulación a favor de tercero el estipulante está impedido para recibir el provecho. En el fideicomiso fideicomitente y fideicomisario pueden ser la misma persona.
- c) La fiduciaria ejerce un cargo cuya función consiste en ser instrumento de ejecución de la voluntad del fideicomitente. El promitente carece de cargo alguno, además de que no ejecuta voluntades ajenas sino la propia.
- d) Para la constitución del fideicomiso no se requiere de la aceptación de la fiduciaria para desempeñar su cargo. Por el contrario, sin la voluntad del promitente no se perfeccionaría la estipulación a favor de tercero.
- e) La estipulación a favor de tercero requiere de un contrato base para que la voluntad del estipulante y del promitente se manifiesten en el mismo sentido, por lo que el promitente podrá oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato. Para la constitución del fideicomiso no se requieren de otros actos jurídicos como medios, tampoco se requiere para su constitución de dos voluntades en el mismo sentido.

- f) En términos del artículo 1871 del C.C. la estipulación puede ser revocada mientras no haya manifestado el tercero su voluntad de querer aprovecharla. El fideicomiso es revocable por el fideicomitente en tanto se haya reservado expresamente dicho derecho, de conformidad con la fracción VI del artículo 357 de la L.G.T.O.C.
- g) En la estipulación a favor de tercero faculta al estipulante a exigir al promitente que cumpla con la prestación o abstención correspondiente a favor del tercero. En el fideicomiso el fideicomitente, como tal, no puede exigir a la fiduciaria que cumpla con los fines del fideicomiso, sin embargo puede anular los actos *ultra vires* que lleve a cabo ésta última.

1.2. Opinión personal.

1. Elemento esencial del fideicomiso mexicano es la imposición de ciertos gravámenes a ciertos bienes que consisten en la afectación de bienes a un fin lícito y determinado en términos de los artículos 346, 351 y 356 de la L.G.T.O.C.. Dichos bienes gravados conforman una universalidad de hecho que sólo permite que la fiduciaria ejercite las acciones y derechos necesarios para llevar a cabo la finalidad determinada por el fideicomitente.

Para que la fiduciaria logre el fin del fideicomiso, existe otro elemento esencial del fideicomiso que es su legitimación para realizar los actos necesarios para el cumplimiento del fideicomiso y que se analizará en el siguiente capítulo.

2. El fideicomiso es un acto jurídico unilateral que se constituye por la manifestación exterior de voluntad del fideicomitente que produce consecuencias de derecho y se dirige a ellos.

Por principio, es significativo que la L.G.T.O.C. no se refiera en ningún momento al fideicomiso como el acuerdo de voluntades del fideicomitente, de la institución fiduciaria y, en caso de que en el acto constitutivo se señale fideicomisario, la de éste, para crear derechos y obligaciones.

Por el contrario, para la constitución del fideicomiso nuestra ley únicamente requiere la manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente. En efecto, por una parte, el artículo 347 de la L.G.T.O.C. dispone que el fideicomiso puede constituirse sin que se señale fideicomisario, es decir, el fideicomiso puede existir sin fideicomisario; por otra, el segundo párrafo del artículo 350 de la L.G.T.O.C. establece que el fideicomiso puede constituirse sin que al hacerlo se designe nominalmente a la institución fiduciaria, es decir, dicha designación y, por tanto, la eventual aceptación puede darse con posterioridad al acto constitutivo del fideicomiso. En ese orden de ideas, al utilizar nuestra ley el concepto "constituirse", dispone que dicho evento, es decir, el de integrarse todos los elementos esenciales del ser para existir, el de nacer y, en este caso, nacer a la vida jurídica, se verifica sin que para ello se haya manifestado la voluntad del fideicomisario -que, como hemos visto, puede no existir en el fideicomiso-, y de la institución fiduciaria, misma que puede darse con posterioridad al acto

constitutivo del fideicomiso y que se requiere exclusivamente, como veremos enseguida, para que el fideicomiso subsista, pero no para que exista.

Así es: la parte final del tercer párrafo del citado artículo 350 de la L.G.T.O.C. preceptúa que " (...) cuando la institución fiduciaria no acepte (el cargo que se le confiere)(...)deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso". Esta disposición es fundamental para sostener el argumento de que el fideicomiso no es un contrato. En efecto, la referida norma jurídica dispone que si la institución fiduciaria no acepta el cargo, deberá sustituirse -lo que pone de relieve que la manifestación de voluntad por la que la institución fiduciaria acepta el cargo conferido puede verificarse con posterioridad al acto constitutivo del fideicomiso-, y si esta substitución no puede verificarse, el fideicomiso cesará, y no es posible que cese algo que no existe.

En resumen, el fideicomiso puede constituirse por la sola declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, porque la declaración de voluntad de la institución fiduciaria para aceptar el cargo puede verificarse con posterioridad al acto constitutivo del fideicomiso y su ausencia tendrá el efecto de cesar las consecuencias jurídicas que el fideicomiso ya ha producido y no el de impedir que nazca a la vida jurídica y produzca provisionalmente dichas consecuencias.

Es representativo que la ley atribuya al fideicomitente la facultad de designar a la institución fiduciaria, como si al hacerlo le diera todos los elementos necesarios para constituir por su sola voluntad el fideicomiso. Asimismo, en la práctica fiduciaria la institución fiduciaria comparece al acto constitutivo del fideicomiso para "aceptar el cargo que se le confiere", es decir, el que el fideicomitente le confiere, y no para "celebrar" el fideicomiso conjuntamente con éste último y, en su caso, con el fideicomisario.

La primera parte del artículo 352 de la L.G.T.O.C. establece que el fideicomiso puede ser constituido por testamento, es decir, por virtud de un acto jurídico unilateral, personalísimo y revocable.

Finalmente, es relevante que para la extinción del fideicomiso por convenio la ley no requiera la manifestación de voluntad de la institución fiduciaria, lo que significa que para la constitución del fideicomiso dicha voluntad no se requiere y que, por tanto, el fideicomiso no es un contrato. En efecto: si el fideicomiso fuera considerado por nuestra ley como un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente, la institución fiduciaria y, en su caso, el fideicomisario; luego entonces, para su extinción por convenio sería necesario el acuerdo de dichas voluntades y, como hemos visto, ello no es requerido por nuestra ley.

El fideicomiso es válido "(...) aunque se constituya sin señalar fideicomisario (...)" (art. 347 L.G.T.O.C.), luego entonces, el fideicomiso puede extinguirse por la sola declaración de voluntad

del fideicomitente, lo que pone de manifiesto que la fuente de los derechos y obligaciones derivadas del fideicomiso es la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, conclusión permite llegar la revocabilidad del fideicomiso prevista en el supuesto normativo de la fracción VI del citado artículo 357 de la L.G.T.O.C. En efecto, la revocabilidad como medio de extinción de actos jurídicos se encuentra reservada a los unilaterales.

Capítulo Segundo

La Situación patrimonial del fideicomiso.

2.1. Diversas Teorías.

La repercusión jurídico patrimonial que conlleva el fideicomiso en relación con el sujeto al que corresponden los derechos de propiedad de los bienes que conforman el fideicomiso ha generado diversas opiniones y un sinnúmero de controversias que también han derivado en infinidad de tesis que van desde considerar que el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso, hasta observar una transmisión plena de ese derecho por quien afecta como enajenante a la institución fiduciaria o inclusive al fideicomisario, o considerar que los bienes materia del fideicomiso constituyen un patrimonio carente de titular, o bien, que existe un desdoblamiento del derecho de propiedad de los bienes gozando de tal desmembramiento la institución fiduciaria, el fideicomitente y el fideicomisario respectivamente.

A continuación se transcriben los artículos del capítulo relativo relacionados con la situación patrimonial del fideicomiso y por los que se han suscitado tan diversas teorías:

· Artículo 346. "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

· Artículo 348. "(...) La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y 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.

En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas."

· Artículo 349. "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación necesaria de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen."

· Artículo 351. "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que den en fideicomiso se considerarán afectados al fin que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o terceros.

El fideicomiso constituido en fraude a terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".

· Artículo 352. "El fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

· Artículo 353. "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar donde los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro."

· Artículo 354. "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

- 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 tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria."

· Artículo 356. "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al afecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas y menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

· Artículo 358. "Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que ésta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito."

De la lectura de los anteriores artículos, concluimos que el legislador no dejó en claro el régimen patrimonial del fideicomiso; por tanto, se ha recurrido a la doctrina y a la jurisprudencia para el estudio del problema y para la obtención de una solución al mismo.

2.1.2. Patrimonio sin titular.

Para ciertos autores, el fideicomiso es una masa de bienes que se rige y desenvuelve jurídicamente por sí sola, tal masa deja de formar parte del patrimonio del fideicomitente por el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso y no se ubica con el de las otras personas concurrentes del fideicomiso.

Dicha teoría podría sustentarse en la definición de "patrimonio de afectación" de la doctrina moderna que establece que el patrimonio es "un conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a la realización de

un fin jurídico - económico que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial para darle también fisonomía distinta en el derecho a esa masa autónoma de bienes" ²⁶ los cuales podrían derivar del patrimonio de una persona e incluso salir del mismo para permanecer de manera independiente sin relacionarse jurídicamente con titular alguno. Los principales exponentes de ésta doctrina son Planiol y Ripert.

La doctrina moderna nace en oposición a la doctrina del patrimonio-personalidad de la escuela clásica que considera que el patrimonio es "el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas valorables en dinero, el cual debe relacionarse necesariamente con la persona jurídica de la que deriva, constituye una entidad abstracta y una universalidad de derechos y por tanto no puede ser divisible"²⁷, ya que "se manifiesta como una emanación de la personalidad y la expresión jurídica del poder jurídico de que una persona se encuentra investida como tal". ²⁸

Landereche Obregón afirmó que no era necesaria la existencia de una persona propietaria del patrimonio afecto y subrayó que "(...) es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido

²⁶ R. Rojina Villegas. op. cit. Tomo III, p.83

²⁷ Cfr. R. Rojina Villegas. op. cit., Tomo III, p.69.

²⁸ Ibidem. Tomo III, p. 69

más amplio como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes (por lo que ...) resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición, la de un órgano que realice el fin perseguido siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan con su función de medios de alcanzar de los fines de que se trata".²⁹

Landereche Obregón y Cervantes Ahumada han considerado que por el fideicomiso el fideicomitente pierde efectivamente la titularidad de lo fideicomitado y que por el otorgamiento de dicho acto no se genera la adquisición de la propiedad de los bienes fideicomitados por el fideicomisario ni por el fiduciario, apoyados en los términos de algunos de los artículos que componen el capítulo de la L.G.T.O.C. relativo al fideicomiso en donde se señala que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado lo que se traduce en una afectación.³⁰

Cervantes Ahumada afirma que mediante el fideicomiso los bienes salen de la esfera patrimonial del fideicomitente, de tal manera que nadie adquiere la propiedad de los bienes, derechos y obligaciones que

²⁹ Mencionado por J. A. Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México.

p.112.

³⁰ Cfr. Ibidem.

conforman el patrimonio autónomo, sin embargo, manifiesta que por el fideicomiso la institución fiduciaria se hace titular de diversos derechos sobre el patrimonio cuyo poder se encuentra limitado por el acto constitutivo del fideicomiso, por tanto no es propietario del patrimonio del fideicomiso. ³¹

La posición doctrinal señalada trascendió a las decisiones judiciales, tal es el caso de la siguiente ejecutoria:

" El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, una titularidad se conoce a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado, pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto de los patrimonios del fideicomitente, fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines de la susodicha afectación; fines

³¹ Cfr. Ibidem.

de acuerdo con los cuales (de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etc. Amparo Directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo." ³²

Rodríguez y Rodríguez muestra su parcial conformidad en que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación y se opone a la teoría que nos ocupa manifestando que dichos patrimonios son separados con titular.³³

Probablemente la influencia de este autor haya propiciado la tesis que a continuación se transcribe:

" El fiduciario es titular de la propiedad fideicometida, es decir, de cuantos patrimonios separados autónomos de afectación se hubieren constituido con su intervención (fracción III del artículo 45 de la L.G.T.O.C.); pero cada patrimonio fideicomitido y el general y el propio de la institución fiduciaria, deben ser administrados con reglas propias, y especialmente cada patrimonio responde de sus propias deudas, las cuales permanecen ajenas y sin influencia ni afectación de cada uno de ellos en los otros (fracciones XI y XIV del mismo

³² Ibidem. p. 116.

³³ Citado Ibidem. p. 126.

artículo), naturalmente salvo los casos excepcionales que la Ley prevé, en que la institución fiduciaria responde con su capital propio en el fideicomiso, como sucede particularmente en las hipótesis a que se refieren en las fracciones IV y XII del citado artículo 45". Amparo Directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de julio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo.³⁴

Coincidimos con el maestro Rodríguez en que no puede haber patrimonio sin dueño ya que el concepto de patrimonio se encuentra necesariamente vinculado con el de persona, de tal manera que no puede existir un patrimonio sin titular: " (...) no pueden existir derechos sin sujeto. Todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse (...) si el patrimonio es un complejo de derechos y deberes personales, tampoco es concebible un patrimonio sin dueño." ³⁵ y diferimos del maestro Rodríguez en cuanto a la hipótesis de diversidad de patrimonios correspondientes a una sólo persona.

³⁴ Informe de 1979. Tercera Sala. Tesis 41, p.34. Séptima Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tomo 115-120, cuarta parte. p.47.

³⁵ Eduardo García Maynes. Introducción al Estudio del Derecho; 36ª edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1984. Pp. 283 y 284.

Rojina Villegas explica que cuando una masa de bienes, derechos y obligaciones destinada a un fin económico es tutelada por el derecho bajo un régimen jurídico especial, dicha masa adquiere autonomía económica y por tanto puede conceptualizarse como una universalidad de hecho.

Ejemplos de estas entidades o universalidades de hecho son la masa de la quiebra regulada por L.Q.Y.S.P., el patrimonio familiar, la sociedad conyugal y la herencia, éstos últimos regulados por el C.C.

Al respecto, manifiesta Rojina Villegas que la masa que se integra por todos los derechos, obligaciones, bienes y cargas de una persona conforma también una universalidad denominada por él como universalidad jurídica, cuyos activos a su vez pueden conjuntarse en diversas universalidades de hecho. Tal universalidad no puede ser objeto de contrato. *

Debemos mencionar que la última parte del artículo 355 de la L.G.T.O.C. hace referencia al patrimonio objeto del propio fideicomiso en los siguientes términos:

· Artículo 355. " El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan en virtud del acto constitutivo del fideicomiso (...) el de reivindicar los bienes que (...) hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso" .

Aparentemente el legislador partió del concepto del patrimonio como una masa de bienes derechos, cargas y obligaciones cuya autonomía se origina

³⁶ Cfr. R. Rojina Villegas. op. cit., Tomo III, P.p. 69-73.

por un vínculo económico y jurídico tutelado por el derecho, sin considerar una última instancia de autonomía causada por la persona física o jurídica que los aglutina.

Consideremos en adelante que el patrimonio de afectación es una universalidad de hecho reconocida por el derecho.

2.1.2. Desdoblamiento de la propiedad.

La tesis del desdoblamiento de la propiedad explica que ésta sufre un desmembramiento en dos derechos reales, mismos que poseen características distintas a las de los demás derechos reales regulados por nuestra legislación. Se trata, por un lado, del derecho real atribuible a la institución fiduciaria que le permite ejercer en forma directa el dominio sobre los bienes fideicomitidos, reivindicarlos y ostentarse como propietario de los mismos ante terceros, aunque para su titular carezca de todo valor económico; y, por otro lado, del derecho real atribuible al fideicomisario, el cual posee contenido económico, se encuentra ligado al fin del fideicomiso, tiende hacia la protección de éste contra los actos indebidos de la institución fiduciaria, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines del fideicomiso y faculta a su titular para, en los casos legalmente establecidos, perseguir y reivindicar los bienes del fideicomiso para ser restituidos al patrimonio fideicomitado.³⁷

³⁷ Lizardi Albarrán citado por J. A. Domínguez Martínez; El Fideicomiso. Quinta Edición. p. 156.

El Lic. Rodolfo Batiza considera que el antecedente del fideicomiso mexicano es el trust anglosajón en el cual ocurría el desdoblamiento de propiedad y en la Convención Anual del Centro Bancario de Monterrey de 1976 analizó la situación patrimonial del trust que a continuación se retoma, partiendo de un pequeño esquema histórico del trust y de las consideraciones del Dr. Lepaulle.

" El trust anglosajón atravesó etapas sucesivas de evolución que se remontan al siglo XIII, encontrándose sus orígenes en el use, resultado de la costumbre medieval de entregar bienes mediante enfeudación, es decir, mediante la transmisión del dominio a un prestanombre conocido por feoffee to uses para que los administrara en beneficio de un tercero conocido por cestui que use, quien carecía de derechos que pudiera hacer valer frente al feoffee por mala fe en las obligaciones morales de éste último.

Los tribunales de equidad fueron mas allá de la imposición de derechos y obligaciones a quien tenía el título legal y confirieron al beneficiario un derecho sobre la cosa. El derecho de equidad impuso deberes personales para exigir al dueño legal el ejercicio de sus derechos en beneficio de otro. Se llegó a una forma dual de derecho de propiedad en que, de una parte estaría el trustee, a quien correspondería el título legal, de otra parte estaría el beneficiario quien tendría la propiedad de equidad" .³⁸

³⁸ El Fideicomiso en México; Memoria de Convenciones Anuales del Centro Bancario de Monterrey, A.C.,

Primera Edición. México. Editorial IEE, S.A. 1976. P.p. 33-38.

Rodolfo Batiza señala que el Proyecto de Alfaro trató de reproducir el mecanismo peculiar del trust anglosajón que con fidelidad aproximada fue mutilada por nuestra legislación al suprimirse el efecto traslativo de dominio, a continuación se transcribe el artículo primero del proyecto de Alfaro, así como el artículo 346 de la L.G.T.O.C. con objeto de que se distinga dicha mutilación:

·Artículo 1. "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario(...)".

·Artículo 346. " En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

Considera Batiza que el legislador se resistió hacia el efecto traslativo del fideicomiso y que el Dr. Alfaro lo sustentaba al mencionar que el encargo conferido al fiduciario producía el efecto de transmitir los bienes al mismo objeto del fideicomiso que los romanos realizaban a través de la institución del heredero y los sajones haciendo el uso del trustee como propietario titulado, mientras que -consideraban al fideicomisario como propietario real- dicha transición de los bienes de una persona a otra sería el acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario. ³⁹

³⁹ Cfr. Ibidem. p. 31.

"Esta doble propiedad es la que debe, (...) traducirse en términos aceptables dentro del sistema de tradición romanista si se quiere adaptar con éxito la versión civilista del trust. Este problema fue al que tuvo que enfrentarse el legislador en 1932, (...) del cual gira el concepto mismo del fideicomiso, se plantearon reformas al C.C. para agregar al catálogo de derechos reales existentes el derecho de la propiedad fiduciaria, sin embargo no fueron aceptadas, inclusive en el Registro Público de la Propiedad fueron rechazadas las inscripciones a favor de la institución fiduciaria, posteriormente la Suprema Corte de Justicia reconoció el efecto traslativo de dominio del fideicomiso, dicho reconocimiento da un positivo apoyo a la autonomía de la voluntad de una nueva modalidad de la propiedad y al desarrollo del fideicomiso, el cual no tiene efectos de reforma legislativa y por tanto ofrece una base mas bien precaria".⁴⁰

Para dicho autor es indiscutible que al adoptarse la nueva figura del fideicomiso en nuestro sistema legal, se importó con ella un nuevo concepto de la propiedad desconocido por completo, creación original del derecho inglés que no tiene en equivalencia en nuestras concepciones jurídicas. "Deberá advertirse que la propiedad en el trust, difiere substancialmente en la "*propiedad bonitaria*", o *in bonis* elaborada a través del derecho honorario en Roma, desde el momento en que la propiedad *in bonis* eliminaba por completo la propiedad *ex iure quiritum*, en tanto que en el trust coexisten con diferentes contenidos y

⁴⁰ Ibidem. p. 39

finalidades, la propiedad legal del fiduciario o trustee y la propiedad económica del beneficiario o *Cestui que trust*. "41

Respecto a Lepaulle, Rodolfo Batiza señala que se contradecía al pretender que los derechos objeto del trust eran patrimonio de nadie, ya que admitió que el sujeto de derecho encargado de realizar la afectación era titular de todos los derechos que le fueran útiles para cumplir su obligación y al describir el funcionamiento del trust reconocía que un propietario, el settlor, transmitía total o parcialmente determinados bienes a un tercero llamado trustee designado como propietario de los bienes y a quien se inscribiría como tal cuando se requiriera de registro 42.

Tal propiedad era singular, ya que el trustee no podría obtener ninguna ventaja personal de los bienes transmitidos, concluye Rodolfo Batiza que en el fideicomiso mexicano el fideicomitente y fideicomisario, pueden tener derechos patrimoniales de mucha mayor substancia que la misma propiedad fiduciaria desprovista por definición de contenido económico y cuya única función consiste en el cumplimiento del fideicomiso. 43

41 Ibidem p. 37

42 Cfr. Ibidem. p.33

43 Cfr. Ibidem. p. 39.

Coincidimos con el maestro Barrera Graf en que no obstante muchos autores han sostenido que con la transmisión de la propiedad se configura un derecho relativo, un desdoblamiento de la propiedad, dichos conceptos son inaceptables en nuestro sistema jurídico, ya que "el derecho de propiedad es absoluto e indivisible en cuanto que sus efectos no pueden atribuirse a distintos titulares, sin que esto dé lugar a desmembramientos, los que por otra parte están reglamentados taxativamente en la Ley".⁴⁴

2.1.3. Propiedad de la institución fiduciaria.

Para algunos autores el fideicomiso produce una transmisión de plena propiedad del fideicomitente a la institución fiduciaria, para otros la propiedad de los bienes fideicomitados es un derecho reservable por el fideicomitente, lo que implica la posibilidad de fideicomisos con y sin traslado de dominio.

La L.D.D.D.F. ya derogada reflejaba la posibilidad de reserva del derecho de propiedad de los bienes en el artículo que se transcribe parcialmente a continuación:

Artículo 444. "El impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles se causa: (...) Por los fideicomisos, conforme a las siguientes disposiciones:

a) Cuando se afecten en fideicomiso bienes inmuebles para su enajenación al fideicomiso, y, según, el acto constitutivo, no se transmita la propiedad al fiduciario(...)" .

⁴⁴ La llamada Propiedad Fiduciaria, Tesis, México, 1969, p.99. Citado por J. A. Domínguez Martínez.

Situación similar se admitía en el anterior reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal del 16 de abril de 1980, en su artículo 122, en el que se disponía que en el registro inmobiliario tendrían que inscribirse los títulos y documentos que consignaran actos relacionados con el traslado de propiedad en la parte primera parte del Folio Inmobiliario y los actos que consignaran derechos reales distintos al derecho de propiedad tendrían que inscribirse en la segunda parte como los fideicomisos en los que el fideicomitente se reservaba la propiedad de los bienes. ⁴⁵

La influencia de la teoría que sustenta que para algunos fideicomisos la traslación de dominio en favor de la fiduciaria es esencial se hizo patente en sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia, a continuación se transcribe una de ellas:

" De conformidad con lo preceptuado en los artículos 346 y 351 de la L.G.T.O.C., la fiduciaria es la propietaria de los bienes que recibe en fideicomiso, dueña sólo en la medida en que precisa serlo para cumplir el fin o fines de dicho negocio jurídico y, por tanto, los bienes afectos a tal fin no quedan sujetos a juicio de suspensión de pagos de la fideicomitente." Quinto tribunal Colegiado en materia Civil del primer circuito.

⁴⁵ Rodolfo Batiza. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Segunda Edición. México. Editorial Porrúa. 1985. p.83

Amparo en Revisión 85/88. Banca Serffin, S.N.C. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente Efraim Ochoa Ochoa. Secretario Amado Lemus Quintero." ⁴⁶

Es importante resaltar que por decreto publicado el 24 de mayo de 1996 se adicionó un cuarto párrafo al artículo 348 de la L.G.T.O.C., que integra por primera vez en el capítulo relativo al fideicomiso de la L.G.T.O.C. el concepto de trasiación de dominio, mutilado intencionalmente por el autor de dicho capítulo. Tal adición admite que al constituir algunos fideicomisos el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes fideicomitidos en los siguientes términos:

• Artículo 348. "(...) La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas."

La reforma transcrita probablemente se originó por influencia de otras leyes especiales ya derogadas y de infinidad de tesis que han apoyan el traslado de dominio de los bienes fideicomitidos en favor de la fiduciaria, sin embargo a través de una interpretación integral del capítulo relativo al fideicomiso consideramos que dicha reforma que

⁴⁶ Séptima Época. Instancia Pleno. Semanario Judicial de la Federación. Tomo 205-216. Primera Parte.

adiciona un párrafo al artículo 348 de la L.G.T.O.C. confunde y contradice la naturaleza del propio fideicomiso ya que para la constitución y ejecución del fideicomiso no se requiere de transmisión de propiedad alguna, como analizaremos posteriormente.

Con anterioridad a la reforma de la L.G.T.O.C. mencionada algunos autores apoyaron la afirmación del traslado de dominio como elemento *sine quan non* del fideicomiso en la interpretación de los artículos 352 y 353 de la L.G.T.O.C., entre dichos autores retomamos lo señalado por el Lic. Lozada Chávez quien sostiene que "el fideicomiso implica una traslación de dominio o una cesión de derechos a favor del fiduciario, por lo que el artículo 353 de la misma ley establece que ésta traslación debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad cuando el objeto del fideicomiso recaiga sobre inmuebles".⁴⁷

Consideramos que las formalidades exigidas para la constitución del fideicomiso en los artículos 252 y 353 de la L.G.T.O.C. no constituyen traslado de dominio ya que son exclusivamente elementos de validez del fideicomiso, como ocurre con las formalidades para la constitución de créditos hipotecarios que siendo las mismas que para la compraventa (artículo 2917 del C.C.), no implican por ello, el traslado de dominio de los bienes hipotecados a favor del acreedor hipotecario.

⁴⁷ Cfr. J. A. Domínguez Martínez, Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México, p. 122.

Por otra parte, la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro Público de la Propiedad a que se refiere el artículo 353 de la L.G.T.O.C. no tiene efectos constitutivos de derecho, ya que nuestro derecho el Registro no es el que le da vida al acto jurídico de creación, transmisión, modificación, o abstención de derechos reales inmobiliarios, es el mismo negocio jurídico el que produce el efecto constitutivo de derecho o de algunas de las otras manifestaciones indicadas y puede lograrse tanto por acuerdo o convenio, como por acto unilateral, como por declaración unilateral de voluntad.

Nuestro Registro solamente tiene efectos publicitarios para lograr la oponibilidad del derecho frente a terceros adquirentes, de tal manera que si no se registra el derecho real, no puede parar perjuicio a tercero. ⁴⁸

Independientemente de la interpretación de los artículos citados, otros autores apoyan la teoría de la propiedad fiduciaria a partir de otras consideraciones que se distinguen en la emisión de ciertas tesis como la siguiente:

" La relación jurídica que se establece al presentarse una solicitud para adquirir en propiedad fiduciaria determinados bienes inmuebles es únicamente entre la Secretaría de Relaciones Exteriores y la institución fiduciaria, por lo que en caso de negarse dicha solicitud, quien resulta afectada directamente es ésta última y no la parte quien sólo de manera indirecta, como

⁴⁸ Cfr. R. Rojina Villegas. op. cit., p.843.

propietaria originaria de los bienes fideicomitidos, puede resentir un perjuicio económico, lo cual no implica un perjuicio mediato y directo en sus intereses jurídicos." Primer Colegiado en materia Administrativa de primer circuito. Amparo en revisión 381/86. Hoteles de Palo María, S.A. 21 de agosto de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Tirado Ledesma. ⁴⁹

Otros autores consideran que el fideicomiso es una especie de negocio jurídico con efecto traslativo, sin mas limitación que la habida por la fiduciaria por su obligación de destinar el bien correspondiente a la finalidad dispuesta por el fideicomitente. En este sentido el maestro Barrera Graf señala que la transmisión de la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso la efectúa plenamente el fideicomitente a favor de la fiduciaria y que los derechos que el fideicomitente tenga respecto de ésta última serán derechos personales y no reales.

Sostiene dicho autor que nuestro derecho no existe fundamento para el desmembramiento de la propiedad ya que considera que "en virtud del negocio fiduciario, el fiduciante (fideicomitente) trasmite la propiedad de ciertos bienes o la titularidad de determinados derechos al fiduciario. La transmisión de la propiedad es erga omnes, válida frente a todos, incluso frente al fiduciante (fideicomitente), quien jurídicamente pierde la propiedad o la titularidad a favor del fiduciario. Si a pesar

⁴⁹ Séptima Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo 205-216, sexta parte. p.233.

de las limitaciones impuestas al adquirente, éste transmite a terceros de buena fe los bienes o derechos, como si fuera propietario y beneficiario de ellos, la transmisión es perfectamente válida y el tercero adquiere sin limitación alguna la propiedad o titularidad del crédito." ⁵⁰

Dicho autor afirma que la institución fiduciaria es la única propietaria de los bienes del fideicomiso y que sus limitantes y obligaciones nacen por voluntad del fideicomitente en una relación personal, "la obligación que el fiduciario asume frente al fiduciante (fideicomitente) de destinar los bienes y derechos a determinada finalidad, configura en estos negocios un tipo especial de relación en virtud de la cual, habiendo transmisión plena, esta se encuentra limitada internamente, entre fiduciante (fideicomitente) y fiduciario. No se trata de una contradicción, el fiduciario es propietario pleno de los bienes o es titular absoluto de los derechos, pero ante el fiduciante (fideicomitente) se obliga a retransmitirlos o a transmitirlos a un tercero. Si el fiduciario no cumple con su obligación, si hace uso de la potestad del abuso que en concepto de algunos tratadistas es esencial del negocio fiduciario, el fiduciante (fideicomitente) no tiene acción de reivindicación contra el tercero adquirente de buena fe de los bienes y derechos, y apenas le competirá una acción de indemnización contra el fiduciario, el cual a semejanza de mandatario, se ha excedido en sus funciones y ha sido infiel al encargo recibido.

⁵⁰ La llamada Propiedad Fiduciaria, Tesis, México, 1969, p.99. Citado por J. A. Domínguez Martínez.

Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México. p. 122.

Para el maestro Graf las limitaciones internas no limitan la potestad dominical de la fiduciaria, ya que a ella le corresponde plenamente el ejercicio del derecho de propiedad y su titularidad, y si bien los frutos y productos de la cosa no le benefician, esta nota no es, en lo absoluto, esencial al derecho de la fiduciaria, pudiendo existir separada de él. El pacto interno de carácter obligatorio, impone a la fiduciaria una carga, un conjunto de limitaciones que está obligado a respetar, pero cuya transmisión no afecta al tercero adquirente. (...) se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio. Existe pues la doble relación: transmisión de bienes y derechos a la fiduciaria (relación real) y obligación asumida por dicha fiduciaria de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal), (...) De parte de la fiduciaria- en medida mayor o menor- existe la potestad de abuso, sin que corresponda al fiduciante (fideicomitente) o beneficiario acción real de reivindicación.⁵¹

Al mencionar el maestro Graf que el fideicomiso es un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio, se acercaba a la solución propuesta por el maestro Sánchez Medal, quien encuentra que tal poder de disposición sin atribución patrimonial mas que un derecho de propiedad es una forma sustitución de la legitimación indirecta, misma que se analizará en el numeral 2.1.5. siguiente.

⁵¹ Citado *Ibidem.* p. 122.

Otros autores, entre ellos el maestro Rodríguez y Rodríguez, consideran que mediante el fideicomiso el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria un dominio limitado de los bienes y derechos, que la hace ser a ésta última dueña fiduciaria, pues lo que adquiere es la propiedad fiduciaria, una nueva estructura en el derecho de la propiedad.

Rodríguez y Rodríguez sostiene que mediante el fideicomiso la institución fiduciaria se hace dueña y titular jurídico de un patrimonio separado, cuyos titulares económicos son el fideicomitente y el fideicomisario, porque a éstos últimos van los beneficios de la propiedad fideicomitada y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso, en los siguientes términos:

"El fideicomiso debe considerarse como negocio jurídico a través de cual existe un aspecto real, traslativo de dominio que opera frente a terceros y un aspecto interno de naturaleza obligatoria que restringe los alcances de la transmisión pero sólo con efectos inter partes".

"(...) se le atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de poder realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para cuya realización se constituyan. El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal."

" La transmisión de dominio (...) no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes(...) "

" Se deduce que el fideicomiso en cuanto negocio jurídico indirecto y fiduciario crea una nueva estructura en el derecho de la propiedad".

"(...) surte efectos frente a terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño. Este dominio tiene caracteres especiales. En efecto el fiduciario no tiene el libre uso y disfrute y dominio de los bienes (...)."

"El fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titular económico al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario, porque él, aunque dueño temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos el fideicomitente y el fideicomisario, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso."⁵²

En resumen, la propiedad fiduciaria se definiría por los autores citados como la facultad de la institución fiduciaria de dominio jurídico (titularidad jurídica) de un patrimonio separado conformado con bienes, derechos y obligaciones cuya titularidad económica, (beneficios y cargas económicas) corresponde al fideicomitente o al fideicomisario.

⁵² Citado Ibidem. P.p. 125 y 126.

Consideramos que el concepto de propiedad fiduciaria no se encuentra regulado en nuestro derecho, por las siguientes razones:

El concepto de propiedad aludido en el artículo 830 del C.C. enfatiza la cualidad de disposición de la cosa en los siguientes términos:

• Artículo 830. "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

En esta definición el legislador no aclara el significado de los actos de disposición y de goce, sin embargo el artículo 840 del C.C. deja ver que el propietario está facultado para realizar cualquier acto relacionado con la cosa siempre y cuando no cause perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario de la cosa:

• Artículo 840. "Es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario".

El derecho de propiedad faculta al propietario a realizar diversos actos, reconocidos como *ius utendi*, *fructuendi*, *abusuendi*, y el *ius possidendi*, éste último derecho permite la realización práctica de los demás actos, consecuentemente la propiedad se puede gravar y "por esta razón atendiendo a su contenido los derechos reales suelen dividirse en dos grandes grupos, la propiedad y los derechos reales limitados o gravámenes, entendiéndose que la propiedad es el más amplio derecho de

señorío posible sobre una cosa y que a su vez los derechos reales limitados sólo implican un señorío parcial" .⁵³

Quando se invierten los términos mencionados, o sea, cuando la regla general ya no es la libertad de disfrutar y disponer de la cosa, (...) para poner en su lugar y a título de excepción unas cuantas y expresas facultades sobre la cosa en cuestión, ya no puede de ninguna manera hablarse en serio de una verdadera "propiedad restringida", porque si esta manera de hablar estuviera permitida, podría decirse que el usufructuario y aún el titular de una servidumbre son propietarios, pero con una propiedad limitada o restringida."⁵⁴

La propiedad en nuestro derecho se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, con las limitantes que le impongan las leyes siendo oponible este poder para un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.

Concluimos que la propiedad fiduciaria no es una clase de propiedad, y por lo tanto no conduce a una nueva estructura del derecho de la propiedad partiendo de la premisa de que la especie no puede diferir

⁵³ L. Ennerccerus, T. Kipp y M. Walf. Citados por R. Sánchez Medal. op. cit. p.591

⁵⁴ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p.591

esencialmente de su género y de que el concepto de propiedad regulado en el C.C. (género) y el concepto de propiedad fiduciaria (especie) difieren substancialmente en los siguientes puntos:

- a) El derecho de propiedad faculta al dueño de la cosa a disponer de ella en forma material, mediante el consumo, la transformación y en forma jurídica; incluso el nudo propietario puede disponer de la nuda propiedad libremente. La fiduciaria no puede disponer de los bienes fideicomitidos para sí o libremente.
- b) El derecho de propiedad permite al propietario gravar su derecho. En la propiedad fiduciaria, la propietaria no puede gravar su derecho.⁵⁵
- c) El derecho de propiedad no se puede transmitir otro mayor derecho que el que se tiene. En la propiedad fiduciaria, la propietaria restringida, transmite mas adelante en favor de terceros una propiedad plena que no tiene.⁵⁶
- d) El derecho de propiedad es perpetuo. La propiedad fiduciaria es temporal, porque de acuerdo al artículo 359 de la L.G.T.O.C., fracción III de la L.G.T.O.C. la duración del fideicomiso, salvo excepciones, es de carácter temporal, porque no puede sobrepasar el término de treinta años.⁵⁷

⁵⁵ Ibidem. p.209.

⁵⁶ Ibidem. p.591

⁵⁷ Ibidem., p.591

e) En caso de venta, el enajenante de la cosa responde del saneamiento para el caso de evicción. En propietario fiduciario no responde por evicción cuando vende la cosa, sino el fideicomitente.

2.1.4. Propiedad del fideicomitente.

Para el Lic. Domínguez un fundamento para resaltar la conservación de propiedad por parte del fideicomitente lo encuentra en la fracción V del artículo 357 de LG.T.O.C. que establece que a la extinción del fideicomiso la fiduciaria deberá devolver al fideicomitente el remanente que la fiduciaria mantuviera en su poder, " la devolución prevista por la ley no implica retransmisión alguna de propiedad o bien reversión alguna, sino se trata simplemente de una devolución, es decir, de una restitución. La restitución es de cosa ajena según lo establece el artículo 2011 del C.C. como uno de los casos de obligaciones de dar de tal manera que la fiduciaria devuelve lo no suyo y lo devuelve a quien es su propietario, o sea al fideicomitente. ⁵⁸

Asimismo la fracción citada establece como causal de extinción del fideicomiso el convenio entre fideicomitente y fideicomisario, lo que denota que la fiduciaria carece del derecho de propiedad de los bienes fideicomitados porque su voluntad no es requerida para desprenderle de tal derecho.

⁵⁸ J. A. Domínguez Martínez. El Fideicomiso. Séptima edición. p. 346.

A manera ejemplificativa de que la teoría de la conservación de la propiedad de los bienes del fideicomiso ha trascendido a las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, a continuación transcribimos la siguiente:

" De acuerdo a los artículos 346, 355, 356 y 358 de la L.G.T.O.C., el fideicomiso tiene por objeto destinar ciertos bienes a un fin lícito y determinado, que se encargará de realizar una institución fiduciaria; y por ningún motivo puede entenderse que los bienes objeto del fideicomiso, pasen de la propiedad del fideicomitente a la institución fiduciaria, pues ésta sólo tiene funciones de mero administrador, debiendo cumplir con el acto constitutivo y obrar como buen padre de familia, además es responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa; de donde resulta que el aumento o disminución en él consta de las obras objeto del fideicomiso, redunda en perjuicio o beneficio del fideicomitente" . Tomo LII, pagina 2317 Compañía Limitada de Ferrocarril Mexicano. 23 de junio de 1937. ⁵⁹

La conservación de la propiedad de los bienes afectos en fideicomiso es sostenida, entre otros autores, por el maestro Sánchez Medal, quien excluye la idea de transmisión de la propiedad y la idea de la propiedad restringida o propiedad fiduciaria con el concepto de legitimación

⁵⁹ Quinta Epoca. Instancia Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación Tomo CXXVII. p. 899

2.1.5. La legitimación de la fiduciaria.

Coincidimos con el Lic. Sánchez Medal en que es esencial para la constitución del fideicomiso la legitimación de la fiduciaria para disponer de los bienes fideicomitidos en orden del fin pretendido con ellos por el fideicomitente, por lo que aquí se profundizará sobre el tema.

Para que un acto jurídico sea eficaz no es suficiente que su autor tenga aptitud subjetiva para realizarlo (capacidad de obrar), sino que es también necesario que tenga el reconocimiento, otorgado por el Derecho, de un poder suficiente para realizar con eficacia el acto jurídico determinado que recibe el nombre de legitimación.⁶² El acto realizado sin legitimación será por tanto ineficaz.

Existen distintos tipos de legitimación derivadas de la relación existente entre el autor del acto y el titular de la esfera jurídica en la que se producen sus efectos. Cabe distinguir la legitimación directa y la indirecta.

La legitimación directa es el reconocimiento de la posibilidad de obrar sobre la propia esfera jurídica pero no en la ajena.⁶³

⁶² Cfr. Landarín Caldentey. J. La legitimación y la Apariencia Jurídica. Primera Edición. Barcelona. Editorial Bosch. 1952. p.p. 2 y 3.

⁶³ Ibidem p. 6

La legitimación indirecta a contrario sensu es el reconocimiento otorgado por el Derecho de un poder suficiente para realizar con eficacia un acto jurídico sobre la esfera jurídica ajena, ya sea en nombre propio o ajeno.

Procesalmente, la legitimación indirecta permite a una persona actuar como parte en un proceso concreto, aunque no sea sujeto de aquellas relaciones, tal es el caso del albacea que actúa como parte en el proceso relativo a los bienes del caudal hereditario de los que no es el propietario liquidando los adeudos. (artículo 1753 del C.C.)

La legitimación indirecta ofrece las dos siguientes modalidades: " La primera, en virtud de la llamada representación voluntaria o apoderamiento, según la cual la actuación jurídica del representante afecta inmediatamente al representado- caso que no ocurre en el albaceazgo ya que no hay representado" (ni con el síndico de la quiebra en relación con el fallido). " La segunda se da cuando quien actúa en el proceso sin ser titular de la jurídica controvertida, no lo hace en nombre del verdadero titular, sino en nombre propio, aunque haciendo valer derechos y soportando obligaciones ajenas, en este caso se habla de sustitución procesal." ⁶⁴

Para algunos la sustitución es la actividad que alguien desarrolla en nombre propio - en virtud de un cargo u oficio- y en el predominante o concurrente interés ajeno, pero destinada a desplegar eficacia dentro de

⁶⁴ Luis Puig Ferriol. *op.cit.*, p.223

la esfera patrimonial ajena. ⁶⁵, es decir casos de sustitución en interés del sustituido.

Para otros autores como el jurista Alberto Trabucchi: la ley puede autorizar a una persona para obrar en una relación ajena para satisfacer un interés propio o de terceros. ⁶⁶

En todos los casos de sustitución hay una relación entre el sujeto titular de la relación jurídica y la persona legitimada. Esta relación es necesaria para que dicha persona sea investida por la ley de la facultad de invadir la esfera jurídica de aquél. ⁶⁷

Son sustitutos:

1. El síndico de la quiebra, legitimado para obrar sobre el patrimonio de la quiebra en interés de la masa de acreedores. ⁶⁸
2. La establecida por el artículo 2884 del C.C. que legitima al acreedor prendario a proceder a la venta extrajudicial de los bienes objeto de la prenda si se ha convenido así entre las partes. Dicha legitimación es indirecta en virtud de una sustitución y para que la venta de los bienes pignoralados se verifique no por el dueño de la cosa, sino por un

⁶⁵ Landaria Caldentey. J. op. cit., p. 102

⁶⁶ Luis Pung Ferriol. op. cit. p.222

⁶⁷ Landaria Caldentey. J. op. cit. p.86

⁶⁸ Retomado de R. Sánchez Medai, op. cit. p. 594.

no propietario *non dominus* la permisión directa de la ley, de conformidad con el pacto respectivo, legitima a éste último liberándolo de responsabilidad del saneamiento para el caso de evicción.

3. La regulada por los artículos 1717 y 1718 del C.C. que permite al albacea de una sucesión vender en determinados casos los bienes de la herencia.
4. Según el artículo 23 del reglamento de Establecimiento de Hospedaje del 7 de abril puede el hotelero en determinados casos proceder a la venta extrajudicial del huésped.

La legitimación del sustituto puede excluir la del sustituido o coexistir con ella o estar subordinada al hecho de la inactividad del sustituido, por ejemplo en el caso de una persona sujeta a interdicción o de un fallido, quien a pesar de ser titular del dominio sobre sus propios bienes, carece de reconocimiento de la Ley para administrar o disponer de ellos el cual se dirige al tutor o al síndico, respectivamente, previas las respectivas licencias judiciales, la facultad de administrar y de disponer de esos bienes" .⁶⁹

No obstante que los bienes fideicomitidos radican en la esfera jurídica del fideicomitente, la legitimación para disponer de ellos radica en la fiduciaria de forma absoluta o excluyente. Así que " por legitimación ha de entenderse la facultad concedida o reconocida a una persona por la ley para disfrutar y disponer de dicho bien" .⁷⁰

⁶⁹ Cfr Ibidem. p.592

⁷⁰ Cfr. R. Sánchez Medal. op. cit. p.592

El fideicomitente no transmite derecho real alguno a la fiduciaria, se autolimita en sus derechos. "La situación que se crea en virtud del fideicomiso es en realidad no una transmisión de derechos, ni representación de persona, sino una sustitución en los derechos del fideicomitente por la fiduciaria y una sustracción de los bienes objeto de esos derechos a la posibilidad de que el fideicomitente pueda disponer de ellos" ⁷¹

José Luis La Cruz Berdejo considera que el artículo 353 de la L.G.T.O.C. sobre inscripción del fideicomiso no demuestra transmisión de dominio, sino publica a quien compete la legitimación directa para disponer del objeto.⁷² Consideramos que lo mismo aplica para los casos de los endosos y notificaciones mencionadas en el artículo 354 de la citada Ley.

De esta manera la institución fiduciaria efectúa actos válidos sobre un patrimonio ajeno, esto es, sobre bienes que pertenecen al fideicomitente, pero sin que de tales bienes pueda disponer el citado fideicomitente, ni los acreedores de éste puedan embargarlos o practicar ejecución sobre dichos bienes. ⁷³

⁷¹ El fideicomiso Mexicano como acto sobre patrimonio ajeno, en Revista de Derecho Notarial, año XVIII, NO 1, México, 1973, p 41 y ss

⁷² José Luis La Cruz Berdejo. Recogido de R. Sánchez Medal, op. cit., p. 594.

⁷³ Cfr. R. Sánchez Medal. op. cit. p.600

Específicamente el artículo 356 de la L.G.T.O.C. legitima a la fiduciaria mediante su sustitución en las acciones y derechos -erga omnes- propios del fideicomitente, necesarios para conseguir el destino de los bienes objeto del fideicomiso. Dicha legitimación deviene de dicho precepto legal, el cual la limita a todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fin, salvo los que se reserve expresamente el fideicomitente. Por obvias razones la ley no legitima a la fiduciaria a ejercitar los derechos y acciones adquiridos por terceros con anterioridad al fideicomiso.

2.1.6 Opinión Personal.

1. Se han creado diversas teorías y conceptos como titularidad económica, propiedad limitada, desdoblamiento de propiedad, titularidad parcial y patrimonio autónomo para resolver la cuestión del traslado de dominio mediante la constitución del fideicomiso, sin embargo tales conceptos no están regulados ni definidos por nuestra legislación positiva aunque han sido admitidos en diferentes tesis de la Suprema Corte de Justicia.

Ninguno de dichos conceptos es necesario para explicar la situación patrimonial del fideicomiso si consideramos que el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes, porque para constituirlo y hacerlo eficaz basta que el fideicomitente afecte un conjunto de bienes a un fin lícito y determinado y que autorice a una fiduciaria su cumplimiento, quedando legitimada ésta por virtud de la ley para realizar todos los derechos y acciones necesarios para el logro de los

fines del fideicomiso. Sustentamos lo anterior en las siguientes afirmaciones:

- El artículo 346 de la L.G.T.O.C. alude a la afectación de bienes a un fin lícito y determinado y evade una franca transmisión de bienes producto de la mutilación del proyecto Alfaro.
 - El título por el que la fiduciaria dispone de los bienes afectos no es de propietaria, ya que la fiduciaria no puede tener una propiedad restringida y temporal de dichos bienes.
 - Resuelve el problema de disposición de bienes ajenos la legitimación por sustitución que aplica en otras figuras jurídicas como el albacea y el tutor. En el fideicomiso la legitimación nace desde el acto constitutivo, aún cuando no se hubiera determinado la fiduciaria, ya que el fideicomitente se sustituye en los derechos y acciones necesarios para cumplir con el destino de los bienes afectos en la fiduciaria que acepte posteriormente.
2. Además de que no es posible otorgar una propiedad limitada a la fiduciaria, las siguientes disposiciones hacen relevante la conservación de propiedad de los bienes fideicomitidos por parte del fideicomitente:
- El artículo 359 de la L.G.T.O.C. establece que extinguido el fideicomiso la institución fiduciaria devolverá los bienes al fideicomitente, como la devolución es un acto mediante el cual se restituye una cosa a quien la tenía, tal término aplica a figuras

donde no opera la transmisión como el depósito y mandato, denotando la no necesaria transmisión de propiedad.

- El artículo 352 de la L.G.T.O.C. menciona las formalidades de transmisión de derecho común en la constitución del fideicomiso, las que no constituyen traslación de dominio de los bienes, son elementos de validez.

- La inscripción de los bienes inmuebles en el Registro Público de la Propiedad a que se refiere el artículo 353 de la L.G.T.O.C. tampoco tiene efectos constitutivos de derecho, ya que el registro tiene exclusivamente efectos publicitarios útil para reconocer quien está legitimado para disponer de los bienes inscritos.

- 3. La adición del último párrafo al artículo 348 de la L.G.T.O.C. carece de técnica legislativa, ya que introduce el elemento de traslado de dominio que no esencial a la naturaleza del fideicomiso como se desprende de una interpretación integral del capítulo relativo.

Capítulo Tercero

Elementos del fideicomiso.

3.1. Elementos personales.

Los elementos personales del fideicomiso son (i) el fideicomitente, (ii) la institución fiduciaria y (iii) el fideicomisario, los cuales son sujetos de derechos y obligaciones, mismos que se encuentran regulados en por distintos preceptos legales de la L.G.T.O.C.

3.1.1. Fideicomitente.

El Fideicomitente es la persona titular de los bienes o derechos que los afecta a una finalidad lícita encomendando la realización de tal fin a una institución fiduciaria, como se verá posteriormente, deberá tener capacidad jurídica para obligarse.

Al respecto pueden ser fideicomitentes conforme al artículo 349 de la L.G.T.O.C.: (i) las personas jurídicas individuales (*personas físicas*) y las personas jurídicas colectivas (*personas morales*) " (...) que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica (...) " y (ii) " (...) las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen" .⁷⁴

⁷⁴ NOTA No se analiza el punto (ii) porque este estudio no versa sobre el fideicomiso público.

El acto de afectación de los bienes en fideicomiso supone que el fideicomitente tenga poder jurídico para disponer de la cosa o del derecho, es decir, supone que pueda enajenar y gravar dichos bienes así como limitar su destino.

Consecuentemente, la persona que represente al fideicomitente deberá estar facultada para llevar a cabo la constitución del fideicomiso con un poder para ejercer actos de dominio respecto de los bienes que se pretendan fideicomitir ya que exclusivamente puede afectar bienes el que es dueño de ellos.

3.1.2. Institución fiduciaria.

La función de institución fiduciaria consiste en realizar los actos necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso y como premisa indispensable deberá sustituirse en los derechos y acciones que corresponden al fideicomitente para el cumplimiento de tales fines.

La facultad para designar a la institución fiduciaria corresponde al fideicomitente, y en caso de que omitiera tal designación el propio fideicomisario estaría igualmente facultado. Por un principio de igualdad de razón, la facultad para removerlo también le asiste de manera preferente al fideicomitente, lo anteriormente expuesto se fundamenta en el segundo y tercer párrafo del artículo 350 de la L.G.T.O.C. que señalan lo siguiente:

•Artículo 350. "(...) En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera

instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso."

Para el cumplimiento de los fines la institución fiduciaria contará con diversos derechos y facultades que se contienen en el artículo 356 de la L.G.T.O.C. que a la letra señala:

• Artículo 356. "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

De la disposición legal transcrita se desprenden notas características del fideicomiso que le otorgan una identidad propia y le reconocen su singular importancia en atención a la función que desempeña. Dichas notas son (i) a la institución fiduciaria le asisten todos los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, salvo que se limiten expresamente y aún cuando no se reconozcan de esa misma manera en el acto constitutivo; (ii) la institución fiduciaria no puede excusarse ni renunciar sino por causa grave que tiene que calificar un juez, tal es la trascendencia que nuestra ley le reconoce al

fideicomiso y la importancia que le da en orden a su permanencia que establece esa disposición, es decir, que la institución fiduciaria queda vinculada al fideicomiso como ningún contratante lo hace respecto al contrato que celebra; y (iii) la ley no sólo constriñe a la institución fiduciaria a cumplir con las obligaciones establecidas en el acto constitutivo del fideicomiso, sino que mediante la fórmula que lo obliga a desempeñar su encargo con "buen padre de familia" le impone deberes que van mucho más allá, es decir, al cumplimiento de obligaciones no estipuladas en el acto constitutivo del fideicomiso y a aquellas que un buen padre tendría para con su familia, de tal manera que la responsabilidad de la institución fiduciaria es altísima y única en nuestro sistema legal.

3.1.2.1. Instituciones de crédito.

El primer párrafo del artículo 350 de la L.G.T.O.C. establece que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

Asimismo, la L.I.C. que derogó la Ley General de Instituciones de Crédito, en su fracción XV. autoriza a las instituciones de crédito a actuar como fiduciarias, en los siguientes términos:

• Artículo 46. "Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: (...) XV. Practicar operaciones de fideicomiso a que se refiere la L.G.T.O.C. (...)".

Cabe señalar que los artículos en sus artículos 79 al 84 y artículo 103 fracción XIX de L.I.C. reglamentan las operaciones en fideicomiso de las instituciones de crédito fiduciarias.

Por otra parte, la L.M.V., la L.F.I.F. y la L.I.S.M autorizan, respectivamente, a las casas de bolsa, a las instituciones de fianza y a las instituciones de seguros a actuar como fiduciarias bajo determinados supuestos sin que les sea aplicable el primer párrafo del artículo 350 de la L.G.T.O.C.

3.1.2.2. Casas de bolsa.

Las casas de bolsa están autorizadas a actuar como fiduciarias en atención al inciso de la fracción IV del artículo 22 de la L.M.V. señala lo siguiente:

• Artículo 22. "Las casas de bolsa sólo podrán realizar las actividades siguientes: (...) IV. Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México: (...) d) Actuar como fiduciarias en negocios únicamente vinculados con las actividades que le sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 350 de la L.G.T.O.C. (...)"

Por tanto, el requisito para que las casas de bolsa funjan como fiduciarias es su vinculación con las actividades que le sean propias, que entre otras son, de conformidad con el artículo 46 de la L.M.V., la intermediación de valores, celebración de reportos y préstamos para

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

adquisición de valores, la emisión, colocación, inversión y administración de valores.⁷⁵

Asimismo, el artículo 103 de la L.M.V. reglamenta los fideicomisos bursátiles restringiendo su función a fideicomisos cuyo objeto recaiga en valores de oferta pública o efectivo destinado a la adquisición de tales, también de manera análoga a la L.I.C. establece, entre otras cosas, su responsabilidad civil, mecanismos de actuación, rendición de cuentas, como llevar su contabilidad así como las cuestiones que le estarán prohibidas, en los términos siguientes:

· Artículo 103. " Los fideicomisos en los que intervengan las casas de bolsa en los términos del artículo 22, fracción IV, inciso d) de ésta Ley, se registrarán en lo conducente por lo dispuesto en el Capítulo V, Título II de la L.G.T.O.C., debiéndose observar en todo caso lo siguiente:

- I. Sólo podrán afectarse en estos fideicomisos, los valores sujetos al régimen de la presente Ley o el efectivo destinado a la adquisición de tales valores;
- II. Las casas de bolsa desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios. Cuando estos delegados fiduciarios dejen de satisfacer los requisitos de solvencia moral y capacidad técnica e incurran en infracciones a la presente Ley y a las disposiciones de carácter general que de ella deriven, estarán sujetos a la aplicación de las medidas a que se refiere el último párrafo de la fracción III del artículo 17 de ésta Ley considerándose que carecen de solvencia moral si se ubican en alguno de los supuestos previstos en el segundo párrafo de la citada fracción;
- III. Las casas de bolsa responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones y términos señalados en el fideicomiso o en la Ley;
- IV. En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas se podrá prever la formación de un Comité Técnico, establecer las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la fiduciaria en los términos del fideicomiso, obre ajustándose a los dictámenes y acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad.

⁷⁵ El Fideicomiso en México. Instituto Fiduciario Bancomer, Primera Edición. México. Espejo de

- V. El personal que las casas de bolsa utilicen directa o exclusivamente para la realización de los fideicomisos no formará parte del personal de las mismas, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio del fideicomiso. Sin embargo cualquier derecho que asista a dicho personal, conforme a la ley, lo ejercerán contra la casa de bolsa, la que en su caso y para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesario, el patrimonio fiduciario;
- VI. A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos, que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C., a petición de la fiduciaria. Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará a que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones;
- VII. Cuando la casa de bolsa, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión en un plazo de 15 días hábiles o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menos cabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria;
- VIII. Cuando se trate de fideicomisos que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la L.G.T.O.C.
- IX. En los contratos de fideicomiso y en la ejecución de los mismos, a las casas de bolsa les estará prohibido:
- a) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios, los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del Comité Técnico del fideicomiso respectivo, los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas o las mismas casas de bolsa, así como aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general;
 - b) Celebrar operaciones por cuenta propia, salvo las autorizadas por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses;
 - c) Responder a los fideicomitentes y fideicomisarios del incumplimiento de los emisores por los valores que adquieran, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la L.G.T.O.C., o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les recomiende.
- Si al término del fideicomiso, los valores no hubieren sido liquidados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso absteniéndose de cubrir su importe. En los contratos de fideicomiso se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión. Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en ésta fracción, no producirá efecto legal alguno

d) Emitir cualquier clase de valores, títulos o documentos, a los que les es aplicable el régimen de la presente Ley cuando no se realice en oferta pública de los mismos.

X. En las operaciones de fideicomiso, las casas de bolsa abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el efectivo y los valores que les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de las casas de bolsa, con las contabilidades especiales.

En ningún caso el efectivo y los valores estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, o las que contra éste corresponda a terceros de acuerdo con la ley."

3.1.2.3. Instituciones de fianzas.

La L. F. I. F. (Ley Federal de Instituciones de Fianzas) señala en la fracción XV del artículo 16 de dicha ley la posibilidad de que instituciones de fianza actúen como fiduciarias en los siguientes términos:

• Artículo 16. Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes: (...) XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan, como excepción del artículo 350 de la L.G.T.O.C. (...)."

No obstante lo señalado en el primer párrafo de la fracción en comento, debido a que en 1997 se decretó la reforma que adicionó un segundo párrafo a la fracción en comento, las instituciones de fianzas se encuentran facultadas para participar no sólo en fideicomisos de garantía sino también en los que tengan por finalidad servir como instrumento de pago de obligaciones a cargo de los fiados derivadas de las fianzas otorgadas por las propias instituciones.

Remitimos las observaciones sobre la citada adición a lo comentado a cerca de la reforma que adicionó un último párrafo al artículo 348 de la L.G.T.O.C.

Por otro lado, las disposiciones que regulan la operación del fideicomiso cuya fiduciaria sea una institución de fianzas, las que son correlativas a las de otras leyes especiales para fiduciarias instituciones de crédito y casas de bolsa, se encuentran en la propia fracción VI del artículo 16 de la L.F.I.F. siguiente:

• Artículo 16. Las instituciones de fianzas sólo podrán realizar las operaciones siguientes: (...) XV. Actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía, los cuales podrán o no estar relacionados con las pólizas de fianzas que expidan, como excepción del artículo 350 de la L.G.T.O.C.

Las instituciones de fianzas, en su carácter de fiduciarias, podrán ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que, al constituirse se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de fianzas otorgadas por las propias instituciones. En este supuesto, las partes deberán designar en común acuerdo a un fiduciario sustituto para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.

La operación de fideicomiso se sujetará a lo dispuesto en ésta Ley y a las siguientes bases:

- a) En el desempeño de los fideicomisos, las instituciones de fianzas deberán apegarse a las sanas prácticas fiduciarias de las instituciones de crédito. La S.H.C.P., en caso de considerarlo necesario emitir, mediante reglas de carácter general, oyendo a la C.N.S.F. (Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) y al Banco de México, las características o limitaciones a que deberán someterse tales operaciones, a fin de propiciar la seguridad de las mismas y la adecuada atención de los servicios correspondientes;
- b) Las instituciones de fianza podrán recibir en fideicomiso, cantidades adicionales de efectivo, valores, bienes muebles e inmuebles y derechos, según sea el requerimiento del fideicomitente, o adquirir ese tipo de activos con los recursos fideicomitados;
- c) Deberán abrir contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero que les confíen y los demás bienes, valores y derechos con los que se incrementen los recursos originalmente afectos al fideicomiso; así como los incrementos o disminuciones correspondientes, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de contabilidad de la institución de fianzas con las contabilidades especiales. En ningún caso los recursos, bienes o derechos señalados estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, o las que contra ellos correspondan a terceros, de acuerdo a la Ley;

- d) Las instituciones de fianzas deberán desempeñar su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios; las instituciones responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.
En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.
- e) Cuando la institución de fianzas al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los recursos dados en fideicomiso, o responsable de las pérdidas o menoscabo que sufran los recursos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.
Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de la institución fiduciaria y para pedir su remoción, corresponderán al fiduciario o a sus representantes legales y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder del fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo el derecho para ejercitar ésta acción.
- f) En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la L.G.T.O.C;
- g) Los recursos recibidos por las instituciones de fianzas con cargo a los contratos de fideicomiso no podrán computarse como parte de las reservas de carácter técnico que dichas instituciones deben constituir de acuerdo a lo dispuesto por ésta Ley, ni podrán considerarse para efecto alguno como parte los cómputos relativos al capital base de las operaciones previsto en el artículo 17 de ésta Ley; y
La que S.C.H.P. determinará, mediante reglas de carácter general que emita escuchando la opinión de la C.N.S.F. y del Banco de México, el monto máximo de recursos que una institución de fianzas podrá recibir en fideicomiso, considerando capital pagado, capital base de operaciones y cualquier otro elemento que apoye su solvencia. En lo no previsto por lo anterior, a las instituciones de fianza fiduciarias les será aplicable lo establecido en la L.G.T.O.C."

3.1.2.4. Instituciones de seguros.

La L.G.I.S.M.S. (Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros) establece que las instituciones de seguros podrán ser fiduciarias de conformidad con el artículo 34 siguiente:

Artículo 34. "Las instituciones de seguros sólo podrán realizar las operaciones siguientes: (...) IV. Actuar como institución fiduciaria en el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados por el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren, como excepción a lo dispuesto en el artículo 350 de la L.G.T.O.C.

Las instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida, también podrán ser fiduciarias en el caso de fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y de primas de antigüedad.

La administración de dichas operaciones se realizará a través de contratos de fideicomiso, en los mismos términos que para las instituciones de crédito, señalan los artículos 79 y 80 de la L.I.C."

Del artículo 34 transcrito se desprende que las instituciones de seguros participarán únicamente en fideicomisos de administración, (ninguna ley señala cuales son los fideicomisos de administración), con recursos relacionados por el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren, cuya materia y fines coincidirán con los que señala la L.G.I.S.M.S.

3.1.2.2. Conjunción de las calidades de fiduciaria y fideicomitente.

En relación con la conjunción de las calidades de institución fiduciaria y fideicomitente, del artículo 346 de la L.G.T.O.C. se desprende la imposibilidad de conjugar ambas calidades al mencionar el fideicomitente encomienda la realización del fin al que se destinan ciertos bienes a la institución fiduciaria, consecuentemente el objeto del precepto es que sea la institución fiduciaria y no el fideicomitente quien ejecute el destino de los bienes fideicomitados.

Cabe mencionar que nuestro derecho existe una prohibición implícita para que las calidades de fideicomitente e institución fiduciaria coincidan en una sola persona, en efecto la L.I.C. impone a las instituciones y departamentos fiduciarios la prohibición de realizar por cuenta propia

cualquier clase de operaciones, salvo las que autorice Banco de México mediante disposiciones de carácter general y siempre y cuando se realicen operaciones que no impliquen un conflicto de interés ⁷⁶ como lo es el caso de los créditos otorgados bajo distintos programas de apoyo del Gobierno Federal a la Planta Productiva Nacional denominados en Unidades de Inversión, cuyos derechos se han afectado a diversos fideicomisos donde la dirección fiduciaria los adquiere del departamento de crédito de la institución bancaria, coincidiendo en una sola persona las calidades de fideicomitente e institución fiduciaria.

3.1.3. Fideicomisario.

En forma eventual, además de la institución fiduciaria y del fideicomitente como elementos personales del fideicomiso, el fideicomisario funge como el destinatario de los beneficios de los actos que la institución fiduciaria efectúe en virtud del fideicomiso.

Decimos que el fideicomisario interviene eventualmente en el fideicomiso como elemento personal del fideicomiso, ya que el artículo 347 de la L.G.T.O.C. dispone que "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario(...)" ;

Si el fideicomitente no designa fideicomisario en el acto constitutivo del fideicomiso puede hacerlo con posterioridad a la constitución del fideicomiso, sea mediante su manifestación de voluntad o por

⁷⁶Cfr. Art. 106, fracción XIX, inciso a) de la L.I.C.

actualización de los requisitos señalados en el acto constitutivo del fideicomiso.

Es factible que los bienes afectos en fideicomiso sean devueltos al propio fideicomitente antes de que se hubiere designado fideicomisario, en ese supuesto los beneficios se integrarían a la universalidad de bienes afectos en fideicomiso.

Pueden ser designados fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso, incluso el mismo fideicomitente puede designarse como tal con fundamento en el primer párrafo del artículo 348:

• Artículo 348. "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas y jurídicas que tengan capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica."

El segundo párrafo del artículo 348 de la L.G.T.O.C., que a continuación se transcribe, permite la designación de varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso y limita el beneficio sucesivo en términos del artículo 359 de la L.G.T.O.C. mediante substitución de fideicomisarios a causa de la muerte del anterior fideicomisario si el substituto no hubiere nacido o no hubiere sido concebido antes del fallecimiento del fideicomitente.

• Artículo 348. "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359."

El tercer párrafo del artículo 348 de la citada Ley establece el procedimiento de votación para los acuerdos de los fideicomisarios de un mismo fideicomiso por mayoría de votos computándose los votos por representaciones, además ante una situación de empate prevé que la decisión sea tomada por el juez de primera instancia de lugar del domicilio de la fiduciaria.

• Artículo 348. "Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia de lugar del domicilio del fiduciario."

En general las obligaciones a cargo del fideicomisario dependen de la causa de su designación. Si la designación se origina para cumplir con ciertas contraprestaciones, que en la mayoría de los casos se traducen en obligaciones de dar dinero, el fideicomitente se reserva el derecho de reversión de los bienes.

3.1.3.1. Conjunción de calidades de fiduciaria y fideicomisario.

Al promulgarse la Ley Cambiaria en el mes de agosto de 1932, el artículo 348 de la L.G.T.O.C. era omiso en lo referente a la prohibición o posibilidad de que se conjugarán en un sólo sujeto las calidades de fideicomisario y fiduciario, un año después por decreto del 30 de agosto de 1933 la ley sustantiva sancionó con nulidad el fideicomiso que se constituyera en favor de la fiduciaria. La prohibición seguramente se originó en la práctica en cuanto a los fideicomisos de garantía, donde las instituciones garantizaban con fideicomisos ante sí mismas los préstamos concedidos por su departamento de crédito. Se argumentó que la

modificación se hacía para darle confiabilidad y evitar así el desprestigio de la figura.

La prohibición legal no pareció haber dado resultados, ya que de otro modo carecería de sentido el oficio circular emitido por la Comisión Nacional Bancaria a las instituciones y departamentos, de prohibir las operaciones contractuales entre departamentos de una misma institución.

No obstante lo anterior, en 1997 mediante decreto se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones legales, entre ellas la L.G.T.O.C. reformándose el último párrafo del artículo 348 de dicha Ley y adicionándose un párrafo al mismo. Dicha reforma y adición evolucionó el concepto del fideicomiso previsto en el derecho panameño y anglosajón, superando la concepción del fideicomiso en los distintos países, para incluir la facultad del fiduciario de ser destinatario de los beneficios del fideicomiso con el carácter de fideicomisario, exclusivamente en los fideicomisos cuyo fin se encaminara al pago de obligaciones vencidas e incumplidas derivadas de contratos de crédito destinados al apoyo de actividades empresariales donde la institución fiduciaria hubiere participado como acreditante. El párrafo que se agrega al artículo citado es el siguiente:

• Artículo 348. "La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en los que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento del pago de las obligaciones incumplidas en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas."

Desde nuestro punto de vista dicha reforma respeta la prohibición para que una institución fiduciaria tenga al mismo tiempo la calidad de fideicomisaria en los fideicomisos de garantía, no obstante lo señalado cabe cuestionarnos si la reforma contraría la naturaleza del fideicomiso, relacionando las siguientes premisas.

1. La reforma considera la posibilidad de que exista un conflicto de intereses para la institución fiduciaria.
2. La institución fiduciaria en sus dos calidades jurídicas, tendría por una parte que actuar como buen padre de familia y por otra como fideicomisario, lo que pondría en desventaja al fideicomitente frente al fiduciario - fideicomisario.
3. La función de la fiduciaria es ser ejecutora de la voluntad del fideicomitente plasmada en el acto constitutivo o reforma al mismo, consecuentemente no deberá tener interés directo en los bienes del propio fideicomitente ya que podría desvirtuar su función.

En nuestra opinión la referida reforma contraría la naturaleza del fideicomiso ya que el fiduciario no puede tener conflicto de intereses aun cuando el último párrafo del artículo citado prevea la posibilidad de designar un fiduciario sustituto.

3.1.4. Derechos y obligaciones derivados del fideicomiso.

3.1.4.1. Del fideicomitente.

El fideicomitente tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

1. Tendrá todos los derechos que se reserve en el acto constitutivo del fideicomiso y que no sean contrarios al fin del propio fideicomiso (artículo 351 de la L.G.T.O.C.).

2. El fideicomitente tiene derecho a exigir a la fiduciaria daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso (...) o la ley (segundo párrafo del artículo 80 de la L.I.C.; fracción III del artículo 103 de la L.M.V. y fracción XV del artículo 16 de la L.F.I.F.).

3. Podrá exigir que los bienes le sean devueltos por la fiduciaria al extinguirse el fideicomiso (artículo 358 de la L.G.T.O.C.).

Podrá invalidar los actos que lleve a cabo la fiduciaria en exceso o defecto de sus facultades.

4. Remunerar a la institución fiduciaria que acepte el cargo.

3.1.4.2. De la institución fiduciaria.

A la institución fiduciaria le asisten las siguientes facultades y obligaciones:

1. Tendrá todos los derechos y acciones necesarios para llevar a cabo el destino de los bienes afectos en fideicomiso, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente" .

2. Cumplirá con los fines del fideicomiso conforme al acto constitutivo (artículo 356 de la L.G.T.O.C.).
3. Actuará a través de delegados fiduciarios. (Art. 16 de la L.F.I.F, Art. 103 de la L.M.V. y Art. 80 de la L.I.C).
4. Abrirá contabilidades especiales para cada fideicomiso. (Art. 16 de la L.F.I.F, Art. 103 de la L.M.V. y Art. 79 de la L.I.C).
5. Acatará las instrucciones del comité técnico que no sean contrarias al fin del fideicomiso y lo estipulado para dicho comité por el fideicomitente (artículo 80 de la L.I.C., Art. 103 de la L.M.V. y Art. 16 de la L.F.I.F.).
6. Rendirá cuentas de su gestión (artículo 103 de la L.M.V., artículo 16 de la L.F.I.F. y artículo 84 L.I.C).
7. Devolverá, con las formalidades prescritas, los bienes fideicomitados al fideicomitente una vez que se haya extinguido el fideicomiso (artículo 358 de la L.G.T.O.C.).
8. Cuidará de los bienes fideicomitados como buen padre de familia. (artículo 356 de la L.G.T.O.C.).
9. En caso de que no acepte el cargo, se excuse o renuncie a éste, deberá hacerlo exclusivamente por causas graves. (Art. 356 de la L.G.T.O.C.).

10. Responderá civilmente por las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicomitidos por su culpa. (Art. 356 de la L.G.T.O.C., Segundo párrafo del artículo 80 de la L.I.C.; fracción III del artículo 103 de la L.M.V. y fracción XV del artículo 16 de la L.F.I.F.)

3.1.4.3. Del fideicomisario.

El fideicomisario tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

1. Designará fiduciaria si no se designó por el fideicomitente. (artículo 350 de la L.G.T.O.C.).

2. Tendrá los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso. (artículo 355 de la L.G.T.O.C.)

3. Estará facultado para exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso (artículo 355 de la L.G.T.O.C.)

4. Podrá atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan (artículo 355 de la L.G.T.O.C.).

5. El derecho de reivindicar los bienes que a consecuencia de los actos cometidos por la fiduciaria, en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades hayan salido del fideicomiso es un derecho muy discutido en términos del artículo cuarto del C.P.C. (Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) que menciona que tal acción compete al

propietario de los bienes, por lo que consideramos analizarlo en el numeral correspondiente a la defensa del patrimonio, en el siguiente capítulo.

5. A cubrir los impuestos relativos al traslado de dominio cuando adquiriera la propiedad de los bienes fideicomitidos.

7. A cumplir con las cargas que le hubiere impuesto el fideicomisario.

3.2. Elementos reales.

Constituyen elementos esenciales del fideicomiso los bienes y derechos que el fideicomitente afecta al mismo, destinándolos a la realización de un fin lícito determinado, con tal de que dichos bienes se encuentren dentro del comercio y los derechos no sean del ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles, tal y como lo señala el primer párrafo del artículo 351 de la L.G.T.O.C. que a la letra señala:

Artículo 351. "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme la ley sean estrictamente personales de su titular."

En los fideicomisos en que participe como fiduciaria una casa de bolsa exclusivamente podrán afectarse los valores sujetos al régimen de la L.M.V. o el efectivo destinado a la adquisición de tales valores. (Art.103, fracción I de la L.M.V.).

En los fideicomisos en que participe una institución de seguros como fiduciaria sólo podrán afectarse recursos relacionados con el pago de

primas por los contratos de seguros que celebren los fideicomitentes con dichas instituciones de fianza. (Art. 34 de la L.G. I.S.M.S.).

La institución fiduciaria deberá respetar los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso. Verbigracia la afectación de un inmueble hipotecado.

Uno de los fundamentos legales que se consideran para sostener lo anterior se encuentra en el segundo párrafo del artículo 351 de la L.G.T.O.C. establece lo siguiente:

• Artículo 351. "(...) Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros."

3. 3. Elementos formales.

El fideicomiso debe formalizarse por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común para la transmisión de bienes, de conformidad al artículo 352 de la L.G.T.O.C.

Los requisitos para que el fideicomiso surta sus efectos frente a terceros se encuentran regulados por los artículos 353 y 354 de la L.G.T.O.C. lo siguiente:

• Artículo 352. "El fideicomiso puede constituirse por acto *inter vivos* o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

Del referido artículo se desprenden dos supuestos para las formalidades especiales:

- a) Si el fideicomiso es un acto *inter vivos*, carecerá de solemnidad y, por tanto, si la declaración de voluntad del fideicomitente no se ajustara a las formalidades señaladas en el artículo 352 de la L.G.T.O.C., el fideicomiso surtiría sus efectos provisionalmente, hasta que el fideicomiso fuera declarado nulo judicialmente, o bien, de confirmarse por los interesados surtiría sus efectos retroactivamente al día en que la voluntad de fideicomitente se hubiera exteriorizado.
- b) Si el fideicomiso se tratara de un acto *mortis causa*, la voluntad del fideicomitente deberá de constar con las formalidades propias del tipo especial de testamento, siendo el acto constitutivo del fideicomiso la declaración del testador con la formalidad establecida en la ley; posteriormente el Albacea se encargará de realizar los actos para formalizar el fideicomiso en el entendido de que la aceptación de la fiduciaria deberá costar en instrumento público. En el supuesto de que la exteriorización de voluntad del testador no se hubiere realizado de conformidad con las leyes correspondientes, el fideicomiso estaría afectado de nulidad absoluta, surtiendo sus efectos temporalmente para ser destruidos retroactivamente al pronunciamiento por el juez la nulidad.

Cabe analizar del citado artículo 352 lo relativo a que "La constitución del fideicomiso deberá constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

Atendiendo a que el fideicomiso es un acto de comercio, en la práctica, el fideicomiso se ha venido formalizando con las mismas formalidades para la transmisión de propiedad mediante acto de comercio, sin embargo, la formalidad requerida para la afectación en fideicomiso en términos del artículo 352 de la L.G.T.O.C. y de la fracción IV del artículo segundo de dicha ley es la misma que dispone el C.C. para la transmisión de la propiedad de los bienes.

Siguiendo el orden de ideas de este trabajo, concluimos que la exteriorización de la voluntad del fideicomitente en la forma legal, es por sí misma la fuente de las obligaciones del fideicomiso; sin embargo el fideicomiso surtirá sus efectos contra terceros desde el momento en que (i) se inscriba en la sección de la Propiedad del Registro Público, cuando se hayan afectados bienes inmuebles, (ii) sea notificado el deudor del crédito no negociable o del derecho personal afecto al mismo, (iii) el título nominativo objeto de la afectación sea endosado y se haga constar en los registros del emisor, en su caso, y (iv) la cosa corpórea o los títulos al portador fideicomitados estén en poder de la institución fiduciaria.

Los momentos mencionados para que el fideicomiso surta sus efectos se contienen en los artículos 353 y 354 de la L.G.T.O.C. siguientes:

• Artículo 353. "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar donde los bienes estén ubicado. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro."

- Artículo 354. "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

- I. Si se tratará de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;
- II. Si se tratará 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 tratara de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria."

3.4. Opinión personal.

1. Para la constitución del fideicomiso exclusivamente se requiere de un elemento personal que es el fideicomitente. Basta la exteriorización de la voluntad del fideicomitente para que los bienes queden afectos y el propio fideicomitente no pueda disponer de ellos.

Para que subsista el fideicomiso, se requiere también la aceptación de la fiduciaria al cargo, sin embargo la renuncia o excusa del cargo por dicha institución no implicaría la extinción del fideicomiso, en tanto que el hecho de volverse imposible tal substitución terminaría con la existencia del propio fideicomiso.

2. Los elementos reales del fideicomiso exclusivamente pueden ser cosas de las que pueda disponer el fideicomitente, mientras que en otros actos jurídicos pueden versar sobre hechos.
3. Si el fideicomiso es un acto "inter vivos", carecerá de solemnidad. Si la declaración de voluntad del fideicomitente no se ajusta a las formalidades será convalidable por el propio fideicomitente.

4. Si el fideicomiso es testamentario, su falta de formalidad no será convalidable porque la formalidad especial del testamento es un elemento esencial para su existencia.

Capítulo Cuarto

Notas características del fideicomiso.

4.1 Fines del Fideicomiso.

Entendemos por fines del fideicomiso los objetivos que el fideicomitente pretende alcanzar con su manifestación, los que se pueden distinguir como objeto directo y objeto indirecto. El primero versa precisamente en el nacimiento de consecuencias jurídicas y el segundo sobre la dación, hecho o abstención que se quiere.

El objeto directo del fideicomiso es la afectación de los bienes y la legitimación a la fiduciaria, mediante sustitución de los derechos necesarios para llevar a cabo el destino de dichos bienes.

El objeto indirecto es la dación, hecho o abstención que realiza la fiduciaria que acepta su designación sobre los bienes objeto del fideicomiso, legitimada por disposición legal, para llevar a cabo el destino concreto de los bienes que se afectan, consecuentemente los actos que la institución fiduciaria deberá realizar deberán ser posibles y encaminarse a tal fin. Ambos fines deben ser determinados y lícitos.

4.1.1. Fin lícito.

El fin del fideicomiso es una manifestación de lo que es en la teoría del contrato y del acto jurídico general. En cuanto a la licitud del fin en los actos jurídicos en general, el C.C. establece que "Es ilícito el acto que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres" (art. 1830 del C.C.). "La ilicitud (...) en el fin (...) del acto produce

su nulidad ya absoluta ya relativa, según lo disponga la ley." (Art. 2225 del C.C.);

El motivo determinante del fideicomitente para afectar sus bienes puede ser lícito o ilícito, "pudiera ser el suplir una laguna del derecho para revestir jurídicamente un negocio lícito o (...) pudiera hacerse con el propósito de hacer una simulación para extraer bienes del alcance de los acreedores del fideicomitente. (...) en resumidas cuentas, puede ser un instrumento de fraude a terceros o un instrumento de fraude a la ley."⁷⁷

El artículo 346 de la L.G.T.O.C. es expreso en cuanto al requisito de licitud de sus fines, por lo que la nulidad será absoluta cuando el fin general o el específico sean contrarios a leyes de orden público o a las buenas costumbres.

4.1.2. Fin determinado.

Asimismo, el artículo 346 de la L.G.T.O.C. señala que el fin del fideicomiso debe ser determinado, "(...) esto significa que en lo que dicho fin consista, quede bien fijado con toda precisión en la constitución del fideicomiso. No es el caso de que fuera simplemente determinable y sólo quedaren señaladas las bases y reglas para llegar a esa determinación, como el que podría ser que el fideicomitente instruyera a alguien, el fiduciario

⁷⁷ José Luis de la Peza. El Fideicomiso en México y su viabilidad en España. Jornadas de Estudio organizadas por el Banco Nacional de México y Banco de Bilbao. México. 1979. p.44

o un ajeno, con una serie de reglas para que por aplicación de las mismas se llegare el fin a determinar".⁷⁸

4.2. Duración.

En el acto constitutivo del fideicomiso el fideicomitente puede estipular que éste dure cuando más 30 años, sin embargo puede estipular que su duración sea ilimitada siempre que el fideicomisario que designe sea una persona jurídica de orden público o una institución de beneficencia o cuando la finalidad del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro, esto de conformidad con la fracción III del artículo 359 de la L.G.T.O.C. siguiente:

• Artículo 359. "Quedan prohibidos: (...) (los fideicomisos) Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando su finalidad sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro."

Por otra parte, la fracción III del artículo 357 de la L.G.T.O.C. señala como máximo término del fideicomiso sujeto a una condición suspensiva el plazo de 20 años contados a partir de su constitución, siempre que no se hubiere fijado un término para el cumplimiento de dicha condición.

⁷⁸ J. A. Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México. p.18.

4.3. Comité Técnico.

No encontramos en nuestro país antecedentes de cuerpos colegiados similares al comité técnico, parece ser que el legislador se inspiró en la doctrina norteamericana de Trust Companies, formados por lo general por personas conoedoras de ciertas áreas que auxilian e instruyen a la institución fiduciaria tomando decisiones, no ejecutándolas.

Los legisladores mexicanos conceptualizaron la funcionalidad del comité técnico como órgano colegiado de asesoría y auxilio a la institución fiduciaria en las tareas encomendadas e introdujeron tal concepto en la ley bancaria de 1941, la que establecía en la fracción IV del artículo 45 que:

· Artículo 45. " (...) IV. En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán del consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico de distribución de fondos, dar reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades".

La disposición anterior fue reproducida en el artículo 61 de la Ley Reglamentaria del 1984 que suprimió las palabras "o de distribución de fondos". Actualmente la L.I.C. establece en el tercer párrafo de su artículo 80 lo siguiente:

· Artículo 80 "(...) En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. (...) "

La L.I.C. no presenta el requisito de autorización del fideicomisario para constituir el comité a través de una reforma al acto constitutivo.

Las reglas para el funcionamiento del comité técnico, sesiones, fechas, convocatorias y demás, deben preverse en el acto constitutivo o en sus reformas. El fideicomitente puede prever que una de las funciones del comité técnico sea la determinación de fideicomisarios, lo cual no se pelea con lo dispuesto por el artículo 348 de la L.G.T.O.C. tal facultad del fideicomitente, en realidad la está delegando al comité técnico. 79

No se han regulado las formalidades que debe llevar a cabo el comité para tomar sus acuerdos, y en general los usos y costumbres fiduciarias han marcado que dichas decisiones se tomen de manera análoga a los acuerdos de las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas.

Para los fideicomisos donde participen como fiduciarias las casas de bolsa, aseguradoras y afianzadoras, en forma similar a lo preceptuado en el artículo 80 de la L.I.C. se precisa en el artículo 103 de la L.M.V., en la fracción XVI Bis del artículo 35 de L.G. I.S.M.S. y en la fracción XV del artículo 16 de la L.F.I.F. que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas se podrá prever la formación de un comité técnico, establecer las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades y la liberación de responsabilidad a dichas instituciones que "obren ajustándose a los dictámenes y acuerdos de dicho comité técnico".

La liberación de responsabilidad de las fiduciarias que obren acatando las instrucciones del comité técnico es combatida por el maestro Barrera Graf,

Cfr. El Fideicomiso en México. Instituto Fiduciario Bancomer. p.336.

según lo apunta el Lic. Guillermo Díaz de Rivera, quien estima que el legislador de ley posterior a la L.I.C. debió haber aprovechado la oportunidad para "ampliar este artículo y definir de forma mas clara mediante un enriquecimiento jurídico el detalle de las circunstancias respecto de este comité técnico, y que debido a la gran libertad y amplitud que existe en la norma, se ha prestado a abuso de mismo, fundamentalmente por las instituciones fiduciarias, quienes siempre lo han visto como un mecanismo para eludir toda responsabilidad a los encargos de sus funciones que en ocasiones le son propias".³⁰

Los tratadistas mexicanos han expresado sus temores por una absoluta liberación de responsabilidad a la institución fiduciaria que obra en acatamiento de los términos y acuerdos del comité técnico.

4.4. Derecho de reversión.

El término de reversión es un término que no se encuentra regulado en el derecho positivo mexicano, pero que se ha identificado como el derecho del fideicomitente a readquirir los bienes objeto del fideicomiso en términos de la fracción V del artículo 14 del C.F. (Código Fiscal de la Federación) y el artículo 93 de la L.I.S.R.

La readquisición indica una retransmisión de la propiedad de un bien en favor de la persona que enajenó el bien anteriormente y por tanto, el

³⁰ Ibidem. p. 105

artículo en cuestión presupone que los fideicomisos son traslativos de dominio. Tal suposición desvirtúa la naturaleza del fideicomiso confundiendo a los creadores de otras fuentes del derecho. Al respecto el Lic. Sánchez Medal señala: " (...) el obstáculo que crean arbitrariamente ciertas leyes fiscales, que usurpando la función que no les compete de definir la esencia del fideicomiso, gravan éste haciéndolo consistir en un acto traslativo de propiedad. ⁸¹

Señala Domínguez Martínez que la L.G.T.O.C. en su artículo 358 se refiere expresamente a una "devolución" de bienes y es omisa en cuanto al concepto de reversión o readquisición de bienes o cualquiera otra conducta que hiciera suponer que la fiduciaria tuviera la propiedad y que ésta será transmitida al fideicomitente. ⁸²

En nuestra opinión habrá derecho de "reversión" de bienes cuando la finalidad de la afectación en fideicomiso no limite definitivamente la potencialidad del dueño de los bienes para que éste recobre la legitimación para disponer de ellos libremente, una vez que se extinga el propio fideicomiso.

El fideicomitente ejercita el derecho de reversión, cuando la fiduciaria le devuelve los bienes fideicomitados, ya sea por extinción del fideicomiso o

⁸¹ R. Sánchez Medal .op. cit., p.604.

⁸² Cfr. J. A. Domínguez Martínez. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México. p.164

porque así lo haya declarado el fideicomitente en el acto constitutivo, en ambos supuestos los bienes no tienen ya porque quedar en una universalidad de hecho y " con toda justicia deben volver a su estado original libres de cargas y gravámenes" .⁸³

El derecho de " reversión" interesa a las autoridades fiscales para definir a quien corresponden las responsabilidades fiscales derivadas de las operaciones que se efectúen a través del fideicomiso como a continuación se señala:

1) El fideicomitente puede reservarse tal derecho en el acto constitutivo del fideicomiso y si no lo hace estará fiscalmente ante una enajenación en el acto en que designe o se obligue a designar fideicomisario diverso de él o en el acto en que pierda el derecho a obtener los bienes porque los bienes se comprometan o enajenen a un tercero como se desprende del siguiente artículo:

· Artículo 14 del C.F. "Se entiende por enajenación de bienes: (...) La que se realiza a través de fideicomiso, en los siguientes casos: a) En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él, siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes. b) En el acto en que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si no se hubiera reservado tal derecho."

2) El artículo 93 de la L.I.S.R. dispone que el fideicomitente que haya perdido el derecho de reversión estará exento del pago del impuesto correspondiente en los siguientes términos.

⁸³ Macedo citado Ibidem. p.165

·Artículo 93. " En las operaciones de fideicomiso por las que se otorgue el uso o goce temporal de inmuebles, se considera que los rendimientos son ingresos del fideicomitente (...) a excepción de los fideicomisos irrevocables en los cuales el fideicomitente no tenga derecho a readquirir del fiduciario el inmueble, (...) "

4.4.1 Formalidades para la reversión de bienes.

En caso de extinción del fideicomiso, la devolución de los bienes inmuebles y de los derechos reales deberá formalizarse por la fiduciaria con el asiento " en el documento constitutivo del fideicomiso y que ésta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en aquel que hubiere sido inscrito" . Dicho acto es solemne ya que así lo dispone el artículo 358 de la L.G.T.O.C. que dichos requisitos son necesarios para que tal " devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos" .

4.5. Defensa de los bienes fideicomitados.

El sentido de la mayoría de las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y relacionadas con el sujeto facultado para defender los bienes fideicomitados es que corresponde dicha defensa a la fiduciaria porque se considera que ésta es la propietaria de los bienes o porque el fideicomitente la facultó expresamente en el acto constitutivo.

Por otra parte, el artículo 355 de la L.G.T.O.C. otorga al fideicomisario el derecho a reivindicar los bienes fideicomitados que hubieren salido del fideicomiso en su perjuicio como consecuencia de mala fe o del exceso de facultades de la fiduciaria.

Sobre la acción reivindicatoria el texto del C.P.C. es terminante al establecer en su artículo cuarto que:

" La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones, en los términos prescritos por el C.C."

Comenta Molina Pasquel que "tal acción no puede considerarse técnicamente como una acción reivindicatoria y si sólo como una acción de nulidad ya que el fideicomisario puede impugnar actos de aquel que salgan de los límites normales funcionales del establecimiento."

" Los derechos y acciones del fideicomisario tienen carácter personal, aún la llamada reivindicación que en derecho y de hecho no la es, sino revocatoria, que es considerada como personal, aún cuando sus efectos de anulación de los actos excesivos o fraudulentos trasciendan sobre la cosa, cuyo título retorna al fiduciario." ⁸⁴

Cabe analizar el artículo 356 de la L.G.T.O.C. siguiente.

· Artículo 356. " La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo; (...)" .

⁸⁴ Cfr. R. Molina Pasquel. Op. cit., P. p.115 y 123

Considerando que la facultad de defender los bienes objeto del fideicomiso es necesaria para el cumplimiento de sus fines, la fiduciaria se encontrará legitimada para ejercitar cualquier acción, inclusive la reivindicatoria, o derecho que se requiera para la defensa de los bienes, a menos que el fideicomitente se los hubiera reservado, tal punto de vista se sostiene en la siguiente tesis:

" De conformidad con lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357 de la L.G.T.O.C., corresponde a la institución fiduciaria llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitado, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, y éstos no pueden limitarse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquél, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitado frente al actuar de la autoridad que altere, obstaculice o imposibilite el cumplimiento de estos fines, pues ello implica, en un sentido amplio llevar a cabo el objeto del fideicomiso (salvo las normas o limitaciones que en contrario se establezca al constituirse al fideicomiso)" . Amparo en Revisión 769/84. Unitas, S.A. de C.V., 26 de agosto de 1986. Mayoría de 17 votos. Disidentes: Mariano Azuela Gúitrón, Atanacio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez. Ponente Felipe López Contreras. ⁸⁵

⁵ Séptima Epoca. Instancia Pleno. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo 205-216 Primera parte. P.86.

4.6. Prohibiciones.

El artículo 358 de la L.G.T.O.C. prohíbe la constitución de fideicomisos:

a) secretos; b) cuyos fideicomisarios deban sustituirse sucesivamente a causa de su muerte por personas que aún no hubieren sido concebidas durante la vida del fideicomitente; y c) mayores de 30 años, con excepción de los sean orden público o a favor de institución de beneficencia, o cuando el fin del fideicomiso sea mantener museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

El C.C. reconoce el mismo principio de prohibición de fideicomiso secreto que se encuentra regulado por el artículo 1844 del C.C. "Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos".⁸⁶

Por lo que se refiere a los fideicomisos sucesivos, su régimen es más liberal al del C.C., ya que el artículo 1473 del C.C. señala que quedan las prohibidas las substituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo 1472, es decir la substitución de una o mas personas al heredero instituido para que el caso de que muera éste antes que el testador. Rodolfo Batiza considera que el fideicomiso testamentario no deroga la ley común, sino crea una excepción limitada al ámbito del fideicomiso.⁸⁷

⁸⁶ Cfr. R. Batiza. Op. cit., p. 86

⁸⁷ Cfr. Ibidem.

4.7. Modificación del fideicomiso.

Por la unilateralidad del acto constitutivo del fideicomiso, consideramos que para reformar el fideicomiso sólo se requerirá de la manifestación del fideicomitente. El consentimiento de la fiduciaria no es necesario, sin embargo de no estar de acuerdo tendrá el derecho de excusarse o de renunciar.

El consentimiento del fideicomisario para modificar el fideicomiso únicamente será requerido si el fideicomitente se lo hubiere otorgado en el acto constitutivo del fideicomiso y/o si el primero no se hubiere reservado el derecho de revocarlo, esto por analogía a lo señalado en la fracción V del artículo 358 de la L.G.T.O.C. respecto de la extinción del fideicomiso por convenio del fideicomitente y fideicomisario.

Cabe señalar que el artículo 45 de la L.G.I.O.A.C. insinuaba que de haber sido designado el fideicomisario, el consentimiento de éste último era necesario para modificar el fideicomiso, como enseguida se transcribe.

· Artículo 45. (...) IV "En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán del consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere(...)"

La L.I.C. que derogó la anterior L.G.I.O.A.C. en el tercer párrafo de su artículo 80 elimina tal requisito, lo que nos parece acertado debido a la unilateralidad del fideicomiso.

4.8. Extinción del fideicomiso.

Las siete diversas fracciones del artículo 357 de la L.G.T.O.C. integran las causas de extinción del fideicomiso en los siguientes términos:

- Artículo 357. "El fideicomiso se extingue por:
- I. La realización del fin para el que fue constituido.
 - II. Por hacerse éste imposible.
 - III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva 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.
 - IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria que haya quedado sujeto.
 - V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.
 - VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresa mente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
 - VII. En el caso del párrafo final del artículo 350".

La primera fracción del artículo anterior es una forma de extinción natural del fideicomiso, ya que cumplido el destino de los bienes, no hay mas razón de afectación. Tampoco hay razón de afectación de bienes a un fin imposible y el legislador acierta en indicar la imposibilidad de los fines como causa de extinción en la segunda fracción del artículo que se analiza.

La tercera fracción no corresponde a un motivo de extinción de obligaciones, ya que cualquier obligación sujeta a condición suspensiva es inexistente hasta que no se cumpla tal condición y por tanto no se puede extinguir lo que no existe. (artículo 1939 C.C.) Sin embargo esta fracción es un indicativo para que la fiduciaria devuelva, con las formalidades precisadas, al fideicomitente los bienes que se encuentren en su poder. Dicha fracción señala a falta de disposición expresa del fideicomitente, un término fatal de veinte años para el cumplimiento la condición suspensiva.

No obstante lo señalado, existe una tesis que confirma tal causal de extinción en el siguiente sentido:

"Dado que el fin para el que fue instituido y celebrado el contrato de fideicomiso base de la acción (desarrollo inmobiliario), no se podía cumplir sin la obtención del plazo establecido, de las licencias de construcción y del permiso del uso de suelo, que como obligación contrajo la demandada, así como que el citado plazo ya transcurrió, lo cual conduce a considerar que el citado fideicomiso estuvo condicionado a la aludida obtención de licencias y permisos, ya que tal acontecer podía o no suceder, es dable concluir que no haberse surtido tal requisito, hace que se actualice la causa de extinción del fideicomiso, prevista en el artículo 357 fracción III, de la L.G.T.O.C., que dispone que el fideicomiso se extingue, por no haberse verificado la condición suspensiva dentro del término señalado al constituirse el propio fideicomiso." Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo Directo 5425/95. Inmobiliaria Holsa, S.A. de C.V., 16 de noviembre de 1995. Unanimidad de Votos. Ponente: Efrain Ochoa Ochoa. Secretario Walter Arellano Hobelsberger.⁸⁸

No sería necesario mencionar la cuarta fracción, ya que en todos los actos jurídicos el cumplimiento de la condición resolutoria resuelve las

⁸⁸ Novena Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

Tesis: V.2°.21 C, página 297.

obligaciones, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esta obligación no hubiese existido. (artículo 1940 del C.C.)

Las fracciones quinta y sexta del artículo en comento fundamentan la unilateralidad del fideicomiso: La fracción sexta faculta al fideicomitente a revocar el fideicomiso si en el acto constitutivo del fideicomiso se reservó tal derecho. Lo cual es factible por ser un acto unilateral.

La fracción quinta parte implícitamente de que el fideicomitente no se reservó el derecho de revocar el fideicomiso y por tal motivo no podría extinguir el fideicomiso, tampoco podría extinguir el fideicomiso el fideicomisario ya que éste no es creador del fideicomiso, no obstante lo anterior la L.G.T.O. C. prevé la extinción del fideicomiso por convenio expreso de ambos sujetos, considerando que tienen derechos sobre el fideicomiso.

Por último, la fracción séptima alude a la extinción del fideicomiso no por excusa de la fiduciaria, es decir, falta de aceptación, ni por su renuncia o remoción, sino por la imposibilidad de ser sustituida ésta por otra fiduciaria.

El artículo 358 de la L.G.T.O.C. establece lo siguiente:

"Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que ésta devolución surta efectos tratándose de inmuebles y de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que ésta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél se hubiere inscrito."

La consecuencia de la extinción del fideicomiso será la devolución de los bienes efectuada por la fiduciaria a favor de la fideicomitente, con la única excepción de la fracción primera del artículo 357 del L.G.T.O.C. consistente en realización del fin para el que fue constituido, "que al efecto cabe tener en cuenta pueda ser que la fiduciaria transmita la propiedad de los bienes fideicomitados al fideicomisario o a un tercero, cuando se transmitiere dicha propiedad, también extinguiría el fideicomiso, pero sin devolución alguna. ⁸⁹

⁸⁹ J. A. Domínguez Martínez. *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México*. p. 159.

Capítulo Quinto

El fideicomiso de garantía y su
Procedimiento de ejecución.

Capítulo Quinto

El Fideicomiso de garantía y su procedimiento de ejecución.

5.1. Definición.

Ha sido por la práctica del fideicomiso y por razones didácticas que se ha elaborado una clasificación de los fideicomisos en razón de los fines para los que se constituyen. De esa clasificación aparece el fideicomiso de garantía el cual tiene la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones.

Dentro de la legislación mexicana no encontramos definición alguna del fideicomiso de garantía, sin embargo es mencionada dicha figura en la fracción XV del artículo 16 de la L.F.I.F. al señalar que las instituciones de fianzas podrán actuar como instituciones fiduciarias en tales fideicomisos.

Asimismo, la fracción VI del artículo 103 de la L.M.V. y el artículo 83 de la L.I.C., prevén la existencia del fideicomiso de garantía al regular el procedimiento de ejecución de los "fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones" .⁹⁰

La L.F.I.F. también reconoce la constitución de fideicomisos de garantía de obligaciones a cargo del fiado y en favor de la institución de fianzas respectiva al mencionar los requisitos de dicha figura en su artículo 29

⁹⁰ El Fideicomiso en México. Instituto Fiduciario Bancomer. p.118

que señala que " El fideicomiso sólo se aceptará como garantía cuando se afecten bienes o derechos presentes (...)En lo conducente, se aplicarán al fideicomiso las proporciones y requisitos exigidos por esta Ley para las demás garantías" .

Se ha catalogado al fideicomiso de garantía como un acto accesorio porque su existencia depende necesariamente de la obligación principal garantizada, por lo que una vez cumplida dicha obligación el fideicomiso se extingue, debiendo la fiduciaria restituir los bienes fideicomitidos al fideicomitente.

José María Abascal Zamora entiende por fideicomiso de garantía " aquel por el cual el fideicomitente aporta bienes a un fideicomiso, cuya finalidad comprende la de que existe una deuda determinada y que si el deudor no la paga, el fiduciario puede proceder a la venta de los bienes fideicomitidos para que, con el producto de la venta, una vez cubiertos los gastos de la misma, se pague el crédito garantizado. Si algo resta, según se haya convenido, deberá entregarse al fideicomitente o al fideicomisario." ⁹¹

Villagordoa Lozano menciona que el fideicomiso de garantía se constituye por la persona deudora o por tercero a solicitud de él, y que en ningún caso genera un derecho real a favor del fideicomisario-acreedor, quien tiene el derecho personal de exigir a la fiduciaria, en caso de

¹ Ibidem. p.263

incumplimiento del deudor, que lleve a cabo el procedimiento de ejecución del fideicomiso y para que con su producto se haga pago del crédito. ”

En esta acepción del fideicomiso de garantía el autor menciona que el fideicomitente puede garantizar obligaciones a cargo de un tercero. Por otro lado, hace hincapié en que esta garantía no genera un derecho real a favor del fideicomisario, como sucede con la hipoteca y la prenda, ya que la finalidad del fideicomiso no es que el propio fideicomisario, acreedor de la obligación garantizada, recurra en vía judicial para procurar la venta o adjudicación de los bienes fideicomitados, sino que lo faculta para exigir a la fiduciaria que lleve a cabo el procedimiento de ejecución del fideicomiso y, para que en caso de que no lo haga, le pueda exigir responsabilidad civil.

El Lic. Domínguez Martínez señala que el fideicomiso de garantía es aquel “ por el cual el fideicomitente, deudor en alguna relación jurídica, afecta bienes en fideicomiso y la fiduciaria, en ejecución de los fines indicados por el propio fideicomitente, promoverá su venta y los venderá si éste no cumple con las obligaciones garantizadas, para cubrir al acreedor, fideicomisario, en el caso, el importe de su crédito con el producto de la enajenación; o bien, si el fideicomitente deudor cumple con las

²² Cfr. José Manuel Villagordo Lozano. Doctrina General del Fideicomiso. Segunda edición. México. Editorial Porrúa. 1982. p.190.

prestaciones a su cargo, la fiduciaria habiéndole comprobado aquello, le devolverá los bienes" .⁹³

En ésta definición, el Lic. Domínguez Martínez supone que la afectación de bienes en fideicomiso se origina como una contraprestación derivada de la obligación garantizada o de una diversa en la que es deudor el fideicomitente. Sobre el particular, pensamos que (i) si bien un fideicomiso puede constituirse en cumplimiento de una obligación asumida previamente por el fideicomitente, no existe una relación de necesidad entre dicha obligación y la constitución del fideicomiso. En efecto, un fideicomiso puede constituirse en cumplimiento de una obligación cuyo objeto sea ese o por la voluntad no constreñida del fideicomitente, y (ii) como veremos más adelante, la venta no es la única vía de ejecución del fideicomiso de garantía.

El Lic. Armando Vignau Quiroz señala que el fideicomiso de garantía " es aquel por el cual el fideicomisario tiene la garantía de que el fideicomitente no podrá disponer del bien hasta que se hubiere cumplido con las obligaciones de hacer, no hacer o dar a su favor, para que en caso de incumplimiento se inicie el procedimiento de ejecución y con el producto de la venta de los bienes o mediante la transmisión de la propiedad de éstos se den por extinguidas dichas obligaciones" .⁹⁴

⁹³ J. A. Domínguez Martínez. El Fideicomiso. Séptima Edición. p. 234.

⁹⁴ Cfr. El Fideicomiso en México. Instituto Fiduciario Bancomer. p.118.

En éste último concepto se señala que mediante el fideicomiso puede garantizarse cualquier tipo de obligación y se añade la posibilidad de que la fiduciaria satisfaga el interés del acreedor con el producto de la venta de los bienes fideicomitados o mediante su adjudicación. Cabe precisar que la extinción total de la obligación garantizada únicamente tendrá verificativo cuando el acreedor obtenga íntegramente -en numerario o en bienes o derechos- el valor de dicha obligación. En efecto, si los bienes afectos al fideicomiso no son suficientes para asegurar al fideicomisario el cumplimiento de la obligación respectiva, éste podrá ejercitar las acciones legales procedentes para exigir el remanente que le sea adeudado.

En nuestra opinión el fideicomiso de garantía puede definirse como la afectación sobre ciertos bienes que realiza el fideicomitente para asegurar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación determinada, hasta donde alcancen éstos, al acreedor de una obligación a cargo del propio fideicomitente o de un tercero, en caso de que dicha obligación no sea cumplida, y por virtud de la cual una institución fiduciaria queda legitimada para ejercitar respecto de tales bienes, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para el deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente con anterioridad a la constitución.

Abundando en la definición propuesta, cabe formular las siguientes precisiones:

- a) La obligación garantizada debe ser determinada o determinable.
- b) El fideicomiso de garantía tiene como finalidad asegurar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y no constituye un medio de pago.
- c) El referido aseguramiento puede ser total o parcial, dependiendo del valor de los bienes fideicomitados, y es relativo, entendiéndose por ello que la simple existencia de un fideicomiso de garantía no asegura al acreedor de la obligación garantizada ninguna certeza sobre el éxito y el alcance de dicha garantía hasta en tanto ésta no se ejecuta.
- d) En la medida en que se el fideicomisario obtenga -en numerario o en bienes o derechos- el valor de la obligación garantizada se verifica la extinción de la obligación principal.
- e) En caso de que el acreedor de la obligación garantizada mediante un fideicomiso no obtenga la totalidad del valor de la obligación garantizada por la realización de los bienes o derechos afectos en fideicomiso, dicho acreedor se encuentra facultado para exigir al deudor, por las vías ordinarias el remanente del adeudo.
- f) El fideicomitente no puede reservarse derechos que hagan nugatoria la garantía fiduciaria.

5.2. Situación de los bienes en el fideicomiso de garantía.

Hemos señalado que el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes afectos en fideicomiso.

En el fideicomiso de garantía el fideicomitente destina los bienes a garantizar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

A partir de la constitución del fideicomiso, el fideicomitente no podrá disponer de los bienes fideicomitados sino hasta que el fideicomiso se extinga y dichos bienes le sean devueltos.

En el fideicomiso de garantía no debe caber la reserva del derecho de revocación por parte del fideicomitente a que se refiere la fracción VI del artículo 357 de la L.G.T.O.C., puesto que ello podría hacer nugatoria la garantía al dejar en manos del propio fideicomitente su destino, colocando al acreedor en un estado de evidente vulnerabilidad. Esto queda claramente manifiesto en el caso de que el fideicomitente sea el mismo deudor de la obligación garantizada, pero también en caso contrario, en el que el fideicomitente y el deudor tercero podrían acordar la revocación del fideicomiso en perjuicio del acreedor.

Respecto a las limitantes al derecho de propiedad que tiene el fideicomitente sobre los bienes afectos al fideicomiso de garantía, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto:

"Una vez constituido y registrado un fideicomiso de garantía, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados."⁹⁵

⁹⁵ Amparo Directo 3285/70. Guillermo Hernández Hurtado. 9 de marzo de 1973. Mayoría de tres votos. Ponente Rafael Rojina Villegas. Disidentes Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López. Sexta Epoca,

El fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición respecto de los bienes que afecte en fideicomiso desde el momento en el que lo constituya, independientemente de cualquier registro requerido por la ley.

5.3. Elementos del fideicomiso de garantía.

5.3.1. Elementos personales.

Los elementos personales del fideicomiso de garantía son el fideicomitente, el fideicomisario y la institución fiduciaria.

El deudor de la obligación garantizada como tal no es un elemento personal del fideicomiso, en virtud de que no adquiere ningún derecho ni asume ninguna obligación como consecuencia de la constitución del fideicomiso. La única relevancia que adquiere es la de determinar si el fideicomiso será ejecutado, en caso de que incumpla con la obligación principal, o no, en caso contrario.

5.3.1.1. Fideicomitente.

Como hemos visto (supra), el fideicomitente debe ser capaz y legítimo propietario de los bienes que afecte en fideicomiso.

Cuarto Parte, Volumen CXXVI, p. 20. y Amparo Directo 171/65. José Refugio Devora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de cuatro votos. Ponente Mariano Azuela. Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 23, Cuarta Parte, p.27.

El fideicomitente puede coincidir con el deudor de la obligación garantizada o constituir el fideicomiso para garantizar una obligación a cargo de un tercero. En éste último caso, si el fideicomitente es una persona moral deberá estar previsto dentro de su objeto social la posibilidad de garantizar obligaciones a cargo de terceros.

5.3.1.2. Institución fiduciaria.

Exclusivamente pueden ser fiduciarias en los fideicomisos de garantía las instituciones de crédito, las instituciones de fianzas y las casas de bolsa, éstas últimas en fideicomisos que se vinculen con actividades que le sean propias.

Dichas instituciones no podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía que se constituyan en su favor, en términos del artículo 348 de la L.G.T.O.C., ni en aquellos en que actúen como fideicomitentes.

5.3.1.3. Fideicomisario.

En el fideicomiso de garantía el fideicomisario debe coincidir en todo caso con el acreedor de la obligación garantizada.

No es necesario designar al fideicomisario desde la constitución del fideicomiso ya que es posible realizar este acto aunque se desconozca que obligación y que obligado será garantizado, sin embargo ésta debe ser determinable. Esta designación puede hacerla posteriormente el fideicomitente si así se estipuló en el propio fideicomiso, " a semejanza de lo que ocurre con " la deuda territorial del propietario" del Derecho

alemán, en la que la afectación de un inmueble al pago de un crédito hasta cierta suma, puede hacerse por el dueño de la finca aunque en ese momento no se señale todavía el crédito concreto que va a garantizarse con tal hipoteca." *

El fideicomisario no se hace acreedor a un derecho real sobre los bienes del fideicomiso, como en el caso de las garantías reales como la hipoteca y la prenda, y si a un derecho personal frente a la fiduciaria consistente en exigirle el cumplimiento del fideicomiso y, particularmente, su ejecución en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

En términos de los artículos 355 y 356 de la L.G.T.O.C. el fideicomisario puede atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y a fincarle responsabilidad en caso de que por su culpa se causen pérdidas o menoscabos sobre los bienes del fideicomiso.

Por otro lado, en caso de mancomunidad de deudores o de acreedores, es decir, aquella en que la obligación se considera dividida en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye obligación distinta una de la otra, pensamos que cada una de dichas obligaciones, singularmente consideradas, pueden ser garantizadas sin que el resto lo sean y, por ende, para que todas queden garantizadas se deben designar individualmente en el

* R. Sánchez Medal, op. cit., p. 589.

acto constitutivo del fideicomiso o en el momento en que éste así lo prevea.

Finalmente, en caso de que un fideicomiso garantice una obligación en la que exista solidaridad activa, es decir, aquella en la que dos o más acreedores tengan derecho a exigir, cada uno por sí mismo, el cumplimiento total de la obligación, pensamos que es necesaria la designación expresa de los acreedores como fideicomisarios para que éstos adquieran el beneficio que supone el fideicomiso de garantía.

5.3.2. Elementos reales.

Sobre el particular nos remitimos, por ser aplicables, a lo considerado en el apartado 3.2. del capítulo tercero de este trabajo.

5.3.3. Elementos Formales.

Al respecto nos remitimos, por ser aplicables, a lo considerado en el apartado 3.3. del capítulo tercero de este trabajo.

Cabe precisar que el remanente de bienes o derechos que resulte de la ejecución del fideicomiso de garantía una vez que haya se haya solucionado la obligación garantizada mediante la entrega de efectivo al fideicomisario o a través de la adjudicación de bienes y derechos fideicomitados, serían devueltos por la fiduciaria al fideicomitente siguiendo la misma formalidad requerida para la devolución de bienes en caso de extinguirse el fideicomiso.

5.4. Derechos y obligaciones derivados del fideicomiso de garantía.

A continuación se comentan ciertos derechos y obligaciones que asisten al fideicomisario, fideicomitente y fiduciaria en virtud del fideicomiso de garantía:

5.4.1. Del fideicomitente.

Como señalamos (infra), en este capítulo, no obstante que el segundo párrafo del artículo 351 de la L.G.T.O.C. dispone que el fideicomitente se encuentra facultado para reservarse derechos y acciones respecto de los bienes fideicomitados, entre éstos:

- a) el derecho a revocar el propio fideicomiso (fracción VI del artículo 357 de la L.G.T.O.C.), sin embargo, en el fideicomiso de garantía el fideicomitente carece de cualquier facultad que haga nugatoria la garantía y, es decir, cualquier derecho que impida o dificulte la conservación de los bienes fideicomitados o la ejecución del fideicomiso, por lo que no cabría la reserva del derecho de revocación, y
- b) el derecho para usar y disfrutar de los bienes fideicomitados: algunos autores opinan que como el fin primordial de estos fideicomisos es el de garantizar la obligación principal, el fideicomitente puede reservarse el uso y goce de los bienes fideicomitados. En tal caso, el fideicomitente debe establecer que tales derechos quedarán afectos al fideicomiso al incumplirse la obligación garantizada.

Por lo que hace al derecho que asiste al fideicomitente para demandar a la fiduciaria su responsabilidad por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso o en la ley (Segundo párrafo del artículo 80 de la L.I.C.; fracción III del artículo 103 de la L.M.V. y fracción XV del artículo 16 de la L.F.I.F.), respecto del cual la L.G.T.O.C. es omisa, existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala que :

" (...) la causación de daños y perjuicios originada en el patrimonio del fideicomitente, originada por el exceso o defecto en el procedimiento de ejecución observado por la fiduciaria para la consecución del fin encomendado, que principalmente consiste en la venta de bienes, sólo da lugar por su propia naturaleza a que se finque en contra de ésta la correspondiente responsabilidad civil, sin que se dé oportunidad para atacar la validez del procedimiento de ejecución, si éste se hubiere llevado a efecto fuera de los términos pactados en el propio fideicomiso." Amparo Directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.⁹⁷

Sobre el particular, pensamos que al fideicomitente no solamente le asiste el derecho de demandar la responsabilidad civil de la fiduciaria por los actos que realice en exceso o defecto de lo dispuesto en el acto

⁹⁷ Séptima Época. Instancia Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo 72. Séptima parte. p.17.

constitutivo del fideicomiso, sea dentro o fuera del procedimiento de ejecución, sino que incluso puede atacar la validez jurídica de dichos actos, por las siguientes razones:

(i) El Fideicomitente es la causa eficiente del fideicomiso y es evidente su derecho de que se cumplan puntualmente las disposiciones que ha establecido al constituirlo, máxime si la fiduciaria se encuentra constreñida por la ley (artículo 356 de la L.G.T.O.C.) a cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo; y (ii) El fideicomiso involucra parte del patrimonio del fideicomitente.

En caso de ejecución del fideicomiso de garantía, el fideicomitente podrá, si no dispuso otra cosa en el acto constitutivo del fideicomiso, exigir a la fiduciaria que le sea entregado el remanente de bienes o derechos que resulte de dicha ejecución, una vez que sea solucionada la obligación garantizada.

6.4.2. De la institución fiduciaria.

Por disposición legal, a la fiduciaria le corresponden todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, no obstante, se encuentra constreñida a actuar conforme a las disposiciones contenidas en el acto constitutivo. Lo anterior, aplicado al procedimiento de ejecución, supone que en caso de tenerse que llevar a cabo éste por verificarse el incumplimiento de la obligación garantizada, la fiduciaria estaría obligada a cumplir escrupulosamente el procedimiento establecido. Si dicho procedimiento está previsto en el acto constitutivo e incluso, desde nuestro punto de vista, si su ejecución no logra el fin pretendido,

la fiduciaria estaría obligada, según lo preceptúa la ley, a seguir el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C., como veremos más adelante.

· La fiduciaria se encuentra legitimada para transmitir, en ejecución del fideicomiso de garantía, la propiedad de los bienes fideicomitados y para entregar, en su caso, al fideicomisario las cantidades resultantes de la venta de dichos bienes.

· Devolver al fideicomitente, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada y con las formalidades prescritas, los bienes fideicomitados (artículo 358 de la L.G.T.O.C.).

5.4.3. Del fideicomisario.

· En caso de que, como resultado de la ejecución del fideicomiso, el fideicomisario no obtenga el valor total de la obligación garantizada, estará facultado para exigir al deudor, por la vía judicial y de conformidad con el artículo 2964 del C.C., las prestaciones pendientes de pago.

· El fideicomisario está obligado a pagar los impuestos relativos al traslado de dominio cuando, en ejecución del fideicomiso de garantía, la fiduciaria le transmita la propiedad de bienes inmuebles.

5.5. El procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía.

Al hablar de un procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía surge la confusión de identificarlo con una forma de solución de una

controversia que requiere de la intervención de un tercero imparcial, sujetándose las partes afectadas a la opinión de éste último.

El procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía no tiende a solucionar conflicto alguno, es un conjunto de actos que debe realizar la fiduciaria dirigidos a hacer efectiva la garantía que supone su existencia, es decir, a garantizar al fideicomisario que al incumplimiento de la obligación garantizada, los bienes afectos serán realizados o adjudicados en su favor de conformidad con lo señalado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

Como los bienes y derechos que pueden conformar el fideicomiso son tan variados, los procedimientos de ejecución son igualmente distintos.

El 6 de septiembre de 1971, la Comisión Nacional Bancaria emitió la circular 597, dirigida a las instituciones y departamentos fiduciarios, que establece: " En relación con las facultades que asumen las instituciones fiduciarias en los fideicomisos de garantía que celebran, para determinar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía haciendo pago con su producto a los acreedores, nos permitimos comunicarles que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito en oficio Número 305-Y-C-1327, expediente 011/34576, de fecha 27 de mayo del año en curso, resolvió que al ejercitar tales facultades, bajo la responsabilidad de las propias fiduciarias, deberán observarse el procedimiento y las formalidades establecidas en las fracciones III y IV del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Por tanto en los

fideicomisos de garantía que celebren a partir del primero de octubre del presente año en los que asuman las facultades antes señaladas, deberán pactar expresamente que, en caso de ejecución del fideicomiso por incumplimiento de los deudores, observarán el procedimiento y las formalidades establecidas en el precepto citado en el párrafo anterior." ⁹⁸

Derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y sin efectos la circular citada, quedó abierta la posibilidad de que en los fideicomisos de garantía el fideicomitente estableciera libremente el procedimiento de ejecución. No obstante, en la práctica se mantuvo, sin demasiados cambios, el uso del procedimiento establecido por el artículo 141 de la referida ley.

El 15 de julio de 1993 entró en vigor el segundo párrafo del artículo 29 de la L.F.I.F. y que refiere someramente en qué consiste el procedimiento de ejecución de un fideicomiso de garantía así como su finalidad en los siguientes términos:

• Artículo 29. (...) " En la constitución del fideicomiso podrá convenirse el procedimiento para la realización de los bienes o derechos afectos al mismo, cuando la afianzadora deba pagar la fianza, o habiendo hecho el pago al beneficiario, de la misma, tenga derecho a la recuperación correspondiente. Para estos efectos las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria para que proceda a la enajenación de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que con el producto de esa enajenación se cubra a la afianzadora las cantidades a que tenga derecho, debidamente comprobadas."

⁹⁸ J. A. Domínguez Martínez. El Fideicomiso. Séptima Edición. p. 234.

Normalmente el proceso de ejecución del fideicomiso de garantía constituido sobre bienes inmuebles consiste en:

1. El fideicomisario acreedor notifica a la fiduciaria, a través de comunicación escrita, el incumplimiento del deudor y le solicita que requiera al fideicomitente acredite que la obligación fue cumplida o que cumpla tal obligación en un término, en general, de tres días y que, de no obtener el acreditamiento o pago de la obligación, inicie el procedimiento de ejecución del fideicomiso mediante la venta de los bienes que integran el fideicomiso, para que con el producto obtenido se le paguen las prestaciones no cubiertas por el deudor.
2. La fiduciaria, en el plazo establecido, requerirá por escrito al fideicomitente acredite el cumplimiento de la obligación o bien cumpla con ésta en el término señalado.
3. Una vez transcurrido el plazo, si la fiduciaria no obtiene tal acreditamiento o el deudor no cumple con la obligación, deberá iniciar el procedimiento de conformidad con lo señalado en el acto constitutivo que en general indica que:

La fiduciaria solicita al fideicomisario acreedor le proporcione los fondos necesarios para sufragar los gastos de la ejecución.

La fiduciaria manda practicar un avalúo con la institución autorizada y el valor que arroje dicho avalúo sirve de base para fijar el precio inicial de venta de los bienes fideicomitidos.

La fiduciaria promueve la venta de los bienes fideicomitidos, por sí o a través de tercero, durante cierto plazo.

De no lograrse la venta en dicho plazo, la fiduciaria publica en dos o más periódicos de mayor circulación convocatoria a postores, indicando

el monto de la postura mínima, el lugar y fecha de la subasta y las fechas y precios de posteriores subastas, en caso de declararse desiertas las anteriores.

6. Los interesados en adquirir los bienes del fideicomiso deben depositar con la fiduciaria la cantidad que represente un porcentaje del precio que sirva de postura mínima exigida para la celebración de la subasta.
7. El postor o postores a favor de quienes se finque la venta de los bienes fideicomitidos deben liquidar el precio. Si el postor no lo hace pierde el depósito, el cual se aplicaría primordialmente a los gastos de ejecución del fideicomiso y en segundo lugar a la obligación garantizada.
8. La fiduciaria fincará el remate y declarará vendidos los bienes del fideicomiso en favor del postor que hubiere hecho la mejor postura y para tal efecto el fideicomitente instruye en el acto constitutivo del fideicomiso, de manera irrevocable a la fiduciaria para que sin posteriores autorizaciones formalice ante notario público las transmisiones de propiedad, previa liquidación del precio de los bienes subastados.
9. La fiduciaria aplica el producto de la venta de la siguiente manera:
 - En primer lugar se cubren los impuestos y demás contribuciones que se causen en virtud de la venta de los bienes fideicomitidos.
 - En segundo lugar se cubren los gastos de venta y honorarios de corredores o abogados que, en su caso, hubieren defendido los bienes del fideicomiso.
 - En tercer lugar se cubren los honorarios fiduciarios.
 - En cuarto lugar se rezarse al fideicomisario, hasta donde alcance el producto de la venta, la obligación garantizada.

· Cubiertos los conceptos anteriores, si existe remanente se entregará al fideicomitente, siempre y cuando dicho fideicomitente haya entregado a su vez la posesión de los bienes subastados.⁹⁹

10. Si la venta no se realiza en la primera subasta, declarada desierta ésta se lleva a cabo una segunda, disminuyendo el precio de venta. De no lograrse la venta de los bienes en la segunda subasta, de igual manera se declara desierta, disminuyendo de nueva cuenta el precio de venta para la tercera subasta y así sucesivamente hasta lograr la venta o declarar desiertas las subastas previstas. En el supuesto de que no se logre la venta de los bienes objeto de la subastas, la fiduciaria transmite al fideicomisario dichos bienes al valor en el que fueron ofrecidos en la última de las subastas realizadas. En este caso, el fideicomisario debe sufragar los gastos, impuestos y honorarios que se causen.

Por otra parte, en nuestro Derecho existen ciertas disposiciones legales (artículos 83 de la L.I.C. y 103, fracción VI, de la L.M.V.) que establecen un procedimiento de ejecución supletorio para el caso de que en el acto constitutivo del fideicomiso no se hubiere previsto. Dicho procedimiento, contenido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C., a nuestro parecer, como lo apuntamos antes, también es aplicable al supuesto de que el procedimiento previsto fuere ineficaz.

⁹⁹ Cfr. Silvia Escudero Mendoza. El Fideicomiso de garantía. Tesis. México, 1994. Pp. 126-129.

5.5.1. Causal de ejecución.

El incumplimiento de la obligación garantizada es la causal de ejecución del fideicomiso. Una vez actualizada dicha causal se puede iniciar tal procedimiento.

Por el deber que tiene la fiduciaria de obrar como un buen padre de familia, desde nuestro punto de vista debe y se encuentra implícitamente facultada para suspender, en cualquier momento, el procedimiento de ejecución si tiene elementos fehacientes para determinar que la obligación garantizada fue cumplida.

5.5.2 Requisitos mínimos del procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía.

En nuestra opinión, los requisitos mínimos que debe guardar el procedimiento de ejecución son los siguientes:

1. Que no suponga lesión para el fideicomitente.
2. Que no suponga enriquecimiento indebido para el fideicomisario.
3. Que establezca que la fiduciaria notifique al deudor de la obligación garantizada la iniciación del procedimiento de ejecución para que pueda acreditar el cumplimiento de dicha obligación.
4. Que asimismo prevea que el fideicomitente (cuando no sea el deudor) sea notificado de la iniciación del procedimiento de ejecución, a efecto de que pueda hacer valer ante la autoridad jurisdiccional lo que a su derecho convenga en términos del artículo 17 constitucional.

5. Finalmente, deberá preverse un mecanismo que permita que, la venta a un tercero o la adjudicación al fideicomisario de los bienes fideicomitidos en ejecución del fideicomiso se realice a un precio o valor justo, entendiéndose por ello que se procure la obtención del mayor beneficio económico como resultado de la ejecución del tal manera que sean beneficiados el fideicomitente, el fideicomisario y la fiduciaria.

5.5.3. El procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía y las garantías constitucionales.

Se ha sostenido que el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía es inconstitucional ya que las garantías individuales que otorgan los artículos 14 y 16 de la Carta Magna al fideicomitente son violadas al privársele de parte de sus bienes sin que medie juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

No estamos de acuerdo con dicha postura en virtud de que las garantías constitucionales son facultades que el individuo puede ejercitar frente a los actos de autoridad y los actos de la fiduciaria no se encuentran dentro de éstos.

El fideicomiso es una institución de derecho privado y los derechos y obligaciones de las partes que en el mismo intervienen son regulados por el derecho privado, en el que rige el principio de la autonomía de la voluntad. En ese contexto, la fiduciaria actúa legitimada por la ley y por la voluntad del fideicomitente plasmada en el acto constitutivo del

fideicomiso para enajenar una cosa ajena, sin violación a la garantía de previo juicio y sin responder de él para el juicio de evicción.

Las fiduciarias se apoyan para ejecutar los fideicomisos de garantía en diversas jurisprudencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que han declarado constitucional el procedimiento de ejecución, una de las cuales se transcribe a continuación:

" Fideicomiso, Instituciones de Crédito. Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer para el caso de ejecución la intervención de un órgano jurisdiccional, si, como ya se dejó asentado al analizar la esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico, se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria, que en nuestra legislación pueden ser instituciones bancarias, arredadoras, aseguradoras, o casas de bolsa, expresamente autorizadas para ello, afectación que priva al fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitados, cuyo única titular es la fiduciaria para llevar a cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó." ¹⁰⁰

5.5.4. Del artículo 83 de la L.I.C. y de la fracción VI del artículo 103 de la L.M.V.

¹⁰⁰ Cfr. El Fideicomiso en México. Instituto Fiduciario Bancomer. p.118.

En la práctica, los procedimientos de ejecución de los fideicomisos de garantía no están exentos de sufrir lagunas y contradicciones, lo que ocasiona que no logren el fin pretendido.

Por otra parte el artículo 83 de la L.I.C. establece lo siguiente:

· Artículo 83 " A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C., a petición del fiduciario.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará a que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones" .

El mismo precepto se transcribe en la fracción VI del artículo 103 de la L.M.V. para el caso de fideicomisos de garantía donde participen como fiduciarias las casas de bolsa, y no se encuentra previsto en la L.F.I.F. para el caso de fideicomiso de garantía cuyas fiduciarias sean instituciones de fianzas.

Asimismo, los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C. establecen lo siguiente:

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

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

Al respecto el Lic. Rodolfo León León comenta que " Los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C. como se recuerda, se ocupan de

la venta judicial de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada, señalando de manera ingenua que si el deudor no se opone pagando conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará a que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo (...) (queda claro a nuestro juicio, que el procedimiento de venta en éste caso será por la vía judicial y que la sola oposición del deudor impedirá el cumplimiento del fideicomiso de garantía." ¹⁰¹

Desde nuestro punto de vista el legislador erró al tratar de suplir la falta del procedimiento de ejecución en el acto constitutivo del fideicomiso disponiendo la aplicación parcial del procedimiento de venta de la prenda previsto en el artículo 341 de la L.G.T.O.C. En efecto, dicho precepto envía a la fiduciaria a que acuda ante un juez a solicitarle autorización para llevar a cabo la venta de los bienes fideicomitados, corriendo traslado de ello al deudor, el cual solamente podrá oponerse cumpliendo con la obligación garantizada. Ahora bien: en caso de que el deudor no cumpla con dicha obligación en el plazo establecido, el segundo párrafo del artículo 83 de la L.I.C. y la fracción VI del artículo 103 de la L.M.V. disponen que el juez mande "que se de cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones" . El error consiste en que estas disposiciones remiten la ejecución del fideicomiso a un procedimiento que no está establecido en el acto constitutivo y cuya carencia motivó a la fiduciaria a acudir a los citados preceptos.

En nuestra opinión dichos preceptos podrían modificarse para auxiliar a las fiduciarias con una vía segura de ejecución del fideicomiso cuando en el acto constitutivo sea omiso el procedimiento de ejecución o cuando falte técnica jurídica al mismo, o bien, cuando éste sea imposible de llevarse a cabo. En dichos artículos se considerará que ciertos elementos del procedimiento objeto de la reforma tendrían que ser previstos en todo acto constitutivo de los fideicomisos de garantía y serían imperativos en todas sus ejecuciones, en el entendido de que dichos elementos soportarían un procedimiento de ejecución mas justo para el fideicomitente y más eficaz para el fideicomisario. Adicionalmente se propondría una disposición correlativa para la L.F.I.F.

Sugerimos la siguiente redacción:

Las instituciones fiduciarias a cargo de los fideicomisos cuyo objeto sea garantizar el cumplimiento de obligaciones deberán observar la presente disposición legal en cualquiera de los casos en que, el procedimiento de ejecución (i) no haya sido previsto en el acto constitutivo o en sus reformas, (ii) siendo previsto por el fideicomitente en el acto constitutivo o en las reformas del fideicomiso sea imposible de actualizarse cabal y totalmente, o (iii) que tal procedimiento haya sido previsto pero no conduzca a asegurar al fideicomisario el cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

Los numerales uno, dos, cuatro, cinco, seis, siete, ocho, nueve, diez, once y doce de la presente disposición son irrenunciables para el fideicomitente y para el fideicomisario, por lo que deberán ser previstos en todo acto constitutivo de los fideicomisos que garanticen obligaciones así como en sus reformas.

El procedimiento de ejecución de los bienes afectos se iniciará una vez que el fideicomisario, acreedor de la obligación garantizada, notifique por escrito a la institución fiduciaria el incumplimiento de la obligación garantizada y, en consecuencia, le solicite la ejecución del fideicomiso. A partir de dicho evento la institución fiduciaria deberá:

1) Notificar al deudor de la obligación garantizada mediante el fideicomiso, la solicitud referida, quien contará con un plazo de tres días hábiles para acreditar el cumplimiento de la obligación garantizada y en caso hubiere sido designado depositario de los bienes fideicomitados, le requerirá la

devolución de los bienes en el citado plazo en el evento de no acreditar el cumplimiento de la obligación garantizada.

2) Llevar a cabo la misma notificación al fideicomitente, en caso de que éste no sea el deudor de la obligación garantizada, quien también contará con un plazo de tres días hábiles para acreditar el cumplimiento de la obligación garantizada y para devolver, en su caso, la posesión de los bienes en los casos en que no pudiere acreditar tal cumplimiento.

Las notificaciones a que se refieren los dos párrafos anteriores deberán ser hechas en los domicilios señalados por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

En caso de que al realizarse las referidas notificaciones no se encontraran en los domicilios respectivos las personas con las que deban entenderse, la institución fiduciaria dejará un escrito a la persona que se encuentre en ese momento en el domicilio respectivo, fijándole cita para el día hábil siguiente y hora determinada.

Por el sólo hecho de que el deudor y/o fideicomitente no aguarde a la cita, la institución fiduciaria procederá, además de lo que se señala en el siguiente párrafo, a realizar con la persona que se encuentre en el domicilio respectivo o con el vecino inmediato, las notificaciones correspondientes indicando hora fija dentro de las veinticuatro siguientes para que se acredite el cumplimiento o se efectúe el pago del adeudo correspondiente y en su caso sean devueltos a la institución fiduciaria los bienes fideicomitados o la posesión de los mismos.

En el caso de que el fideicomitente no haya señalado domicilios en el acto constitutivo del fideicomiso la institución fiduciaria deberá realizar las notificaciones mediante su publicación por cinco días consecutivos, en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación nacional.

3) Ante la fe de un fedatario público, revocará el cargo al depositario de los bienes fideicomitados y le requerirá en un plazo que no excederá de tres días hábiles la devolución de los bienes depositados, y en su caso, requerirá la desocupación de dichos bienes, en el plazo aquí señalado, a la persona o personas que se ostenten como poseedoras de los bienes afectos.

La notificación y requerimiento al depositario de los bienes se efectuará en el domicilio indicado para estos efectos en el acto constitutivo o en las reformas del fideicomiso, en los términos a que se refiere el quinto párrafo del numeral inmediato anterior.

En caso de que no se haya efectuado la devolución o desocupación de los bienes afectos en el plazo señalado, la institución fiduciaria iniciará los juicios penales y o civiles correspondientes, cuyos costas y gastos serán fraguados por el fideicomisario, mismos que le serán reembolsables con cargo al fideicomiso.

4) Solicitará a una institución de crédito autorizada, distinta a ella, o a corredor público autorizado, que efectúe un avalúo de los bienes fideicomitados para el caso de que el fideicomitente y/o el deudor no

acrediten el cumplimiento de la obligación garantizada en el plazo previsto. Dicha solicitud no podrá exceder del plazo de los tres días hábiles contados a partir de la fecha para dicho acreditamiento.

5) Presentará el valor de avalúo y anunciará la venta por tres veces dentro de tres días, si fuesen muebles y dentro de nueve si fuesen raíces, rematándose enseguida en pública almoneda y al mejor postor conforme a derecho, una vez valuados los bienes fideicomitidos en los términos del párrafo anterior.

6) No habiéndose presentado postor a los bienes, el fideicomisario podrá pedir la adjudicación de ellos por el precio que para subastarlos se les haya fijado en la última almoneda. En caso de que en el acto constitutivo en las reformas del fideicomiso se hubiere fijado el precio en que el bien deba ser adjudicado al fideicomisario, con renuncia expresa de subasta, la adjudicación se hará luego que pase el plazo para que el fideicomitente acredite el cumplimiento de la obligación garantizada o bien, pague el adeudo correspondiente.

7) El fideicomitente y el fideicomisario, durante la venta de los bienes fideicomitidos, podrán convenir en que los bienes se avalúen o vendan en forma y términos que ellos acordaren, notificándolo así oportunamente a la institución fiduciaria por medio de un escrito firmado por ambos.

8) Otorgada la escritura o el instrumento requerido para formalizar la transmisión de bienes y derechos en términos de la legislación común, se darán al comprador o cesionario los títulos de propiedad y en su caso, la institución fiduciaria notificará a los ocupantes de los bienes quien es el nuevo propietario de los mismos.

9) La institución fiduciaria aplicará el producto de la venta de los bienes fideicomitidos a asegurar al fideicomisario el cumplimiento de la obligación garantizada hasta donde alcance dicho producto, haciendo la aplicación en primer lugar a los gastos de ejecución, en segundo lugar a accesorios, en tercer lugar a intereses y finalmente a capital.

Si hubiere un remanente, la institución fiduciaria lo entregará al fideicomitente.

10) No habiéndose logrado la venta de los bienes fideicomitidos en las subastas realizadas, el fideicomisario solicitará por escrito a la institución fiduciaria que le transmita la propiedad de todos o parte de dichos bienes al precio mínimo de venta de la tercera subasta.

En caso de que dicho precio exceda las prestaciones adeudadas en virtud de la obligación garantizada, el fideicomisario estará obligado a entregar a la institución fiduciaria el diferencial existente entre ambas cantidades en un plazo de un año contado a partir de haberse formalizado la transmisión de propiedad en su favor, para que ésta a su vez revierta al fideicomitente la cantidad correspondiente.

11) La institución fiduciaria, en un plazo que no excederá de diez días hábiles contados a partir de la solicitud a que se refiere el numeral inmediato anterior, estará obligada transmitir a favor del fideicomisario, la

propiedad de los bienes afectos con las formalidades requeridas para la transmisión de bienes en la legislación común.

Los gastos de ejecución, impuestos y honorarios a favor del fedatario público que formalice la transmisión de propiedad serán cobrados con cargo a los bienes fideicomitidos y en caso de que éstos fueran insuficientes para cubrir tales obligaciones, serán por cargo del fideicomisario.

12) La institución fiduciaria terminará anticipadamente el procedimiento de ejecución previsto en este artículo por instrucciones escritas del fideicomisario, en cuyo caso se extinguirá el fideicomiso.

13) El procedimiento para celebrar las subastas públicas de los bienes fideicomitidos se atenderá bajo las siguientes reglas:

- a. Se podrá citar a los acreedores con garantía de los bienes a asistir a la subasta pública de los mismos.
- b. En caso de que los bienes fideicomitidos sean valores que coticen en bolsa, su venta se realizará a través de ésta.
- c. En caso de que los bienes sean distintos de los señalados en el subinciso b. Anterior, se propondrán a la venta mediante subasta pública debiendo la institución fiduciaria convocarla mediante la publicación de un aviso por tres veces, dentro de tres días, si los bienes fideicomitidos fuesen sólo muebles, y dentro de nueve si dentro de los bienes fideicomitidos hubiere inmuebles, en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación nacional. A petición del fideicomisario y a su costa la institución fiduciaria podrá utilizar otros medios de publicidad.

El referido aviso contendrá, por lo menos, la fecha, hora y lugar de la subasta y el precio mínimo al que podrán ser vendidos los bienes.

- d. Para efectos del presente precepto, es postura legal la que cubra las dos terceras partes del avalúo, de contado.
- e. Las subastas deberán llevarse a cabo dentro de los diez días siguientes al de la última publicación del aviso respectivo. Si el día en que debiera celebrarse la subasta fuere inhábil, ésta se realizará el día hábil inmediato siguiente.
- f. Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores entregar a la institución fiduciaria, en el domicilio señalado en la convocatoria, una cantidad de por lo menos del diez por ciento efectivo del valor de los bienes que sirva de base para el remate, sin cuyo requisito no serán admitidos.

La institución fiduciaria devolverá dichas cantidades a sus respectivos dueños acto continuo al remate, excepto la que corresponda al mejor postor, la que reservará en depósito como garantía del cumplimiento del precio.

El fideicomisario podrá tomar parte en la subasta y mejorar las posturas que se hicieren.

- g. El día del remate y a la hora señalada la institución fiduciaria leerá la lista de postores, calificará de las posturas para que los postores presentes puedan mejorarlas. En caso de haber varias posturas la institución fiduciaria decidirá cual es la preferente y dará cinco minutos mas para mejorarla, y así sucesivamente con respecto a las pujas que se hagan. Pasados los cinco minutos sin mejorarse la última postura, la fiduciaria fincará el remate a favor del último postor.

No habiendo licitadores en la primera subasta la fiduciaria sacará los bienes a pública subasta en una segunda vez con rebaja del veinte por ciento de la tasación, la cual se celebrará en los términos anteriores.

Si en ella no hubiere licitadores el fideicomisario podrá pedir la adjudicación por el precio que sirvió de base para la segunda subasta o que se le entreguen en administración los bienes para aplicar al pago de los intereses y capital y gastos de ejecución, o bien podrá pedir la celebración de una tercera subasta en la que podrán adquirirse los bienes fideicomitados, por las dos terceras partes del precio base de la segunda subasta en los términos para la mejora de posturas aquí señalado.

- h. Al declarar aprobado el remate, la fiduciaria, dentro de los siete días hábiles siguientes a que se hubiere fincado el remate, celebrará a favor del mejor postor y con las formalidades requeridas para la transmisión de bienes en la legislación común, el contrato de compraventa o de cesión onerosa de los bienes o derechos correspondientes.

En ningún caso la venta o cesión se realizará a un precio menor que el señalado como mínimo en el aviso respectivo.

CONCLUSIONES

1. La fuente de las obligaciones del fideicomiso de garantía es la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, ya que el fideicomiso puede constituirse sin designación de fiduciaria y sin señalamiento de fideicomisario, siempre que la obligación garantizada sea determinada o determinable. (artículo 347, segundo párrafo del artículo 350, artículo 352 de la L.G.T.O.C.)
 2. El fideicomitente conserva la propiedad de los bienes fideicomitados ya que la propiedad fiduciaria es una propiedad "limitada" que no se encuentra regulada por nuestro derecho.
 3. La fiduciaria se encuentra legitimada para efectuar actos de disposición sobre bienes ajenos, en su nombre y por cuenta suya. Esta legitimación es indirecta porque la ley reconoce la validez de los actos de la fiduciaria sobre bienes ajenos y es por sustitución porque excluye al fideicomitente del ejercicio de cualquier acción o derecho sobre dichos bienes, siempre que éste no se los hubiera reservado y que no impidiera el logro de los fines del fideicomiso. (artículo 356 de la L.G.T.O.C.)
- El fideicomiso de garantía es la afectación de bienes efectuada irrevocablemente por el fideicomitente con la finalidad de asegurar al fideicomisario -acreedor de una obligación determinada o determinable- el cumplimiento de dicha obligación, mediante la entrega del producto

de la venta de los bienes afectos o la transmisión de dichos bienes que efectúe la fiduciaria designada, una vez que ésta última haya llevado a cabo el procedimiento de ejecución establecido por el propio fideicomitente en el acto constitutivo.

5. Los bienes afectos en fideicomiso constituyen un gravamen especial que impide a los acreedores del fideicomitente embargar dichos bienes (a menos que éstos tengan derechos previos sobre tales bienes) y niega la posibilidad al propio fideicomitente de disponer de ellos y a obstaculizar a la fiduciaria que actualice el destino de dichos bienes. (segundo párrafo del artículo 351 de la L.G.T.O.C.)
6. El fideicomisario carece de un derecho real sobre los bienes del fideicomiso de garantía, sin embargo tiene el derecho personal de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la fiduciaria. (artículo 355 de la L.G.T.O.C.)
7. El procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía es el conjunto de actos que debe realizar la fiduciaria dirigidos a hacer efectiva la garantía (mediante su venta o adjudicación), asegurando al fideicomisario (acreedor) que ante el incumplimiento de la obligación garantizada, los bienes afectos serán realizados en su favor, de conformidad con lo señalado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

Ya que la institución fiduciaria no efectúa actos de autoridad, no es factible que el fideicomitente reclame que ésta ha efectuado sus

garantías individuales al privarle de sus propiedades en ejecución del fideicomiso.

9. No obstante que la L.G.T.O.C. no reconoce al fideicomitente la facultad de atacar la validez de los actos de la fiduciaria cometidos en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades, consideramos que le asiste tal facultad ya que es la causa eficiente del fideicomiso y dueño de los bienes fideicomitidos.

10. El procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía debe: (a) ser lícito, (b) contemplar la notificación a la fiduciaria del incumplimiento de la obligación garantizada, (c) prever que el deudor y fideicomitente sean notificados y requeridos del acreditamiento del cumplimiento de la obligación garantizada en un plazo y (d) suponer un mecanismo práctico para la venta de los bienes fideicomitidos y para el caso de que no se logre tal venta dentro de un plazo, indicará los términos de adjudicación de los bienes a favor del fideicomisario a un precio o valor justo, de forma que no se ocasione lesión para el fideicomitente, ni enriquecimiento indebido del fideicomisario.

11. El artículo 83 de la L.I.C y la fracción IV del artículo 103 de la L.M.V. deben ser reformados para que prevean un procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía aplicable supletoriamente a falta de éste en el acto constitutivo respectivo sino también cuando constando, sea imposible de llevarse a cabo y aplicable forzosamente respecto de los requisitos que hagan que dicho procedimiento sea justo y claro. Además se recomienda una nueva disposición para la L.F.I.F. en

el sentido de las reformas para que aplique a los fideicomisos cuya fiduciaria sea una institución de fianzas.

TLGJUL99

BIBLIOGRAFIA

Libros:

- ALBADALEJO Manuel. Instituciones de Derecho Civil (Parte general y Derecho de Obligaciones). Studia Albornotiana, Serie A: Textos didácticos. N.º III. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia. 1961.
- ASOCIACIÓN DE BANQUEROS DE MÉXICO. Primer Cónclave sobre el Fideicomiso. Primera Edición. St. Luis Missouri. 1943.
- BATIZA Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica. Primera edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1954.
- BATIZA Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Segunda Edición. México. Editorial Porrúa. 1985.
- BORJA Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Décima Quinta Edición. México. Editorial Porrúa. México. 1997.
- CENTRO BANCARIO DE MONTERREY, A.C. El Fideicomiso en México. Memoria de Convenciones Anuales del Centro Bancario de Monterrey, A.C. Primera Edición. México. Editorial I.E.E.C., S.A. 1976.
- DE LA PEZA José Luis. El Fideicomiso en México y su viabilidad en España. Jornadas de Estudio organizadas por el Banco Nacional de México y Banco de Bilbao. México. 1979.
- DE PINA Vara Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. Quinta Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1972.
- Diccionario Enciclopédico Quillet. 7ª edición. México. Editorial Cuabre. S.A. 1977. Tomo I.
- DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo. El Fideicomiso. Quinta Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1995.
- DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo. El Fideicomiso. Séptima Edición. México. Editorial Porrúa. 1997.
- DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo. Dos aspectos de la Esencia del Fideicomiso en México. Primera edición. México. Editorial Porrúa. 1994.
- DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo. El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Primera edición. México. Editorial Porrúa. 1972.

- ESCUADERO Mendoza Silvia. El Fideicomiso de garantía. Tesis. México. 1994.
- GARCÍA Maynes Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 36ª edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1984.
- INSTITUTO FIDUCIARIO BANCOMER. El Fideicomiso en México. Primera Edición. México. Espejo de Obsidiana Ediciones. 1997.
- LANDARIA Caldentey, J. La legitimación y la Apariencia Jurídica. Primera Edición. Editorial Bosch, Barcelona. 1952.
- MENDOZA Martell Pablo y PRECIADO Briseño Eduardo. Lecciones de Derecho Bancario. Primera Edición. México. Textos Jurídicos Bancomer. 1997.
- PASQUEL Molina Roberto. Los derechos del fideicomisario (Ensayo sobre su naturaleza jurídica). Primera Edición. México. Editorial Jus. 1946.
- PUIG Ferriol Luis. El Albaceazgo. 1ª. Edición. Casa Editorial Bosch Urgel. Barcelona.
- ROJINA Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Novena Edición. México. Editorial Porrúa. 1998.
- RODRIGUEZ y Rodriguea Joaquín. Derecho Mercantil. México. Editorial Porrúa. 1983.
- SÁNCHEZ Medal Ramón. De los Contratos Civiles. Décimo Quinta Edición. México. Editorial Porrúa. 1997.
- VILLAGORDA Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Segunda edición. México. Editorial Porrúa. 1982.
- VILLAGORDA Lozano Manuel. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Primera Edición. México. Banco Mexicano Somex; Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. 1982.

Revistas:

1. Lepaulle Pierre. Naturaleza del Trust. En la Revista General de Derecho y Jurisprudencia. 1932.
2. El fideicomiso Mexicano como acto sobre patrimonio ajeno, en Revista de Derecho Notarial. año XVIII. No 1. México. 1973.
3. Semanario Judicial de la Federación.

Legislación:

1. Código Civil para el Distrito Federal.
2. Código de Comercio del Distrito Federal.
3. Código Fiscal de la Federación.
4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
6. Ley de Instituciones de Crédito.
7. Ley de Mercado de Valores
8. Ley del Impuesto sobre la Renta.
9. Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
10. Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
11. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.