

8785091

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

17



" FIDEICOMISO EN GARANTIA "

T E S I S

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

P R E S E N T A :

HORACIO SANCHEZ TORREZ LEBRIJA

DIRECTOR DE TESIS. LIC. MA. EBEL GIFFARD SANCHEZ.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

HERRADURA.

2002.



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.

FIDEICOMISO DE GARANTIA

CAPITULADO

INTRODUCCION

	<i>Pagina</i>
<i>I. Introduccion</i>	5

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTORICOS

<i>1.1 Derecho Romano.</i>	10
<i>1.2.1 El trust anglosajón</i>	13
<i>1.2.2 Evolución.</i>	15
<i>1.2.3 Elementos personales del trust</i>	18
<i>1.3 España</i>	20
<i>1.4 Descendencia en la Legislación Mexicana.</i>	20

CAPITULO SEGUNDO EL FIDEICOMISO EN MEXICO

<i>2.1 Antecedentes legislativos</i>	22
<i>2.2 Proyecto Limantour</i>	23
<i>2.3 Proyecto Creel</i>	24
<i>2.4 Comportamiento en la Legislación Mexicana</i>	25
<i>2.5 Definición según la ley.</i>	28

CAPITULO TERCERO NATURALEZA JURIDICA Y PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO

<i>3.1 Naturaleza Juridica.</i>	31
<i>3.1.2 Fideicomiso Mandato.</i>	32

3.1.3 Fideicomiso-Institución.	33
3.1.4 Operación de Crédito Reservada al Sector Financiero.	35
3.1.5 Negocio Fiduciario.	36
3.1.6 Negocio Indirecto.	38
3.2 Teorías Sobre el Patrimonio.	40
3.2.1 Patrimonio sin titular.	43
3.2.2 Desdoblamiento de la Propiedad.	43
3.3 Formas de Constituir el Fideicomiso.	47
3.3.1 Unilateral.	48
3.3.2 Bilateral.	49
3.3.3 Eclética.	50
3.4 Clasificación de los Fideicomisos.	52
3.4.1 Expreso o tácito.	52
3.4.2 En función a la naturaleza del fideicomitente.	52
3.4.2.1 Públicos.	52
3.4.2.2 Privados.	52
3.4.3 En función a quien ordena su constitución.	54
3.4.3.1 Por mandato de Ley.	54
3.4.3.2 Por testamento.	54
3.4.4 En función al origen de sus bienes.	55
3.4.4.1 De fondo Público.	55
3.4.4.2 De fondo privado.	55
3.4.4.3 De fondo Mixto.	55
3.5 Bienes que pueden ser afectos al fideicomiso.	55
3.6 Tipos de Fideicomiso.	57
3.6.1 Fideicomiso en Garantía.	57

CAPITULO CUARTO

SUJETOS EN EL FIDEICOMISO

4.1.1 Capacidad de las Partes	60
4.1.2 Capacidad de Goce y Ejercicio	61
4.2.1 Capacidad Jurídica del Fiduciario	63
4.2.2 Capacidad Jurídica del Fideicomitente	65
4.2.3 Capacidad Jurídica del Fideicomisario	66
4.3.1 Derechos y Obligaciones del Fideicomitente	66
4.3.2 Derechos y obligaciones del Fideicomisario	69
4.3.3 Derechos y Obligaciones de la Fiduciaria	72

CAPITULO QUINTO
LEGISLACION ACTUAL SOBRE EL FIDEICOMISO

5.1 Origen de la Reforma.	78
5.2 Exposición de Motivos.	83
5.3 Decreto.	89
5.4 Consideraciones.	104

CAPITULO SEXTO
FIDEICOMISO EN GARANTIA

6.1 Regulación Sustantiva.	118
6.1.1 Concepto.	118
6.1.2 Reforma Optativa.	124
6.1.3 Duplicidad de Sujetos.	126
6.1.4 Multiplicidad de Instituciones Fiduciarias	131
6.1.5 Limite en la Garantia.	133
6.1.6 Diversidad de Bienes Objeto de la Garantía	135
6.1.7 Delitos.	137
6.1.8 Error.	139
6.2. Regulación Adjetiva.	141
6.2.1 Procedimiento Extrajudicial.	141
6.2.2 Procedimiento Judicial.	142
6.2.3 Excepciones.	148
6.2.4 Pruebas.	153
6.2.5 Ejecución.	155
6.2.6 Recursos e Incidentes.	157

CAPITULO SEPTIMO
CONCLUSIONES

7.1 Conclusiones.	160
-------------------	-----

FIDEICOMISO EN GARANTIA

I. INTRODUCCION

La inquietud de estudiar una figura como el fideicomiso nace a partir de las recientes reformas a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en cuanto a la inserción de un Capítulo regulador del Fideicomiso en Garantía y la forma de ejecutarlo, aportación al sistema jurídico mexicano que otorgará beneficios para el sector financiero, ya que en los últimos años le ha sido difícil el recuperar el pago de los créditos vencidos, para lo cual en estas reformas se establece un mecanismo de ejecución diverso a los sistemas jurídicos regulados por el Código de Comercio y los Códigos de Procedimientos Civiles locales en el interior de la república.

Al estudiar la figura del fideicomiso, tuve la necesidad de estudiar en forma integral la figura jurídica como tal, para luego adoptar la realidad práctica a la realidad jurídica, de aquí la necesidad de consultar diversas obras sobre ésta figura, encontrando gran variedad de criterios y teorías, expuestas por los grandes tratadistas como Baliza, Rabasa, Lepaulle, Domínguez Martínez, Alfaro y muchos otros más.

Es evidente que la figura del fideicomiso no tiene una trayectoria histórica muy amplia en nuestro país; pues se trata de una institución de procedencia extranjera, de las primeras insertadas en nuestra legislación a principios del reciente siglo pasado, habiendo varios intentos de introducir esta figura en las primeras tres décadas, sin obtener éxito, hasta que en 1926 se introdujo la figura a la que se le denominó FIDEICOMISO, con una gran influencia del maestro Ricardo Alfaro padre del fideicomiso en latino América, por ser el primer latinoamericano en publicar sus estudios sobre el *trust* anglosajón; denominación que fue materia de diversas críticas, como lo fue la del Dr. Raúl Seelig Ruibal, que propuso, en la revista del Colegio de Abogados de La Habana, un nombre más lógico, como el de "fideicomisión", siendo este concepto desaprobado por los tratadistas expertos de este tema.

Más aun es complicado y discutido el aceptar en el Derecho Positivo Mexicano una forma de derecho real inexistente para el Código Civil, el cual tiene sus bases en otro sistema judicial, proveniente del *Common law* y del *Equity*, fuentes indiscutibles del derecho anglosajón. Ni aún los norteamericanos e ingleses, en tantos años que llevan de estudiar el *trust* han llegado a conclusiones que sean uniformes, lo que hace para nosotros aún más difícil encontrar la naturaleza jurídica de esta institución. Distinguidos maestros opinan en un sentido y en otro, por lo que sería ocioso para nuestro derecho en donde se insertó esta figura jurídica tratar de comprenderla en su totalidad, por lo que a nuestro juicio debemos comprenderlo como es, una institución novedosa, proveniente de un sistema jurídico diferente al nuestro, y por lo tanto completamente diverso a nuestras formas jurídicas tradicionales; pero eso sí, con una aceptación y necesidad absoluta para el crecimiento económico del país.

El fideicomiso mexicano debe progresar al mismo tiempo que las exigencias económicas y bancarias lo exijan, por lo que desde el año de 1926 a la fecha han existido diversas reformas legales que merecen de una protección y seguridad absoluta sobre los pequeños ahorradores, ante la reciente regulación del fideicomiso en garantía y un procedimiento especializado para su ejecución. Debemos tener cuidado con las mal afamadas Instituciones de Banca Múltiple en el país, que en las últimas décadas han provocado un desequilibrio económico desmedido; de ahí que ponga una pausa y análisis particular sobre las funciones y facultades del Fiduciario; ya que el fideicomiso en garantía jugará un renglón muy importante en la actividad crediticia en nuestro país.

Con base en el diagnóstico de la situación que guarda el régimen legal vigente en materia de otorgamiento, registro y recuperación de crédito, basado en un amplio estudio de derecho comparado realizado con objeto de conocer experiencias exitosas de otros países, algunos tratadistas en la materia como los banqueros del país, han concluido que el régimen actual es obsoleto, mermándose con ello la contribución que el crédito puede hacer al desarrollo económico de México.

El régimen legal mexicano sobre garantías, inspirado en teorías surgidas desde el siglo XVII, establece requisitos distintos para la constitución, perfeccionamiento y la ejecución de los diferentes tipos de garantías. Existen algunas disposiciones legales en los diferentes códigos de comercio y civiles que no están adaptadas al contexto económico y

comercial de las actuales operaciones financieras y presenta limitaciones tanto por lo que respecta a los sujetos que puedan otorgar ciertos tipos de créditos, como en cuanto al tipo de bienes muebles susceptibles de ofrecerse en garantía.

Los actos jurídicos mediante los cuales se constituyen las garantías quedan sujetos a formalidades y registros costosos, lentos e insuficientes. Además los procedimientos existentes entorpecen seriamente las posibilidades de que los acreedores puedan disponer y hacer efectivas sus garantías oportunamente. Los procedimientos de ejecución tienen una duración excesiva y por ende encarecen el costo del crédito. Más sin embargo, las actuales disposiciones legales que adoptan las instituciones de crédito para la recuperación de sus créditos como la prenda, hipoteca, créditos quirografarios; tienen algunas ventajas de ahí que se debe valorar cual de estas operaciones tiene un mayor costo financiero, ya que no debemos olvidar que los gastos operativos y de registro corren a cargo del acreditado y por ende no les es costeable en ocasiones pagar honorarios fiduciarios en operaciones poco cuantiosas, por lo que a nuestro juicio el fideicomiso en garantía no va a ser viable para un alto porcentaje de acreditados a los cuales por experiencias anteriores las instituciones de crédito harán lo posible para obligarlos a someterse a este tipo de operaciones con sus ventajas e inconveniencias.

Las Instituciones de Crédito en la última década del siglo pasado han tenido problemas para recuperar sus créditos, por que a consecuencia de la desmesurada alza de las tasas bancarias, los acreditados no han podido cumplir con lo pactado en estos créditos, los cuales tienen para salvaguardar sus derechos procedimientos judiciales que con independencia de lo largo y tedioso de los mismos, han sido utilizados a su gusto al amparo del artículo 468 de la Ley de Instituciones de Crédito, que a nuestro juicio ha sido interpretado equivocadamente; más sin embargo en muchos casos satisfacen las necesidades de estas instituciones financieras, como lo son la vía ejecutiva mercantil y el juicio especial hipotecario, en las que aún se guardan principios de equidad procesal, y los términos de ejecución dependen de la agilidad y destreza de los abogados de bancos, sin que sean necesarios nuevos procedimientos judiciales; aunado al pacto de refinanciamiento de intereses, que se ha discutido que contiene un pacto ilegal, más sin embargo fué avalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las jurisprudencias publicadas en el año de 1996, al resolver sobre el llamado "pacto de anatocismo".

En México existe una marcada tendencia a otorgar créditos sólo en favor de aquellas personas que están en condiciones de otorgar bienes inmuebles en garantía o el aval de una persona que cuente con dichos bienes inmuebles. Esta situación obedece a que los acreedores estiman que los bienes inmuebles mantienen su valor durante el largo proceso de ejecución, tal valor guarda una proporción adecuada con el costo de tales procesos y la legislación aplicable a la constitución y el registro de la hipoteca inmobiliaria les brinda cierta protección.

Los acreedores se resisten a tomar garantías sobre bienes muebles por diversas razones, como lo es el riesgo de que desaparezca o "se deteriore", y al hecho de que los procedimientos para la recuperación y ejecución en particular son lentos y costosos. Por ello, la tendencia en favor de la garantía sobre bienes inmuebles, que restringe el acceso al crédito de pequeños y medianos empresarios o trabajadores, los cuales no son dueños de inmuebles o no tienen sus títulos de propiedad en orden razones por las cuales los acreedores especialmente las instituciones de crédito no otorgan créditos a los más pobres que sólo cuentan con su capital humano y generalmente necesitan adquirir muebles como equipo, herramientas, fertilizantes, equipos de transporte, etc.; bienes que no garantizan o peligran su garantía a largo plazo.

Estas situaciones han congelado prácticamente el crédito en nuestro país en los últimos años, teniendo una repercusión importante en la economía nacional, así como en las casas de gran parte de los mexicanos, por lo que las disposiciones legales que regulan este nuevo tipo de fideicomiso otorgan gran ventaja a todo este sector social que ha estado marginado por un largo periodo.

Por las anteriores consideraciones y ante la inminente desesperación de estas instituciones financieras para recuperar sus créditos, el Presidente de la República Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León, presentó en el año de 2000, ante la cámara baja una iniciativa para la debida discusión, aprobación y publicación de la "Ley Federal de Garantías de Crédito"; que entro a periodo extraordinario de sesión el 21 de abril de dicho año, sin ser aprobada por la Cámara de Diputados. No obstante se rechazó el proyecto inicial, se presentó un nuevo proyecto para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones en el Ley de Títulos y Operaciones de Crédito,

mismas que esta vez si fueron aprobadas, entrando en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de mayo del año 2000; y que es materia del presente trabajo.

En fin, creo que el fideicomiso es una institución importante en todas las materias, dando buenos resultados, como en materia de turismo donde se creó el fideicomiso denominado Fondo Nacional de Turismo (FONATUR); que ha servido para el impulso turístico nacional. El fideicomiso tiende a ser un instrumento para resolver intereses jurídicos más amplios y de mayor beneficio social en donde intervienen más de tres interesados o partes y donde se involucran propiedades o inversiones muy grandes, como los ya mencionados, por lo que en general la utilización del Fideicomiso en Garantía puede llevar a grandes beneficios no sólo a la banca nacional sino a todos los mexicanos, debiendo siempre de salvaguardar los derechos de estos últimos que por ser la parte más desprotegida se puede prestar a abusos en beneficio de las instituciones financieras del país.

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTORICOS

11. Derecho Romano.

En el presente estudio se pretende hacer un resumen ordenado y sistemático del Fideicomiso Hereditario Romano, que es una de las principales instituciones jurídicas fiduciarias romanas que, en el devenir de los tiempos, contribuyeron a desarrollar algunos de los aspectos más relevantes del fideicomiso, tal y como lo conocemos a la luz de la vigente legislación mexicana.

El "*fideicomissum hereditatis*" surge de la necesidad de los testadores romanos de imponer su voluntad postmortem sobre la disposición de sus bienes en beneficio de personas a las cuales no podían heredárselos, dados los diversos inconvenientes legales existentes dentro del rígido formalismo jurídico romano en materia hereditaria, atento a que existían diversas incapacidades para poder heredar y ser sujeto a recibir herencia.

A continuación transcribimos algunos significados y citas que invocan diversos tratadistas sobre la materia.

Escriche, define al fideicomiso como "Todo lo que deja el testador a uno para que lo entregue á otro: ó bien. la herencia ó parte de ella que el testador ruega. encarga ó manda al heredero restituir á otro."¹

Así el francés, Eugéne Petit², en cuanto al origen del fideicomiso en Roma señala: "Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamentatio factio*, no tenía recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un

¹ JOAQUIN ESCRICHE. Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1996 Pag. 256

² EUGENE PETIT Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Saturnino Calleja, S.A., Traducción e la Novena edición Francesa y Aumentada, Madrid 1876. Pag 599.

objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte. Es lo que se llama un fideicomiso, a causa de los términos empleados: *rogo, fideicomitto* (Ulpiano, XXXV,2). Al heredero gravado se le llama fiduciario y aquel a quien restituye, fideicomisario.

También se consideraba desde Roma que el fiduciario y el legatario, podían ser fideicomisarios. El jurisconsulto español, Pedro Bonfante, señala: Fideicomiso, como lo dice el nombre (*fidei commisum*), es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena; en sentido técnico significa aquella disposición de última voluntad en la que se confía la ejecución fuera del testamento, en la fe del heredero en otra persona beneficiaria.³

Según los tratadistas el origen del fideicomiso en el derecho romano es a partir de la intención del testador para imponer su voluntad más allá de su vida y para evitar la serie de restricciones que la legislación de la época señalaba para testar, era la forma de eludir las restricciones al derecho de transmisión testamentaria, considerando que las circunstancias de lugar impedían que los testamentos se realizaran conforme a las leyes romanas; en consecuencia tenía la necesidad de hacer una encomienda a su heredero *ab instetato* o legatario para que entregara a una persona designada por él parte de los bienes o la totalidad de éstos. Existía entonces un principio básico de confianza, pues se trataba de que el tenedor de los bienes beneficiara a la persona que el testador quería en realidad que fuera su heredero y que por alguna causa era imposible que ésta última heredará los bienes del difunto.

Para que el testamento fuere válido era necesario que la forma fuere la correcta; el contrato debía corresponder a ciertas normas; así como que el testador y el heredero fueren capaces y los testigos pudieren fungir como tales. Había varias razones que podían inducir a las personas a recurrir a este extremo; principalmente el deber ordenar un legado necesariamente en un testamento, lo cual no siempre podía hacer el ciudadano, máxime en país extranjero y el deseo de beneficiar a personas incapaces de recibir por legado.

³ PEDRO BONFANTE Institución de Derecho Romano. Instituto Español de derecho. Madrid 1972. Pág 635,

Las principales causas de incapacidad para testar *testamento factio activa* lo eran;

- a).- IUS COMERCII, que eran los peregrinos o iunani;
- b).- IN MANU, quienes eran los hijos no emancipados o esclavos; hasta Augusto se le concedió el derecho a la mujer SUI IURIS;
- c).- Las personas que por conductas antisociales perdían su derecho como apóstatas, herejes y testigos reticentes; los incapaces como dementes, pródigos, infantes o impúberes; y,
- d).- Los ciudadanos romanos que estuvieran prisioneros de guerra, perdían la *testamento factio activa* durante su cautividad.

La *testatio factio pasiva*, que era la capacidad para heredar llamadas también IUS CAPENDI; la tenían los peregrinos SIU IUS COMERCII; los latino junianos (esclavos con cierto grado de ciudadanía); libertos indeseables, las mujeres si la herencia excediera de cien mil sestercios; las personas inciertas, los célibes(solteros); los orbi (quienes no podían dejar descendientes), las personas castigadas; los que habían fallecido (Teodosio II permitió que los herederos del ascendiente recibieran herencia).

Ante los existentes formalismos romanos, para el efecto de superar la carencia de capacidad *testamenti factio pasiva* se hizo uso del *fideicomisum* en los cuales se dejaba toda la herencia o parte de ella a los fideicomisarios designados, en manos de un fiduciario que debía realizar el encargo en respuesta a una "suplica" constituyéndose el fideicomiso.

Puesto que en sus principios el fideicomiso era la súplica por medio de la cual el testador encomendaba a la buena fe de la persona a quien se dirigía el encargo de entregar a otro la herencia o parte de ella, no existía sanción legal ni acción judicial para hacerlo efectivo, como el florecimiento económico requería de figuras judiciales que permitieran la certeza del cumplimiento de la obligación contraída, se creó un órgano regulador de su cumplimiento que es el pretor fideicomisario, con jurisdicción para ordenar la ejecución de esta clase de mandas testamentarias. El Profesor Guillermo Floris Margadant así lo explica: "Originariamente, el acreedor que quería tener una garantía real exigía tener como garantía, durante la existencia del crédito, la propiedad de algún bien del deudor (*fiducia cum creditore*) o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor, obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de

que éste hubiera pagado la deuda'.... "Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa".⁴

Una de las primeras formas de garantía real que surgieron en Roma fue la fiducia, incluso apareció mucho tiempo antes que la prenda y la hipoteca; la fiducia consistía en entregar al acreedor una cosa con el fin de garantizar el crédito, la cosa se entregaba por *mancipatio* o *in jure cessio* (modos de adquisición a título particular, *ius civiles*), a su vez, el acreedor adquiría el compromiso de devolverla cuando se hubiere logrado la finalidad de la transacción, el compromiso del acreedor se realizaba mediante una cláusula de *pactum fiduciae*, que no era más que el compromiso de devolver la cosa; Una vez que el deudor cumplía con su obligación podía exigir mediante una acción denominada *actio fiduciae* la retroventa.

1.2.1 El trust anglosajón.

Algunos historiadores intentaron acreditar que el verdadero origen del *trust* se encuentra en el "*fideicommissum*" romano, otros han intentado encontrarlo en las instituciones germanas "*Treuhand* o *Salman*"; no dudamos que estas instituciones hayan tenido una influencia primera en el *trust*, sin embargo, es necesario buscar el origen de esta institución en otras figuras. El *trust* es el sucesor histórico de otra institución inglesa aún más antigua que es el *use* (uso), tal como lo sostienen los autores modernos

La palabra *use*, señala Maitland⁵ es un término curioso que podría decirse ha equivocado su propio origen; pudiere pensarse que proviene del latín *usus*, pero en realidad viene de *opus* como puede comprobarse en documentos jurídicos lombardos y francos, encontrándose en el latín bárbaro o vulgar *ad opus* como equivalente a "en su representación".

⁴ Guillermo Floris Margadant EL DERECHO PRIVADO ROMANO, págs 501-508 Editorial Esfinge, S.A., sexta edición México 1975.

⁵ Asociación de Banqueros de México., ESTUDIOS SOBRE EL FIDEICOMISO, Edición México Turístico, S.A., Junio de 1980. Pág. 24.

Para George Gleason Bogert, los *Uses* fueron creados tomando como base el *Treuhand* o *Saloman* alemán, y no el fideicomisum romano. Desde la edad media, en Inglaterra comenzó la practica de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella a persona denominada *feoffe to use* (sujeto de derecho de uso), con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona "*Cestui que use*" (el que tiene el uso de la cosa), el que el autor del uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario con respecto del mismo bien. Mediante esta operación el usuario recibía el dominio pleno de la cosa a titulo de dueño, pero no para que el lo aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe de que lo poseyera para el uso exclusivo del "*cestui que use*".⁶

Esta figura forma parte de un instrumento ideado por el pueblo para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponía el sistema feudal; esto es el propietario de las tierras transfiere parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (*enfoefes*) para el uso de otro (*feoffor*). El que recibía la propiedad se le llamaba *cestui que use*. Durante las guerras de la dinastía en Inglaterra, como en la llamada Guerra de las Rosas, en la que los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores, como un delito impuesto por traición, y para prevenir tal confiscación los participantes de dichas contiendas entregaban sus bienes a una persona de su confianza con el objeto de que el usuario poseyera estos bienes para el uso exclusivo del propio otorgante o de sus herederos. Otra causa era que muchos de los propietarios lograban eludir las cargas fiscales que imponía el régimen feudal que consistía en la necesidad de donar sus tierras al señor feudal o participar de sus frutos.

Otros historiadores consideran que el origen del *Use*, fue la practica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra, para eludir las restricciones que las leyes de las manos muertas (*Statute of Mortmains*), que imponía el estado a la iglesia, en materia de propiedad sobre bienes raíces, figura que aparece también en los antecedentes eclesiásticos de España, esto es en sistemas jurídicos provenientes del derecho romano. Esta institución consistía en que las organizaciones religiosas no poseían tierras, pues estaba prohibido por las *Statute of Mortmains*. No obstante esta prohibición,

⁶ Rodolfo Batiza EL FIDEICOMISO Teoría y practica, Editorial Jus, México 1995 pag. 35.

existían personas caritativas que deseando donar sus tierras a la iglesia lo hacían mediante el *use* y así una orden religiosa podía obtener los beneficios de esas tierras, aunque no la propiedad, siendo este considerado un medio de defensa clasista. Se considera también al *use* por tener otras muchas finalidades, como por ejemplo se utilizaba para emancipar esclavos y así realizar ventas formales hechas por un lord a una tercer persona mediante este *use* o *trust* para emancipar al siervo o esclavo.

La ley inglesa prohibía disposiciones testamentarias de tierra, sin embargo en Inglaterra del siglo XII se vio que en ocasiones, el señor intervino entre el vendedor y el comprador de tierras, entregando las tierras para el uso (*to the use*). Esto se realizaba mediante la entrega de una vara que como ceremonia formal confería al señor posesión simbólica de las tierras y se llegaba a discutir si, en caso de que el propio señor (*lord*) no hiciera esa entrega simbólica pudiese quedarse con las tierras.

El *uso* se instituyó en la Edad Media mediante un mecanismo de confianza y buena fe, pues los bienes se entregaban a una persona que se sabía era de mucha confianza del legítimo propietario, pero en realidad los beneficios de dichos bienes eran para otra persona. El derecho común de esa época era inflexible y complejo, los *uses* fueron sometidos exclusivamente a la jurisdicción de la equidad; el *use* era verbal, y por lo mismo muchos *feoffes* tomaban la propiedad para si mismos y deshonestamente no cumplían con su encargo, y ante ello se acudía a los tribunales de equidad, mismos que no eran mas que eso impartían equidad más no justicia, debido a que muchos de ellos eran eclesiásticos y no conocedores del derecho quienes realizaban lo que su conciencia les mandara y no en un sistema jurídico.

1.2.2 Evolución

A principios del siglo XVI los *uses* trajeron aparejados serios inconvenientes y fraudes que provocaron el disgusto de lo Corona, ya que esta también salía perjudicada con la falta de regulación al respecto, donde señores feudales, compradores y herederos eran defraudados. Enrique VIII insistió en la necesidad de hacer algo sobre el particular y consiguió que el parlamento promulgara el *statute of uses*, que en términos generales abolía la practica de los *uses*. El *Statute* pretendió terminar con el *use* pero en

realidad a lo que dio lugar fué a una mutación del mismo, de la posesión derivada. Se pensó que todas las propiedades territoriales estarían sujetas a las mismas cargas y a las mismas reglas de tenencia y transferencia.

Los derechos que se asignaban al beneficiario del *use* denominado *cestui que use* no eran protegidos ni regulados por el *Common law*, toda vez que había ocasiones en que nadie reconocía el derecho de los beneficiarios del uso de los bienes afectados por esta figura, por lo que apareció una nueva jurisdicción, encomendándose su aplicación al canciller del rey, quien era una persona que se encargaba en administrar justicia independientemente del rigorismo del *Common law* que acabo regulando la institución del *use* y posteriormente del *trust*. Naciendo de este modo todo un sistema de impartición de justicia que se conoció como el sistema judicial de equidad *Equity*.

Para efectos prácticos, diversos cancilleres consideraban los usos como derechos reales *estates* de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándoles por analogía criterios del *common law* relativos a la propiedad y se sostuvo así que el *interés* o derecho del beneficiario se transmitiera a través de su muerte a favor de los herederos conforme a las normas de los inmuebles. A diferencia de los derechos de crédito, se estimó que los usos eran susceptibles de cesión, invocándose además que quienes reclamaran los bienes invocando el derecho legal del *feoffe*, tales como el comprador o heredero, quedaban subordinados al uso. Siendo que aún cuando los usos eran considerados derechos de equidad, conforme al nuevo sistema jurídico, todavía no se admitía con plenitud, y aplicaba sistemáticamente reglas del *common law*, siendo de esta forma un sistema jurídico complementario uno del otro.

Para Scott, existen dos periodos de desarrollo de lo que se conoce como el *trust*. Primero se dio el *use* y luego el *trust*, los cuales fueron desarrollándose conforme a las necesidades de la sociedad en forma gradual, siglos debieron de pasar hasta que el *trust* se convirtiera en una institución jurídica. El primer periodo da inicio con el *uso* que finaliza hasta comienzos del siglo XV cuando los *uses* trajeron aparejados serios inconvenientes y fraudes, e incluso el disgusto de la corona; por las causas que ya he mencionado (fraudes a acreedores, señores feudales, iglesia, etc;), dieron origen a la promulgación de la *Statute of uses* o ley de usos, promulgada por Enrique VIII en 1535, en donde se expresa aun lista de

maldades o abusos cometidos por los usuarios del use, su propósito principal fue el de abolir los *feoffes of uses* para así dar al *cestui que uses* la propiedad legal del bien afectado.

El *Statute* pretendió terminar con el *use* pero en realidad a lo que dio lugar según nos dice Batiza, es a una mutación del mismo. Se penso que todas las propiedades se estarían sujetas a las mismas cargas y a las mismas reglas de tenencia y transferencia. Esta Institución se revoco en Inglaterra en 1925.

A partir de el *Statute of uses*, correspondió a los jueces del derecho común (*common law*) la tarea de aplicar e interpretar dicho cuerpo legal, fué así como se iniciaron las interpretaciones que permitían la continuación de algunos *uses*, de ahí tomaron el nombre de *trusts*, por considerarse que esta palabra además de dejar atrás el mal usado *use* era más adecuado para designar a esta nueva institución de acuerdo con la jurisprudencia aplicada a la ley de usos. Fué así como se empezó a llamar a la figura a la cual los tribunales habían investido de la propiedad legal del antiguo *use*

El nombre *trust* fué aplicado después del *Statute* a todos aquellos intereses de equidad tenidos por tales y usado como sinónimo del *use* en las sentencias y fueron reconocidos obligadamente como *trusts*, base del sistema moderno del derecho. Así evolucionó esta figura hasta el siglo XIX, con gran expansión no solo en Inglaterra sino en las colonias, adaptándose a las necesidades económicas requeridas. Desde entonces se ha codificado gran parte de estos lineamientos de acuerdo con las condiciones cambiantes de la sociedad, negocios y de la ley de la propiedad. En efecto, se expidió la Ley de Fiduciarios.

En realidad el origen del *trust* lo encontramos en la confianza, pues el señor que parte a tierras lejanas dejaba sus bienes al amigo, al de más confianza, bienes que dejaba en "*uso*", o bien, como lo señala Lepaulle "*los monjes aconsejan secretamente a las almas piadosas y caritativas que hagan donaciones a terceros que se inclinan en favor de las congregaciones. . .*"; así el *trust* tiene un origen diverso, con ausencia de técnica jurídica, pues la confianza no es norma de derecho, de ahí la necesidad de acudir a la "*equity*", la cual Ullmann la define como "un cuerpo de reglas jurídicas que tienen por primer origen, no la costumbre ni la ley escrita, sino los datos imperativos de la conciencia, reglas

excepcionalmente deducidas y desarrolladas por ciertas cortes de justicia, en especial, la de la Cancillería. ".⁷

De ahí que el *trust* tuviese una práctica amplísima, de tal suerte que se puede implantar en cualquier área económica del ser humano. Señala Maitland⁸ que el *trust* es: " una figura jurídica única, ya que los fines para los cuales se puede emplear son tan ilimitados como la imaginación de los abogados".

Explorando este concepto de *trust*, podemos ver que existe una carga, el fiduciario quien es la persona que posee los bienes, deberá actuar en toda equidad con el objeto de beneficiar a otra, que sería el fideicomisario, destacando que la creación del *trust* es a partir de la manifestación de la intención de beneficiar a un tercero.

En la colonia tuvo poco desarrollo en parte por la desconfianza general hacia los gobernadores reales, quienes eran encargados de administrar la equidad, (no la justicia). Un acontecimiento que marco en la historia de nuestro país vecino del norte, fué la creación de el *Coorporative trustee* o corporaciones fiduciarias, quienes eran empresas creadas para fungir como fiduciarias, lo que ahora en México ha sido interpretado como instituciones de crédito. La primera de estas corporaciones fué creada en Nueva York en el año de 1822 siendo la *Farmers fire Insurance & Loan Company*. Estas compañías alcanzaron un auge en los Estados Unidos de Norte América, donde son profesionales y actúan en el campo de los negocios de administración de *trusts* de toda especie

1.2.3 Elementos personales del *trust*

Las personas que intervienen en el *trust* son: el *settlor*, *trustee* y el *cestui que trust o beneficiary*. Es el *settlor* la persona que da origen al *trust* mediante una declaración unilateral de la voluntad, pues decide transmitir el dominio de determinados bienes a un tercero (*trustee*), con el objeto de que

⁷ Op. cit, 5, pagina, 33.

se realice un fin determinado. Puede reservarse el derecho de revocar el *trust* y el derecho de reconocer libremente al *trustee*.

El *trustee* es la persona que recibe el dominio de los bienes, este dominio es legal, pues la transmisión se realiza en los términos y condiciones que el *Common law* y la *equity* establecen para los bienes afectados. Esta persona queda obligada a realizar la finalidad del *trust*. Puede haber uno o varios *trustees*, están obligados a conducirse en su gestión como si fueran bienes propios apegándose a las indicaciones del *settlor* o del *cestui que trust*, tienen la obligación de realizar el encargo en forma personal, a menos que estén autorizados expresamente para delegar sus funciones. Para Batiza⁹ pueden coincidir en una misma persona los caracteres del *settlor* y *cestui* o *settlor* y *trustee*, cuando formalmente se crea el patrimonio propio del *trust*; no así las cualidades del *trustee* y *cestui* dentro del mismo fideicomiso. No es necesario para el funcionamiento del *trust* designar al *trustee* al momento de constituirlo, pues en su caso corresponde al tribunal realizar el nombramiento.

El *cestui que trust* o *beneficiary* es la persona en cuyo favor se constituye el *trust*. Este puede ser que el mismo *settlor*, en cuyo caso estamos en presencia del *living trust* en el cual el *settlor* sin perjuicio de reservarse el goce de los bienes los da a otro para su administración.

Existe además el *charitable trust*, en el que no se requiere designación de un sujeto de derecho como beneficiario, sino algo tan genérico e imparcial sobre todo, como la paz universal, el alma de un muerto, el provecho de animales para tutela de incapaces, administrar herencias. etc. En nuestra legislación no es posible que el o los beneficiarios del mismo sea la paz universal, el alma de un muerto, animales, etc, pues se requiere que para ser beneficiario (fideicomisario) tengan capacidad legal de goce.

Son dos los derechos básicos del *cestui que trust*: el obligar al *trustee* a cumplir con los fines del *trust* y perseguir los bienes que por actos indebidos del *trustee* están en manos de terceros, con el objeto de integrarlos a la masa patrimonial del *trust*.

⁹ Rodolfo Batiza, El Fideicomiso Teoría y Práctica Editorial Jus Mexico 1995. México. pág. 49.

<p style="text-align: center;">TESIS CON FALLA DE ORIGEN</p>
--

1.3 España

No obstante, los antecedentes provenientes de España, son escasos y no son suficientes para considerarse un antecedente del fideicomiso, sino de figuras jurídicas semejantes, es necesario comentar al respecto, lo que se llamó "Capellanías". En esta figura, se destinaban fondos para la celebración de ceremonias religiosas, el capellán administraba los bienes inmuebles o fondos, gozando de sus productos, obligándose asimismo a su conservación y reparación, en caso de que fuere necesario. En Europa se constituyó un verdadero gravamen.

Otro antecedente fue el llamado "Mayorazgo", que se instituyó como la forma de transmitir bienes al primogénito y para que este, a su vez lo conservara y transmitiera al siguiente primogénito, y así sucesivamente.

Cabe mencionar, que en México, con las leyes de reforma, debido a la prohibición de que el clero tuviere bienes. La iglesia transmitía a personas de su absoluta confianza sus propiedades, con el uso y disfrute de los bienes. En realidad estos actos no tuvieron una eficacia jurídica y al ser descubiertos por el gobierno, los bienes pasaban a ser parte de la nación.

1.4 Descendencia en la legislación mexicana.

El Derecho Positivo Mexicano adoptó la figura del fideicomiso, gracias a los estudios de los franceses Glasson y Laupelle, quienes introdujeron la figura del *trust* al sistema jurídico de tradición romanista, y más recientemente gracias al maestro Alfaro. Aún y cuando todos los sistemas jurídicos tienen una gran influencia romanista, lo cierto es que el fideicomiso mexicano no es más que la adaptación del *trust* anglosajón a nuestro sistema jurídico.

Si bien es cierto, que la figura se asemeja al fideicomiso hereditario romano lo cierto es que el *fideicomisum hereditatis* fue revocado por obsoleto desde roma, siendo aplicable sólo en materia hereditaria, por lo que lo único que se aportó de dicho sistema es el nombre o la etimología del mismo, toda vez que deriva del vocablo cuyas raíces etimológicas latinas: *fides* (fe) *commiso* (encargo).

Sin embargo la adaptación de un sistema jurídico distinto a las raíces del derecho romano ha creado a través de los años innumerables protestas, tal como lo señala Esquivel Obregón, al señalar que el trust sería imposible en México, que las cortes de equidad serían una amenaza y los bancos de fideicomiso una engañifa y un disparate. Alfaro representa la actitud optimista al señalar que aunque dicha adaptación para algunos es impracticable, o por lo menos rodeada de dificultades insuperables, no hay razón para creerlo, ya que ha probado ser más sencilla de lo que parece.

Es cierto que la adaptación de un sistema anglosajón a un sistema romanista, no se logrará en perfectas condiciones, ni en su integridad; en el orden jurídico faltara el antecedente básico entre *equidad* y *derecho estricto* y la forma doble de la propiedad que de ellos deriva, así como un cuerpo jurisprudencial y doctrinario que se ha venido elaborando por siglos, situaciones que no se pueden incorporar a una ley de inmediato, faltando así sus hábitos arraigados en un sistema jurídico planteado bajo pilares de derecho distintos más no contrarios.

Aún bajo esas limitaciones, el fideicomiso en países bajo sistemas romanistas como el nuestro han tenido un buen resultado, tan es así, que los fideicomisos públicos como privados tienden a ser la figura ordinaria para proponer un crecimiento económico que cumpla con las exigencias de la colectividad.

CAPITULO SEGUNDO EL FIDEICOMISO EN MEXICO

2.1 Antecedentes legislativos.

La institución de fideicomiso es una figura jurídica que en nuestro sistema normativo ha llamado la atención de diversos estudiosos del derecho, pues es tan versátil que se hace necesario un estudio profundo de la misma. La figura del fideicomiso es compleja e interdisciplinaria; aparentemente su forma de contratación es simple, pero en su área operativa y relacionándola con los diversos actos jurídicos se hace de una complejidad extrema. Tanto, que los tratadistas en la materia no se han puesto de acuerdo respecto a su naturaleza jurídica lo que permite un estudio mas de fondo sobre esta figura, pues los fideicomisos se han incrementado notoriamente y con una infinita gama de finalidades.

El fideicomiso mexicano deriva de una especie de adaptación del *trust* anglosajón; y del fideicomiso romano que se extinguió cuando la legislación de la época otorgó una mayor facilidad para heredar, como ya quedo explicado; por lo que el *trust* tomo una mayor fuerza por la infinidad de objetivos que pueden plasmarse en el.

La primera manifestación en México de las llamadas *trust companies*, surge el 21 de noviembre de 1905, con un *trust* constituido en Estados Unidos de Norteamérica, en donde se señalaron diversos bienes raíces ubicados en México a favor de las instituciones fiduciarias norteamericanas, como acreedores hipotecarios y en beneficio de los tenedores de las obligaciones o bonos que se ordenaron emitir para garantizar el financiamiento de la construcción de ferrocarriles de las compañías ferroviarias mexicanas.

El Fideicomiso en México se creó como un instrumento que aumentaría “ el caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía”. Esta y otras operaciones de crédito según la Exposición de Motivos de su Ley¹⁰ habrían de permitir que el crédito no siguiera restringido “sólo en los casos en que deba de existir una garantía material”, dicen los legisladores de la época, sino que tales operaciones “podrán ahora insertarse en el mismo curso del proceso de producción, cualquiera que sea su etapa, sin paralizarlo ni impedirlo”, por lo que “el sistema de crédito tendrá por ello una innumerable diversificación, desde las formas rudimentarias de prestamos como prenda e hipoteca para fines de consumo, hasta las más complicadas operaciones financieras”.

De aquí que las rutas del fideicomiso mexicano se deriven de los caminos conocidos en el campo del *trust* como instituto de derecho privado; para desviarlo hacia la vía de la garantía, asegurando la inversión, siendo falso el que se encamine a la pequeña y mediana industria, ya que como lo veremos en el presente capítulo, el fideicomiso en México se instituyó para un fin diverso al que las reformas y modificaciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito le dieron vida, ya que estos pequeños ahorradores se encuentran enterrados en las desventajas de la asistencia bancaria

2.2 Proyecto Limantour

Las primeras manifestaciones oficiales preocupadas por la introducción de esta institución en nuestro país fué el “Proyecto Limantour”, aportado por Jose Y. Limantour, quien en épocas del Porfiriato era el Secretario de Finanzas, quien envió al Congreso en 1905 un proyecto de iniciativa que permitiera a algunas instituciones comerciales desempeñar un papel de “empresas fideicomisarias” (queriéndose referir a las instituciones ahora conocidas como fiduciarias).

Aún y cuando el proyecto se denominó Limantour en honor a este personaje, tal y como lo reconocen todos los estudiosos de la materia, lo

10. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 48ª edición, Editorial porrua, México, 2000, paginas 7-18.

cierto es que su autor fue el Licenciado Jorge Vera Estañol, según la afirmación del Licenciado Pablo S. Macedo¹¹

Este proyecto contaba de ocho artículos y en él, la institución quedaba configurada como el encargo hecho al fideicomisario por virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualquier acto, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; o para hacer cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato. El proyecto implicaba la creación de “instituciones comerciales” llamadas equívocamente “fideicomisarias”, bajo la autorización de la Secretaría de Hacienda y otorgando un comportamiento especial en materia de impuestos.

2.3 Proyecto Creel

Siete años después de establecida la constitución política de 1917, en la primera convención bancaria celebrada en la Capital de la República, se presentó otro proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, cuyo autor fué Don Enrique C. Creel, quien se enfocaba primordialmente a la institución conocida como *trust*, y en la constitución de compañías bancarias, que previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se constituyeran estas instituciones, con un objeto de operación mucho más amplió enfocado como se señaló anteriormente a las *trust and saving banks* norteamericanos, que había estudiado por un largo periodo en su estancia en este país.

Dentro de las aportaciones importantes de este proyecto, se encuentra sin lugar a dudas la nueva denominación de esas instituciones fideicomisarias, para ser denominadas como “compañías bancarias de fideicomisos y ahorro”; proponiendo la autorización por el ejecutivo de una ley que detallara las bases para su constitución y operación, tomando como base para ello las *trust and saving banks* norteamericanas.

¹¹ Citado por Pablo S. Macedo, *Estudio Sobre el Fideicomiso Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., la Edición, México 1975 pag. XIII.

2.4 Comportamiento en la Legislación Mexicana.

En 1920, el jurista Dr, Ricardo J, Alfaro presenta una obra titulada *Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés*. (Imprenta Nacional, Panamá 1920). Esta obra, es el primer paso que da el trust dentro de los sistemas jurídicos de la familia romanocanónica, En este sentido afirma Batiza que un jurista francés anterior al profesor Alfaro realiza el primer estudio sobre la introducción del trust a los sistemas romanos, este estudio está contenido en la obra *Historie de Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre Comparés au Droit et aux Institutions de la France depuis leur originejusq'a nos Jours*, escrita por Ernest Glasson, publicada en 1882.

Es hasta 1925, en Panamá, la doctrina de Dr, Alfaro tomo la forma de Ley; los estudios del clásico jurista panameño tuvieron y tienen una gran influencia en otras legislaciones, incluyendo la nuestra, influencia que nos ha llegado hasta la actualidad.

Señala Pablo S. Macedo en su Estudio de EL FIDEICOMISO MEXICANO una relación sucinta del contenido del proyecto de la Ley de Alfaro: "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado Fideicomisario" (art,1º), El Fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, aun futuros (art, 2º) ; puede ser particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado durante la vida del Fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario" (art. 3º); puede constituirse "para cualesquiera fines que no contravengan a la moral o a las leyes" (art. 5º); se prohíben los fideicomisos secretos (artículo 6º); en los que hay orden sucesivo (art. 8º); no pueden constituirse en favor de persona no existente., salvo que se trate de criatura que esté en el vientre de su madre. (art. 13); la existencia de los fideicomisos comienza cuando el fiduciario acepta el cargo, una vez aceptado..., es Irrevocable pudiendo la aceptación ser expresa o tácita" (art 16); debiendo la primera "manifestarse en la misma forma en que se constituyó el fideicomiso" (art. 17); "el fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del Fideicomitente, o por acto entre vivos. (art. 18); pudiendo este constituirse

“aun verbalmente” (art. 19); el fideicomiso sobre inmuebles no será oponible a terceros sino mediante inscripción en el Registro Público (art. 20); debiendo hacerse esa inscripción a nombre del fiduciario, como cualquier otra transmisión del dominio y se inscribirá como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles fideicomitados” (art. 21); podrá ser fiduciario una persona natural o jurídica” (art. 24); “El fiduciario no podrá excusarse de ejecutar el fideicomiso, ni renunciarlo después de haberlo aceptado sino por causa grave a Juicio del Juez” (art. 25); “el fiduciario tiene todas las acciones y los derechos inherentes al dominio, pero no podrá enajenar, ni gravar los bienes fideicomitados a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos” (art. 27); “el fiduciario debe emplear en la administración de los bienes el cuidado de un buen padre de familia.. y es “responsable de las pérdidas y deterioros que provengan de su culpa” (arts. 29 y 30); “el Fideicomitente y el fideicomisario podrán impetrar en Juicio sumario las providencias conservatorias que crean convenientes. si los bienes fideicomitados parecieran sufrir pérdida o menoscabo en manos del fiduciario...” (artículo. 33); el artículo 36 enumera las causas de extinción del fideicomiso; el siguiente agrega como causa el transcurso de un lapso de veinte años y el último, determina el destino de los bienes que existen al concluir el fideicomiso.¹²

Aunque la primera ley de fideicomiso data de 1926, queremos advertir que la Ley Bancaria de 1924, introdujo en su contenido el fideicomiso por primera vez en nuestro derecho, según su artículo 6º fracción VII, donde se introdujeron los bancos de fideicomiso, en la cual en su exposición de Motivos, se determinó que la institución del fideicomiso en México era nueva, y que la inserción de la institución del fideicomiso importaba una nueva creación, o mejor dicho, la legalización de una institución jurídica moderna, afirmando además, que esta institución era distinta a todas las anteriores y particularmente a la del derecho romano, dentro de las innovaciones más importantes, se encontraba las facultades de esta clase de bancos en celebrar operaciones por cuenta ajena en favor de terceros, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fé (art 1º). En su artículo 5º se prohibía a los bancos o compañías establecidas en país extranjero a tener en la república agencias o sucursales cuyo objeto fuera practicar operaciones del fideicomiso, ya que este debía ser en favor de un

¹² Idem. 11. Pag XV y XVI

tercero (art. 6°), además de la necesidad de que fueren bancos las instituciones que operaran como fiduciarias. Nótese que el legislador desde sus orígenes pretendió proteger los intereses particulares así como del derecho público al prohibir que los fiduciarios fueran fideicomitentes o beneficiarios de los fideicomisos en que participen, así como la obligación de que sean bancos las fiduciarias, además de que estas sean nacionales (protección a las zonas restringidas 27 Constitucional). De ahí la importancia de que en México se respeten las normas y lineamientos que le dieron vida a esta institución a través de estas nuevas leyes, ya que en la actualidad el legislador se ha olvidado por completo de estos principios fundamentales, lo que será explicado detalladamente en el Capítulo respectivo de este trabajo.

Ley General de Instituciones de Crédito de 1926, ofrecía una gran semejanza a la ley bancaria de 1924, reiterando en su artículo 3° la prohibición de las instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México, así como una ley especial que regulara este tipo de instituciones.

Dentro de nuestra legislación aparece regulado el fideicomiso por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, la cual en sus artículos 6 fracción VII, en relación con los artículos 73 y 74, mencionaba: se considerarán instituciones de crédito para los efectos legales a "...Los Bancos de Fideicomiso"; (art. 73) "Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia."; (art. 74) Los bancos de fideicomiso se regirán por la ley especial que ha de expedirse." Hizo referencia simplemente a las operaciones que debieron los bancos de fideicomiso, tales como el servicio a los intereses del público en diversas formas y, concretamente en la administración de capitales; enunciado ello, reservó la reglamentación de las instituciones bancarias correspondientes para una ley especial. Posteriormente la Ley de Bancos de Fideicomiso promulgada el 30 de junio de 1926, apuntaba en su artículo 6° que: "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario"; el

artículo 14 además apunta: .El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aun cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso." Es indudable que la ley de 1926 tomó como modelo de inspiración la Ley del jurista panameño Alfaro de 1925. Es necesario mencionar que aquí el fideicomiso es considerado como un mandato irrevocable; luego, el 29 de noviembre de 1926 se publica la nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, en esta ley, se transcribió integro el artículo 6° convirtiéndose en el 102.

En 1932, el día 26 de agosto es promulgada la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que actualmente está en vigor, en su artículo 346 nos señala que es el fideicomiso “..en virtud del fideicomiso, el Fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria”; en la Exposición de Motivos de esta ley, se apuntó que quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de este instituto; posteriormente analizaremos este concepto.

Después de la Ley Bancaria de 1932, paralela a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Diario Oficial de 27 de agosto de 1932), la que reguló el fideicomiso como institución sustantiva y que estuvo hasta 1985 vigente, fué la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito de 1941, la que hasta el 14 de enero de 1985 reguló las actividades de estas instituciones.

2.5 Definición según la ley.

La definición de fideicomiso según la ley, se encuentra en el artículo 381 (antes 346) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y que reza:

Art. 381. En virtud del fideicomiso, el Fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

El precepto legal invocado hace patente la existencia de cuando menos dos sujetos al momento de realizar el acto constitutivo del fideicomiso y un elemento esencial más que son los bienes que se traducen en el patrimonio fiduciario, así, el fideicomisario no es necesario que se mencione, pues a pesar de ello el fideicomiso es válido, lo anterior, se ratifica con el artículo 347 del mismo ordenamiento que señala:

Art. 347. El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Luego entonces, puede darse el caso de que en el acto constitutivo del fideicomiso se haya omitido designar al fideicomisario; sin embargo, la ley exige que el fin del fideicomiso este determinado, lo que se traduce a que la omisión sea temporal, ya que siempre habrá un beneficiario que bien puede ser el propio fideicomitente.

El fideicomiso en Garantía que es materia del presente trabajo de tesis tiene una modificación o diferencia con el fideicomiso *sui generis* que regula el artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, definiéndolo el artículo 381, del mismo ordenamiento legal como sigue:

Artículo 381 (antes 346). En virtud del fideicomiso en garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

El derecho americano define al fideicomiso de la misma manera en que se encuentra contemplado en nuestra legislación¹³ por lo que insistimos en que el origen y la descendencia de la figura del fideicomiso en México esta basada en el *trust* anglosajón.¹⁴

¹³ Blacks LAW DICTIONARY, West Publishing Co., Fourth Edition, St Paul Minn, 1951.

¹⁴ traducido y citado por Rodolfo Batiza, El FIDEICOMISO Teoría y Práctica pág. 21. Editorial Jus México 1995. México. Término aplicado al documento por el cual el banquero que ha adelantado fondos para la compra de mercancías importadas, y habiéndolas adquirido a su nombre, le da posesión al importador conforme a un convenio según el cual éste conservará las mercancías en trust hasta que se haga pago del adeudo.

En este tipo de fideicomiso como lo analizare en el Capitulo Sexto, se distingue de los demás en el sentido de que el fin u objeto es que el patrimonio fideicometido sea la garantía del cumplimiento de un contrato u obligación respecto del fideicomitente con el fideicomisario, su principal diferencia es que las instituciones fiduciarias podrán actuar como fideicomisarias en los fideicomisos en cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor, lo que sin duda da un giro respecto a el concepto y limitaciones que se venían utilizando a lo largo del tiempo con respecto a las instituciones fiduciarias, en atención a que no era permitido que las fiduciarias fueran beneficiarias de los fideicomisos en que participaran, lo que será motivo de un análisis más profundo en el capítulo respectivo.

Aunado a lo anterior, en este tipo de fideicomisos se aporta una nueva característica que debe prevalecer en el acto constitutivo del fideicomiso y es el de designar a la Institución que deberá de fungir como fiduciaria y que será cualquiera de las enumeradas en el artículo 399 de la Nueva Ley a estudio.

CAPITULO TERCERO
NATURALEZA JURIDICA Y PRINCIPIOS GENERALES DEL
FIDEICOMISO

3.1.1 Naturaleza Jurídica

Nuestra legislación actual ubica al fideicomiso como una operación de crédito, ya que lo regula dentro del Capítulo V, del Título Segundo, denominado De las Operaciones de Crédito de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. En este orden de ideas, la exposición de motivos de dicho ordenamiento apunta: "Aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso porque ya desde 1926, la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía, corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que, con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito lleva en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación."¹⁵

Existen diversas corrientes que explican la naturaleza jurídica del fideicomiso, a saber: la del fideicomiso-mandato; el fideicomiso-institución; el negocio fiduciario; el fideicomiso como acto unilateral; el fideicomiso como contrato bilateral y sinalagmático, la ecléctica, y a mi juicio debe de

¹⁵ Op.cit. 10. Pag 23.

existir otra en razón a la materia y a su clasificación, y que señalo como Operación de Crédito.

3.1.2 *El fideicomiso-mandato.*

Según el tratadista panameño Ricardo J. Alfaro, el fideicomiso es un contrato que crea "un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"¹⁶. Según esta concepción, la esencia del fideicomiso es un mandato en el cual existe una transmisión de bienes basada en un nivel de confianza; el contenido del mandato es la obligación de destinar los bienes transmitidos para cumplir con un fin específico.

Hay contratos que sin perder su esencia contienen en si obligaciones pertenecientes a otros contratos. Aparentemente, el fideicomiso y el mandato pueden ser figuras parecidas, sin embargo y realizando un análisis más profundo existen diferencias que hasta ahora no se han podido conciliar; en primer término en el mandato existen necesariamente dos sujetos, el mandatario y el mandante; para el fideicomiso se requiere Fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, aclarando que nuestra la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala en el artículo 347: que: "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado."; en este sentido, se interpreta el precepto que el señalamiento del fideicomisario es meramente nominal. En segundo término, el mandatario actuará siempre que haya realizado previa consulta al mandante, cosa que no sucede en el fideicomiso, ya que la institución fiduciaria realizará los actos necesarios para cumplimentar la finalidad. Esto es, en el mandato no hay afectación, el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario. El patrimonio fideicomitado en cambio, por estar afectado, forma una masa separada del patrimonio del fideicomitente. Los bienes afectos en fideicomiso están sujetos a un régimen nuevo, el cual es diferente al producido por el mandato; la situación que el fideicomiso crea para los bienes fideicomitados discrepa bastante de la del mandato.

¹⁶ Citado por Miguel Acosta Rorrero en su obra TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE FIDEICOMISO, Editorial Porrúa, Mexico 1997. Pagina 136.

La diferencia fundamental entre estas dos figuras estriba en que el mandante no pierde en ningún caso la legitimación o la posibilidad jurídica de realizar él mismo los actos jurídicos que ha encomendado a un tercero, aunque se trate de mandatos irrevocables.

En cambio los actos jurídicos que el fiduciario debe realizar en ejecución del fideicomiso y por encargo del fideicomitente, sólo el propio fiduciario y no el fideicomitente está legitimado para llevarlos a cabo por virtud del mismo fideicomiso, de tal suerte que si, como a veces acontece, el citado fiduciario desea que el fideicomitente realice alguno de estos actos jurídicos, es indispensable que el fiduciario le otorgue una especie de mandato o a través de un tercero como lo serían los poderes generales para pleitos y cobranzas, en relación con los bienes fideicomitados.

Otra diferencia esencial es que en el fideicomiso se puede establecer un comité técnico, en el caso de los fideicomisos públicos; dicho comité es esencial, según lo señala la Ley de Entidades Paraestatales en vigor, cuyas funciones son las de tomar decisiones por la institución fiduciaria, cosa que en el mandato no es factible; en el primero se debe inscribir en el registro público de la propiedad y del comercio de la entidad, cuando los bienes fideicomitados son inmuebles, en el segundo no es necesario.

3.1.3 Fideicomiso-Institución.

Estudiosos de la materia como Alfredo Dominguez Martinez,¹⁷ acogen la teoría del fideicomiso-institución, en base a la concepción de institución; señala que las características de una institución son: a) *la permanencia*: que es una idea relativa a la duración en relación a la existencia de un ente dentro de un medio social, existe una idea de obrar, que tenga un determinado término en la realización (el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece como plazo máximo de duración del fideicomiso de treinta años, salvo algunas excepciones); b) *la idea de comunidad institucional*: entre los diversos miembros que conforman la institución, se haya un fin común, que es la realización de la obra mediante la organización del poder que a su vez crea órganos, órganos de poder; y *órganos sujetos a un régimen estatutario*: la

¹⁷ Jorge Alfredo Dominguez Martinez, EL FIDEICOMISO Octava edición, Porrúa, México 1999 pag 162.

forma de organizar el poder y de ejercerlo, conlleva necesariamente a un estatuto que puede derivar de la propia ley o de un acuerdo de voluntades entre los diversos miembros.

La idea de institución, surge de la obra de Hauriou¹⁸, la cual dice ser una empresa que se realiza y dará jurídicamente en un medio social; una empresa mercantil perfectamente organizada como las reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, sociedades anónimas, comandita simple, por acciones, de responsabilidad limitada. etc. Claro que las sociedades mercantiles tienen características muy específicas como el hecho de la unión de varias personas físicas o morales con un fin común, aportando bienes, se rigen por un estatuto social, lo que permite crear una persona distinta a los fundadores, con un nombre y patrimonio propios. Podría parecer que el fideicomiso adquiere el carácter de empresa pues existe la intervención de cuando menos dos sujetos, uno que aporta bienes o derechos (fideicomitente), otro que ejercita los bienes fideicomitidos (institución fiduciaria) y un tercero que necesariamente aparece aunque no se señale nominalmente que es el beneficiario (fideicomisario).

Ahora bien, en la práctica hemos visto algunas cosas que son importante señalar: primero que por lo regular los fideicomisos actuales tiene un nombre y un número de contrato que los diferencia de otros fideicomisos dentro de la administración de la misma institución fiduciaria; luego la institución fiduciaria es la persona que tiene las facultades para ejercitar sobre los bienes fideicomitidos acciones y derechos, además de estar obligada a cumplimentar la finalidad del fideicomiso; podrá existir un comité técnico el cual toma las decisiones girando las instrucciones al ejecutor (fiduciaria), este comité técnico parece ser una especie de consejo de administración, además del punto de vista fiscal es equiparable a las personas morales, incluso pueden comportarse como aquellas organizaciones que conocemos como fundaciones; en cuanto a terceros que ejercitan acciones judiciales por incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria demandan a esta última como si fuera la propietaria de los bienes fideicomitidos, afectando de alguna manera al fideicomitente y fideicomisario. La Ley de Entidades Paraestatales. equipara en cuanto a los

¹⁸ Citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez, EL FIDEICOMISO Octava edición, Porrúa, México 1999 pag 163

niveles de dirección y organización a los fideicomisos públicos con las empresas de participación estatal mayoritaria¹⁹.

3.1.4 El fideicomiso como operación de crédito reservada para el sector financiero.

Denomine de esta manera a esta clasificación, ya que a nuestro juicio las únicas instituciones autorizadas por la ley para realizar operaciones de fideicomiso son las instituciones de crédito. Estas son las encargadas de realizar la captación de capitales internos mediante los diversos mecanismos señalados en la Ley de Instituciones de Crédito, los mecanismos de captación son esencialmente el ahorro y la inversión; existe dentro del fideicomiso una transmisión de patrimonio, los cuales son destinados a un fin lícito y determinado, dichos bienes pasan a ser parte de la captación pública, ésta última reservada exclusivamente a las Instituciones de Créditos, de lo que se advierte que el fideicomiso puede ser una operación bancaria. En este orden de ideas, el fideicomiso se encuentra ubicado dentro de las operaciones de crédito, lo que hace de él un acto de comercio en términos de la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio en relación con el artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En las recientes reformas en donde surge el fideicomiso en garantía materia del presente estudio, se introducen nuevas instituciones para participar como fiduciarias en el fideicomiso en garantía, tales como compañías aseguradoras, almacenes generales de depósito, instituciones de

¹⁹ 21 El artículo 4º de la LFEP, señala: "El Banco de México, las sociedades nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas, los fondos y fideicomisos públicos de fomento así como las entidades Paraestatales que formen parte del sistema financiero, quedan sujetas por cuanto a su constitución, organización, funcionamiento, control, evaluación y regulación a su legislación específica. Les será aplicable esta ley en las materias y asuntos que sus leyes específicas no regulen."

Posteriormente el capítulo IV, denominado "De los Fideicomisos Públicos" en su artículo 40 apunta: "los fideicomisos públicos que se establezcan por la administración pública federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades Paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración pública Federal y quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley, los comités técnicos y los directores generales de los fideicomisos públicos citados en primer término se ajustarán en cuanto a su integración, facultades y funcionamiento a las disposiciones que en el capítulo V de esta ley se establecen para los órganos de gobierno y para los directores generales, en cuanto sea compatible a su naturaleza."

fianzas, etc; el artículo 399, para nuestra forma de ver va en contra de los principios rectores que le dieron vida al fideicomiso mexicano; esto es, en la exposición de motivos de 1932, se insistió en que las únicas instituciones que podían actuar como fiduciarias a las instituciones de crédito, son las reguladas por la Ley de Instituciones de Crédito, por las cuales el estado ejerce su rectoría y somete a estas instituciones a un rígido sistema de vigilancia y sanción que no contienen las nuevas instituciones fiduciarias, lo que de igual manera analizaremos en el capítulo respectivo.

3.1.5 Negocio Fiduciario.

La doctrina en general suele definir el negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica²⁰. Según Barrera-Graf, por virtud del fideicomiso, “una persona transmite una cosa o derecho a otra, obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada, y como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente”.

Esta concepción de fideicomiso como negocio fiduciario es lo más cercano al fideicomiso, basta relacionar el concepto transcrito con el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que apunta: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria." En este sentido, el fideicomiso es desde luego un acuerdo de voluntades, cosa que de antemano denota la relación contractual bilateral, como lo veremos más adelante; el destinar ciertos bienes o derechos para una finalidad específica se traduce en la actividad del fideicomitente de otorgar bienes para lograr la realización de un fin lícito y determinado, quedando claro que la transmisión de esa fracción patrimonial se realiza con el objeto de obtener un fin, más no para enriquecer a una de las partes; en este orden de ideas, el negocio fiduciario tiene cuando menos dos elementos personales: el fiduciante (quien otorga los bienes) y el fiduciario (quien administra los bienes fideicomitidos); podría hablarse de un tercer elemento personal derivado de la determinación de la finalidad

²⁰ Op cit, 16. pag. 174.

quien será el fideicomisario (persona que recibe los beneficios del fideicomiso), sin embargo, dentro del negocio fiduciario no se habla de un beneficiario, esto último es la gran diferencia entre el negocio fiduciario y el fideicomiso; en el primero, la finalidad puede o no beneficiar a una persona determinada con capacidad jurídica para recibir los beneficios; en el fideicomiso, tanto del punto de vista histórico, legal y práctico siempre se busca que el beneficio sea recibido por una persona o personas con la capacidad jurídica necesaria para recibir los efectos del fideicomiso, por lo que en esta figura se habla de tres elementos personales, a saber: fideicomitente; fiduciario y fideicomisario.

De Sousa Lima²¹ conceptualiza el negocio fiduciario como "aquel en el que se transmite una cosa o derecho a otro, para determinado fin, asumiendo el adquirente la obligación de destinarlos según aquel fin y satisfecho éste de devolverlos al transmitente".

Martínez Domínguez²² señala que de entre las diversas conceptualizaciones de negocio fiduciario existentes en la doctrina, falta la de "*la confianza habida entre el enajenante para con el adquirente de que éste cumplirá con la obligación adquirida.*" En consecuencia el mismo autor señala que por negocio fiduciario debe entenderse "*aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinarla a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero.*"; esta conceptualización tiene su origen como lo señalamos en el capítulo II en el origen del *trust* anglosajón.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado un criterio en una tesis aislada en la que determina que la naturaleza del fideicomiso es la de negocio jurídico:

"FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se

²¹ Citado por Horacio Sánchez Sodi EL FIDEICOMISO EN MEXICO, Editorial Greca, Primera Edición, México 1996, pag 26.

²² Op cit. 17 pagina 176.

concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.²³

3.1.6 *Negocio Indirecto.*

El negocio fiduciario como ya lo definimos es un acto con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes, y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta sólo será efectiva si aquel que recibe los bienes, obra de estricta buena fé y cumple moral y jurídicamente su obligación²⁴.

Esta figura es interpretada como un negocio indirecto, el cual en nuestra legislación se asimila a un acto simulado prohibido por la ley²⁵. En efecto, en México se habla de negocios fiduciarios a aquellos actos indirectos no tipificados por el derecho, integrados por un negocio jurídico válido y otro oculto, que corresponde a la verdadera finalidad perseguida por las partes. Es un negocio jurídico distinto al que aparece que las partes quisieron celebrar. Miguel Acosta Romero²⁶, habla del negocio fiduciario como aquel acuerdo mediante el cual un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otro, y éste se obliga a destinarlo a una finalidad determinada que aquel lo señaló, y lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero.

Para distinguir entre el negocio fiduciario y el negocio indirecto el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, señala: Así por ejemplo, si se transfiere a otro el dominio de un inmueble, mediante un contrato de venta, más la finalidad propuesta en realidad es garantizarle un crédito, el negocio celebrado es indirecto y fiduciario a la vez". La Suprema Corte de Justicia ha declarado a este tipo de operaciones como ilícitas tal y como lo definió en la tesis de Jurisprudencia :

²³ Amparo en revisión 769/84. Unitas, S. A. de C.V. 26 de agosto de 1986. Mayoría de 17 votos de los señores ministros: De Silva Nava, López Contreras, Cuevas Mantecón, Castellanos Tena, Días Infante, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Adato Green, Rodríguez, Martínez, Semanario Judicial de la Federación Enero 1993, Tomo II, pagina 146.

²⁴ Op cit. 16. Pag 174.

²⁵ Artículos 2180 al 2184 del Código Civil del Distrito Federal; Segunda Edición, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Mexico 1992.

²⁶ Op Cit. 16 Pag 174.

NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILICITOS.

La venta en garantía de un préstamo en un negocio fiduciario prohibido por la ley. Solo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho²⁷.

FIDEICOMISO. NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILICITOS.

La venta en garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho, de conformidad con los artículos 1680, 1682 y 1686 del Código Civil del Estado de Guanajuato, que es el del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884²⁸.

Ante el comportamiento de este negocio fiduciario en nuestro país, es importante destacar que el fideicomiso en general, se encuentra ausente de esta figura, ya que de no serlo así sería nulo por simulación de actos jurídicos, sin embargo el fideicomiso puede contener una simulación conforme a su definición por ley; por ello, en los casos en que la garantía pretendida por el acreedor pueda satisfacerse mediante prenda o hipoteca, o bien mediante un contrato traslativo de dominio, como la venta, donación, etc. Es importante que no se oculte el objeto deseado, como aparentemente

²⁷ Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen CXII, Cuarta Parte. Tesis: Página: 87. Tesis Aislada. Amparo directo 6897/59. Salvador Ortiz Meza. 31 de octubre de 1966. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. Tercera Sala.

²⁸ Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen LXII, Cuarta Parte. Tesis: Página: 93. Tesis Aislada Amparo directo 7131/61. María Guadalupe López Torres. 31 de agosto de 1962. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada. Tercera Sala.

sucede en este nuevo fideicomiso en garantía, ya que desde su contratación se transmite la propiedad, lo que sin duda conlleva a la retroventa o negocio fiduciario prohibido por la ley y que será analizado en el capítulo respectivo.

3.2 Teorías sobre el Patrimonio en el Fideicomiso.

Para poder comprender la forma en que se comporta el patrimonio en el fideicomiso, debemos entender que es el patrimonio. Según don RAFAEL ROJINA VILLEGAS²⁹ es "Un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho.", este concepto ilustra claramente lo que debe entenderse, en estricto sentido por patrimonio, pero para una mejor comprensión debe desmenuzarse el contenido de su definición; así don ANTONIO DE IBARROLA³⁰ respecto al patrimonio señala que viene de la palabra latina *patrimonium*; bienes que el hijo tiene, heredado de sus padres y abuelos y lo define como; "El conjunto de los derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero." Si se deseara reducir el patrimonio a números claros, tendría que deducirse el pasivo del activo, según la máxima latina "*Bona intelliguntur quae, deducto oere alieno, supersunt.*" (Se tienen por bienes a los que quedan después de pagadas las deudas).

La concepción clásica del patrimonio señala que éste es una universalidad (abarca tanto los activos como los pasivos, derechos y obligaciones), lo que denota la unidad del patrimonio; esta corriente ha sufrido diversas críticas, de ahí la nueva concepción del patrimonio como un patrimonio de afectación, la cual indica que una persona podrá tener tantos patrimonios, como tantos fines tenga y les haya destinado bienes a cada uno.

Atendiendo a la noción de patrimonio, el legislador, desde un punto de vista técnico-jurídico hace la diferencia entre los derechos estrictamente personales y los que no lo son; el patrimonio en sí mismo es una

²⁹ Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil Mexicano Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, México 1980, pag 7.

³⁰ Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A., México 1957, pagina 25 y siguientes.

universalidad de bienes, derechos y obligaciones. Los bienes del patrimonio pueden ser corpóreos o incorpóreos, así podemos hablar de un inmueble o de un contrato; pero dentro del patrimonio encontramos un apartado que regula derecho personalismos de las personas, los cuales son jurídicamente imposible transmitir, como lo son el derecho al nombre, a la Vida, a la libertad, al honor, el derecho de autor, derechos políticos, etc..

En consecuencia, la ley común Códigos Civiles de cada Estado y el Código Civil para el Distrito Federal, regula los derechos reales y personales, señalando aquellos que son susceptibles de transmisión y el mecanismo para ello y los bienes y derechos que no se pueden transmitir por existir impedimento legal o que por su propia naturaleza no se puede verificar esa transmisión.

Así tenemos pues que el patrimonio esta integrado por dos categorías o clases de derechos que representan para su titular un valor pecuniario, que son; los derechos reales y los derechos personales o de crédito.

Nos ocuparemos de los derechos reales de una manera general, y en especial a los derechos de propiedad. Se ha dicho que este derecho es un derecho real ilimitado, siempre y cuando no rebase los límites jurídicos. El segundo de estos derechos reales que tienen un derecho más limitado siendo de un señorío parcial como lo es la capacidad de goce; usufructo, uso, habitación y servidumbre, a los cuales también se le llaman *derechos reales ilimitados*³¹.

En tercer lugar, tenemos los derechos reales llamados accesorios o de garantía como lo es la prenda, hipoteca; donde encaja el fideicomiso en garantía. El derecho de propiedad según nos dice el maestro Alfredo Domínguez Martínez³² en su obra titulada "El Fideicomiso"; posee dos elementos peculiares que lo caracterizan que son el elemento estático, y el dinámico; el primero de ellos consiste en la facultad de utilización directa de la cosa, es decir la facultad como dueño de aprovechar los beneficios que le concede su derecho, de acuerdo a la naturaleza y posibilidades de la explotación, ya que por ejemplo podemos tener la facultad de comprar un arma para nuestra protección, pero no podemos utilizarla aún y con la

³¹ Ramón Sanchez Meda LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO, Editado por la Barra Mexicana de Abogados, Séptima Época, Julio- Diciembre, México D.F., 1980 paginas 93-110.

³² Op cit. 17. Pag. 163.

categoría de propietarios de usarla y disparar a cualquier persona, lo que limita esa facultad. El elemento dinámico es la facultad de utilización indirecta o de disposición oponible a todo el mundo. En nuestra legislación estos dos elementos están contenidos en los artículos 830 y 831 del Código Civil. El primero dice: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes"; y el segundo "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad del dueño...".

Por ello, es indudable que el derecho real que vincula a una persona con la cosa de su propiedad, es ilimitado y perpetuo, por lo que en los derechos accesorios o de garantía sólo se dispone de esa propiedad en garantía de una obligación o derecho de crédito.

Es necesario determinar en un sentido y hasta que punto la propiedad puede ser limitada sin que sufra su esencia conceptual y en segundo lugar, cuales son las facultades que pueden ser abstraídas al propietario, sin que el carácter que el derecho de propiedad sea vulnerado.

Los romanos consideraban, que una característica del derecho de propiedad era su perpetuidad, por lo que desde un principio negaron la posibilidad de existir una transmisión "*ad tempus*". Si una persona transmite a otra la propiedad de una cosa, no se podía por medio de una disposición anexa al acto de la transmisión hacer que a la llegada de cierto término o a la realización de una condición, la propiedad de pleno derecho volviera al enajenante, lo que se conoció como el pacto de retroventa. En caso de que se hiciera dicha estipulación, la propiedad pasaba al adquirente de un modo absoluto, pero al cumplirse el término o condición el antiguo propietario podía ejercer una acción personal con el fin de forzar al adquirente a transferirle la propiedad. Algunos autores opinan que al final del imperio de Justiniano se cambió esta teoría, admitiendo para determinados casos que la propiedad se transfería "*ad tempus*"³³.

En el fideicomiso privado se transmiten bienes propios del fideicomitente con cierta limitación, la primera parte del artículo 386 de la Ley General De Títulos Y Operaciones De Crédito, consagra: "*Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.*"

³³ Carlos Yarza Ochoa EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO Tesis Profesional UNAM , México D.F., 1979. Pag 90 en adelante

Una vez comprendido lo que para la doctrina es el patrimonio y su forma de transmitirlo, nos abocaremos a las diferentes teorías respecto a la forma en que se transmite o afecta este en el fideicomiso.

3.2.1 El fideicomiso como patrimonio sin titular.

Ante las diferentes teorías respecto al patrimonio *personalidad*, y patrimonio *afectación*, en opinión de algunos autores es factible contemplar patrimonios que carezcan de titular.

En Alemania, por ejemplo se ha aceptado desde hace mucho tiempo que aquel que desea fundar un establecimiento útil, no tenga la necesidad de ingresar sus bienes siendo un patrimonio afectado a una finalidad determinada, un establecimiento compuesto por una masa de bienes sin que nadie sea considerado como propietario de la misma. "*patrimonio sin destino*".³⁴

Algunos autores de la materia afirman que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, esta inspirada en las ideas sustentadas por Lepaulle, respecto del *trust* como patrimonio de afectación, por lo que es necesario conocer la conceptualización del patrimonio en dicha institución jurídica según el autor francés.

Para determinar la naturaleza del *trust* es necesario analizar las diferentes teorías prevaletientes en la época. La primera, es aquella según la cual el sostén de dicha figura estaba representada por un derecho de crédito cuyo titular era el *cestui que trust* contra el *trustee*, esta erá definitivamente inexacta, ya que "*para que esta teoría pudiese tener verosimilitud, sería por lo menos necesario completarla diciendo que el cestui que trust es un acreedor protegido a la vez por una garantía real por una doctrina análoga a la del reemplazo de nuestro régimen dotal*".³⁵

La segunda teoría también inaceptable para Lepaulle, viene a ser una replica de la anterior, sólo que en esta se explica tratando hacer prevalecer que el *cestui que trust* es titular de un derecho real principal, como lo es el

³⁴ Brinz, obra citada en Miguel Acosta Romero en su obra TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE FIDEICOMISO, Editorial Porrúa, Mexico 1997. Pag 68.

³⁵ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez, pag 151.

de propiedad, lo que sería una aberración jurídica, al ser factible en ocasiones que el objeto del trust sea en ocasiones un derecho personal, llegando al extremo siguiente “ *un derecho real sobre un derecho personal Que logomaquia*”³⁶.

Para este autor, el único sujeto imprescindible en el trust es el trustee y girando derechos y obligaciones siempre en torno a una cosa haciéndola consistir en la afectación de los bienes, definiéndola como “ *una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación.*”

Ante esta teoría juristas como Landereche Obregón³⁷, señala jurídicamente fundada la teoría del autor francés de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como una simple condición de un órgano que realice el fin que se persigue. En estas condiciones el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguno de los sujetos que intervienen siendo que transfieren los derechos afectados al fideicomiso. Este autor señala que “*.. constituye una unidad que se conserva en tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente de que los bienes que lo formulaban en su origen se sustituyan.*”

Una característica en el fideicomiso que otorga fuerza a esta teoría es la relacionada a que este patrimonio queda fuera de la masa de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, siendo que aún y cuando el patrimonio fideicomitado como tal puede ser sujeto a quiebra, no por ello se afecta el patrimonio del fiduciario, tan es así que los propios fiduciarios instituyen un patrimonio fuera del suyo para registrar este patrimonio con bienes de cualquier especie sin acrecentar el suyo.

3.2.2 El fideicomiso como desdoblamiento de propiedad.

³⁶ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez pag 152.

³⁷ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez pag 153

En esta teoría lo que los autores exponen es la posibilidad de que existan dos o más titulares de un mismo derecho existiendo así dos derechos reales, uno del cual el titular es el fiduciario y el fideicomisario el otro.

El fiduciario como lo veremos más adelante, al analizar los derechos y obligaciones de las partes en el fideicomiso, es aquel que por la ostentación que tiene ante terceros, al tener poder de administración y decisión sobre los bienes que se han afectado en fideicomiso, ostentándose así como propietario sólo por lo que respecta a el cumplimiento del fin previsto en el fideicomiso.

El fideicomisario por el contrario, puede en los casos legalmente establecidos perseguir el fin e incluso reivindicarlos para restituirlos, sin olvidar que el fiduciario es quien en forma directa ejerce dominio sobre las cosas, aún y cuando en ocasiones no tenga la posesión; Lizardi Albarran, asegura que concurren sobre una misma cosa dos derechos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente sin justo título. El fideicomisario por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden a la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario, pero sin derecho de dominio al menos de que se cumpla con la condición pactada.

Para ROJINA VILLEGAS³⁸, es jurídicamente insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad admita desdoblarse, con la posibilidad de que existan dos titulares de un mismo derecho real en una especie de copropiedad, ya que la existencia de uno elimina la del otro, además de que el fideicomisario es titular de derechos de crédito.

Existen otras teorías en las que se afirma que existe una transmisión de derechos de los que es titular el fiduciario, ya que quien transmite la propiedad es el fideicomitente hacia el fiduciario, pues según lo anota, la traslación del dominio la hace parecer como dueño al fiduciario, sin embargo este, no tiene un libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitados, ya que estas están limitadas, ya que sólo pueden ser ejecutadas por el fideicomitente cuando se le reivindique la cosa.

³⁸ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez pag 156

En este orden de ideas, los bienes fideicomitidos vienen a constituir un patrimonio separado; es decir, un patrimonio fin o patrimonio de afectación, pero hecha la salvedad y advertencia de que tal patrimonio cuenta con titular. Sigue diciendo que el fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario, porque él aunque temporal y revocable es el dueño. Titulares económicos fideicomitente y fideicomisario, porque a ellos son a los que les beneficia la propiedad al concluirse el fin del fideicomiso.

Otro autor que apoya esta teoría es Serrano Treviño³⁹, quien al analizar los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito afirma que el fideicomiso supone un patrimonio de afectación con destino cierto y determinado que no carece de titular, además de que como lo refiere el artículo 356 de dicha ley, “ la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo..” El fiduciario en síntesis, aparece como tal, debe ser y es por tanto titular de los derechos fideicomitidos.

La Suprema Corte de Justicia en este sentido dictó el criterio jurisprudencia que a continuación transcribo⁴⁰:

FIDEICOMISO. TITULARIDAD FIDUCIARIA. SU DIFERENCIA CON LA PROPIEDAD CIVIL.

Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues en la primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio, en la segunda el titular no tiene el derecho de gozar del bien, porque no puede disponer para su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que normalmente tales derechos se destinan al fideicomisario, que no lo puede ser la institución fiduciaria; y, por otra parte, la titularidad fiduciaria solamente puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso, mas esta circunstancia lleva a establecer que mientras que la fiduciaria desarrolle la titularidad que le fue conferida por el fideicomitente, sobre el bien afectado en

³⁹ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez pag 158

⁴⁰ Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 139-144 Cuarta Parte. Tesis: Página: 53. Tesis Aislada.

fideicomiso, su actuación no podrá considerarse nula por ser contraria al tenor de leyes prohibitivas o de interés público.

Landerreche Obregón⁴¹ calificó como precisa y acertada la reglamentación realizada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, respecto a la definición de esta figura, por lo que es preciso determinar que en el fideicomiso se destinan ciertos bienes a un fin determinado, tal y como lo señala el artículo 381 de la citada ley. Sin embargo estas teorías se ven afectadas por la novedosa conceptualización que el legislador le otorgó al fideicomiso en garantía materia de este trabajo, ya que en este se atreve a señalar que desde la contratación se transmite la propiedad de los bienes, olvidándose de que en el fideicomiso se destinan los bienes a un fideicomiso, ya que el legislador había sido precavido para no crear confusiones en este sentido, situación que será analizada posteriormente.

3.3 Formas de constituir el Fideicomiso

Existe otra clasificación respecto de la forma en que se constituyen los fideicomisos, sobre este particular existen teorías que afirman que el fideicomiso es un contrato bilateral o un acto unilateral; los tratadistas en la materia definen tres corrientes sobre su acto constitutivo; 3.3.1 Unilateral; 3.3.2 Bilateral y 3.3.3 Ecléctica.

3.3.1 Unilateral. La constitución del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de la voluntad, advirtiendo que el fideicomiso puede establecerse en un contrato. pero no será el acuerdo de voluntades el que lo constituya. sino que se constituirá por la voluntad del fideicomitente.

El ejemplo primordial para ejemplificar esta teoría es el fideicomiso testamentario. Mediante una declaración unilateral de voluntad, se establece vía testamento notarial, en el cual se señala cuales a la institución fiduciaria y el fin lícito y determinado, por lo regular se señala fideicomisario; pero esto no es una constitución de un fideicomiso, pues a la muerte del autor de la sucesión apenas se abre la testamentaria mediante la relación de la herencia, por lo que apenas existe un llamado a los posibles herederos.

⁴¹ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez pag 156

Ningún presunto heredero puede acudir a una institución fiduciaria con el objeto de ejecutar el fideicomiso testamentario; necesariamente la institución fiduciaria requiere al albacea de la sucesión para que él, con su carácter de representante de los herederos, y responsable de los derechos y obligaciones del autor de la sucesión pueda contratar y obligarse como albacea dentro del acto constitutivo del fideicomiso.

Las sucesiones se cumplimentan del punto de vista procesal con cuatro etapas, en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: 1º se inicia con la denuncia de la sucesión legítima (los fideicomisos se proponen dentro del testamento escrito, por lo que necesariamente siempre hablaremos de sucesiones testamentarias) y termina con el auto que declara herederos, legatarios y el nombramiento y aceptación del cargo de albacea; posteriormente siguen las etapas de inventarlos y avalúos, administración y por último la adjudicación de los bienes.⁴²

En este orden, se requiere necesariamente cumplir con lo señalado en el Libro Tercero del Código Civil vigente para el Distrito Federal, así como los artículos 784 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues sólo así podrá actuar el albacea; una vez habiendo albacea entonces podrá realizarse el acto constitutivo del fideicomiso.

Por la explicación anterior, nos pronunciamos en contra de señalar que el acto constitutivo del fideicomiso es unilateral, pues se requieren

⁴² Artículo 1649. La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte del ausente."

Artículo 1691. El albacea podrá ser universal o especial.

Artículo 1705. El albacea debe deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia.

Artículo 1706. Son obligaciones del albacea general;

I. La presentación del testamento;

II. El aseguramiento de los bienes de la herencia;

111. La formación de inventarios;

N. La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;

V. El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;

VI. La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.

VII. La defensa, en Juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento.

VIII. La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promover en su nombre o que se promovieran contra ella;

IX. Las demás que imponga la ley.

Artículo, 784; "En todo juicio sucesorio se formarán cuatro secciones compuestas de los cuadernos necesaria, Deben iniciarse las secciones simultáneamente cuando no hubiere impedimento de hecho.

necesariamente dos partes cuando menos no sólo para constituirlo sino para ejecutarlo (fideicomitente y fiduciario).

3.3.2) Bilateral. Se señala dentro de esta corriente que la constitución del fideicomiso se realiza mediante un contrato, lo que hace que el acto sea bilateral, pues siempre será necesaria la concurrencia del fideicomitente y de la institución fiduciaria para que se constituya el fideicomiso, tomando en cuenta que esta última podrá ser indeterminada, en este sentido, ambos elementos personales mantienen una serie de derechos y obligaciones entre sí y en relación con terceros, Batiza ⁴³ señala que el trato que recibe dentro de la exposición de motivos de la ley es contractual, pues ese es el verdadero sentido que el legislador quiso darle a dicha figura; otro punto importante es el pacto comisorio que conlleva todo contrato de fideicomiso pues el incumplimiento de la fiduciaria permite ejercitar la o las acciones consagradas en la ley.

Al efecto el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que habrá fideicomiso cuando por "virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite ciertos bienes a la institución fiduciaria con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". Es necesario analizar el texto de este numerando con el objeto de establecer la bilateralidad del acto constitutivo y ejecutivo del fideicomiso, por lo que adquiere naturaleza contractual.

Del análisis del numeral citado tenemos que "El fideicomitente transmite ciertos bienes"; aquí ya aparece un primer elemento personal del fideicomiso quien es el fideicomitente, el cual en forma expresa destina algunos bienes, los que le son disponibles, no así los personalismos, con el objetivo de que se realice un fin lícito y determinado, pero la realización de ese fin no lo hace el fideicomitente, sino que le entrega los bienes a una institución autorizada para ello (instituciones ahora llamada fiduciaria, cuando anteriormente a las reformas de 23 de mayo del año dos mil; se trataba de instituciones de crédito), pero para transmitirlos, se requiere que dicha institución acepte el cargo de fiduciario, con lo que surge el segundo elemento personal e indispensable para poder constituir un fideicomiso; agregando que toda la operación tiene como objetivo la realización de un

⁴³ Op cit. 9 pág. 164 y sig.

fin lícito, lo que nos da un elemento objetivo necesario que es la realización material de la finalidad; por último es necesario que se señale el fin en forma determinada pues esto subsana la ausencia del tercer elemento personal del fideicomiso quien es el fideicomisario (beneficiario); nótese que el actual artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que estas instituciones podrán ser fiduciarias y fideicomisarias, por lo tanto en estos casos si se estaría en presencia de un contrato bilateral.

3.3.3 Ecléctica: Es necesario hacer una separación entre la constitución del fideicomiso y el contrato que permite su operación práctica. Parte de una primera hipótesis; mediante una declaración unilateral de la voluntad puede constituirse un fideicomiso, como es el caso de la constitución por testamento; una segunda hipótesis deriva de lo que sería la contratación mediante la cual se ejecuta el fideicomiso. Por nuestra parte, y con base a las razones que aludiremos después consideramos que la constitución del fideicomiso tiene lugar por un acto unilateral y el acuerdo de voluntades que es requisito para esa figura, es para su ejecución, participamos de la idea de que el fideicomiso, en su fase constitutiva es un acto unilateral y no sólo, sino además, que el contrato que se celebra entre el fideicomitente, fideicomisario, por una parte y fiduciaria o fideicomisario por la otra, tiene por objeto no la constitución del fideicomiso, sino su ejecución.

Para la constitución de un fideicomiso se requiere no sólo la voluntad del fideicomitente de transmitir determinados bienes para un fin lícito y determinado, también se requiere de la participación del fiduciario, pues éste no puede ni debe faltar en todo fideicomiso. Así, el artículo 395 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prescribe que se deberá de nombrar a la institución fiduciaria desde su constitución, la cual deberá de aceptar o no su participación en el fideicomiso. En consecuencia, el fideicomiso no puede ser un acto unilateral de la voluntad en virtud de que requiere de la concurrencia de otra voluntad de una institución autorizada por la ley, para desempeñar el cargo de fiduciario.

El fideicomiso es un contrato bilateral y sinalagmático, pues su constitución crea obligaciones y derechos recíprocos para las partes, la fideicomitente tendrá la obligación de administrar los bienes que para el fin

licito y determinado se ha creado un fideicomiso, por otro lado tiene el derecho de cobrar los honorarios fiduciarios; el fideicomitente tiene la obligación de pagar los honorarios fiduciarios, responder al saneamiento para el caso de evicción,, artículo 2119 y 2120 del Código Civil para el distrito Federal, además de los derechos de nombrar fideicomisario, nombrar al comité técnico, recibir los remanentes, etc; estos son ejemplos de algunos derechos y obligaciones existentes entre el fideicomitente y fiduciario, los cuales al ser recíprocos con derechos nacidos de la propia ley y del contrato hacen del fideicomiso un contrato bilateral sinalagmático.

Por un lado existe una manifestación de voluntad la cual puede ser expresa o tácita, el contenido de esa manifestación es precisamente la intención de constituir un fideicomiso, mas no la propia constitución; esto es como un contrato de arrendamiento por ejemplo, no podemos decir que por la manifestación de la intención ya hay arrendamiento, y que luego bastará un acuerdo de vontades para que dicho arrendamiento se ejecute; la manifestación de voluntad es un primer elemento del fideicomiso a partir del texto del artículo 395; un segundo elemento es el fin lícito y determinado para el cual se destinan los bienes y por último el encargado de hacer que esa finalidad se realice (institución fiduciaria) lo que hace una relación bilateral con obligaciones y derechos para las partes (relación sinalagmática) .

Es necesario agregar que el artículo 46, fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito, señala que las instituciones de crédito son las únicas que podrán ejecutar las acciones fiduciarias señaladas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; en realidad es una autorización legal, la cual contrae todos los derechos y obligaciones que el ordenamiento legal otorga; son este tipo de instituciones las encargadas de realizar la finalidad del fideicomiso; en consecuencia se deriva que el fideicomiso es un contrato en el cual media por un lado la voluntad del fideicomitente y por el otro los derechos y obligaciones de la institución fiduciaria emanadas de la ley, más las cláusulas adicionales.

El fideicomiso, tiene una finalidad amplísima, tanto que la ley la considera como es un contrato del cual derivan determinados derechos y obligaciones para las partes que lo celebran, dando origen a un institución autónoma, aclarando que la misma ley otorga a las partes una libertad contractual, siempre y cuando no vaya en contra de la ley, la moral, las

buenas costumbres o el interés público y social, de donde deviene lo difícil para acertar con una definición o señalar adecuadamente cual es su naturaleza jurídica.

3.4 Clasificación de los fideicomisos.

3.4.1 Expreso o tácito. En legislaciones extranjeras que tiene figuras similares a nuestro fideicomiso, basta con expresar de forma indubitale la voluntad, o que la misma derive de un acto de voluntad tácito para que se de el nacimiento de dicha figura; expreso, la voluntad de las partes se hace patente en un acto concreto en el cual se da el origen del fideicomiso . El artículo 352 de la LGTOC, menciona que los fideicomisos deben revestir la forma expresa: "El fideicomiso puede ser constituido por actos 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."

3.4.2 En función de la naturaleza del fideicomitente, los fideicomisos pueden ser:

3.4.2.1 Públicos. Apunta Miguel Acosta Romero que "Será fideicomiso público aquel en donde el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, a través de sus dependencias centrales o Paraestatales, con el carácter de fideicomitentes, transmiten la titularidad de determinados bienes del dominio público o del dominio privado de la federación, entidad o municipio o afecta fondos públicos a una institución fiduciaria para realizar determinado fin lícito de interés público".⁴⁴

Existen fideicomisos públicos en los tres niveles de gobierno, en los de la administración pública federal centralizada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público siempre tendrá el carácter de fideicomitente; en los estatales la Secretaria de Desarrollo Económico Estatal o su homólogo tendrán a cargo la personalidad de fideicomitente del Estado; por reflejo de lo anterior, en los fideicomisos municipales es fideicomitente el Ayuntamiento por medio de la dependencia encargada de la tesorería municipal.

⁴⁴ Acosta Romero Miguel. DERECHO ADMINISTRATIVO. Porrúa, 1994. México. pag.194.

Dentro de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, se encuentra la regulación de los fideicomisos públicos, que dentro de los principios generales podemos mencionar:

- a) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será el único organismo facultado para ser fideicomitente de la administración pública federal centralizada.
 - b) Tendrá la obligación de cuidar que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitados.
 - c) Cuidar las limitaciones que se establezcan o que se deriven de derechos de terceros.
 - d) Vigilar la precisión de los derechos que el fideicomitente se reserve.
 - e) Cuidará y precisará las facultades que en su caso fije al comité técnico.
 - f) Habrá obligadamente Comité Técnico en los fideicomisos públicos que se establezcan por la administración pública federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan Como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, dichos fideicomisos serán considerados entidades Paraestatales y se registrarán por las disposiciones de este ordenamiento (LFEP).
 - g) El fiduciario, dentro de los seis meses siguientes a la constitución o modificación del fideicomiso, deberá someter a la consideración de la dependencia encargada de la coordinación del sector al que pertenece, los proyectos de estructura administrativa o las modificaciones que se requieran.
 - h) Así mismo, se establecen mecanismos de control y de instrucción para el caso de que e] fiduciario requiera de informes y controles especiales.
 - i) Debe determinarse las facultades especiales adicionales del Comité Técnico.
 - j) Dichas facultades del comité técnico constituyen limitaciones para la institución fiduciaria.
 - k) En los contratos de fideicomiso de la administración pública federal centralizada, se deberá reservar al Gobierno Federal la facultad expresa de revocar, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios, o a terceros, salvo que se trate de fideicomisos constituidos por mandato de la ley o que la naturaleza de sus fines no lo permita.
- Estos son los elementos esenciales de los fideicomisos públicos, pues en caso de faltar alguno de estos el fideicomiso no podría existir: a) Siempre

habrá un comité técnico; b) Su finalidad es de interés público o social; c) Los bienes fideicomitidos son bienes del dominio público o privado de la Federación, Estados o Municipios y;

d) La aportación se realiza vía Secretaría de Hacienda cuando es de la administración pública federal centralizada; Secretaría de Desarrollo económico o su homólogo para el caso de los Estados y por la Tesorería del Ayuntamiento cuando es municipal. Por otro lado, tenemos elementos operativos, los cuales se constituyen en diversos derechos y reservas en favor del fideicomitente, los cuales ya se han señalado.

3.4.2.2 Privados. Son fideicomisos privados aquellos donde los sujetos que intervienen y los bienes fideicomitidos son particulares, la regulación de estos se encuentra como ya se dijo antes, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a partir del Título Segundo, Capítulo Quinto.

Los bienes fideicomitidos son privados en su totalidad, además de que la existencia del comité técnico no es necesaria, su existencia es facultativa a diferencia de los públicos donde el comité técnico es obligatorio.

3.4.3. En función de quien ordena su constitución, pueden ser:

3.4.3.1 Por mandato de ley. Son aquellos que su constitución y funcionamiento están señaladas en una ley especial, así por ejemplo el FIDEICOMISO PARA EL FONDO NACIONAL DE FOMENTO AL TURISMO "FONATUR", establecido en los artículos 26 y siguientes de la Ley Federal de Turismo, el cual apunta: "El Fideicomiso Fondo Nacional de Fomento al turismo (FONATUR), participará en la programación, fomento y desarrollo del turismo, de acuerdo con lo dispuesto por esta Ley, la Ley de Planeación y las normas, prioridades y políticas que determine el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría.

3.4.3.2 Por testamento. Son aquellos en donde el testador solicita que sus bienes sean fideicomitidos o afectados a un fin lícito y determinado, esta tarea es encargada al albacea de la sucesión, quien tendrá en términos de la legislación común la personalidad y las facultades necesarias para contratar, con la institución fiduciaria, el fideicomiso testamentario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.4.4 En función del origen de los bienes, los fideicomisos pueden ser:

3.4.4.1 De fondos públicos. Cuando los bienes fideicomitidos son bienes del dominio público de la Federación, Estados o Municipios.

3.4.4.2 De fondos privados. Son aquellos donde los bienes fideicomitidos son del dominio privado.

3.4.4.3 Fondos mixtos. Estos fideicomisos tiene una mezcla en su fondo la finalidad puede ser de interés público. pero los bienes fideicomitidos son tanto del dominio público como de capital privado. esto es los sectores público y privado aportan bienes; en este sentido, podríamos tener un fideicomiso público de fondo mixto o bien un fideicomiso privado de fondo mixto, dependiendo de la forma en que opera y sobre todo de quien hace el papel de fideicomitente. Si los bienes aportados al fondo son públicos y los aporta la Secretaría de Hacienda Federal o local o la tesorería municipal es un fideicomiso público, si los bienes públicos se entregan al fideicomiso mediante una entidad pública diversa a las señaladas, el fideicomiso es privado.

Ahora bien, la naturaleza de los fondos mixtos, permite pensar en la forma de actuar de las autoridades constituidas, pues si bien es cierto los órganos de gobierno tienen una doble función: cuando actúan con todo el poder estatal. poder de imperio. y cuando actúan como particulares. No olvidemos que las entidades públicas como las Secretarías de Estado tienen una personalidad jurídica propia y un patrimonio propio; en este sentido, cuando las autoridades se comportan con poder de imperio deberán de acatar toda la legislación que su proceder conlleva, sin embargo, cuando actúa como particular el acatamiento del ordenamiento normativo es diferente, pues en el caso de los fondos mixtos, no tendrán que apegarse a lo señalado en el articulado de la Ley Federal para Entidades Paraestatales.

3.5 Bienes que pueden ser afectos al fideicomiso

Uno de los principales objetos del fideicomiso es precisamente la transmisión de la titularidad de determinados bienes para un fin lícito y determinado, esos bienes fideicomitidos constituyen el patrimonio fiduciario. Más adelante veremos quien es el titular del patrimonio fiduciario, sin embargo, trataré ahora y una vez expuesta el comportamiento

en relación con el patrimonio y su titular en el fideicomiso, lo relativo a los bienes que se transmiten.

En el fideicomiso público, se transmiten bienes del dominio público de la Federación, Estados o Municipios o bienes privados de dichas entidades o fondos públicos. Son bienes de la nación, los señalados por el artículo 27 y artículo 42 de nuestra carta Magna, el lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas marinas interiores, los inmuebles destinados por la federación a un servicio público y los equiparados a estos conforme a la ley, los monumentos históricos o artísticos, muebles e inmuebles de propiedad federal, los terrenos baldíos y los señalados por la ley como inalienables; imprescriptibles, los terrenos ganados natural o artificialmente a mar, ríos, corrientes, lagos, lagunas, esteros de propiedad nacional, algunas servidumbres, los muebles de propiedad federal que normalmente no sean sustituibles como: documentos y expediente de las oficinas, los manuscritos, ediciones, libros, documentos, folletos, gravados importantes o piezas etimológicas y paleontológicas, los especímenes tipo de la flora y la fauna, etc., pinturas murales, esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles de la federación, cuya conservación sea de interés nacional.

El artículo 3º de la Ley General de Bienes Nacionales, señala cuales son los bienes de dominio privados de la Federación, a saber: Las tierras y aguas de propiedad nacional no comprendidas en el artículo 21 de esta ley que sean susceptibles de enajenación a los particulares; Los nacionalizados conforme a la fracción II del artículo 27 constitucional, que no se hubieren construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de culto religioso; los bienes ubicados dentro del Distrito Federal, declarados vacantes conforme a la legislación común; los que hayan formado parte del patrimonio de las entidades de la administración pública paraestatal, que se extingan o liquiden, en la proporción que corresponda a la federación; los bienes muebles de propiedad federal al servicio de las dependencias de los poderes de la Unión, no comprendidos en la fracción XI del artículo segundo de la ley; los demás inmuebles y muebles que por cualquier título jurídico adquiera la federación; los que la federación adquiera en el extranjero y los inmuebles que adquiera la Federación o que ingresen por vías de derecho público y tengan por objeto la constitución de reservas territoriales, el desarrollo urbano y habitacional o la regularización de la tenencia de la tierra.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En el fideicomiso privado se transmiten bienes propios del fideicomitente con cierta limitación, la primera parte del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito consagra: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular ."

Atendiendo a la noción de patrimonio, el legislador, de un punto de vista técnico-jurídico hace la diferencia entre los derechos estrictamente personales y los que no lo son; el patrimonio en sí mismo es una universalidad de bienes, derechos y obligaciones. Los bienes del patrimonio pueden ser corpóreos o incorpóreos, así podemos hablar de un inmueble o de un contrato; pero dentro del patrimonio encontramos un apartado denominado. El Derecho de las Personas, los cuales son jurídicamente imposible transmitir, el derecho al nombre, la vida, la libertad, el honor, etc.

En consecuencia, atinadamente el legislador remite a la ley común, que para nuestra República son los Códigos Civiles de cada Estado y el Código civil para el Distrito Federal, que regula los derechos reales y personales, señalando aquellos que son susceptibles de transmisión y el mecanismo para ello y los bienes y derechos que no se pueden transmitir por existir impedimento legal o que por su propia naturaleza no se puede verificar esa transmisión.

3.6 Tipos de Fideicomiso.

Existen diversos fideicomisos creados para realizar funciones específicas, desde luego en combinación con otras figuras jurídicas, tales como los fideicomisos en garantía que han venido a sustituir a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, los fideicomisos de inversión. etc. En este caso sólo nos ocuparemos a analizar el fideicomiso en garantía materia de este trabajo.

3.7 Fideicomiso de Garantía.

Mediante este fideicomiso se asegura el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero, supliendo así a la hipoteca o prenda, con el entendido de que ahora con las reformas a estudio se amplía de mayor manera este tipo de fideicomiso, haciéndolo

más atractivo para las instituciones de crédito del país, respecto a la forma de garantizar sus créditos.

El mecanismo de este tipo de fideicomisos es simple pues el acreditado pondrá en fideicomiso un bien con el objeto de que en cierto tiempo realice el pago al acreditante, en caso de no verificarse el cumplimiento de la obligación, la institución fiduciaria rematará el bien fideicomitado entregando el producto del mismo al acreditante, en caso de haber algún remanente, este será entregado al acreditado. En caso de que el acreditado cumpliera con su obligación, la institución fiduciaria devolverá el bien fideicomitado a este. El procedimiento de ejecución creara a nuestro juicio un sin fin de problemas debido a que es un procedimiento totalmente nuevo con plazos y términos distintos a los establecidos en los Códigos de Procedimientos Civiles y de Comercio, lo que será analizado posteriormente en el capítulo respectivo. El derecho anglosajón lo define de la misma manera en que se encuentra contemplado en nuestra legislación.⁴⁵

Como lo había manifestado con anterioridad, este fideicomiso siempre ha existido, lo único que se aporta es una reglamentación especial únicamente aplicable a este tipo de fideicomisos y su forma de ejecutarlos, tan es así que la Suprema Corte de Justicia lo ha definido en la tesis de jurisprudencia I.6o.C.96 C⁴⁶ que a continuación transcribimos:

FIDEICOMISO EN GARANTIA. LOS BIENES AFECTOS AL, DURANTE SU EXISTENCIA, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO PROPIO DEL FIDUCIARIO Y DISTINTO DE LA SUSPENSA. En esta clase de fideicomiso (en garantía), también rige la regla general que estriba en que al constituirse, el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación principal a su cargo, adquirida frente al fideicomisario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 346, 351 y 356 de la Ley

⁴⁵ Blacks LAW DICTIONARY, West Publishing Co., Fourth Edition, St Paul Minn, 1951, traducido y citado por Rodolfo Eatiza, El FIDEICOMISO Teoría y Practica pág. 21. Editorial Jus México 1995. México. Término aplicado al documento por el cual el banquero que ha adelantado fondos para la compra de mercancías importadas, y habiéndolas adquirido a su nombre, le da posesión al importador conforme a un convenio según el cual éste conservará las mercancías en trust hasta que se haga pago del adeudo.

⁴⁶ Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo V, Febrero de 1997. Tesis: I.6o.C.96 C Página: 743. Tesis Aislada. Amparo directo 7226/96. Jorge Gutiérrez Sánchez y otra. 6 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretaria: Ana María Nava Ortega. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicomitidos afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, con lo son, verbigracia, que si el fideicomitente deudor no cumple con lo pactado, la institución fiduciaria proceda a la venta de los derechos fideicomitidos y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario, razón insalvable por la cual dichos bienes no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos del fideicomitente, independientemente de que por ficción legal, éstos salieron de su patrimonio al constituirse el fideicomiso en cuestión.

Existen a su vez. otros fideicomisos que han proliferado, tales como los fideicomisos para asegura la educación de los menores, hereditarios, fideicomisos de financiamiento para prestamos. fideicomisos para hospitalización para seguros de vida. etc. Todo depende de la combinación de figuras jurídicas utilizadas y de los fines específicos que busca el fideicomitente.

CAPITULO CUARTO DE LOS SUJETOS

4.1.1 Noción de capacidad

Es necesario precisar el concepto de capacidad y sus características con el objeto de posteriormente analizar la capacidad de las partes que intervienen dentro del fideicomiso.

La capacidad se obtiene de diversas formas dentro del campo jurídico; podríamos señalar por ejemplo, la capacidad en el Derecho Penal. para poder delinquir es necesario que el sujeto tenga cierta capacidad esa capacidad es denominada imputabilidad, luego, el sujeto que carece de imputabilidad no puede ser castigado por delito alguno, es decir la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, o bien la capacidad de querer y entender dentro del campo penal.

En otro punto la capacidad puede ser la cuestión laboral. civil. militar, etc.; en este sentido, nosotros analizaremos la capacidad de las personas dentro del campo civil que es la materia que regula la capacidad en materia mercantil, pues este última nos remita a la legislación común, para poder contratar en esta materia dentro de un fideicomiso.

Dice el artículo 22 del Código Civil que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código." La capacidad es reconocida como un atributo de la personalidad, quien tiene capacidad puede sujetarse a obligaciones y tener derechos, y por ende contratar.

Es de hacerse notar que el Código Civil dota de capacidad no sólo a las personas nacidas; sino que lo hace con individuos concebidos, quienes se ejercitan por medio de sus representantes legítimos. Es pues la capacidad una facultad de la que goza todo individuo, incluso el que no ha nacido, reconocida por la ley.

Existen casos en que los derechos no se pueden ejercer por sí mismos ni se pueden cumplir las obligaciones, es entonces cuando se necesita un representante capacitado con una serie de características, ahí estaremos en presencia de la capacidad de goce, pues los derechos y obligaciones se ejercen por medio de un representante quienes pueden ser los padres, tutores, el Ministerio Público, etc..

4.1.2 Capacidad de goce y ejercicio

La capacidad tiene un doble aspecto: el goce y el ejercicio. La primera es la capacidad que se reconoce por el Estado a los individuos, a tal grado que el concebido goza de esa capacidad, la cual da facultades a los seres humanos para ser titulares de derechos y obligaciones los cuales ejercen por medio de otro.

La segunda (ejercicio) es aquella que nos permite contratar o convenir derechos y obligaciones por nosotros mismos; así, el menor o el discapacitado ejercita su capacidad por medio de sus legítimos representantes (capacidad de goce) pero el discapacitado ni natural ni legalmente ejercita su capacidad por medio de él mismo, sino a través de sus representantes.

Para las personas físicas existe la capacidad de goce, que surge desde que hay concepción, pues la ley desde ese momento otorga ciertos derechos los cuales se hacen valer por la persona o personas que tengan la tutela legal, la capacidad de goce nunca se pierde; cumplida la mayoría de edad y si el individuo muestra un desarrollo mental e intelectual normal, adquiere la capacidad de ejercicio, la cual permite ejercitar derechos y contraer obligaciones por sí mismo, la capacidad jurídica de las personas se pierde con la muerte. La capacidad jurídica de las personas permite la libre disposición de sus bienes; bienes que pueden dar en fideicomiso. Existe un sólo caso en el cual el menor de edad puede disponer libremente y por sí de determinados bienes, tal es el caso del menor emancipado a partir de haber contraído nupcias. En este caso tendrá la libre disposición de sus bienes, el artículo 173 del Código Civil señala que: "El marido y la mujer menores de edad. tendrán la administración de sus bienes, en los términos del artículo 172, pero necesitaran autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o

hipotecarlos y un tutor para sus negocios jurídicos, en relación con los artículos 641 y 643 del mismo ordenamiento legal.⁴⁷

Para el caso de que algún menor forme parte de un fideicomiso como fideicomitente, desde luego requiere de autorización judicial para ello siempre que los bienes fideicomitados sean bienes raíces, pues así lo señala la fracción I del artículo 643; en caso de que los bienes fideicomitados sean muebles también requerirá de un tutor en términos del artículo 173 del Código Civil citado.

Las personas jurídicas, llámense asociaciones o sociedades, tienen también capacidad para contratar y obligarse, pues existe una gran semejanza entre estas y las personas físicas, pues cuentan con un nombre propio, patrimonio, domicilio, nacionalidad, etc.; las personas morales o jurídicas realizan sus actos por medio de representantes o apoderados, cuyas funciones y limitaciones se establecen dentro del acto constitutivo y en la misma ley ordinaria que las regula, así como en el Código Civil, que en el apartado relativo al mandato establece los mecanismos de representación, mandato y gestión de negocios, y en cuanto a las sociedades mercantiles mismas que participan en los fideicomisos, en el artículo 10 de la Ley de sociedades Mercantiles, se regula lo relativo a su representación.

Como se ha dicho antes, el fideicomiso está regulado dentro de la materia mercantil, por lo que el Estado mismo, permite que haya libre contratación de las partes para obligarse y adquirir derechos en los términos y condiciones que en el acto constitutivo establezcan artículo 78 del Código de Comercio. Sin embargo, existen principio rectores mínimos, los cuales deben ser respetados por las partes, pues, de no respetarse estas disposiciones son de orden público y de observancia general, el fideicomiso puede ser nulo, o simplemente no cumpliría con su cometido, estos

⁴⁷ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 641. El matrimonio de un menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva; el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II. De un tutor para negocios judiciales.

principios son los derechos y obligaciones mínimas de las partes los cuales se encuentran consagradas en los diversos ordenamientos que hemos venido señalando.

4.1.3 Capacidad jurídica del Fiduciario

Señalo en primer término al fiduciario en virtud de que la ley le otorga un trato especial, pues solamente podrá ser fiduciario la institución de crédito autorizada por la ley para ello, el fiduciario será siempre una persona jurídica o moral, es de hacer notar que a partir de las recientes reformas del mes de mayo del año 2000, que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, permite que además de las instituciones de crédito, en los fideicomisos en garantía, que puedan ser fiduciarias todas aquellas sociedades auxiliares de crédito.⁴⁸

La capacidad y facultad que otorga la ley a estas instituciones para actuar como fiduciarias nace de la autorización por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hacia las instituciones de Crédito, el artículo 46 Fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito apunta:

Art. 46. Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

XV. Practicar las operaciones del fideicomiso a que se refiere la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. y llevar a cabo mandatos y comisiones.

El artículo 80 del mismo ordenamiento señala:

Art. 80. En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delgados fiduciarios.

El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que en términos del artículo 2º de la Ley de Instituciones de Crédito; son: a) Instituciones de banca múltiple y; b) Instituciones de banca de desarrollo.

Debemos entender por servicios de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el

⁴⁸ Artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Compilación de Leyes Mexicanas, Editorial Greca Editores. Pagina 66.

público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y en su caso los accesorios financieros de los recursos captados.

La razón básica del porque solamente las instituciones de banca y crédito pueden ser fiduciarios radica en que la captación permanente de recursos públicos permite salvaguardar los bienes fideicomitidos e incrementarlos mediante los instrumentos de inversiones y valores, pues uno de las obligaciones de la institución es manejar dichos bienes como un buen padre de familia; además los mismos bienes fideicomitidos son parte de la captación de fondos públicos, siendo que incluso estas instituciones tienen un órgano regulador llamado la Comisión Nacional Bancaria, así como del Banco de México; que tienen entre muchas de sus atribuciones la de regular la transparencia de sus actividades obligándolas incluso a invertir reservas legales para responder en caso de desvíos, lo que es difícil de regular entre particulares, creando así un problema de garantías para salvaguardar el cumplimiento de obligaciones que es precisamente el tema de este trabajo.

El artículo 385 de la Ley General De Títulos Y Operaciones De Crédito; viene a reforzar la autorización que otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; limitando esta actividad a las Instituciones de Crédito:

Art. 385. Sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

Por su parte el artículo 399 de la Ley General de Instituciones de Crédito señala expresamente lo siguiente

Artículo 399.- Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que dispone al efecto el artículo 85 de la Ley de Instituciones de Crédito las entidades siguientes:
Instituciones de Crédito;
Instituciones de seguros;
Instituciones de Fianzas;
Sociedades Financieras de objeto ilimitado
Almacenes Generales de Depósito.

Esta innovación, constituye la aprobación en la Ley de Instituciones de Crédito, de que operen con esta característica dichas sociedades, lo que se ha venido haciendo ya desde hace años, desde que se reformó en 1996, facultando a las entidades financieras señaladas para que actúen como instituciones financieras.

4.1.4 Capacidad jurídica del fideicomitente

El fideicomitente es la persona física o jurídica que otorga determinados bienes de su patrimonio para constituir un fideicomiso para un fin lícito y determinado.

Se requiere necesariamente que el fideicomitente tenga la libre disposición de sus bienes, pues esto permite la transmisión de ellos al fiduciario, quien desde ese momento es el titular de los bienes fideicomitados.

Al efecto el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dice:

Art. 384. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación; reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

En los fideicomisos privados, esta figura puede ser cualquier persona física o moral que tenga la titularidad de algún bien ya sea mueble o inmueble y pueda conforme a la ley transmitir o afectar dicha propiedad en fideicomiso para un fin específico.

En los fideicomisos públicos la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es la única Institución del Gobierno Federal para ser fideicomitente dentro de los fideicomisos públicos, pues esa dependencia central es la encargada de la administración, conservación, salvaguarda, liquidación, etc; de los bienes de dominio público de la Federación y de los bienes de dominio privado de la Federación.

Este fenómeno se da dentro de los tres niveles de gobierno, así, para el caso de los fideicomisos estatales, será el fideicomitente la Secretaría de Desarrollo Económico o su homóloga; para el caso de los municipales será la Tesorería Municipal, en términos de sus leyes respectivas.

4.1.5 Capacidad jurídica del fideicomisario

El fideicomisario es la persona física o moral que recibe los beneficios del fideicomiso, dicha persona puede ser un organismo público o privado, o bien, una persona física o simplemente ser indeterminable.

Para ser fideicomisario se requiere de capacidad, el numeral 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona que el fideicomisario debe tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Desde la reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 24 de mayo de 1996⁴⁹, el artículo 348 de dicho ordenamiento legal, se adicionó un último párrafo que señala que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor de un fiduciario, salvo en los casos en que la institución fiduciaria sea fideicomisaria de los fideicomisos en que al constituirse se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados que sirvan como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, lo que más adelante vino a transformar esta figura dando origen cuatro años después al fideicomiso en garantía, lo que a mi juicio rompe con la finalidad del fideicomiso al momento de ser creado, situación que será analizada en el capítulo Quinto de este trabajo.

4.2 Derechos y Obligaciones del Fiduciario.

Es la persona física y jurídica con la capacidad necesaria para destinar ciertos bienes para a un fin lícito y determinado.

Dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, encontramos los derechos mínimos del fideicomitente en tanto nos referimos a los fideicomisos privados; dentro de la Ley Federal de

⁴⁹ Reforma publicada en el Diario Oficial de fecha 24 de mayo de 1996 que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código de Comercio, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Entidades Paraestatales, encartamos la normatividad de los fideicomisos públicos y los derechos que las partes adquieren.

Debido a que la materia a estudio en este trabajo se refiere a los fideicomisos en garantía, sólo analizaremos la designación del fideicomisario en los fideicomisos privados.

El fideicomiso privado deriva de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito., a partir del artículo 381. El fideicomitente dará una instrucción a una institución fiduciaria o varias aún y cuando no se designe fideicomisario (beneficiario).

El fideicomisario en ocasiones llamado beneficiario del fideicomiso, puede ser una persona no determinada, siempre y cuando el fideicomiso cuente con un fin lícito y determinado, esto no exime que el fideicomisario aunque no haya sido mencionado nominalmente dentro del acto constitutivo, deba tener la capacidad de recibir los provechos que el fideicomiso le otorga en este orden, los fideicomisos constituidos en favor de las mascotas, la paz u otro acontecimiento incierto no surte efectos.

El fideicomitente tanto en los fideicomisos públicos como privados puede señalar una o varias Instituciones Fiduciarias para que Conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. En caso de que el fideicomitente no designe fiduciario este derecho pasará al fideicomisario; si en el acto constitutivo no se señale nominalmente la institución fiduciaria, lo hará el juez de primera instancia del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes. de entre las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.

Una de sus obligaciones principales además de realizar los actos necesarios para que la fiduciaria pueda desempeñar su función, es la de pagar los honorarios y gastos necesarios para su constitución. En realidad esta obligación no se encuentra estipulada dentro de la ley, pero en función de la lógica de las cosas, el fideicomitente, al otorgar ciertos bienes de su patrimonio para la formación de un fideicomiso es porqué tiene un interés determinado que lo motiva a realizar dicho contrato, en relación a ese interés, queda obligado a realizar los gastos necesarios que la constitución

del fideicomiso ocasione. y no sólo eso, además, si durante la ejecución del fideicomiso se originan gastos, debe cubrirlos también.

El artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, señala en una correcta interpretación, que la fiduciaria tendrá la obligación de anotar en la contabilidad del fideicomiso los gastos que se han originado, esto es, el fideicomitente no tendrá la necesidad de erogar constantemente de su patrimonio el pago de gastos originados, sino que, de los mismos bienes fideicomitados o de los productos que de ellos emanen deberán cubrirse dichos gastos.

Otra obligación es la de pagar los honorarios fiduciarios, esto es, aquellas remuneraciones económicas que causa el fiduciario, el comité técnico y el delegado fiduciario, por motivo del manejo del fideicomiso, por lo regular, estos honorarios se establecen dentro del acto constitutivo.

Las personas que presten de manera directa sus servicios al fideicomiso, que es el caso del delegado fiduciario, este no pertenecerá a la institución fiduciaria, sino, que según el caso, se considerará al servicio del patrimonio del fideicomiso, tal y como lo prescribe el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito que dice:

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

En este orden de ideas, los delegados fiduciarios, prestan un servicio profesional el cual tiene una retribución, la cual constituye parte de los honorarios fiduciarios. Los miembros integrantes del Comité Técnico, también tienen retribución mediante la estipulación de estos en el acto constitutivo o en sus posteriores modificaciones, dicha retribución, también será erogada a partir del patrimonio fiduciario o de los productos de este. Sin perjuicio de lo anterior, pueden surgir relaciones laborales cuyo tratamiento es diverso, pues el comité técnico, puede estar operando no sólo

con los integrantes del mismo, sino que además, podrá realizar contrataciones de personal que auxilien la actividad del comité, habida cuenta, de que para este caso deberá quedar facultado para hacerlo, dentro del acto constitutivo o en sus modificaciones.

4.3 Derechos y Obligaciones del Fideicomisario

El fideicomisario es la persona física o jurídica que recibe los provechos del fideicomiso, esto es, cuando se plantea un fin lícito y determinado, es en función de que alguien va a ser el beneficiado por la realización del fin, ese beneficiario es el fideicomisario.

Puede ser fideicomisario la persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, tal y como lo señala el artículo 383 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, luego entonces, como ya se señaló, las mascotas del fideicomitente no tienen la capacidad necesaria para recibir los provechos del fideicomiso, pero el feto concebido antes de la muerte del fideicomitente, si tiene la capacidad necesaria (de goce) para recibir los provechos aludidos.

Dicho numeral permite la existencia de varios fideicomisarios, pluralidad de fideicomisarios, así como también se puede dar el caso de que no haya sido mencionado en el acto constitutivo ya que el provecho del fideicomiso siempre va a recaer sobre alguien siempre y cuando tenga la capacidad para recibir el provecho del fideicomiso. En el fideicomiso en garantía se permite que el propio fideicomitente sea el fideicomisario, siempre y cuando sea para garantizar el cumplimiento de una obligación a su cargo.

Necesariamente, el fideicomiso implica que una persona física o jurídica tenga un provecho emanado del contrato de fideicomiso, pues, es menester que en el acto constitutivo se señale el fin lícito y determinado, que no es más que la verdadera motivación que da origen al contrato; señalado el fin del contrato, necesariamente existe uno o varios beneficiados, que puede ser que no este señalado nominalmente dentro del acto constitutivo.

El artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, otorga acción jurídica al fideicomisario para exigirle a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso.

Art. 390. El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria. El de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

En el Fideicomiso en Garantía por la doble personalidad de las instituciones fiduciarias, en la reforma a la Ley de Instituciones de Crédito, otorgó diversas sanciones a estas instituciones por la mala administración o excesos en su cometido con sanciones que deberá imponer la Comisión Nacional de Servicios del Sector Financiero, que podrán ser desde la suspensión hasta penas pecuniarias.

El artículo 393 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que una vez 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, sin embargo, en el acto constitutivo o en posteriores modificaciones se puede pactar entre el fideicomitente y el fideicomisario que una vez agotado el fideicomiso, éste último será el nuevo propietario de los bienes fideicomitados, por lo que el fideicomisario queda obligado a cumplir con las obligaciones legales que implique la transmisión de la propiedad de dichos bienes.

Si se ha establecido dentro del acto constitutivo, que para la toma de decisiones se requiere la aprobación o desaprobación de los diversos fideicomisarios, es necesario que estos pertenezcan al Comité Técnico y que la decisión que se tome será en función del voto que cada fideicomisario emita, tomando en cuenta que el voto es en función de la representación de cada uno y no por el número de Personas.

En el caso de los fideicomisos públicos, las facultades que correspondan al comité técnico son limitaciones para la institución fiduciaria, sin embargo, por mandamiento expreso de la ley, la fiduciaria se abstendrá de dar cumplimiento a las resoluciones del comité técnico que

dicta en exceso de sus facultades y atribuciones, o aquellas que violen las cláusulas del contrato de fideicomiso que, en caso de acatarlas, la institución queda obligada a responder por los daños y perjuicios que dichas resoluciones causen.

La misma ley, otorga acciones iguales tanto al fideicomitente como al fideicomisario, habida cuenta que, por lo que respecta a la rendición de cuentas que deberá rendir la institución fiduciaria, remoción y responsabilidad en el acto constitutivo del fideicomiso, el fideicomisario no necesita realizar dicha reserva, pues el artículo transcrito, señala que la acción y derecho corresponde al fideicomisario por ministerio de ley, más no por acuerdo entre las partes.

Los derechos aquí consagrados pertenecen simultáneamente al fideicomitente y al fideicomisario, pues la reserva que de ellos haga el primero no afecta los derechos del segundo.

Dentro del acto constitutivo del fideicomiso, se establecen las facultades del comité técnico, que a su vez son limitaciones de la institución fiduciaria, pues ésta queda obligada a funcionar en los términos que el mismo comité le señale, librándose así de toda responsabilidad.

Para el caso de que la institución fiduciaria realice actos de mala fe o en exceso de sus atribuciones o facultades y en consecuencia se cause perjuicio al fideicomisario, este podrá atacar la validez de los mismos, exigiendo la reivindicación de los bienes que hayan salido del patrimonio fiduciario por motivo de dichos actos.

Sin embargo, podemos afirmar que la institución fiduciaria esta facultada para actuar en caso urgente cuando, de no hacerlo, se puede causar un grave perjuicio al patrimonio fiduciario, cosa que elimina la responsabilidad de la institución. esto implica también las actuaciones que van mas allá de sus facultades otorgadas por la ley o por el acto constitutivo.

Para los fideicomisos privados, es necesario que se establezca la facultad de actuar a la institución fiduciaria sin consulta del comité técnico en casos urgentes.

No habiendo caso urgente, y por actuaciones excesivas o de mala fe de la institución fiduciaria, se hubieren perdido algunos o la totalidad de los bienes fideicomitidos, el fideicomisario tiene el derecho de atacar dichos actos ya que la institución le reivindique los bienes afectados por su negligencia.

En específico respecto a el fideicomiso en garantía materia de este trabajo de tesis, se estableció la responsabilidad en que pueden incurrir las instituciones fiduciarias en los casos en que sean fideicomisarias de los bienes fideicomitidos, teniendo un acción especial el fideicomitente para que le resarza de los daños y perjuicios causados, además de las acciones que la ley prevé para estos casos.

4.4 Derechos y Obligaciones del Fiduciario.

El fiduciario es la institución de crédito que actuara en el fideicomiso como administrador de los bienes afectados para los fines del fideicomiso. Desde la óptica de la institución fiduciaria, existe una serie de derechos y obligaciones previamente establecidas a cualquier acto constitutivo del fideicomiso, dependiendo de si es un fideicomiso público o privado, veremos los diversos derechos que puede ejercitar y las obligaciones que debe de cumplir, no olvidando que no sólo la ley determina la actividad de la institución fiduciaria, sino que el mismo acto constitutivo del fideicomiso puede establecer determinados lineamientos que debe de acatar.

Es importante destacar la facultad potestativa de la institución fiduciaria para aceptar tal carácter dentro de un fideicomiso determinado, pues ésta, podrá negarse a participar, sin que exista medio legal alguno para obligarla, pues una vez nombrada por el fideicomitente o por el fiduciario, debe ser llamada para que manifieste expresamente si acepta o no el cargo de fiduciario, esto sucede también en materia hereditaria con los albaceas, cuestión que tiene su origen en el principio de derecho que dice que “nadie puede ser obligado a lo imposible”; en caso de no aceptar, se provoca la substitución de la misma. y si esta substitución no fuere posible, cesará el fideicomiso; a este efecto los artículo 383 y 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Señalan entre otras cosas que es nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, salvo en los casos en que los bienes fideicomitidos tengan por fin servicio como instrumento de pago e obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la

propia institución para la realización de sus actividades empresariales, en caso de existir un conflicto de intereses se deberá de nombrar a una institución fiduciaria substituta.

El fideicomitente podrá nombrar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso cuando la institución fiduciaria no 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.

El legislador utilizó la disyuntiva "o", que permite la alterabilidad de las circunstancias, "no acepte" o "por renuncia" o "remoción", por lo que en el primer caso de no aceptar, se propone una nueva institución, si no acepta y así sucesivamente, hasta agotar todas aquellas que tengan la autorización legal respectiva, el fideicomiso cesará, por lo que no cabe la mayor duda, la aceptación de participar en un fideicomiso con el carácter de institución fiduciaria es potestativo.

La principal acepción o facultad del fiduciario es la de representación en el fideicomiso y la titularidad ante terceros respecto de los bienes afectos en el mismo y su representación en juicio. Puede tender a la confusión sobre quien es el sujeto del fideicomiso encargado de ejercitar todas las acciones y derechos inherentes a los bienes fideicomitados. Teniendo la obligación de inscribir el fideicomiso ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio en el caso de bienes inmuebles, lo que equivale a un gravamen o hipoteca, mismo que si no es liberado dependiendo del fin del fideicomiso, este pasará al patrimonio del fideicomisario.

A este efecto, existe una jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia de la Nación la cual interpreta los anteriores artículo 346, 352 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

FIDUCIARIA. A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO , NO A LA FIDEICOMISARIA. QUIEN DEBE CONTAR CON PODER OTORGADO POR AQUELLA PARA TAL EFECTO. De conformidad con 10 dispuesto en los artículos 346, 352 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,

y si en el contrato de fideicomiso de que se trata se establece expresa y categóricamente que cuando exista necesidad de defender la propiedad o posesión del bien fideicomitado, la representación del fideicomiso la tendrá un mandatario con poder otorgado por la institución fiduciaria, debe concluirse que corresponde a ella 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, por lo cual, podrá presentarse el fiduciario como titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder y realizar demás actos relativos, pues tales derechos y acciones no pueden circunscribirse 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 quienes alteren, obstaculicen o imposibiliten el cumplimiento de estos fines, pues ello implica en su sentido amplio, llevar a cabo el objeto del fideicomiso. Por lo tanto, el fideicomisario en la hipótesis de que se trata carece de legitimación para defender la propiedad o posesión de los bienes fideicomitados.⁵⁰

EL artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que las instituciones fiduciarias tendrán todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y 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.

Es entonces, la institución fiduciaria la que tiene a su cargo la totalidad de las acciones para defender y realizar todos los actos necesarios relativos a cumplimentar el fin del fideicomiso, pues, la misma ley le señala que su comportamiento deberá ser como el de un buen padre de familia. La jurisprudencia anterior, criterio obligatorio para toda autoridad, en términos del artículo 163 de la Ley de Amparo, establece la obligación fundamental que encierra a las instituciones fiduciarias, que es la obligación de defender,

⁵⁰ Jurisprudencia No.641. Cotradicción de tesis 6190. Primer Tribunal Colegiado y Tercer Tribunal Colegiado, ambos en Materia civil de] Primer Circuito. 25 de junio de 1990 . Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: E. Gustavo Nuñez Rivera. Semanario Judicial de la Federación Abril, 1999, pag. 280⁵⁰

ceder, vender, etc. Los bienes fideicomitidos como parte del fin mismo, bajo las limitaciones impuestas en el acto constitutivo, con las sanciones que la ley prevé, en los casos de fideicomisos en garantía.

Para reforzar este criterio, es conveniente que en el contrato respectivo se establezca que la obligación de defender no sólo la propiedad sino la posesión de los bienes fideicomitidos quedará a cargo de la institución fiduciaria, estipulando además, que ésta otorgará los poderes necesarios para pleitos y cobranzas en términos de la legislación común aplicable a un mandatario para que realice la actividad correspondiente, este mandatario siempre deberá de ser nombrado por el comité técnico o la institución fiduciaria a través de su División Fiduciaria.

Existe responsabilidad civil por parte del fiduciario, en función de que por mala fe, negligencia o por exceso en sus funciones provoque menoscabo en el patrimonio fiduciario, incluso tendrá que reivindicar lo equivalente a los bienes perdidos. No olvidemos que el fideicomisario tiene acción para exigir la reivindicación de los bienes fideicomitidos.

La institución fiduciaria tiene la obligación de que una vez que a cesado el fideicomiso, entregar el remanente a la persona física o moral que haya quedado designada para ese efecto dentro de las cláusulas del contrato de fideicomiso.

En tratándose de bienes inmuebles o de derechos reales, es necesario que se señale dentro del acto constitutivo, esta declaración que haga la fiduciaria deberá ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad de donde se encuentren ubicados dichos bienes, tal y como lo consagra el artículo 388 de la Ley General De Títulos Y Operaciones De Crédito.

Así, vemos que cuando los bienes fideicomitidos son inmuebles, deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surtan los efectos legales contra terceros.

La institución fiduciaria tiene la obligación de llevar por cuerda separada las contabilidades de cada contrato de fideicomiso en la que ella sea la institución fiduciaria. El artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, marca la obligación de la institución para llevar contabilidades especiales:

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

Las instituciones de crédito que tenga la concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para ser fiduciarias tiene determinadas prohibiciones legales, no sólo les esta prohibida determinada actividad sino que obliga a que algunas sean insertadas y con declaración expresa de que las demás partes son sabedoras de dicha prohibición, el artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con la fracción XIX que a la letra dice:

Art. 106. A las Instituciones de crédito les está prohibido:

Fracción XIX: En la realización de las operaciones a que se refiere la Fracción XV del artículo 46 de esta ley:

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El banco de México podrá autorizar mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen conflicto de intereses.

De lo anterior, se desprende una discrepancia o problema de interpretación en la ley por lo siguiente. Si bien es cierto que la multicitada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala entre otras cosas que es nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, salvo en los casos en que los bienes fideicomitados tengan por fin servicio como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de sus actividades empresariales, también lo es que la ley prevé que en caso de conflicto de intereses se deberá de nombrar a una institución fiduciaria substituta.

El citado artículo 106 fracción XIX inciso a), de la Ley de Instituciones de Crédito, contiene la prohibición expresa de realizar actividades como lo es el participar en este tipo de actividades, salvo que el Banco de México autorice mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen conflicto de intereses. Por ende si se presenta un conflicto de intereses las reformas a estudio

contienen un procedimiento judicial que no señala nada a este respecto pudiendo seguir el fiduciario y acreedor con la administración de los bienes sin perjuicio de este inconveniente.

CAPITULO QUINTO

REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO Y OTRAS LEGISLACIONES APLICABLES PUBLICADAS EL 24 DE MAYO DEL AÑO 2000.

5.1 Origen de la Reforma.

Una vez expuesto en forma general los antecedentes históricos que le dieron vida al fideicomiso en México, así como su significado, naturaleza jurídica, y el uso actual en nuestro país, es importante saber cual fue la causa que originó las recientes reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y Leyes complementarias para dar origen al Fideicomiso en Garantía, materia de este trabajo de Tesis.

En este orden, es preciso comentar primeramente que México se encuentra en un proceso de crecimiento económico importante, mismo que ha cambiado en los últimos años por la problemática económica que ha desatado un desacelere en la economía nacional, debido a que las tasas de intereses han estado por encima de las posibilidades de quienes se aprovecharon del préstamo y obtuvieron créditos con la Banca Nacional.

Desde el año de 1994, los intereses bancarios se dispararon hasta alcanzar porcentajes altísimos, lo que condujo a que los acreditados, estuvieran en la imposibilidad de hacer frente de sus obligaciones crediticias, y por ende se destapo una guerra judicial entre la banca y los deudores. De ahí que surgieron múltiples demandas judiciales para la recuperación de sus créditos, juicios que dieron cabida en todas las vías contenidas en las legislaciones aplicables, tales como la vía ejecutiva mercantil, hipotecaria, ordinaria, de prenda, etc, todas ellas con el afán de poder en un momento dado ejercer su derecho crediticio sobre las propiedades de los deudores. De ahí la existencia de otro problema al que se enfrentó la banca, esto es la falta de garantía para la recuperación de los créditos, propiciada por la desmesurada entrega de créditos al público en general sin el debido estudio de la viabilidad económica de los acreditados, y la designación de garantías bastantes para su cumplimiento.

No debemos olvidar que el sistema bancario mexicano ha ofrecido tarjetas de crédito al por mayor, sin evaluar las posibilidades de

pago de los acreditados; así como el estudio de viabilidad económica que la propia Ley de Instituciones de Crédito señala en su artículo 65, aunado a la mecánica de pago de refinanciamiento de intereses que matemáticamente hacía creer a los bancos que obtendrían un mayor beneficio, sin considerar que los acreditados dejarían de pagar, habida cuenta de que conforme a sus ingresos se haría imposible seguir cumpliendo con lo pactado en los mismos.

A raíz de esta problemática, surgieron grupos en defensa de los deudores como el llamado "Barzón", quienes obtuvieron el apoyo de miles de acreditados que unidos imposibilitaron a los bancos tomar posesión de los inmuebles dados en garantía, además de un sin fin de excepciones y defensas que hicieron volar la imaginación de litigantes, para con base a argumentos legales basados en los principios de legalidad, igualdad procesal y equidad, llegaron a someter hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, temas tan discutidos como el del Anatocismo. Los Ministros de la Corte consideraron que los argumentos esgrimidos por los deudores eran infundados para considerar inconstitucional el llamado Anatocismo, así como las demás defensas hechas valer y que se plasmaron en las 41 Jurisprudencias que se publicaron en el año de 1998.

Sin embargo, en muchos asuntos se ha fallado en beneficio a los deudores, por el indebido cobro de intereses o por falta de formalidades en las demandas instauradas en su contra; y en aquellos en que han obtenido sentencias favorables, los Bancos se han encontrado con infinidad de problemas para ejecutar las sentencias y recuperar los créditos.

Las causas por las cuales la banca ha tenido dificultades han sido derivadas de sus mismos errores en la forma y términos en que otorgaron el crédito o plantean sus demandas, y que ahora a través de las reformas de ley que ha propuesto en las diferentes comisiones, señalan que son procedimientos viejos y obsoletos, sin considerar que es válido sostener que existen algunos pactos excesivos que los Jueces y Magistrados han defendido. A juicio del suscrito los procedimientos existentes son precavidos y conservan un principio de igualdad y equidad procesal con términos considerables para una debida defensa, aunque es válido sostener que los mecanismos y el procedimiento en si provocado incluso por la burocracia en el sistema judicial, hacen que la recuperación de los créditos sea larga y costosa en detrimento de la economía nacional.

ESTA COPIA NO SALE
DE LA JURISPRUDENCIA

Parece ser contradictorio mi argumento en el sentido de considerar la existencia de procedimientos judiciales justos y por el otro lado señalar que dificultan la recuperación de los créditos, siendo esto correcto, atento a que estos procedimientos regulados por las leyes adjetivas federales y locales contienen procedimientos en términos generales propicios para un juicio basado en la igualdad procesal, pero por otro lado, hacen por su mecanismo y plazos contenidos en las diversas legislaciones que los acreedores incluyendo particulares y no sólo a la banca nacional, estén imposibilitados de ejecutar sentencias y adjudicarse los bienes a corto plazo, lo que conlleva precisamente a la creación de nuevas leyes en la materia.

Así tenemos que en los últimos años, se han llevado al proceso legislativos infinidad de leyes encaminadas precisamente a resolver las controversias judiciales relativas a las relaciones crediticias con mayores ventajas tanto sustantivas como procesales. Dentro de estas nuevas leyes y reformas a las ya existentes, tenemos la tan importante reforma que adicionó, reformó y derogó diversas disposiciones del Código de Comercio y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de fecha 24 de mayo del año 1996, en donde se modificó substancialmente el proceso en cuanto a términos, y formalidades esenciales como lo es la forma de ofrecer y desahogar probanzas. Estas reformas han creado confusión respecto a su aplicabilidad debido a que en el artículo 1º transitorio se señaló como caso de excepción que no serían aplicables tratándose de la novación o reestructuración de créditos contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de dicho decreto. Ante la poca explicación para delinear su campo de aplicación, ha existido un largo proceso para concretar un mismo criterio en todos los tribunales del país, atento a que jueces y magistrados en todo el territorio nacional han resuelto de una u otra forma, sin que exista uniformidad en sus resoluciones.

Esta problemática se enfoca básicamente en saber si a un juicio le corresponde o no la aplicación de las reformas, basado en el origen de la obligación motivo por el cual por jurisprudencia por contradicción de tesis 41/98 sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵¹, se indicó

⁵¹ **CÓDIGO DE COMERCIO, REFORMAS AL. PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL VEINTICUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS. SU APLICACIÓN ANTES DE ENTRAR EN VIGOR (CASOS DE EXCEPCIÓN).**

el criterio a seguir, por el cual debe de aplicarse las reformas a aquellos juicios que hayan contraído créditos antes de la entrada en vigor a las

Como lo establece el artículo primero transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones, como son las del Código de Comercio, entre otros, sus reformas no son aplicables a créditos contratados con anterioridad a su entrada en vigor, entendidos tales créditos, como todos aquellos derechos personales que por su propia naturaleza implican el cumplimiento de obligaciones de carácter pecuniario que el acreedor puede exigir de su deudor mediante el ejercicio de las acciones jurisdiccionales respectivas, conforme a lo ya establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número 41/98 por contradicción de tesis; no obstante ello, si en la secuela procedimental se aplicaron indebidamente las reformas, omitiendo el tribunal de alzada examinar esa irregularidad, para la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de primer grado, aplicando aquél de manera rigorista las disposiciones legales antes de dichas reformas, esa postura resulta contradictoria, al acoger normas procesales distintas a las del procedimiento seguido, produciendo desorientación e inseguridad jurídica para las partes contendientes, en grave perjuicio al apelante, colocándolo en completo estado de indefensión, además de que atenta contra la administración de justicia, cuya garantía preserva el artículo 17 constitucional, puesto que la autoridad de alzada tiene la obligación de atender a las normas procesales observadas durante el procedimiento, y en armonía con tal procedimiento aplicar los preceptos correspondientes al recurso de apelación para la consecuente admisión o no del mismo.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.7o.C. J/5

Amparo directo 12437/98.-Construcciones Brakosa, S.A. de C.V.-28 de enero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Adolfo Olguín García.-Secretaria: Clara Eugenia González Ávila Urbano.

Amparo en revisión 1297/99.-Cementos Apasco, S.A. de C.V.-15 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.-Secretario: Roberto Ramírez Ruiz.

Amparo directo 1170/99.-Multiva Factoring, S.A. de C.V.-22 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Mercedes Rodarte Magdaleno, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada.

Amparo directo 2837/99.-Belén Gutiérrez de Luna.-22 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Adolfo Olguín García.-Secretaria: Teresa Bonilla Pizano.

Amparo en revisión 4127/99.-Autotransportes del Sur Cuauhtémoc, S.A. de C.V.-21 de octubre de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Anastacio Martínez García.-Secretaria: María Elsa Zarco Ruiz.

Nota: La jurisprudencia a que se hace mención en esta tesis aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, agosto de 1998, página 129, tesis la.JJ. 41/98.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Diciembre de 1999. Tesis: I.7o.C. J/5 Página: 652. Tesis de Jurisprudencia.

mismas. Criterio que aún a la fecha es frecuente ver en los tribunales ser interpretado de manera distinta, lo que ha propiciado el seguimiento de juicios con violaciones procesales subsanables hasta el juicio de amparo directo, que para este entonces, se habrá perdido tiempo importante para recuperar los créditos contratados.

Otras leyes que han sido recientemente creadas para acelerar este proceso de recuperación de créditos, son la Ley de Protección a los Ahorradores de la Banca, la creación de Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUCEF), así como la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor, las recientes reformas y adiciones del programa informático del Registro Público de Comercio, tanto en su ámbito federal como en el de las entidades federativas y; la nueva Ley de Concursos Mercantiles, que suprimió la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Estas leyes, y reformas a las ya existentes, tienen como fin primordial, el crear mejores condiciones para las instituciones financieras para reactivar su actividad primordial que es el préstamo bancario, y que ha estado casi dormido durante estos últimos años, dando lugar a las recientes reformas a la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, materia de este trabajo de tesis en materia de fideicomiso en garantía.

En el año de 1999, se presentó a la Cámara de Diputados para su debido proceso legislativo, para ser aprobada la "Ley de Garantías de Crédito", la cual en su exposición de motivos explica de manera general la insuficiencia en México de una ley que establezca una adecuada constitución, perfeccionamiento y ejecución de los diferentes tipos de garantías, lo que hace que el crédito no fluya normalmente como en otros países donde existe un régimen de garantía más eficaz en donde se otorgan créditos incluso con bienes muebles en garantía o aval con una persona que cuente con dichos bienes, lo que ha restringido el derecho al crédito a una gran proporción de mexicanos, aunado a la mala experiencia que han tenido las instituciones financieras para recuperar cartera por vía judicial quienes no se muestran optimistas en cuanto al crecimiento de su cartera de crédito, manifestando una marcada preferencia a canalizar los recursos que captan en el mercado, hacia la compra de valores gubernamentales.

En esta ley, se seleccionaron dos tipos de garantía en donde el deudor no conserva la propiedad de los bienes objeto de la misma, que son

el fideicomiso en garantía y la prenda con desplazamiento de posesión. En esta ley se propuso un régimen de garantías nunca antes visto en nuestro país, constituyendo derechos reales para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, donde el deudor conserva la propiedad y posesión de la cosa dada en garantía, argumentando incluso que dichas garantías no se incluyan en la masa en caso de concurso o quiebra de deudor, y proponiendo un procedimiento judicial en el que se le otorga una garantía de audiencia muy limitada a los deudores.

Esta ley no fue aprobada por la cámara baja, dando lugar a que con fecha 9 de diciembre de 1999, se presentara la iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, del Código Penal para el Distrito Federal y de la Ley de Instituciones de Crédito, presentado por los diputados de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México, en ejercicio de la facultad que nos otorga la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con apoyo en lo previsto por los artículos 55 fracción II, 56 y 62 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, ante la siguiente exposición de motivos.

5.2 Exposición de Motivos

" A juicio de los grupos parlamentarios que suscriben la presente iniciativa, el vigente régimen legal mexicano sobre garantías ha sido superado por el contexto económico y comercial actual, de las operaciones mercantiles que se realizan en el país, lo que da por resultado limitaciones en cuanto a las personas que pueden otorgar crédito y al mismo tiempo, acceder al mismo, procedimientos costosos para su asignación y registro, tasas de interés elevadas, pero sobre todo procedimientos sumamente prolongados y onerosos, para hacer efectivas las garantías en caso de incumplimiento, lo que a su vez genera serios problemas, por insuficiencia de financiamiento para el desarrollo de las actividades socialmente más importantes, como la agricultura, la mediana y pequeña empresas y la vivienda, entre otras. Todo lo anterior provoca, además, que los deudores se vean obligados a sobregarantizar los créditos que solicitan.

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

Con objeto de complementar lo señalado en el párrafo anterior, consideramos necesario establecer los procedimientos correspondientes para la ejecución de las garantías otorgadas al amparo de los mecanismos que se proponen; dichos procedimientos deben tener como característica fundamental la expedita ejecución de las garantías con el fin de asegurar al acreedor que, en caso de incumplimiento del deudor y después de cumplir con todos los requisitos que se establezcan, se pueda ejecutar la correspondiente garantía de forma expedita, lo cual repercutiría de manera favorable en el costo de los créditos y su correspondiente proceso de otorgamiento.

Al efecto, estamos proponiendo la incorporación en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dos nuevas figuras para la constitución de garantías, que se denominarían prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía.

La primera tiene como característica la posibilidad de otorgar en garantía todo tipo de bienes muebles que obren en el patrimonio del deudor, así como los que resulten de los procesos de producción e inclusive los derivados de la venta de dichos bienes, sobre los cuales el deudor conservaría tanto la propiedad como la posesión, lo cual permitirá que el deudor pueda dar en garantía bienes que utiliza para el desarrollo de sus actividades preponderantes.

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

En el mismo sentido, a través de la presente iniciativa se pretende atender a la necesidad de clarificar la transmisión que de la propiedad se hace por parte del

deudor al fiduciario, permitiendo en su caso la enajenación de los bienes dados en garantía con certeza jurídica y una vez cumplido los pasos necesarios señalados en los procedimientos que al efecto se establecen, para con ello cubrir de manera suficiente las formalidades esenciales del procedimiento.

Dentro de la presente iniciativa se establece como novedad la posibilidad de que puedan fungir como fiduciarios en los fideicomisos de garantía y previo cumplimiento de determinados requisitos, además de las instituciones de crédito, las instituciones de seguros, las afianzadoras, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito.

Por otra parte, los grupos parlamentarios que signamos la presente iniciativa estimamos de primordial interés procurar una adecuada protección de los derechos de los deudores, con el fin de que éstos no se vean perjudicados por las excesivas condiciones que, en un momento dado, pudiesen establecer los acreedores a su favor.

Cabe destacar el interés que existe por parte de nuestros grupos parlamentarios, en el sentido de que debe ser una prioridad la búsqueda de mecanismos que aseguren un sano equilibrio entre los derechos y obligaciones de los deudores y los acreedores, que utilicen los mecanismos propuestos en la presente iniciativa para garantizar las operaciones de crédito que celebren.

En efecto, no es justificable que, en aras de procurar la modernización del sistema de garantías en nuestro país, así como la agilización de los procesos de ejecución de las mismas se vean vulnerados los derechos de ambas partes ni disminuidas sus obligaciones.

Al respecto, conviene señalar que desde el punto de vista de nuestros grupos parlamentarios, es una cuestión fundamental para el deudor el que se le pueda liberar de cualquier responsabilidad en relación con los créditos que le hayan sido otorgados, mediante la entrega material de los bienes que constituyen esa garantía, señalándose expresamente en las disposiciones correspondientes, que en el caso de que el producto de la venta del bien o bienes objeto de la garantía, no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir tales diferencias.

Lo anterior es de suma importancia si se considera que las condiciones macroeconómicas, ante la cada vez más pronunciada integración de los mercados, pudieran modificarse de manera abrupta por virtud de condiciones externas, lo cual podría impactar de manera significativa las tasas de interés,

llegando incluso a alcanzar niveles similares a los observados a finales de 1994.

Como se podrá recordar, en ese tiempo las tasas de interés se vieron impactadas de manera tal, que aumentaron en un lapso de seis meses hasta alcanzar niveles de 150% en casos específicos. Lo anterior repercutió en un alza desmedida en los saldos de las deudas contraídas por los deudores, hasta un límite tal que ni en el supuesto de haber entregado las garantías de dichos créditos a sus acreedores, se podían liberar de los mismos. A juicio de nuestros grupos parlamentarios esta situación está cubierta de manera suficiente en la presente iniciativa.

De igual forma, consideramos oportuno el hecho de que se contemple en el cuerpo de esta iniciativa, que en el caso de que se ejecute una garantía y de que la venta de la misma resulte un excedente después de liquidar las obligaciones garantizadas, éste sea devuelto al deudor. Ello implica un significativo avance hacia el sano equilibrio de las relaciones entre deudores y acreedores en el contexto de procesos ágiles y expeditos.

Por otra parte, los grupos parlamentarios que proponemos la presente iniciativa, consideramos necesario que, en el caso de que el deudor esté facultado para realizar pagos parciales y la correspondiente garantía recaiga sobre varios bienes o éstos puedan ser cómodamente divisibles en razón de su naturaleza y no se reduzca su valor, se disminuya la garantía de manera proporcional a los pagos realizados. Lo anterior, consideramos que constituye un importante avance en materia de garantías, ya que permitirá a los deudores acceder a nuevos financiamientos, otorgando en garantía los bienes que les hayan sido liberados con respecto de las anteriormente constituidas, sin necesidad de tener que esperar a que se finiquite el crédito inicial, para poder disponer libremente de los bienes que, en su origen, hubiesen dado en garantía.

Además de lo anterior, a criterio de estos grupos parlamentarios, vale la pena destacar la disposición dentro de la presente iniciativa, que permite a los deudores otorgar garantías adicionales, cuando las que hayan otorgado disminuyan su valor de manera tal, que no basten para garantizar el crédito otorgado; esto, de manera previa a que el acreedor proceda a exigir el pago del mismo. De cualquier forma, el deudor quedaría liberado de cualquier responsabilidad adicional, al hacer entrega de los bienes que constituyan la correspondiente garantía.

Una vez presentada la anterior exposición de motivos, el Diputado Américo Ramirez Rodriguez del Partido Revolucionario Institucional, realizó algunos comentarios al respecto, siendo de importancia los que a continuación cito.

"En ese sentido, a juicio de los grupos parlamentarios que suscribimos la presente iniciativa, consideramos oportuno establecer en el cuerpo del decreto que las sentencias que dicten los jueces serán recurribles, en su caso, únicamente en el efecto devolutivo. Lo anterior contribuirá a lograr los procesos de ejecución, expeditos que demanda el sistema crediticio de nuestro país y que inspiran esta iniciativa, preservando las garantías de audiencia y juicio debido que deben de prevalecer, sin perder de vista que los procesos de ejecución que se prevén son de orden público e interés social.

No obstante lo anterior, se considera que en el proyecto de decreto no existen los incentivos perversos que pudiesen originar una tendencia por parte de los acreedores para iniciar procesos de ejecución sin contar con los elementos necesarios que en conciencia les permitan obtener eventualmente una resolución satisfactoria a sus pretensiones, ya que de darse esta situación, los propios acreedores tendrían que responder restituyendo al deudor con el propio bien objeto de la garantía o con el producto de la venta del mismo.

En este sentido, se propone adicionar un Título Tercero-bis al Código de Comercio, en el cual se regulen los mencionados procesos de ejecución. En este título, se establecen dos procesos de ejecución, uno extrajudicial y otro judicial, siendo el primero de ellos un paso consensado por las partes y previo al sometimiento de la controversia a una autoridad jurisdiccional.

Asimismo, se está proponiendo reformar dos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, con objeto de establecer tipos penales que tiendan a tipificar como abuso de confianza, el hecho de que a las personas que, teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, aun si se trata del acreedor, transmitan en términos distintos a los previstos en la legislación correspondiente, graven o afecten la propiedad o posesión de los mismos, sustraigan sus componentes o los desgasten fuera de su uso normal o por alguna otra razón, disminuyan intencionalmente el valor de los mismos.

De igual forma, se tipifica como fraude equiparado la conducta de las personas que den en garantía, bienes o derechos con respecto de los cuales oculten la existencia de gravámenes, embargos o derechos a favor de terceros.

Asimismo, estamos proponiendo adicionar la Ley de Instituciones de Crédito, para establecer lineamientos conforme a los cuales se regirán los intermediarios financieros que puedan fungir como fiduciarios en los fideicomisos de garantía.

Por otra parte, nuestros grupos parlamentarios consideran como un elemento indispensable para el adecuado funcionamiento del nuevo esquema de garantías propuesto, la modernización de los procedimientos registrales que atañen a los actos de comercio.

Para este efecto, se requiere adecuar el marco legal en materia registral para que atienda los requerimientos de la realidad comercial y que fundamente el establecimiento de una nueva estructura funcional del Registro Público de Comercio, basada en la automatización del procedimiento registral, tendiente a la simplificación y mayor eficiencia de la actividad registral nacional y que no desconozca figuras reguladas en el marco jurídico vigente, que al día de hoy demuestran su necesidad y eficacia.

De igual forma, estamos proponiendo que el Registro Público de Comercio opere con un programa informático y con una base de datos central, la cual estará interconectada con las bases de datos que sobre este registro se integren en las oficinas estatales.

Las bases de datos estatales del Registro Público de Comercio, se integrarían con la información incorporada por medio del programa informático, respecto de cada inscripción o anotación de los actos mercantiles inscribibles y la base central con la información que los responsables del registro incorporen en las bases de datos estatales. Dicha base central tendría por objeto resguardar a nivel nacional los asientos registrales en materia mercantil. Además, para garantizar la seguridad sobre el resguardo de la información registral, se dispone que las bases de datos cuenten con, al menos, un respaldo electrónico.

Las anteriores consideraciones del Diputado Américo Ramírez Rodríguez, a nuestro juicio tienden a interpretar la exposición de motivos, que dio origen a las reformas a estudio, por lo que consideramos importante transcribirlas en este trabajo para que sean tomadas en cuenta para el efecto de poder determinar si la ley una vez aprobada reunía estas características que apunta el Ciudadano Diputado referido.

5.3 Decreto

«Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y de la Ley de Instituciones de Crédito.

Artículo primero. Se adicionan las siguientes disposiciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Sección Séptima, artículos 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377 y 378 del Título Segundo, Capítulo IV, con lo cual se recorrerán los actuales artículos 346 al 359, para quedar como artículos 379 al 392; asimismo, se adiciona la Sección Segunda, del Título Segundo, Capítulo V con los artículos 393, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408 y 409 y se reforman los artículos 383 y 392, para quedar como sigue:

CAPITULO V

SECCION PRIMERA

Del fideicomiso

Artículo 381..

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 392.

Artículo 390..

I a la VI.

VII. En el caso del párrafo final del artículo 383.

SECCION SEGUNDA

Del fideicomiso de garantía

Artículo 393. En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Artículo 394. Podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios, cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique.

Los fideicomitentes, además, deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica.

Artículo 395. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.

El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios, a cuyo efecto deberá estipularse el orden de la prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.

Artículo 396. Un mismo fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores, a cuyo efecto el fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, quedando sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público, a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.

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

El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

Artículo 397. Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que dispone al efecto el artículo 85-bis de la Ley de Instituciones de Crédito, las entidades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Sociedades financieras de objeto limitado y
- V. Almacenes generales de depósito.

Artículo 398. Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley.

Artículo 399. Pueden ser objeto de fideicomisos de garantía toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles.

Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y las acciones referidos al mencionado fin, salvo los que se deriven para el fideicomitente del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente por terceros, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

Artículo 400. Tratándose de fideicomisos sobre bienes muebles, salvo pacto en contrario, el fideicomitente tendrá derecho a:

- I. Hacer uso de los bienes fideicomitados, combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes;
- II. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados y
- III. Enajenar los bienes fideicomitados en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquieres de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

El derecho otorgado al fideicomitente para vender o transferir en el curso ordinario de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el Libro Quinto, Título Tercero-bis del Código de Comercio.

El fiduciario no podrá encargarse de la realización de las actividades y las operaciones previstas en este artículo.

Artículo 401. En caso de que en el contrato respectivo se establezca que los bienes afectos en fideicomiso distintos al suelo deban estar asegurados por una cantidad que alcance a cubrir su valor de reposición, el deudor tendrá la

facultad de determinar la compañía aseguradora que se encargará de ello. En el mencionado seguro deberá designarse como beneficiario al fiduciario.

El fiduciario aplicará las cantidades que reciba de la institución de seguros, a liquidar el saldo insoluto del crédito a favor del fideicomisario. De existir algún remanente, el fiduciario deberá entregarlo al fideicomitente.

Artículo 402. Los riesgos de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitados, corre por cuenta de la parte que esté en posesión de los mismos, debiendo permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar, según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general.

De convenirse así en el contrato, si el valor de mercado de los bienes fideicomitados baja de manera que no baste a cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan y el deudor no la restituye a la proporción original, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, sin que en este caso sea necesario notificar al deudor.

Artículo 403. Cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitados, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario.

En este caso, serán por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitados.

Si los bienes fideicomitados se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda

Artículo 404. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 400, 402 y 403, las partes deberán convenir, desde la constitución del fideicomiso:

En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitados;

III. Las características y el alcance tanto de las inspecciones como de la reducción del valor de mercado de los bienes fideicomitados, a que se refiere el artículo 402;

Las contraprestaciones que deberá recibir el fideicomitente de su contraparte, por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitados;

IV. Las personas a las que el fideicomitente podrá vender o transferir dichos bienes, así como el destino que éste deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;

V. La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;

VI. La forma de valuar por un tercero los bienes fideicomitidos o, dependiendo de la naturaleza y características del bien que garantice la referencia a un índice de valores o parámetro de referencia reconocido por las partes, así como la extensión de la pérdida o el grado de deterioro de los mismos bienes, que pudiera dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 402 y el último párrafo del artículo 403 y

VII. Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen de manera sustancial su valor.

En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

Artículo 405. El contrato constitutivo del fideicomiso de garantía deberá constar por escrito y cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a 250 mil unidades de inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario público.

La afectación en fideicomiso de garantía de bienes inmuebles, se hará constar en escritura pública.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración.

Artículo 406. Cuando se afecten en fideicomiso bienes muebles deberán especificarse ajustándose a lo dispuesto en el artículo 354.

Artículo 407. Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía, prescriben en tres años contados desde que la obligación garantizada pudo exigirse. En este caso se extinguirá el derecho de pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente.

Artículo 408. Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones, de los fideicomisos de garantía a que se refiere esta Sección Segunda, deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar

en el que se encuentre ubicado el domicilio del deudor cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles.

Cuando el fideicomiso de garantía tenga por objeto bienes inmuebles o bien bienes inmuebles y muebles, la inscripción de los actos a que se refiere el párrafo anterior deberá hacerse en el registro que corresponda al lugar de ubicación de los bienes inmuebles o, en los casos que proceda, en el registro especial que corresponda según su naturaleza.

Artículo 409. Las instituciones señaladas en el artículo 397 de esta ley, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.

La indemnización que corresponda pagar en términos de este artículo, no será mayor al 10% del valor del principal y los intereses de la suma garantizada. Cuando la institución infractora reúna a la vez la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, la indemnización será del doble de la cantidad antes mencionada.

Artículo 410. Será aplicable al fideicomiso de garantía previsto en esta Sección Segunda, en lo conducente, los artículos 346 al 351, del 366 al 374 y del 377 al 392 de esta ley.

TITULO TERCERO

.....

TITULO TERCERO-BIS

De los procedimientos de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión y del fideicomiso de garantía

CAPITULO I

Del procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía

Artículo 1414-bis. Se tramitará en esta vía el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la

cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados. Para efectos de lo anterior, el valor de los bienes podrá determinarse por cualquiera de los siguientes procedimientos:

I. Por el dictamen que rinda el perito que las partes designen para tal efecto desde la celebración del contrato o en fecha posterior o

II. Por cualquier otro procedimiento que acuerden las partes por escrito.

Al celebrar el contrato las partes deberán designar a una persona autorizada, distinta del acreedor, para que realice el avalúo de los bienes, en caso de que éste no pueda llevarse a cabo, en términos de lo establecido en las fracciones de este artículo.

Artículo 1414-bis-1. El procedimiento se iniciará con el requerimiento formal de entrega de la posesión de los bienes, que formule al deudor el fiduciario o el acreedor prendario, según corresponda, mediante fedatario público.

Una vez entregada la posesión de los bienes al fiduciario o acreedor prendario, éste tendrá el carácter de depositario judicial hasta en tanto no se realice lo previsto en el artículo 1414-bis-4.

Artículo 1414-bis-2. Se dará por concluido el procedimiento extrajudicial y quedará expedita la vía judicial en los siguientes casos:

I. Cuando se oponga el deudor a la entrega material de los bienes o al pago del crédito respectivo o;

II. Cuando no se haya producido el acuerdo a que se refiere el artículo 1414-bis-1 o éste sea de imposible cumplimiento.

Artículo 1414-bis-3. Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el fiduciario o el acreedor prendario podrá obtener la posesión de los bienes objeto de la garantía, si así se estipuló expresamente en el contrato respectivo. Este acto deberá llevarse a cabo ante fedatario público, quien deberá levantar el acta correspondiente, así como el inventario pormenorizado de los bienes.

Artículo 1414-bis-4. Una vez entregada la posesión de los bienes se procederá a la enajenación de éstos, en términos del artículo 1414-bis-18 fracción II.

Artículo 1414-bis-5. En caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcancen para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias.

Artículo 1414-bis-6. En caso de que el fiduciario o el acreedor prendario, según corresponda, no pueda obtener la posesión de los bienes, se seguirá el procedimiento de ejecución forzosa a que se refiere el siguiente capítulo de este código.

Artículo 1414-bis-7. No será necesario agotar el procedimiento a que se refieren los artículos anteriores, para iniciar el procedimiento de ejecución previsto en el capítulo siguiente.

CAPITULO II

Del procedimiento judicial de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía

Artículo 1414-bis-8. Se tramitará de acuerdo a este procedimiento todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que la garantía se haya otorgado mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía.

Para que el juicio se siga de acuerdo con las disposiciones de este capítulo, es requisito indispensable que el mencionado crédito conste en documento público o escrito privado, según corresponda, en términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que sea exigible en los términos pactados o conforme con las disposiciones legales aplicables.

Artículo 1414-bis-9. Presentado el escrito de demanda, acompañado de contrato respectivo y la determinación del saldo que formule el acreedor, bajo su más estricta responsabilidad, el juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados en el artículo anterior, en un plazo no mayor de dos días, admitirá a la misma y dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago y, de no hacerlo, haga entrega de la posesión material al actor, de los bienes objeto de la garantía indicados en el contrato. En este último caso, el acreedor tendrá el carácter de depositario judicial y deberá informar al juez sobre el lugar en el que permanecerán los bienes que le han sido entregados, entre tanto no sean vendidos.

El juez mandará correr traslado de la demanda al deudor emplazándolo a juicio, para que dentro del término de cinco días ocurra a contestarla y a oponer, en su caso, las excepciones que se indican en el artículo 1414-bis-11.

La referida certificación de saldo podrá elaborarse a partir del último estado de cuenta que, en su caso, el deudor haya recibido y aceptado. Se entenderá que el deudor ha recibido y aceptado este último estado de cuenta, si no lo objeta luego de recibirlo y efectúa pagos parciales al acreedor con posterioridad a su recepción.

Artículo 1414-bis-10. La diligencia a que se refiere el artículo anterior, no se suspenderá por ningún motivo y se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio. A fin de poner en posesión material de los bienes al demandante, el juzgador apercibirá al deudor con multa que podrá ser desde tres y hasta 400 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Para la imposición de la mencionada multa, el juez deberá considerar el monto de la garantía reclamada.

Si el deudor no hiciera entrega de los bienes en la diligencia prevista en este artículo, el secretario actuario lo hará constar y dará cuenta de ello al juez, quien procederá a hacer efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su resolución en términos del presente capítulo, al efecto podrá hacer uso de los siguientes medios de apremio:

I. El auxilio de la fuerza pública.

II. Si fuere ineficaz el apremio por causa imputable al deudor, el juez podrá ordenar arresto administrativo en contra de éste.

Artículo 1414-bis-11. El demandado únicamente podrá oponer las excepciones siguientes:

I. Las fundadas en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción, su alteración o la de falsedad del mismo;

II. Falta de personalidad;

III. Falta de representación, de poder bastante o facultades legales de quien haya suscrito, en representación del demandado, el documento base de la acción;

IV. Incompetencia;

V. Incumplimiento del contrato;

Prescripción;

VII. Pago

VI. Oferta por escrito firmada por el acreedor de no cobrar o esperar;

VII. Novación de contrato;

X. Compensación;

XI. Litispendencia y

XII. Cosa juzgada.

Si se declara procedente la excepción de falta de personalidad del actor o la objeción que se haya hecho a la personalidad de quien se haya ostentado como representante del deudor, el juez concederá un plazo no mayor de 10 días para que se subsane, si los defectos del documento presentado por el representante fueren subsanables. De no subsanarse, cuando se trate de la legitimación al proceso del deudor, se continuará el juicio en rebeldía de éste. Si no se subsanara la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio

Las excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo, serán declaradas improcedentes al dictarse sentencia, cuando quede acreditado que el deudor efectuó pago de alguna parcialidad del crédito a su cargo, o bien, que éste ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito. Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de dichas excepciones resulte de diversa causa.

Será competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo, el juez que corresponda al domicilio en que se encuentren registrados los bienes dados en garantía.

Las excepciones comprendidas en las fracciones VII a la X y en la XII, sólo se admitirán cuando se funden en prueba documental.

La excepción de litispendencia sólo se admitirá cuando se exhiban, en la contestación, las copias selladas de la demanda y contestación a ésta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente.

El juez bajo su más estricta responsabilidad revisará la contestación de la demanda y desechará de plano todas las excepciones diferentes a las que se autorizan o aquellas en que siendo necesario exhibir algún documento, el mismo no se acompañe.

Ninguna de las excepciones, salvo la de incompetencia, suspenderá el procedimiento y se resolverán en la sentencia definitiva.

Artículo 1414-bis-12. El allanamiento que afecte toda la demanda producirá el efecto de que el asunto pase a sentencia definitiva.

Si el demandado no contesta oportunamente la demanda, se tendrá por perdido su derecho a hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior, el demandado tendrá en todo tiempo el derecho de ofrecer pruebas, hasta antes de que se dicte la sentencia correspondiente.

Artículo 1414-bis-13. Tanto en la demanda como en la contestación a la misma, las partes tienen la obligación de ser claras y precisas. En esos mismos escritos deberán ofrecer todas sus pruebas relacionándolas con los hechos que pretendan probar y presentar todos los documentos respectivos.

Artículo 1414-bis-14. Siempre que las pruebas ofrecidas sean contra la moral o el derecho, no se ajusten a lo dispuesto en los artículos 1414-bis-12 y 1414-bis-13 o bien se refieran a hechos imposibles, notoriamente inverosímiles o no controvertidos por las partes, el juez las desechará de plano.

Artículo 1414-bis-15. El juez resolverá sobre la admisión o desechamiento de pruebas en el auto que tenga por contestada o no la demanda. En el mismo auto, el juez dará vista al actor con las excepciones opuestas por el demandado, por el término de tres días y señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas alegatos y sentencia. Esta audiencia deberá celebrarse dentro de los 10 días siguientes a aquél en que haya concluido el plazo fijado para que el actor desahogue la vista a que se refiere este artículo.

Artículo 1414-bis-16. La preparación de las pruebas quedará a cargo de las partes, por lo que deberán presentar a sus testigos, peritos, documentos públicos y privados, pliego de posiciones y demás pruebas que les hayan sido admitidas.

Cuando las partes tengan que rendir prueba testimonial o pericial para acreditar algún hecho, deberán ofrecerla en los escritos de demanda o contestación, señalando el nombre y apellidos de sus testigos y de sus peritos, en su caso, y exhibir copia de los interrogatorios al tenor de los cuales deban ser examinados los testigos o del cuestionario para los peritos.

El juez ordenará que se entregue una copia a cada una de las partes, para que al verificarse la audiencia puedan formularse preguntas por escrito o verbalmente.

La prueba de inspección ocular deberá ofrecerse con igual oportunidad que las anteriores.

Al promoverse la prueba pericial, el juez hará la designación de un perito o de

los que estime convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar también un perito para que se asocie al nombrado por el juez o rinda dictamen por separado. La prueba pericial será calificada por el juez según prudente estimación.

Si llamado un testigo o solicitado un documento que haya sido admitido como prueba, ésta no se desahoga por causa imputable al oferente, a más tardar en la audiencia, se declarará desierta, a menos que exista una causa de fuerza mayor debidamente comprobada.

Artículo 1414-bis-17. El juez debe presidir la audiencia, ordenar el desahogo de las pruebas admitidas y preparadas y dar oportunidad a las partes para alegar lo que a su derecho convenga, por escrito o verbalmente, sin necesidad de asentarlos en autos en este último caso. Acto continuo, el juez dictará sentencia, la que será apelable únicamente en efecto devolutivo.

Artículo 1414-bis-18. Obtenido el valor de avalúo de los bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1414-bis, se estará a lo siguiente:

I. Cuando el valor de los bienes sea menor o igual al monto del adeudo condenado, quedará liquidado totalmente el crédito respectivo, sin corresponder en consecuencia acción o derecho alguno a la parte actora para ejercitar o hacer valer con posterioridad en contra del demandado, por lo que respecta al contrato base de la acción. En este caso el acreedor o el fiduciario, según corresponda, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía y

II Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto del adeudo condenado, la parte acreedora o la fiduciaria, según se trate y una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos generados, entregará al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes.

La venta a elección del acreedor o fiduciario, se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio, notario público, institución de crédito distinta al acreedor o corredor público, mediante el procedimiento siguiente:

- a) Se notificará al deudor el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes a que se refiere el inciso siguiente. Dicha notificación deberá realizarse con cinco días de anticipación a la fecha de la venta;
- b) Se publicará en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes con por lo menos cinco días hábiles de antelación, un aviso de venta de los mismos, en el que se señale el lugar, día y hora en que se pretenda realizar la venta, señalando la descripción de los bienes, así como el precio de venta, determinado conforme al artículo 1414-bis.

En dicha publicación podrán señalarse las fechas en que se realizarán, en su caso, las ofertas sucesivas de venta de los bienes. Cada semana en la que no

haya sido posible realizar la venta de los bienes, el valor mínimo de venta de los mismos, se reducirá en un 10%, pudiendo el acreedor, a su elección, obtener la propiedad plena de los mismos cuando el precio de dichos bienes esté en alguno de los supuestos a que se refiere la fracción I de este artículo.

El deudor que desee que se realicen más publicaciones relativas a la venta de los bienes podrá hacerlo directamente a su costa.

c) Realizada la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuera superior al monto del adeudo, el acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos incurridos para la venta, en efectivo, cheque de caja o mediante billete de depósito a favor del deudor a través de fedatario.

Artículo 1414-bis-19. En caso de incumplimiento de la parte actora a lo señalado en la fracción II del artículo anterior, el juez lo apercibirá con las medidas de apremio establecidas en el artículo 1414-bis-10 y le ordenará pagar una pena equivalente de 100 y hasta 3 mil veces, el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal en las fechas de incumplimiento, por día transcurrido, mientras subsista el incumplimiento.

Artículo 1414-bis-20. El acreedor o fiduciario, en tanto no realice la entrega al deudor del remanente de recursos que proceda en términos del artículo 1414-bis-18 fracción II, por la venta de los bienes objeto de la garantía, cubrirá a éste, por todo el tiempo que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a dos veces el costo de captación a plazo de pasivos denominados en moneda nacional (CCP), que mensualmente da a conocer el Banco de México, mediante publicaciones en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo 1414-bis-21. En los procedimientos que se ventilen conforme a lo señalado en este capítulo, no se admitirán incidentes y las resoluciones que se dicten podrán ser apeladas sólo en efecto devolutivo, por lo que en ningún caso podrá suspenderse el procedimiento."

En todo lo no previsto en este capítulo serán aplicables las disposiciones contenidas en el Título Tercero del Libro V, de este código.

Artículo tercero. Se reforma el artículo 383 fracción IV del Título Vigésimosegundo, Capítulo II, y se adiciona la fracción XVI al artículo 387 del Título Vigésimosegundo, Capítulo III, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para quedar como sigue:

TÍTULO VIGESIMOSEGUNDO

CAPITULO II
Abuso de confianza

.....
Artículo 383. Se considera abuso de confianza para efectos de la pena:

I a la III.

IV. El hecho de que una persona que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de la posesión o fideicomiso de garantía, aún siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos....."

CAPITULO III

Fraude

Artículo 387.

XVI. A las personas que den en garantía, bienes o derechos con respecto de los cuales oculten la existencia de gravámenes, embargos o derechos a favor de terceros;

.....
Artículo cuarto. Se reforma el artículo 83, y se adicionan los artículos 85-bis, 85-bis-1 y 85-bis-2 del Título Tercero, Capítulo IV, de la Ley de Instituciones de Crédito, para quedar como sigue:

TITULO TERCERO

.....
CAPITULO IV

.....
"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 aplicarán lo procedimientos establecidos en el Título Tercero-bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario.

Artículo 85-bis. Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de

garantía las instituciones a que se refieren las fracciones II a la V del artículo 397 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán contar con el capital mínimo adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate y del Banco de México, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.

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

Las sociedades a que se refieren las fracciones II a la V del artículo 397 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán administrar las operaciones de fideicomiso en los términos que para las instituciones de crédito señalan los artículos 79 y 80 de esta ley.

Artículo 85-bis-1. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda, podrán suspender, por un periodo no menor de seis meses, la contratación de nuevas operaciones de fideicomisos de garantía, a las entidades que sean condenadas a pagar en más de una ocasión las indemnizaciones a que se refiere el artículo 408 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito."

ARTICULOS TRANSITORIOS

Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo lo dispuesto en los transitorios siguientes.

Segundo. La operación automatizada del Registro Público de Comercio conforme a lo dispuesto en el presente decreto deberá iniciarse a más tardar el 30 de noviembre del año 2000.

Para tal efecto, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial proporcionará a cada uno de los responsables de las oficinas del Registro Público de Comercio, a partir de la entrada en vigor del presente decreto y a más tardar el 31 de agosto del año 2000, el programa informático del sistema registral automatizado a que se refiere el presente decreto, la asistencia y capacitación técnica, así como las estrategias para su instrumentación, de conformidad con los convenios correspondientes.

Tercero. En tanto se expide el reglamento correspondiente, seguirán aplicándose los capítulos I al IV y VII del Título Segundo del Reglamento del Registro Público de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de enero de 1979, en lo que no se opongan a lo dispuesto en el presente decreto.

Cuarto. La captura del acervo histórico del Registro Público de Comercio deberá concluirse, en términos de los convenios de coordinación previstos en el artículo 18 del Código de Comercio a que se refiere el presente decreto, a más tardar el 30 de noviembre del año 2002.

Quinto. La Secretaría, en coordinación con los gobiernos estatales, determinará los procedimientos de recepción de los registros de los actos mercantiles que hasta la fecha de entrada en vigor del presente decreto efectuaban los oficios de hipotecas y los jueces de primera instancia del orden común, así como los mecanismos de integración a las bases de datos central y estatales. Dicha recepción deberá efectuarse en un plazo máximo de 180 días contados a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

Sexto. Las solicitudes de inscripción de actos mercantiles en el Registro Público de Comercio y los medios de defensa iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto, se sustanciarán y resolverán, hasta su total conclusión, conforme a las disposiciones que les fueron aplicables al momento de iniciarse o interponerse.

Séptimo. La Secretaría deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación los lineamientos y formatos a que se refieren los artículos 18 y 20, que se reforman por virtud del presente decreto, en un plazo máximo de 90 días, contados a partir de la fecha de su entrada en vigor.

Octavo. Los fideicomisos de garantía constituidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente decreto, seguirán sujetos a las disposiciones que les resulten aplicables al momento de su contratación.

5.3 Consideraciones de las Comisiones

El día 28 de abril del año 2000, se discutió y aprobó la reforma en comento, no sin antes haber expuesto los grupos parlamentarios sus comentarios al caso, siendo importante destacar algunos de ellos, debido a que se realizaron algunas modificaciones a las reformas propuestas, como sigue:

“Las comisiones unidas de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, coinciden en que a la luz de la astringencia crediticia que desde hace algunos años afecta a la economía nacional, las iniciativas en estudio, ante todo, buscan facilitar los procesos de otorgamiento y recuperación del crédito a fin de que el mismo fluya hacia las distintas actividades productivas y, de esta manera, apoye el desarrollo económico y social del país, sobre todo en lo que respecta al crédito para la pequeña y mediana empresas, así como para la compra de vivienda, entre otros.

De igual manera, las que dictaminan comparten el criterio de que el régimen legal mexicano sobre garantías de crédito ha sido superado por el contexto económico y comercial actual, de las operaciones mercantiles que se realizan en el país, lo que da por resultado importantes limitaciones en cuanto a las personas que pueden otorgar y acceder al crédito, procedimientos costosos para la asignación y registro del mismo y tasas de interés elevadas, lo que a su vez genera serios problemas, por insuficiencia de financiamiento para el desarrollo de las actividades socialmente más importantes.

Esta situación, además de provocar que los deudores se vean obligados en la práctica a sobregarantizar los créditos que solicitan, induce a que los acreditantes busquen compensar sus eventuales pérdidas a través del encarecimiento del crédito, situación que las dictaminadoras consideran que se busca corregir.

Sobre el particular, las que dictaminan comparten la preocupación de enfatizar dentro de la norma sustantiva en estudio, aspectos vinculados a garantizar un equilibrio entre las partes, en el cual el deudor tenga desde un principio un límite preciso de las responsabilidades que adquiere y el acreedor, por su parte, tenga la certeza de que en caso de incumplimiento, la ejecución de las garantías otorgadas será expedita, ello dentro de un esquema opcional que permita a las partes optar por estas nuevas formas de garantía o utilizar las ya existentes y contempladas en nuestro actual régimen.

Así, estas comisiones son coincidentes en la adopción de un régimen de garantías al crédito que facilite el acceso a los productos crediticios a un número mayor de personas, empresas y sectores y que otorgue seguridad jurídica tanto a los acreedores como a los deudores, con lo cual el crédito podrá fluir en función de la viabilidad misma del proyecto y la capacidad financiera del solicitante.

Por otra parte, también son conscientes de que, la preferencia por los bienes inmuebles como garantías, aleja a la mayoría de la posibilidad de obtener financiamientos, ofreciendo bienes muebles y sus frutos como garantía. Asimismo, consideran que la exclusión de proveedores, intermediarios distintos a los institucionales y distribuidores, como conducto para proveer de crédito a

los agricultores y pequeños empresarios, limita no sólo la expansión, sino el funcionamiento eficiente de la actividad productiva del país.

Estas dictaminadoras tampoco pueden soslayar las deficiencias en la legislación adjetiva, que afectan de forma negativa las posibilidades de recuperación de los créditos, lo que obliga a la aplicación de márgenes muy elevados en los mismos, para compensar el costo de la cartera vencida.

En ese sentido, de acuerdo a la experiencia internacional, estas comisiones unidas reconocen que en otros países los procedimientos judiciales señalados funcionan de manera expedita para resolver los casos de incumplimiento, disminuyéndose los márgenes de intermediación y agilizándose la entrega de créditos. Lo anterior, en virtud de que se abaten los gastos de investigación respecto del historial crediticio de los solicitantes, al contar con un marco jurídico adecuado.

Otro aspecto de la problemática planteada, es la astringencia crediticia que se presenta desde tiempo atrás, situación que ha tendido a desvirtuar la función natural de los intermediarios institucionales, los cuales prefieren destinar los recursos captados a la compra de valores gubernamentales, en lugar de dirigirlos hacia el financiamiento de las actividades productivas, en detrimento de la contribución que el crédito debe hacer al desarrollo económico y social del país; de ahí la necesidad de proporcionar a los acreedores mecanismos seguros y de bajo costo que permitan, llegado el caso, recuperar las garantías constituidas a su favor, pero respetando y garantizando todos los medios legítimos de defensa que pueda tener el deudor.

En tal sentido y con objeto de facilitar el acceso al crédito, las que dictaminan estiman conveniente permitir que los deudores de crédito puedan ofrecer como garantías tanto bienes inmuebles como muebles, tangibles e intangibles, a través de una regulación sencilla que les permita ofrecer esos bienes y los que adquieran en el futuro, además de sus frutos y aprovechamientos.

Estas comisiones unidas estiman conveniente destacar diversos rasgos distintivos que contienen estas iniciativas a favor del deudor como es, por un lado, el conocer de manera cierta el monto de sus responsabilidades desde la contratación de un crédito y que, llegado el caso, su responsabilidad sólo abarcará hasta el monto de la garantía ofrecida.

Bajo el régimen legal vigente, establecido en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, la responsabilidad del acreditado alcanza la totalidad de su patrimonio; lo anterior, como una medida que responde al legítimo interés del acreedor para recuperar el crédito, limitado únicamente por la existencia de bienes del deudor.

Sin embargo, las que dictaminan estiman necesario tomar en cuenta que las partes involucradas en el nuevo esquema de garantías, celebran los contratos

de crédito tomando en cuenta las condiciones económicas que imperan en ese momento, sin poder prever factores exógenos que, como ha sucedido en el pasado, incrementarían el monto total de su adeudo.

Por lo anteriormente mencionado, se estima conveniente establecer un mecanismo que proteja al acreditado frente a la posible aparición de dichos factores, limitando su responsabilidad únicamente a la parte de su patrimonio que, en su momento, comprometió.

Por ello, estas comisiones unidas coinciden en destacar este importante aspecto que se introduce en el proyecto en cuestión, al limitar la responsabilidad de los acreditados, pronunciándose únicamente por señalar de manera expresa la irrenunciabilidad de este mecanismo. Lo anterior permitirá salvaguardar su patrimonio de las afectaciones provocadas por eventuales cambios macroeconómicos en el país.

De esta manera, el proyecto que se dictamina brinda certeza jurídica a los acreditados, al determinar en el momento mismo de la contratación del crédito el alcance de los bienes dados en garantía, conociendo así de manera clara e indubitable el límite del compromiso total que adquieren en función de su adeudo.

Así, a juicio de estas comisiones unidas, resulta, pertinente la propuesta del Ejecutivo Federal de establecer dos nuevos tipos de garantías, la prenda sin desplazamiento de la posesión y el fideicomiso de garantía, las que harían posible a los deudores otorgar como tales, todo tipo de bienes muebles e inmuebles que obren en su patrimonio, así como los que resulten de los procesos de producción e inclusión de los derivados de la venta de dichos bienes y el establecimiento de dos procedimientos de ejecución para estas garantías en caso de incumplimiento del deudor.

Sin embargo, las que dictaminan consideran más adecuada la propuesta de la iniciativa de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México, en virtud de que ésta implica la modificación y adición de los diversos ordenamientos legales vigentes, para incluir dentro de ellos la mecánica para la constitución y ejecución de garantías, sin necesidad de expedir una nueva ley en la materia. Ello dará mayor certidumbre y seguridad jurídica a las personas que opten por este nuevo esquema de constitución de garantías.

En el mismo sentido, estas comisiones unidas convienen en la necesidad de que, si bien es cierto que estas figuras resultan favorables para otorgar un mayor número de posibilidades a los deudores para acceder al crédito, también lo es que resulta innecesario formar un nuevo cuerpo jurídico para su incorporación a la actual legislación, ello a fin de facilitar el otorgamiento de

créditos, simplificando los mecanismos para el registro de garantías, así como asegurar los derechos del deudor ante eventuales abusos del acreedor.

De igual forma, estas comisiones unidas consideran necesario el que los procedimientos de ejecución de garantías se sujeten a normas precisas establecidas en la ley y que su cumplimiento sea vigilado y sancionado por la autoridad competente, cuidando siempre que los intereses legítimos de los deudores estén debidamente garantizados.

Por otra parte, la iniciativa de los grupos parlamentarios contempla dos procedimientos a través de los cuales se ejecutarían las garantías otorgadas al amparo de estas figuras. Dichos procedimientos tienen como característica fundamental la pronta ejecución de las garantías en cuestión, con el fin de garantizar al acreedor que, en caso de incumplimiento del deudor y después de cumplir con todos los requisitos establecidos por la propia ley, se pueda ejecutar la correspondiente garantía de forma expedita, lo cual repercutiría de manera favorable en el costo de los créditos y su correspondiente proceso de otorgamiento.

Asimismo, dentro de la propia iniciativa de los grupos parlamentarios, se establecen disposiciones tendientes a proteger los derechos de los deudores, con el fin de que éstos no se vean perjudicados por las excesivas condiciones que, en un momento dado, pudiesen establecer los acreedores a su favor.

Por ello, el profundo y amplio intercambio de opiniones y experiencias recabadas, generó en los miembros de estas comisiones unidas la convicción de adecuar el marco normativo vigente referente al régimen de garantías, en lugar de expedir un nuevo cuerpo legal. Lo anterior, atendiendo a los razonamientos específicos que se contienen en el cuerpo del presente dictamen.

En ese sentido, conviene señalar que, si bien es cierto que como ya se mencionó, es necesario modernizar el régimen mexicano en materia de garantías, también lo es el hecho de que este proceso debe ser claro y comprensible para aquellas personas que son destinatarias del mismo.

Las que dictaminan consideran que el régimen especial que impera en el proyecto que nos ocupa, evita el uso de medios dilatorios para la ejecución de las garantías, con lo que se otorga seguridad jurídica a los derechos de los acreedores, a la vez que disminuyen significativamente los efectos que el retraso en la ejecución de garantías tiene sobre el costo de los créditos y evitando también su deterioro, en perjuicio de los deudores cumplidos que son la inmensa mayoría. Este también resulta uno de los problemas actuales más importantes que deben ser superados, para hacer fluir con mayor celeridad el crédito comercial.

Asimismo, se establece todo un régimen bajo el cual los deudores podrán hacer

uso y disfrutar de los bienes dados en garantía; utilizarlos en sus procesos productivos e inclusive venderlos en el curso normal de sus actividades preponderantes. Lo anterior, en virtud de que el deudor no perderá la posesión de los bienes dados en garantía, lo que sí sucede en el caso de la prenda como se regula en la actualidad.

Igualmente, se coincide con las normas procesales que se establecen ante la autoridad jurisdiccional, que aseguran la solución pronta de los conflictos que eventualmente pudieran surgir entre acreedores y deudores, así como un régimen especial aplicable a los bienes objeto de las garantías, para el caso de que el deudor entre en proceso de concurso.

Por otra parte, estas comisiones unidas consideran procedente el planteamiento señalado por la iniciativa de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, Partido Revolucionario Institucional y Partido Verde Ecologista de México, en el sentido de modernizar las disposiciones relativas a la operación del Registro Público de Comercio, en virtud de ser éste un tema fundamental para el correcto desarrollo del nuevo régimen de constitución y ejecución de garantías que contiene la citada iniciativa.

A través de la iniciativa en cuestión, se pretende atender a la necesidad de clarificar la transmisión que de la propiedad se hace por parte del deudor al fiduciario, permitiendo, en su caso, la enajenación de los bienes dados en garantía con certeza jurídica y una vez cumplidos los pasos necesarios señalados en los procedimientos que al efecto se establecen, para con ello cubrir de manera suficiente las formalidades esenciales del procedimiento.

A juicio de estas dictaminadoras, consideramos necesario establecer en el cuerpo del decreto, que las sentencias que dicten los jueces, serán recurribles, en su caso, únicamente en el efecto devolutivo. Lo anterior, contribuirá a lograr una más ágil y expedita administración de justicia en los procesos que se establecen para el fideicomiso de garantía y la prenda sin transmisión de posesión.

No obstante todo lo anterior, estas comisiones unidas consideran que, a efecto de que la iniciativa de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México pueda cumplir cabalmente con su cometido, es necesario realizarle algunas adecuaciones.

Al hacer referencia al esquema de garantías en la legislación vigente, es obligado evocar las disposiciones que sobre la prenda mercantil existen. Entre ellas destaca el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de

Crédito, el cual dispone un proceso de ejecución de la garantía prendaria, que ha sido calificado como inconstitucional tanto por los más altos tribunales de la nación como por la doctrina.

En efecto, el artículo de referencia establece que el acreedor prendario podrá solicitar a un juez autorización para la venta de la prenda, otorgando al deudor un término de tres días para que exhiba el importe del adeudo.

Lo anterior ha sido analizado por diversos tratadistas y en el seno mismo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyendo que dicho procedimiento es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, pues impide al deudor oponerse y acreditar todas las defensas que le pudieran asistir para demostrar la improcedencia de la venta de la prenda.

Las que dictaminan comparten la inquietud de los críticos de dicho artículo, toda vez que se deja en estado de indefensión al deudor prendario, al limitar su capacidad de defensa y al conculcarle una garantía esencial como es la de audiencia. Además de lo anterior, la situación antes descrita ha provocado que la figura de la prenda, actualmente regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, caiga en desuso por inoperante.

Por lo anterior y atendiendo a la preocupación que existe sobre la materia en los ámbitos jurisdiccional y doctrinal, estas dictaminadoras consideran conveniente proponer a esta soberanía la reforma al dispositivo legal en comento, a fin de armonizarla con los distintos criterios que al respecto se han emitido y con los beneficios que el nuevo esquema de garantías de crédito otorga a los deudores.

En este sentido, se propone que el deudor prendario cuente con un término de 15 días a partir del vencimiento de la obligación garantizada, a fin de que oponga todas las excepciones y defensas que le asistan para desvirtuar la pretensión del acreedor y no sólo la excepción de pago. Con la reforma propuesta, la redacción del artículo 341 sería la 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. El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de 15 días, contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez resolverá en un plazo no mayor a 10 días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta. En caso de notoria urgencia y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez éste podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor."

Con objeto de no afectar las actividades del deudor prendario en los términos que establece el artículo 356, se consideró conveniente darle la posibilidad de enajenar los bienes pignorados cuando éstos representen más del 80% de sus activos y cuente con la autorización previa, del juez o del acreedor, según corresponda, por lo que su redacción quedaría en los siguientes términos:

"Artículo 356. El deudor prendario, salvo pacto en contrario, tendrá derecho a:

I a la III.

El derecho otorgado al deudor para vender o transferir, en el curso ordinario de sus actividades preponderantes, los bienes pignorados quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el Libro Quinto, Título Tercero-bis del Código de Comercio. En caso de que los bienes pignorados representen más del 80% de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según sea el caso."

Las que dictaminan consideran de particular importancia establecer en ley que es un derecho irrenunciable el que deudor quede liberado de cubrir las diferencias que resulten en el caso de que el producto de la venta de la garantía no alcance a cubrir el importe total de las obligaciones, por lo que se propone la siguiente redacción:

"Artículo 379. Las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante prenda sin transmisión de posesión que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias. Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable."

Por otra parte, la iniciativa de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México, prevé el establecimiento de tipos penales relacionados con el abuso de confianza y con el fraude, tendientes a sancionar la comisión de hechos vinculados con el nuevo esquema de garantías que se propone.

Estas comisiones consideran que, por lo que se refiere al delito de fraude, los tipos penales actualmente en vigor contienen los elementos suficientes para penalizar las conductas que, al tenor de dicho esquema, pudieran llegar a

cometerse, por lo que se estima innecesario crear un nuevo tipo penal o modificar el ya existente.

Por lo que respecta al abuso de confianza, a diferencia del fraude, las que dictaminan consideran que el tipo penal vigente es insuficiente para tutelar los bienes jurídicos que se desprenden del esquema de garantías, por lo que se acoge la propuesta de la señalada iniciativa. Sin embargo, por tratarse de una materia con un alto grado de especialización, se estima adecuado que este tipo penal quede inscrito dentro de la ley que norma el conjunto de bienes jurídicos que se pretende tutelar, por lo que estas comisiones proponen la adición a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de dos artículos, uno dentro del capítulo referente a la prenda sin transmisión de posesión, y uno más en el capítulo correspondiente al fideicomiso de garantía, en los siguientes términos:

"Artículo 380. Al que, teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de la posesión, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda de 200 veces el equivalente de dicho salario.

Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de 10 mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 a 180 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor al equivalente de 10 mil días de dicho salario, la prisión será de seis a 12 años y la multa de 120 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal."

"Artículo 413. Al que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a 200 veces de dicho salario. Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de 10 mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 a 180 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de 10 mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a 12 años y la multa de 120 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal."

En protección de los intereses de los deudores, se han establecido elementos que brindan seguridad jurídica y certeza con respecto de los pasos a seguir en la mecánica procesal; al efecto, se clarifica el hecho de que el deudor ha recibido y aceptado el estado de cuenta con la determinación del saldo que le haga el acreedor, en tanto no lo objete por escrito dentro de los 10 días hábiles siguientes a que lo haya recibido. Por lo anterior, el artículo 1414-bis-8 del Código de Comercio quedaría redactado en los siguientes términos:

"Artículo 1414-bis-8. Presentado el escrito de demanda, acompañado del contrato respectivo y la determinación del saldo que formule el acreedor y cuando el acreedor sea una institución de crédito anexando la certificación de saldo que corresponda, el juez bajo su más estricta responsabilidad, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados en el artículo anterior, en un plazo no mayor de dos días, admitirá la misma y dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago y, de no hacerlo, haga entrega de la posesión material al actor, de los bienes objeto de la garantía indicados en el contrato. En este último caso, el acreedor tendrá el carácter de depositario judicial y deberá informar al juez sobre el lugar en el que permanecerán los bienes que le han sido entregados, en tanto no sean vendidos.

En el mismo auto mediante el cual el deudor sea requerido de pago, el juez lo emplazará a juicio, en caso de que no pague ni haga entrega de la posesión material de los bienes dados en garantía al acreedor, para que dentro del término, en su caso, las excepciones que se indican en el artículo 1414-bis-10.

La referida determinación de saldo podrá elaborarse a partir del último estado de cuenta que, en su caso, el deudor haya recibido y aceptado, siempre y cuando se haya pactado o bien el acreedor esté obligado por disposición de ley a entregar estados de cuenta al deudor. Se entenderá que el deudor ha recibido y aceptado este último estado de cuenta, si no lo objeta por escrito dentro de los 10 días hábiles siguientes de haberlo recibido o bien efectúa pagos parciales al acreedor con posterioridad a su recepción."

En lo que hace al artículo 1414-bis-9, y también atentos a la adecuada salvaguarda de los intereses de los deudores, se ha establecido de manera específica que cuando el bien objeto de la garantía sea una casa-habitación y el deudor la utilice como tal, éste será designado depositario judicial hasta en tanto se dicte la sentencia respectiva. Por ello, la redacción de dicho artículo sería en los siguientes términos:

"Artículo 1414-bis-9. La diligencia a que se refiere el artículo anterior, no se suspenderá por ningún motivo y se llevará adelante hasta su conclusión,

dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio. A fin de poner en posesión material de los bienes al demandante, el juzgador apercibirá al deudor con multa que podrá ser desde tres y hasta 400 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Para la imposición de la mencionada multa, el juez deberá considerar el monto de la garantía reclamada.

I. Si el deudor no hiciera entrega de los bienes en la diligencia prevista en este artículo, el secretario actuario lo hará constar y dará cuenta de ello al juez, quien procederá a hacer efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su resolución en términos del presente capítulo; al efecto, podrá hacer uso de los siguientes medios de apremio:

El auxilio de la fuerza pública y

II. Si fuere ineficaz el apremio por causa imputable al deudor, el juez podrá ordenar arresto administrativo en contra de éste, hasta por 36 horas.

En caso de que la garantía recaiga sobre una casa-habitación, utilizada como tal por el demandado, éste será designado depositario de la misma hasta la sentencia, siempre y cuando acepte tal encargo. Cuando conforme a la sentencia proceda que el demandado entregue al demandante la posesión material del inmueble, el juez hará efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de la sentencia, ajustándose a lo dispuesto en este artículo."

Como ya quedó expresado, las que dictaminan comparten el espíritu de esta reforma, en el sentido de dotar a la legislación mexicana de procedimientos ágiles y expeditos, de pronta resolución y que garanticen un adecuado equilibrio entre las pretensiones del actor y los medios de defensa del demandado. Por ello, consideramos conveniente adecuar el nuevo artículo 1414-bis-10 de la iniciativa, a fin de ofrecer a estos últimos la posibilidad de oponer todas las excepciones que en derecho les asistan, señalando, sin embargo, las reglas para la procedencia, en su caso, de aquellas que sean interpuestas.

Con lo anterior, se permitiría la presentación de aquellas excepciones que se acrediten con prueba documental, excepto aquellas que por su naturaleza requieran de medios especiales. De igual forma, se limitan los términos para la presentación y el desahogo de excepciones tales como la falta de personalidad, la ausencia o falsedad del documento base de la acción, la litispendencia y la improcedencia o error en la vía. Por ello, el texto del artículo en cuestión quedaría como sigue:

"Artículo 1414-bis-10. El demandado podrá oponer las excepciones que a su derecho convenga, pero su trámite se sujetará a las reglas siguientes:

- I. Sólo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquellas que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental;
- I. Si se opone la excepción de falta de personalidad del actor y se declara procedente, el juez concederá un plazo no mayor de 10 días para que dicha parte subsane los defectos del documentos presentado, si fueran subsanables; igual derecho tendrá el demandado, si se impugna la personalidad de su representante. Si no se subsana la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio y si no se subsana la del demandado, el juicio se seguirá en rebeldía.
- II. Si se oponen excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo, serán declaradas improcedentes al dictarse la sentencia, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo o bien, que éste ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito. Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de dichas excepciones resulte de diversa causa;
- III. Si se opone la excepción de litispendencia, sólo se admitirá cuando se exhiban con la contestación, las copias selladas de la demanda y la contestación a ésta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente y
- IV. Si se opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor para que en un término que no exceda de tres días hábiles, la corrija.

El juez, bajo su más estricta responsabilidad, revisará la contestación de la demanda y desechará de plano todas las excepciones notoriamente improcedentes, o aquéllas respecto de las cuales no se exhiba prueba documental o no se ofrezcan las pruebas directamente pertinentes a acreditarlas."

Por otra parte, se ha preferido conservar las reglas de competencia que establecen los artículos 1091 y siguientes del Código de Comercio, pues se considera que contemplan todos los supuestos posibles para la determinación de la competencia judicial en los casos en que se susciten diferencias en cuanto a la interpretación de los contratos o sus posibles incumplimientos. En ese sentido, tan sólo debe adecuarse la redacción de dichos artículos, haciendo referencia al diverso 1093 y mejorando la redacción de éste mediante el añadido de una coma, para quedar como sigue:

"Artículo 1091. Cuando en el lugar donde se ha de seguir el juicio hubiere varios jueces competentes, conocerá del negocio el que elija el actor, salvo lo que dispongan en contrario las leyes orgánicas aplicables."

"Artículo 1093. Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncien clara y

terminantemente al fuero que la ley les concede y para el caso de controversia, señalan como tribunales competentes a los del domicilio de cualquiera de las partes, del lugar de cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas, o de la ubicación de la cosa."

"Artículo 1104. Salvo lo dispuesto en el artículo 1093, sea cual fuere la naturaleza del juicio, serán preferidos a cualquier otro juez:

I y II."

"Artículo 1105. Si no se ha hecho la designación que autoriza el artículo 1093, será competente el juez del domicilio del deudor, sea cual fuere la acción que se ejercite."

Las que dictaminan consideran importante señalar que el día 26 de abril del año en curso fue aprobada por el pleno de la Cámara de Diputados el proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, el cual contempla entre otras reformas y adiciones lo relativo a la modernización y operación del programa informático del Registro Público de Comercio, tanto en su ámbito federal como en el de las entidades federativas y el Distrito Federal.

En atención a lo anterior, estas comisiones unidas han procedido a excluir del presente dictamen todo lo relacionado a dicho tema, ya que las propuestas de modificación que se habían contemplado realizar a los artículos 20, 21-bis y 26 fueron consideradas en el proyecto de decreto antes mencionado y aprobado.

Por otra parte, vale la pena mencionar que con respecto a la Ley de Instituciones de Crédito, se realizan diversas reformas y adiciones con el propósito de establecer las limitantes conforme a las cuales se regirán las instituciones financieras que podrán fungir como fiduciarias en los fideicomisos de garantías, tales como las sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsa y almacenadoras generales de depósito.

Finalmente, estas dictaminadoras consideran oportuno señalar que, para los efectos de los artículos 365 y 407 que se propone adicionar a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se entenderá por unidad de inversión a la unidad de cuenta a que se refiere el artículo 1o., del decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en unidades de inversión y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1o. de abril de 1995.

Por las anteriores consideraciones y conforme a la modificaciones que se sugieren, mismas que tienen como propósito alcanzar una mayor certidumbre y seguridad jurídicas, estas comisiones unidas de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, con fundamento en los artículos 39, 44 y 45 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 87 y 88 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, presentan a su consideración el siguiente

Consideramos importante haber incluido en este trabajo las consideraciones expuestas por la comisión revisora y que sirvieron para modificar el proyecto inicial de reforma otorgando una mayor garantía hacia los deudores que el inicialmente propuesto, siendo aprobado el proyecto como quedo antes expuesto, publicándolo en el Diario Oficial de fecha 23 de mayo del año 2000.

CAPITULO SEXTO

FIDEICOMISO EN GARANTIA.

Una vez conocidos los antecedentes que dieron origen a la nueva y moderna figura del fideicomiso en garantía, estimamos que por lo complejo del tema y debido a que las reformas a estudio constituyen modificación a diversas leyes y la creación de dos figuras jurídicas, la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso en garantía, me limito a realizar el estudio sólo por cuanto hace a la segunda de estas, el Fideicomiso en Garantía.

6.1 Regulación Sustantiva.

6.1.1 Concepto.

En primer lugar creo necesario el analizar el significado que la ley le otorga a este fideicomiso en garantía para comprender su función y objetivo. Por ello es necesario el estudio y comparación de los artículos 381 y 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde en el primero de los numerales antes invocados define al fideicomiso en general y el segundo de ellos al fideicomiso en garantía. A continuación los transcribo para su mejor comprensión:

Artículo 381. *En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria⁵².*

Artículo 395. *En virtud del fideicomiso en garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Desde le momento de la constitución del fideicomiso de garantía se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.*

⁵² Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente conforme a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 23 de Mayo del año 2000.

De los numerales antes transcritos, se desprende la diferencia o particularidad entre ambas figuras jurídicas. El fideicomiso regulado por el primero de ellos puede ser considerado como general siendo este el genero y el fideicomiso en garantía la especie; esto es, el fideicomiso *sui generis*. La diferencia fundamental entre ellos estriba en que en el fideicomiso en general su objeto puede ser cualquier acto siempre y cuando se encuentre en el comercio y no sea ilícito, pudiendo ser incluso el de servir como instrumento en garantía; y en el fideicomiso en garantía, su objetivo es que sirva para garantizar una obligación de pago.

Sin embargo existe una diferencia fundamental entre ambos, en función a que el fideicomiso en general señala que **“.. se destinan ciertos bienes...”**, mientras tanto en el fideicomiso en garantía se **“transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes”**. Esta novedosa conceptualización del fideicomiso en garantía a nuestro juicio es indebida, atento a que la propiedad de los bienes no se entrega en todo su sentido, ya que esta característica es perpetua y no se puede transmitir en parte o temporalmente, ya que el patrimonio representa una universalidad jurídica independiente de los elementos que la componen⁵³.

Incluso y para el efecto de no dejar duda al respecto el legislador incluyó en el artículo 401 segundo párrafo que : *“Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente...”*; de ahí que para esta reforma, todos los bienes y derechos que se dan en fideicomiso se transmiten a favor de la institución fiduciaria, y se consideran afectos al fin propuesto; esto es, el nuevo propietario afecta los bienes que ha obtenido recientemente en garantía para devolverlos en un futuro en caso de que el deudor pague su deuda.

En el Capítulo Tercero de este trabajo de tesis, expuse las diferentes teorías y aspectos respecto al patrimonio en nuestra legislación, para entender este fenómeno y la forma en que opera en el fideicomiso la transmisión de la propiedad de los bienes afectados; siendo esta una de las más complejas y discutidas características del fideicomiso. En dicho capítulo a grandes rasgos concluyo en señalar que el patrimonio es el elemento esencial de los derechos reales por considerarse estos sometidos

⁵³ Op.cit 17, citado por Jorge Alfredo Dominguez Martinez, pag. 148.

completa o parcialmente en poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona, es decir la creación de una relación entre una persona y una cosa⁵⁴

Es indudable que el derecho real que vincula a una persona con la cosa de su propiedad es ilimitado y perpetuo, por lo que en los derechos accesorios o de garantía sólo se dispone de esa propiedad en garantía de una obligación y no debe de cambiar su categoría de propietario como lo dispone el artículos 395 de la ley a estudio.

A nuestro juicio esta innovadora definición en la que expresamente señala que el deudor transmite la propiedad a favor de la fiduciaria, es muy atrevida, en virtud de que los legisladores desde la inclusión del Fideicomiso al sistema mexicano, con base en los estudios de Laupelle y Batiza, descalificaron el hecho de considerar que se trasmite la propiedad, adecuando así en la ley la frase “..se destina”; en virtud de considerar que existe una afectación en el derecho de propiedad y no la transmisión total de dicho derecho, lo que hace que este tipo de fideicomisos se conviertan en negocios indirectos con pena de nulidad por simulación. No debemos olvidar que el pacto de retroventa esta prohibido tal y como lo señal el artículo 2302 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dice Planiol que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera mas absoluta (artículo 830 Código Civil), además de poseer otro carácter especial; el de exclusividad, es decir, es una atribución de goce de una cosa a una persona determinada, con exclusión de las demás. Definiéndola como sigue: El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona⁵⁵.

En este orden de ideas, es insostenible, que en virtud del fideicomiso en garantía se le transmita la propiedad de los bienes a la fiduciaria, atento a que uno de los atributos de la propiedad es el de disponer de esa cosa a su libre voluntad, siempre y cuando no sea en contra

⁵⁴ Marcel Planiol y Georges Ripert. DERECHO CIVIL, Obra Compilada y Editada, Colección Clasicos del Derecho, Editorial Pedagógica Iberoamericana 1996, Pag 357 en adelante..

⁵⁵ Idem. 54

de la ley como sería el talar el bosque o plantar estupefacientes en su propiedad, etc; siendo el caso que en el fideicomiso la cosa sólo se transmite para los efectos de cumplir con los fines del fideicomiso sin estar la cosa a su disposición en su entorno total.

No debemos confundir el atributo de la personalidad como es el del goce, o de consumo en donde se encuentra el de la posesión, como en el caso del arrendamiento, donde el atributo personal de propiedad no se pierde sino que se concede el de uso y goce, situaciones que no implican el transmitir la propiedad de la cosa, sólo un atributo de la propiedad que es la posesión. Es preciso entender que estos diferentes actos jurídicos se ejecutan no sobre la cosa, sino sobre el derecho de propiedad. En sí mismo, el derecho de propiedad sólo autoriza los actos materiales de goce o consumo descritos anteriormente. Los actos jurídicos se limitan a operar el desplazamiento total o parcial de usar de consumir o de administrar; estos derechos o facultades no alteran la característica esencial de propiedad que aún pertenece al dueño de la cosa.

Existen derechos del propietario de la cosa que por ley le dan esa particularidad de disponer de la cosa, como el de deslindar su propiedad, cercarla, de edificar en ella, o simplemente el derecho de accesión sobre los frutos que se incorporan (artículos 841, 842, 847, 849, 886 del Código Civil); lo que desde luego no se encuentra en el fideicomiso en garantía, ya que el fiduciario no tiene esas características sino que debe de señarse a ejecutar el fideicomiso en caso de incumplimiento del deudor, y no puede ejercer derecho alguno sobre la cosa, ya que en algunos casos ni siquiera y la tiene en posesión, salvo pacto en contrario.

La perpetuidad acompaña como sello distintivo a la propiedad. Otra circunstancia que no permite aceptar la postura de transmisión de propiedad en esta figura jurídica, es en el sentido de que si bien el deudor transmite la propiedad de sus bienes a favor de la fiduciaria, y esta permite al deudor el uso y disfrute de la misma, entonces el deudor será usufructuario del nuevo propietario en términos de lo dispuesto por el artículo 980 del Código Civil, siendo que ahora el propietario institución fiduciaria, permitirá usar y disfrutar de la cosa al anterior dueño llamado ahora deudor, lo que es inaceptable, y podría incluso interpretarse como un pacto de retroventa.

Para ello, la legislación contiene en el artículo 3042 del Código Civil, y sus leyes reglamentarias todo un proceso para inscribir en el Registro Público de la Propiedad el título por el cual se grave un inmueble a favor de un tercero para el cumplimiento de una obligación, sin la necesidad de transmitir la propiedad, obteniendo así prelación en el cobro del crédito, además de evitar que el propietario la transmita en fraude de acreedores.

Aquí quisiera hacer un paréntesis para comentar que al momento de discutir sobre la aprobación de las reformas materia de este trabajo de tesis, algunos de los diputados del Partido del Trabajo, y Partido de la Revolución Democrática, manifestaron su inconformidad para la aprobación de las mismas, siendo que en particular, señalaron que esta nueva figura llamada Fideicomiso en Garantía, no es más que una forma rápida de desposeer de la propiedad de sus bienes a los deudores o acreditados, precisamente por las cuestiones que he mencionado en este capítulo, y que aunque de alguna forma exagerada, de fondo tienen toda la razón, ya que desde que se firma un Contrato de este tipo, es cierto que el Banco acreedor tendrá ya formalizado un contrato de adhesión en el que desde el inicio consagra que el deudor entrega en propiedad sus bienes, y queda el deudor como un simple depositario sin más ni menos⁵⁶.

Lo que preocupó a estos Diputados es que el banco acreedor al tener en propiedad la garantía real, y material de la casa, la fábrica, las

⁵⁶ Diputado ALFONZO RAMIREZ CUELLAR.- Diario de Debates de fecha 28 de abril del año 2000. De hoy en adelante cuando una persona vaya a contratar un crédito para sembrar, un crédito para financiar su actividad en la empresa, ya no tendrá que entregar en garantía su propiedad, sino que inmediatamente para obtener el crédito entrega en propiedad el bien y si esa persona con la irresponsabilidad del régimen se ve afectada por un disparo de las tasas de interés, por una devaluación y si no tiene entonces ya la posibilidad de pagar, ya no pierde su propiedad, porque ésa la perdió desde el mismo momento en que contrató el crédito o en que le hicieron una renovación del contrato a través de alguna reestructura.

Sólo se hace un juicio para quitarle la posesión, lo que implica un despojo por la vía rápida sin ningún miramiento, para aprovechar y cumplir con la exigencia de los acreedores de realizar de manera inmediata esas garantías. ¿Cuál beneficio? No existe en lo absoluto ningún beneficio, porque esto, lejos de permitir la reactivación del crédito, someterá a millones de mexicanos a una situación de temor, no tanto porque no quieran pagar, sino porque tienen un régimen irresponsable que anuncia que no habrá crisis, como cantaleta del fin de sexenio, pero que inmediatamente surge el nuevo régimen, el nuevo gobierno, se presentan las devaluaciones, los disparos de las tasas de interés, se cae la producción, se genera imposibilidad de pago y se genera con ello lo que los banqueros en tres convenciones nacionales de manera implacable lo que han exigido al Gobierno y lo que le exigieron a los legisladores es que le pusieran en charola de plata los bienes y las propiedades de millones de mexicanos violando incluso la Constitución, porque hoy bajo las reformas que se le hacen al Código Penal en esta propuesta los deudores serán motivo de sanciones administrativas, pero también serán motivo de cárcel.

máquinas, la mercancía, los títulos, las acciones, etc; va a poder adjudicárselo a sí mismo, para poder pagarse con esos bienes siendo juez y parte en el procedimiento, siendo esta figura armada para que queden indefensos los deudores⁵⁷.

Por último, no debemos olvidar que el fideicomiso en garantía como todos los contratos accesorios, son creados precisamente para garantizar una obligación pactada en otra figura jurídica e incluso en otro contrato, por lo que no pueden considerarse como derechos reales y al contrato que da origen a la deuda el carácter de accesorio, atento que lo principal extingue lo accesorio y no viceversa; dicho de otra manera, si tomamos en cuenta la definición contenida en el artículo 395 de reciente creación, hace suponer que lo principal es la transmisión de la propiedad y en segundo término se preocupa de la obligación pactada que da origen a la garantía, esto es la obligación de crédito pactada.

Por ello, en el fideicomiso siempre se ha respetado la figura de reivindicación que tiene el fideicomitente respecto del bien afectado en el fideicomiso cuando se haya extinguido el fideicomiso, derecho que sólo puede tener el auténtico propietario, de ahí que no se transmite la propiedad del bien sino sólo se afecta en un fideicomiso.

Conclusión

En conclusión, al ser un contrato de garantía o mas bien dicho una forma de garantizar por medio de una garantía real una obligación de crédito, es inexacta la definición contenida en el fideicomiso en garantía, debido a que la relación personal del deudor con la cosa no se ve desvinculada, sino se afecta a cierto tiempo y a cierta condición, lo que constituye que no se pierda esa característica de propietario. Lo que ocurre en todo fideicomiso y no sólo en el estudiado en este trabajo, es que la cosa objeto del fideicomiso se transmite temporalmente a una entidad única y temporal llamada fiduciaria quien sólo administrará el bien sin tener todas las características de propietario, como lo es la de transigir y de explotación a otros fines no señalados en el acto de constitución del fideicomiso, lo que constituye un patrimonio de afectación especial sin que el dueño pierda esa característica, siendo a nuestro juicio que este fideicomiso así como en

⁵⁷ Diputado Bernardo BATIZ FERNANDEZ . Diario de debates de fecha 28 de abril del año 2000.

cualquier otro no se transmite la propiedad en el acto constitutivo del mismo sino sólo parte de ella temporalmente y para un fin específico, para que en caso de incumplimiento si se proceda al acto de transmisión de propiedad respecto del bien otorgado en garantía, olvidando de esta forma los legisladores cual es el contrato principal y cual el accesorio.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que la ley de Instituciones de Crédito, prohíbe a estas instituciones otorgar en garantía sus propiedades, tal y como lo señala la fracción I, del artículo 106 de dicha ley, por lo que en este orden de ideas, sería nulo el fideicomiso en garantía ya que al haber transmitido en propiedad un bien a favor de un institución de crédito, esta no podrá servir de instrumento de garantía so pena de nulidad.

6.1.2 Reforma optativa.

Otra situación que consideramos importante es referente a saber si son potestativas u obligatorias las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y al Código de Comercio publicadas en el diario oficial de 23 de mayo del 2000, y si era necesario la creación de todo un régimen legal o sólo una reforma específica.

El artículo 383 establece la nulidad de los fideicomisos constituidos en favor del fiduciario, exceptuando aquellos que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas.

El artículo 400 autoriza que tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones se podrá reunir la calidad de fiduciaria y fideicomisaria; el texto en comento no se insertó al artículo 383. ¿Por qué no agregar tal disposición como excepción al artículo 383? Si al fideicomiso tradicional le fuera aplicable la reforma de 23 de mayo la excepción del artículo 400 se hubiera incluido en el 383. Los artículos 381 al 394 continúan vigentes, solo cambió la numeración. No hay razón alguna para supeditar el fideicomiso de la sección primera a las normas de la sección segunda; por el contrario es a la sección segunda a la que le es aplicable, en forma supletoria, la sección primera. Por tanto, existe la posibilidad de constituir fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones sin sujetarlos a las reformas.

El artículo 414 establece que será aplicable al fideicomiso de garantía previsto en la sección segunda, los artículos 378 al 393; Por otra parte referirse al fideicomiso de garantía "previsto en esta sección segunda" implica que hay fideicomisos de garantía diversos a los descritos en la sección segunda. Esa expresión la encontramos también en el artículo 399: *"podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta sección segunda"*.

Conclusión

Es legal constituir fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones sin sujetarlos a lo dispuesto en la sección segunda; basta expresar al constituirlos, en ejercicio del principio de libertad contractual, siendo voluntad de las partes decidir que se rija por los artículos 381 a 394 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

El principio de libertad contractual se consigna en el artículo 78 del Código de Comercio que a la letra dice *"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse"*.

Son el principio de la libertad contractual y los breves lineamientos establecidos en la sección primera, los que dieron lugar al catálogo de fideicomisos que actualmente se manejan. Pocas son las limitantes al redactar los fines de un contrato de fideicomiso; la calidad de quienes intervengan y el objeto en el mismo. Por ello a nuestro juicio la reforma a estudio pudo haberse reducido a la simple modificación del texto anterior del artículo 348 del ley de la materia y que fué reformado por decreto publicado el 24 de mayo de 1996, el cual establecía en su párrafo cuarto y quinto lo siguiente:

"... Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.

".. La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos 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 que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas."

Del texto del artículo anteriormente transcrito, se desprende la existencia de el fideicomiso en garantía regulado expresamente por la misma ley, sólo que contenía dos diferencias fundamentales con el fideicomiso materia de este trabajo. Estas diferencias son los siguientes:

La primera es que se creó sólo para el caso de la realización de actividades empresariales; y la segunda que en caso de existir controversia entre las partes se llame a un fiduciario sustituto. Este numeral pudo haberse reformado en el sentido de ampliar la actividad u objetivo para operar en todo tipo de préstamos bancarios, y el segundo que a mi juicio debió de respetarse, es en el sentido de que en caso de existir controversia se designe a otra institución fiduciaria, lo que me parece correcto, atento a que de esta forma no hay necesidad de modificar toda la estructura de vigilancia y sanciones para hacer más transparente la operatividad del fiduciario, la que incluso se puede considerar como juez y parte en este nuevo fideicomiso en garantía, situación que ha creado discusiones y que serán analizadas en el siguiente inciso.

6.1.3 Duplicidad de Sujetos.

Como lo señalamos en el inciso que antecede, otra de las novedades de este Fideicomiso en Garantía, es el que en estos fideicomisos cualquiera de las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puedan reunir las calidades de fiduciarias y fideicomisarias en los fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Esta inclusión, puede acarrear a nuestro juicio enormes discusiones y problemas en un futuro, atento a que desde la exposición de motivos que dio origen al Fideicomiso en México, se prohibió esta dualidad, precisamente por el hecho de que crea una característica de juez y parte.

En efecto, desde la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, que dio vida jurídica al fideicomiso mexicano, se prohibía la existencia de que las instituciones fiduciarias fueran fideicomisarias en los fideicomisos cuyo fin sea

garantizar obligaciones a su favor; por ello, durante la historia de esta figura se ha prohibido esta dualidad, precisamente por el hecho de que pueda surgir abusos por parte de la institución fiduciaria, que demeritan la imparcialidad e igualdad contractual que debe regir en todas las convenciones mercantiles.

La Asociación de Banqueros desde 1945 nombró una Comisión para el estudio del Fideicomiso y sus probables reformas. Dentro de los fines de este organismo, se encontraba el de aclaración y reglamentación de la sustitución de la declaración de nulidad de los fideicomisos constituidos a favor del fiduciario.

En febrero de 1953 se presentó un Proyecto de Reformas en donde en su artículo 349, se proponía expresamente lo siguiente: *".. la institución fiduciaria no podrá ser a la vez fideicomisaria en el mismo fideicomiso. El fiduciario en cuyo favor se constituya un fideicomiso o que posteriormente adquiriera derechos de fideicomisario, deberá optar por el desempeño del cargo o la conservación de esos derechos. Si no lo hace dentro de los tres días siguientes al en que tenga conocimiento de la dualidad, los beneficios del fideicomiso no aprovecharán a sus derechos de fideicomisario, durante el tiempo en que dicha dualidad subsista...."*

En 1955, la Comisión de la Secretaría de Economía revisora del Código de Comercio, presentó un nuevo proyecto inspirado por el elaborado por la Comisión de la Asociación de Banqueros; en donde en su artículo 359 se propuso lo siguiente: *"... El fiduciario no podrá ser fideicomisario; si llegaren a coincidir tales calidades, no podrá recibir los beneficios del fideicomiso mientras la coincidencia subsista...."*

La Asociación de Banqueros de México, presentó una nueva propuesta en 1960 en donde se repitió esta prohibición ahora en su artículo 348 tercer párrafo, donde señala: *"...El fiduciario no podrá ser fideicomisario; si llegaren a coincidir tales calidades, no podrá exigir los beneficios del fideicomiso..."*. Esta propuesta sigue el mismo principio planteado en el proyecto de 1953, cuidando siempre que no se duplique esta doble calidad; y que para el caso de que se llegare a duplicar, no tendrá lugar a exigir los beneficios del fideicomiso.

Por lo anterior, tanto la Comisión de la Secretaría de Economía, como la Asociación Nacional de Banqueros, respetaron y trataron de proteger que

no se llegará a dar esta duplicidad, atento a que la fiduciaria podía exigir los beneficios del fideicomiso como lo es el derecho que tiene al cobro de honorarios fiduciarios en primer lugar, lo que delimita la transparencia en esta operación.

En este orden de ideas, el artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito en su fracción VI, prohíbe a este tipo de instituciones a celebrar operaciones en que resulten o puedan resultar deudores de la Institución sus funcionarios y empleados, salvo aquellas que correspondan a prestaciones laborales, por lo que si en el caso a estudio, la institución fiduciaria a través de sus delegados fiduciarios resultan deudoras por la administración de su encargo, acarrearía a una nueva nulidad.

Otra circunstancia que vicia de nulidad este tipo de operaciones se encuentra prevista en la fracción XIX del numeral antes aludido y que se refiere a la prohibición para la realización de operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, en donde celebren operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos y comisiones. El Banco de México podrá autorizar mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses. Por lo anterior, a mi juicio, en caso de que exista un conflicto de intereses, por disposición de ley, estas instituciones deberán de abstenerse de conocer del asunto.

Para evitar el aprovechamiento de esta doble calidad, la reforma a estudio incluyó en el artículo 400 en su segundo párrafo que las instituciones o sociedades fiduciarias serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, por mala fe o por exceso en sus facultades; pudiendo el fideicomitente ejercer las acciones pertinentes. Esta disposición tiende a defender a los fideicomitentes por los excesos o mala fe a cargo de la fiduciaria, debido a que es bien sabido que estas instituciones no son muy fidedignas que digamos, sino que por el contrario al tener la disposición de los bienes y la calidad como fiduciarias de ejecutar el fideicomiso en el momento que a su juicio crea ser necesario, ya sea porque la garantía ya no sea suficiente para cubrir la deuda, o que el fideicomitente falte a alguna de sus obligaciones por más simple que sea, podrá ejecutar el fideicomiso creando así un esta llamada dualidad por ser Juez y parte en la ejecución del Fideicomiso en Garantía.

Debemos señalar que al momento de debatir sobre la aprobación de las reformas en comento, el Diputado Bernardo Vázquez Batiz⁵⁸, señaló que estos artículos contienen una violación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al principio según el cual nadie puede hacerse justicia por su propia mano, señalando lo siguiente:

" En el artículo 400 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se establece algo que estuvo siempre prohibido en el fideicomiso clásico; que el fiduciario y el fideicomisario fueran la misma persona. El fiduciario es el que tiene los bienes que el deudor va a entregar en garantía, va a entregar unos bienes a un banco o ahora a otras instituciones, va a entregar los bienes en fideicomiso y, si se dan los supuestos y las condiciones del contrato de fideicomiso, el mismo fiduciario tendrá que liquidar esos bienes, para con éstos pagarle al acreedor.

Pero en el artículo 400 de esta ley se establece que el mismo fiduciario puede ser fideicomisario. Es decir, que el mismo acreedor va a tener los bienes, va a tener la potestad contractual de sacarlos a remate y de adjudicarlos a las personas que entren al remate o la forma en que se haya convenido para llevar a cabo la ejecución del fideicomiso y el mismo beneficiario del fideicomiso es el mismo que tiene los bienes dados en fideicomiso. El banco se hará justicia por su propia mano a través de este mecanismo."

Consideramos que puede ser excesivo el indicar que esta reforma viole el contenido del artículo 17 constitucional que señala que nadie podrá hacerse justicia por su propia mano. Lo que si concuerdo con dicho Diputado es que esta reforma tiende a violentar el principio regulado por dicho precepto constitucional, habida cuenta que al ser el fiduciario quien tiene la facultad de ejecutar el fideicomiso y de solicitar sin previo juicio la entrega de los bienes entregados en garantía, o más bien dicho en propiedad (artículo 402 de la reforma a estudio), conlleva a determinar que estas instituciones fiduciarias al estar por encima en el escalafón de prelación de crédito, y tener la facultad de beneficiarse con la terminación del fideicomiso, al promover esta misma institución la forma y plazo para la venta de los bienes que por cierto ya son de su propiedad, es muy humano, y más conocido en este tipo de instituciones, que se preste a una mala administración o que provoque la venta de los bienes, por cualquier razón, incluso sin permitir al deudor defenderse si no es por el propio

⁵⁸ Diputado Bernardo Batiz Vazquez, Diario de Debates, 28 de abril del año 2000.

procedimiento ahora instaurado, adquiriendo de esta forma una ganancia lo que sin duda es de preocuparse.

Conclusión.

La reforma a estudio concede a la institución o sociedad fiduciaria una característica que no se encontraba expresamente en el fideicomiso común, que es precisamente la de participar como fiduciario y fideicomisario, lo que puede llegarse a considerar juez y parte, atento a que existen derechos privilegiados de las instituciones fiduciarias como lo es el cobro de honorarios, así como la de ejecutar la garantía a su favor, haciendo todo lo posible para que el deudor falte o incumpla en alguna de sus obligaciones realizando el remate del bien a su antojo, por ser precisamente beneficiario.

A nuestro juicio, debió de quedar vigente el anterior texto que señalaba que en caso de controversia se designaría a una fiduciaria substituta, esto daría cabida a una mayor transparencia en los actos que realice la fiduciaria, lo que como históricamente se vino proponiendo ya que al haber algún tipo de controversia la fiduciaria actuara en su beneficio, mediante los procedimientos de ejecución previstos en esta misma reforma en los artículos 1414-bis en sus 21 fracciones.

No debemos pasar desapercibido el hecho de que se reformaron de igual forma algunos artículos de la Ley General de Instituciones de Crédito, sancionando a las instituciones Fiduciarias que hayan obrado de mala forma, a indemnizar al fideicomitente conforme al artículo 411 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además de una suspensión por un periodo no menor a seis meses, y por último la prohibición de operar en nuevas operaciones de fideicomisos en Garantía, lo que de ninguna manera se asemeja a las excesivas sanciones que incluso se tipificaron como delitos en el Código Penal específicamente como Abuso de Confianza y Fraude; artículos 383 y 387 del Código penal para el Distrito Federal en materia común, no existiendo igualdad, ya que debió de sancionarse con penas privativas a la libertad a aquellos funcionarios que obren ilegalmente.

En fin a nuestro juicio, esta duplicidad permitida por la ley a estudio va a crear infinidad de problemas debido específicamente que al ser beneficiario y estar bajo su vigilancia la ejecución y buen manejo de este

tipo de fideicomisos, se presta a que ocasione o manipule su ejecución logrando así beneficiarse con el producto fideicomitado, lo que pudo ser evitado prohibiendo esta duplicidad o condicionarla para el caso que en caso de controversia se llame a un tercero que se presume actuará imparcialmente.

6.1.4 Multiplicidad de Instituciones Fiduciarias.

Otro de los conceptos que causa más impacto, es la autorización para que las Instituciones que enumera el artículo 399, puedan actuar como Fiduciarias en el Fideicomiso en Garantía.

El artículo 399, señala expresamente lo siguiente

Artículo 399.- Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta Sección Segunda, sujetándose a lo que dispone al efecto el artículo 85 de la Ley de Instituciones de Crédito las entidades siguientes:

- I. Instituciones de Crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de Fianzas;
- IV. Sociedades Financieras de objeto ilimitado
- V. Almacenes Generales de Depósito.

Esta consideración, constituye la aprobación en la Ley de Instituciones de Crédito, de que operen con esta característica dichas sociedades, lo que se ha venido haciendo ya desde julio de 1993, al reformarse la Ley del Mercado de Valores, en sus artículos 16 bis 7, bis 8, 18 fracción II, inciso c), 22 fracción IV inciso d), y fracción VI, así como el 5º Transitorio; Ley Federal de instituciones de Fianzas, artículos 16 fracción XV, 29, 82 y 124; Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, artículos 34 fracción IV y 35 fracciones IV y XII bis. y Ley de Banco de México, en su artículo 7º fracción IX y 47 fracción IV; facultando a las entidades financieras señaladas para que actúen como instituciones fiduciarias.

Desde el origen del fideicomiso en México, se había autorizado únicamente a las Instituciones de crédito como las únicas capaces de realizar esta actividad, debido a su pericia en la materia, así como por que

reúne las características y regulación necesaria que dan la suficiente tranquilidad a los fideicomisarios o fideicomitentes para poner en sus manos el patrimonio fideicomitado.

Sin embargo, por los cambios en la formación de estos nuevos Grupos Financieros que conforman las Instituciones de Crédito, Aseguradoras, Instituciones de Fianzas, Sociedades Financieras de Objeto Ilimitado, Almacenes Generales de Depósito, Casas de Bolsa, y que ahora es común encontrar todas estas instituciones manejadas por un solo grupo de empresarios, lo que da facilidad de garantizar actividades activas, así como el obtener todo tipo de servicios relacionados con el sector financiero.

Conclusión.

Esta característica del Fideicomiso en Garantía como ya lo mencione aunque no lo contemplada la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya se encontraba regulada por la Ley General de Instituciones de Crédito; sin embargo, no podía actuar con la dualidad prevista, situación que ahora dará una mayor movilidad en estas instituciones, aunque a mi juicio, las únicas instituciones que deben de actuar como Fiduciarias son las Instituciones de Crédito a que se refiere el artículo 2º de dicha legislación, debido a que desde el origen del fideicomiso en México se consideró que estas son las instituciones que por su objeto social pueden desempeñar esta función de fiduciarias, y por el diferente objeto que tiene las ahora autorizadas Instituciones de Seguros o Almacenes Generales de Depósito, pueden ser consideradas como no aptas para el desarrollo de esta actividad que tiene una gran responsabilidad.

Dada la trascendencia e importancia que puede llegar a tener la operación fiduciaria y el hecho de que implica gran seriedad, responsabilidad, manejo profesional, solvencia, estabilidad,, sobre todo, confianza,. Por ello, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ejerciendo la rectoría del estado consagrado en el artículo 28 Constitucional, con la colaboración del Banco de México, además de la participación y vigilancia de la Comisión Nacional de Servicios Financieros (CONDUCEF), podrán estas instituciones a operar en fideicomisos, lo que motivo la reforma a diversas disposiciones legales, para el efecto de crear una mayor seguridad jurídica a quienes intervengan en este tipo de fideicomisos, obligando así

por disposición de ley a estas sociedades a invertir una reserva técnica para el caso de malos manejos en este sentido.

6.1.5 Límite en la Garantía.

En los últimos años, debido a la desmesurada alza en las tasas de intereses, las garantías con que contaban las instituciones de crédito o acreedores comunes, se vieron rebasadas por el impagable importe de capital e intereses, por lo que en ocasiones se utilizó la figura del fiador y en el caso de títulos de crédito el aval, quienes responden solidariamente al pago de los créditos a que se haya obligado el deudor principal, incluyendo capital, intereses ordinarios, moratorios y demás accesorios legales, lo que hacía que los deudores perdieran no solamente el inmueble dado en garantía sino todos aquellos bienes que tuviera, así como los de sus obligados solidarios.

Sin embargo en el caso de los créditos hipotecarios, la figura del garante hipotecarios garantiza sólo por lo que respecta al bien hipotecado, salvo pacto en contrario, lo que asemeja de cierta forma a lo dispuesto por el artículo 412 de la reforma y que a la letra dice:

Artículo 412: Las partes deberán de estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias.

Lo dispuesto en este artículo no es renunciabile

Esta novedosa prohibición o limitación tiene dos implicaciones importantes. La primera en virtud de la cual las instituciones acreedoras deberán de tener mucho cuidado al otorgar créditos, en cuanto a que tengan una garantía suficiente y que no se vea desproporcionada en el alza de los intereses en caso de incumplimiento, ya que en este sentido no podrá ejercer el saldo resultante con los demás bienes del deudor lo que significa que perdería dicho crédito.

Por otro lado y por lo que respecta a los deudores, creo justo y acertado este concepto, ya que como lo he señalado a lo largo de este trabajo de tesis, en los últimos años, muchos de los mexicanos han perdido no sólo los bienes que dieron en garantía sino todo su patrimonio, debido a que la responsabilidad del acreditado alcanza la totalidad de su patrimonio; por ello, al discutir sobre la aprobación de este nuevo régimen de garantías, se dio a conocer que las partes involucradas celebran los contratos de crédito tomando en cuenta las condiciones económicas que imperan en ese momento, sin poder prever factores exógenos que, como ha sucedido en el pasado, incrementarían el monto total de su adeudo.

Por lo anteriormente mencionado, el legislador estimó conveniente establecer un mecanismo que proteja al acreditado frente a la posible aparición de dichos factores, limitando su responsabilidad únicamente a la parte de su patrimonio que, en su momento se comprometió. Es importante destacar este importante aspecto que se introduce en el proyecto en cuestión, al limitar la responsabilidad de los acreditados, pronunciándose únicamente por señalar de manera expresa la irrenunciabilidad de este mecanismo. Lo anterior permitirá salvaguardar su patrimonio de las afectaciones provocadas por eventuales cambios macroeconómicos en el país.⁵⁹

De esta manera, el proyecto brinda certeza jurídica a los acreditados, al determinar en el momento mismo de la contratación del crédito el alcance de los bienes dados en garantía, conociendo así de manera clara e indubitable el límite del compromiso total que adquieren en función de su adeudo.

Existe un inconveniente a este respecto, ya que si bien las instituciones señaladas en el artículo 399 de la reforma no podrán perseguir con otros bienes del deudor en caso de que no alcance con los bienes afectados en el fideicomiso, en la practica lo que sucederá es que no prestaran dinero si no se garantiza por lo menos tres a uno, lo que sin duda es contrario al espíritu de la reforma ya que no debemos olvidar que en el capítulo respectivo, así como en la Exposición de Motivos de esta Ley, la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional y del Partido Verde Ecologista de México, señalaron que con esta reforma se darán grandes

⁵⁹ *Consideraciones de las Comisiones Diario de debates del día 28 de abril del año 2000.*

beneficios a aquellos que no poseen bienes inmuebles o que no tienen bienes suficientes para garantizar créditos.

Conclusión.

A nuestro juicio, es justa y equitativa la reforma a estudio, ya que si se pone un límite a los acreedores para cobrarse sólo con la garantía otorgada, va a impedir que se repita la especie de esclavización que a reinado en los últimos años, ya que existen acreditados que siguen trabajando para pagar créditos con la banca ejercidos desde hace diez años, y que según la mecánica de pago los liberarían en unos cuantos años, afectando todo su patrimonio

6.1.6 Diversidad de Bienes Objeto de la Garantía

En los Fideicomisos en Garantía al igual que en los contratos bancarios, se ha tenido en los últimos años tendencia para otorgar bienes inmuebles para garantizar el pago y cumplimiento de las obligaciones, por contar estos bienes con un sistema de inscripción en el Registro Público que concede una mayor garantía al acreedor en el cobro. Sin embargo en el Fideicomiso en Garantía materia de este estudio, se instruyó la posibilidad de que se transmitan en fideicomiso bienes muebles e inmuebles, lo que dicen en la exposición de motivos que dio origen a las reformas, creará al público en general una mayor posibilidad de obtener créditos, debido a que hay particulares que no cuentan con bienes inmuebles lo que los dejaba sin posibilidades de obtener un crédito.

El artículo 401 y 402 de la reforma facultan a los fideicomitentes a entregar en garantía bienes muebles y derechos, lo que constituye una forma de garantizar los créditos con los acreedores, ya que no debemos dejar desapercibido el hecho de que el Código Civil, señala que pueden ser objeto de apropiación todas aquellas cosas que no estén excluidas del comercio; siendo bienes muebles por exclusión aquellos bienes por disposición de ley, o aquellos que por su naturaleza pueden desplazarse de un lugar a otro; así como los derechos de autor considerados como derechos intelectuales; y que ahora se considerarán como garantía en estas operaciones de crédito.⁶⁰

⁶⁰ Artículos 747, 748, 752 y 758 del Código Civil para el Distrito Federal

Específicamente tratándose de bienes muebles, el numeral 402 de las reformas a estudio, enumera los derechos que tiene el fideicomitente como lo es el uso de los bienes fideicomitados; así como substituirlos por otros; o emplearlos en la fabricación de otros bienes; siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya; el derecho de percibir y utilizar los frutos y productos; y, por ultimo, el de enajenarlos en el curso normal de su actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, cesando así los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución de la cosa, quedando afecto al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba en pago por la enajenación.

Esta modalidad, es así, debido a que por el curso normal de las actividades de los acreditados o fideicomitentes, al tratarse de bienes muebles como pueden ser productos perecederos que debe venderse en un periodo corto o aquellos que deban ser enajenados en un periodo de tiempo ya sea por temporada decembrina, como serían los arboles navideños, en fin aquellos bienes que el fideicomitente tenga la urgencia de disponer de ellos.

Sin embargo este derecho otorgado al fideicomitente para vender o transferir en el curso normal de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el Libro Quinto, Título Tercero Bis del Código de Comercio. En caso de que los bienes pignarados representen más del 80% de los activos del deudor, este podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según sea el caso.

La reforma en este particular puede ocasionar obstrucción en el curso normal de las actividades de los fideicomitentes, habida cuenta de la necesidad de vender algunos productos para no perder dinero o incumplir con alguna obligación contractual contraída, ya que si se espera a la aprobación del juez o del acreedor en su caso, se perdería tiempo valioso además de que el acreedor sería juez y parte, lo que contemplaría problemas en el curso de este tipo de operaciones.

Sin embargo en estos casos el producto de la venta o los bienes que haya obtenido con ella quedan afectos al fideicomiso, tal y como lo refiere la fracción III del artículo 402 que a la letra dice:

" III. Enajenar los bienes fideicomitidos en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes."

Conclusión

A nuestro juicio, es importante la integración en estos fideicomisos para que sean materia de garantía todo tipo de bienes, sean inmuebles, o muebles; sin embargo, creo que para que operen en garantía bienes muebles, existe la prenda que ha sido el contrato en garantía ideado para este tipo de bienes y que incluso forma parte de las reformas aludidas, aunque no sean estudiadas en este trabajo, ya que el sujetar el deudor fideicomitente a la aprobación de una venta de un bien dado en fideicomiso en garantía, al acreedor, dejará siempre incertidumbre que aunque crea acción por abuso, para ese entonces, ya habría perdido la propiedad de los bienes afectos al fideicomiso y más aún puede ser constitutivo de delito.

En efecto, la reforma a estudio también abarco la adición de dos tipos penales y que fueron adicionados en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para el caso de que el deudor quien actuara como depositario de los bienes de su expropiación, venda los bienes muebles por extrema urgencia, puede incurrir en delito, a que se refiere el artículo 413 de la ley de la materia.

6.1.7 Delitos

La reforma en estudio abarco la adición de dos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, con objeto de establecer tipos penales que tiendan a tipificar como abuso de confianza el hecho de que a las personas que, teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, aun si se trata del acreedor, transmitan en términos

distintos a los previstos en la legislación correspondiente, graven o afecten la propiedad o posesión de los mismos, sustraigan sus componentes o los desgasten fuera de su uso normal o por alguna otra razón disminuyan intencionalmente el valor de los mismos.

Se tipifica como fraude equiparado la conducta de las personas que den en garantía, bienes o derechos con respecto de los cuales oculten la existencia de gravámenes, embargos o derechos a favor de terceros.

Por lo que respecta al abuso de confianza, a diferencia del fraude, se consideró que el tipo penal vigente es insuficiente para tutelar los bienes jurídicos que se desprenden del esquema de garantías, por lo que se acoge la propuesta de la señalada iniciativa.

Sin embargo, por tratarse de una materia con un alto grado de especialización, se estima adecuado que este tipo penal quede inscrito dentro de la ley que norma el conjunto de bienes jurídicos que se pretende tutelar, se optó por adicionar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en dos artículos, uno dentro del capítulo referente a la prenda sin transmisión de posesión, y uno más en el capítulo correspondiente al fideicomiso de garantía, el cual transcribo a continuación:

"Artículo 413. Al que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a 200 veces de dicho salario. Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de 10 mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 a 180 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de 10 mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a 12 años y la multa de 120 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal."

Conclusión

Es preocupante que se pretenda sancionar con la privación de la libertad a aquellos fideicomitentes que por el uso normal de su actividad transmita o afecte la propiedad de los bienes otorgados en fideicomiso, atento a que en ocasiones como lo he mencionado con productos como los percederos, es necesaria la venta o transmisión de ellos, sin esperar a que se apruebe por el juez o fiduciario, o aún más que el fiduciario niegue la venta con el único fin de crear un perjuicio, al ser parte en el fideicomiso, estando en peligro que pierdan la garantía individual mas preciada que es la libertad, debiendo aplicar sólo esta sanción cuando quede comprobado el perjuicio hacia el acreedor y que pudo haberse evitado de alguna otra forma.

6.1.8.- Error

La reforma a estudio se estima contiene un error al remitir en el artículo 85 bis 1, de la Ley General de Instituciones de Crédito, a una sanción prevista en un numeral que nada tiene que ver con lo previsto en dicho numeral, esto es al numeral 410, del mismo ordenamiento legal.

En efecto, el artículo 85 bis 1 de la Ley de Instituciones de Crédito adicionado por las reformas de 23 de mayo, dispone que :*"la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda, podrán suspender, por un período no menor de seis meses, la contratación de nuevas operaciones de fideicomisos de garantía, a las entidades que sean condenadas a pagar en más de una ocasión las indemnizaciones a que se refiere el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito"*.

Por su parte el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala:

Artículo 410.- *Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones de los fideicomisos de garantía a que se refiere esta Sección Segunda, deberán ser inscritos en el registro público de comercio del lugar en que se encuentre ubicado el domicilio del deudor cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles.*

Por lo anterior es obvio que no se trata de este numeral sino lo que quiso decir el legislador es el artículo 411 que a la letra dice:

Artículo 411: Las fiduciarias de los fideicomisos de garantía indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan, indemnización que no será menor al 10% del valor de la suma garantizada. Cuando la fiduciaria sea también fideicomisaria la indemnización será del doble. Por su parte Curiosamente se está citando un artículo equivocadamente, debiendo referirse al 411 señala el 410. Ante un intento de sanción por parte de la Comisión, ésta carecería de fundamentación suficiente, cuestión que argumentada en juicio de amparo sustentaría la defensa del fiduciario.

Conclusión.

Se estima que el legislador cometió un error en la redacción a las reformas a estudio que creará un sin fin de problemas, ya que en caso de controversia, y atento a lo prescrito por el artículo 16 Constitucional, en que obliga a los jueces y magistrados aplicar la ley conforme a la letra o a su interpretación, sería inconstitucional que un juzgador optara por aplicar el artículo 411 supletoriamente para subsanar el error del legislador, ya que no se encuentra señalado de esa manera por la Ley de Instituciones de Crédito, y por ende no se podrá sancionar a las instituciones fiduciarias que infrinjan esta ley, por lo que deberá de someterse al congreso de nueva cuenta para que se corrija el error de mérito.

6.2 Regulación Adjetiva.

En materia de procedimiento y para el efecto de ejecutar este tipo de fideicomiso, se reformó de igual forma el Código de Comercio en su parte adjetiva creando un procedimiento especial que creará por su modernidad un sin fin de planteamientos en los distintos tribunales de la nación por un largo tiempo hasta en tanto no se sustenten criterios a seguir.

6.2.1 Procedimiento extrajudicial.

Los artículos 1414 Bis a 1414 bis-7; se refieren a un procedimiento extrajudicial que tiene como fin el obtener el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso en garantía.

Este procedimiento contienen una salvedad debida a que será utilizado siempre y cuando no exista controversia en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de lo posesión de los bienes mencionados, por lo que se reduce a saber que este procedimiento sólo será practicado cuando el deudor acepte todas las condiciones que el acreedor señale, ya que sino se encuentra conforme con alguno de dichos supuestos se resolverá judicialmente mediante el procedimiento previsto en el Capítulo II del Libro Tercero-Bis del Código de Comercio.

Por otra parte el 1414 bis 5 dispone que "no será necesario agotar el procedimiento a que se refieren los artículos anteriores, para iniciar el procedimiento de ejecución previsto en el Capítulo siguiente" (es decir el judicial). Esto significa que es optativo este procedimiento y por ende difícilmente se acudirá a este además de que dudo mucho que el deudor no trate de defender la entrega de la posesión de los bienes dados en garantía o niegue el saldo que se le pretende cobrar.

6.2.2 Procedimiento Judicial.

Las reformas a estudio crearon un procedimiento complejo en donde se contienen los requisitos legales mínimos para poder ventilar un juicio, así como su forma de ejecución. El procedimiento judicial tiene por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible, así como la obtención de la posesión natural de los bienes que lo garanticen.

El procedimiento inicia con la presentación de la demanda, que contenga la determinación del saldo que formule el acreedor, bajo su más estricta responsabilidad. El Juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados en el artículo 1414-bis-9 de la reforma, en un plazo no mayor de dos días admitirá la misma y dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y si no lo hace haga entrega de la posesión material al actor de los bienes objeto de la garantía indicados en el contrato. El juez correrá traslado al demandado para que en el término de cinco días ocurra a contestarla y a oponer, en su caso, las excepciones que señala el artículo 1414.bis-10.⁶¹

El inicio de este procedimiento se asemeja a lo previsto en los juicios ejecutivos, debido a que desde que se admite la demanda se dicta auto con efectos de mandamiento en forma sólo que en este caso no se deja a salvo el derecho a las partes para que designen bienes para garantizar la deuda requiriendo al demandado para que haga entrega en su caso de los bienes afectos a la garantía, lo que evitará que los actores afecten otros bienes como se ha venido dando en los juicios ejecutivos donde existe garantía hipotecaria, y en donde no obstante ello es practica procesal que embarguen diversos bienes obteniendo así una doble garantía.

El texto inicial del artículo 1414-bis-8, señalaba como único requisito el que se presentara un saldo bajo la más estricta responsabilidad para el acreedor, pero después de las Consideraciones de las Comisiones, el día 28 de abril del año 2000, se discutió y aprobó el proyecto realizando unas pequeñas modificaciones como la referente a que cuando se trate de instituciones de crédito se anexe la certificación de saldo, sin que en este caso señale que requisitos deba contener dicha certificación de saldo; sin embargo, este mismo numeral señala que el Juez tendrá el término de dos

⁶¹ Artículos 1414-bis-8 y 1414-bis-9 del Código de Comercio, Compilación de Leyes mexicanas, Cuarta Edición, Editorial Greca 2001, pag 47.

días para dictar el auto admisorio debiendo previamente haber estudiado los elementos de su acción para saber si el acreedor presentó un saldo que contenga un crédito a su favor cierto, liquido y exigible en los términos pactados, lo que asemeja a los títulos de crédito ya que en ellos para que puedan ser reclamados en la vía ejecutiva mercantil deben de contener el saldo las mismas tres características que enumera la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis de jurisprudencia que a continuación transcribo⁶²:

TITULO EJECUTIVO, NATURALEZA DEL.

El título ejecutivo es siempre una declaración que debe constar, ad solemnitatem, por escrito; de ahí deriva la frecuente confusión de título ejecutivo y documento, y es preciso distinguir el significado substancial, del formal del título ejecutivo: el primer significado del título ejecutivo, es la declaración a base de la cual debe tener lugar la ejecución; y el segundo es el documento en el cual se consagra la declaración. El juicio ejecutivo, según Caravantes, "es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar a efecto por embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir, por sí mismo, plena probanza", definición que es, con poca diferencia, la misma que nos ofrecen otros autores, expresando que el juicio ejecutivo es "la serie de procedimientos que se establecen para que los acreedores puedan cobrar de sus deudores morosos, sin la dilación y dispendios de un juicio ordinario, aquellos créditos de cuya legitimidad no debe dudarse racionalmente, atendida la naturaleza del documento en que están consignados", y de modo más completo definen: "el procedimiento breve sumario, para exigir el pago de cantidad líquida y de plazo vencido". El objeto del juicio ejecutivo no es hacer declaración alguna de derechos, sino hacer efectivos los que se hallen consignados en documentos o en actos que tienen fuerza bastante para constituir, por ellos mismos, prueba plena. De las definiciones de los autores y de los elementos esenciales del juicio ejecutivo, resulta que para la procedencia de este juicio privilegiado, se hace necesario que concurra: I.- Certidumbre racional de la verdad del crédito que se reclama, y II.- Que ese crédito consista en cantidad líquida de dinero o especies, que puedan valuarse en dinero. Para que se llenen estas condiciones, esto es,

⁶² TITULO EJECUTIVO, NATURALEZA DEL. Amparo Directo 1498/1936, Sec. 2a.- Parlange de Nuñez Martha.- 5 de abril de 1938.- Unanimidad de cuatro votos. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo LVI. Tesis: Página: 89. Tesis Aislada.

para que la deuda sea cierta y líquida, debe tenerse presente que la deuda es cierta cuando la causa real de su existencia nace de un modo indubitable del título ejecutivo, y es líquida, cuando está determinada su cuantía, o cuando, como dice el artículo 2189 del Código Civil, puede determinarse dentro del plazo de nueve días. La deuda es exigible, según el artículo 2190 del propio ordenamiento, cuando su pago no puede rehusarse conforme derecho. El título ejecutivo no tiende a declarar derechos, se funda en la presunción, juris tantum, de que esos derechos sean previa y solemnemente determinados por las partes, y sólo sirve para obtener su efectividad. Por esto la mayoría de los tratadistas y legisladores sostienen que el juicio ejecutivo no reúne los caracteres de un verdadero juicio, sino de un procedimiento sumario para cobrar un crédito, que consta de modo cierto y auténtico.

La ley de la materia no señala que requisitos debe contener la determinación de saldo a que se refiere el artículo 1414-bis-9, sin embargo el saldo reclamado debe constar en cantidad líquida, exigible y cierta, así como que podrá elaborarse dicho saldo a partir de su último estado de cuenta. Las dictaminadoras señalaron en la exposición de motivos de la ley que el juez deberá de admitir las demandas después de cumplir con todos los requisitos establecidos por la propia ley; dentro de los cuales se contemplan los requisitos antes señalados, y que conforme a la definición legal que contienen los títulos de crédito, este tipo de procedimientos se asemeja en cuanto a los elementos de su acción precisamente a un título de crédito donde debe constar una cantidad líquida, cierta y exigible.

Es el caso, que los artículos 68 de la Ley General de Instituciones de Crédito y 49 de la Ley General de Sociedades Auxiliares de Crédito, obligan a este tipo de sociedades, cuando pretendan demandar un crédito consignado en un título de crédito o mas bien dicho que en caso de que los contratos o pólizas en los que se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de firma ni otro requisito, salvo aquellos que por Jurisprudencia la Corte ha señalado como indispensables para que se reúnan estas características donde se contenga una cantidad líquida, cierta y exigible, además de que contenga todos aquellos procedimientos matemáticos por los cuales se obtuvo dicho

crédito, tal y como incluso lo ha definido la corte en la Jurisprudencia firme que a continuación transcribo⁶³:

ESTADO DE CUENTA CERTIFICADO POR CONTADOR AUTORIZADO DE INSTITUCIÓN BANCARIA. ARTICULO 68 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

El estado de cuenta certificado por el contador de una institución bancaria es título ejecutivo junto con el contrato respectivo o póliza en el que conste el crédito otorgado si en él se precisa claramente la identificación del crédito celebrado entre las partes, la cantidad a la que ascendió, fecha hasta la que se calculó el adeudo, capital vencido a la fecha del corte, los pagarés mediante los que se hicieron las disposiciones del crédito por parte de los acreditados, monto de las mismas, fechas de vencimiento, tasas de interés normales, pagos no efectuados al capital y pagos hechos sobre los intereses, especificándose las tasas aplicadas a cada uno de ellos, y si asimismo contiene el cálculo de los intereses moratorios correspondientes a cada uno de los pagarés derivados del contrato de crédito y la tasa aplicada por ese concepto, de tal suerte que el estado de cuenta así elaborado satisface los requisitos formales que para el efecto exige el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, por lo que dicho documento junto con el contrato o la póliza en que conste el crédito, trae aparejada ejecución y hace procedente la vía ejecutiva mercantil que se ejercite para obtener el pago correspondiente, sin que se oponga a lo anterior el que en dicho estado de cuenta no se haya especificado el método para calcular la tasa de interés aplicada, pues a fin de desvirtuar la fe de dicho documento y destruir la presunción legal de los datos y saldos anotados en él, debe ofrecerse por los demandados, en su caso, la prueba pericial contable a fin de acreditar la inexactitud de los saldos a su cargo por errores matemáticos o de alguna otra circunstancia que evidencie lo inverosímil de él.

Por ende, creemos necesario que el certificado que exhiban estas instituciones de crédito cuando sean actoras en este tipo de procedimientos deberán de ser contestes con los requisitos legales que se encuentran vigentes en los juicios en que pretenda probar un saldo, ya que

⁶³ ESTADOS DE CUENTA CERTIFICADO POR CONTADOR AUTORIZADO DE INSTITUCION BANCARIA. ARÚCULO 68 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo XII, Octubre del 2000. Tesis: XV.1o. J/7 Página: 1166.

de esta forma es la única en que podremos dar confianza al deudor de que la cantidad que se le reclama se obtuvo legalmente sin dejarlo en estado de indefensión, por la dificultad de calcular los intereses bancarios. Por ello, para el efecto de salvaguardar los derechos de la parte demandada, será requisito indispensable que la determinación de saldo a que se refiere el artículo 1414 bis-9, deberá de estar elaborado conforme al anterior criterio jurisprudencial y si no reúne dichos requisitos el juez deberá de dejar de admitir dicha demanda.

Volviendo a la practica de la diligencia de emplazamiento con orden de mandamiento en forma, esta no podrá suspenderse por ningún motivo, y se llevara en adelante hasta su conclusión a fin de poner en posesión material de los bienes al demandante, debiendo el juzgador apercibir al demandante con multa que podrá ser desde tres y hasta cuatrocientas veces el salario mínimo general vigente diario en el Distrito federal, dependiendo del monto de la garantía reclamada.

En efecto, el artículo 1414-bis-10, ordena desde el auto admisorio de demanda ya se contendrá un apercibimiento de multa hasta por cuatrocientas veces el salario mínimo vigente, este monto se determinará dependiendo del valor de los bienes dados en garantía.

Las reformas a estudio consagran un procedimiento por el cual desde su inicio se debe de ejecutar el crédito, como si se tratase de un procedimiento de quiebra, ya que el actor al presentar su demanda con un supuesto saldo deudor, el juez ordenará que se ejecute hasta sus últimas consecuencias, ordenando la entrega física y material de los bienes dados en garantía, sin perjuicio de que el deudor se defienda en el juicio respectivo lo que sin duda creará problemas gavisimos como lo es el cierre de empresas.

Si el demandado no hace entrega en el acto de la diligencia de los bienes dados en garantía, se dará cuenta al Juez quien dictará además de la multa antes referida, las medidas de apremio y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su resolución, pudiendo hacer uso incluso de los siguientes medios de apremio:

I.- El auxilio de la fuerza Pública.

II.- Si fuere ineficaz el apremio por causa imputable al deudor, el juez podrá ordenar arresto administrativo en contra de este, hasta por 36 horas.

Estas novedosas medidas de apremio tienen como fin el que por medio de la fuerza pública o por conducto de la privación de la libertad del deudor sólo en el caso de que se compruebe que sea por causa imputable de este, se haga entrega de los bienes garantizados.

No existe un procedimiento por el cual indique como se irán agotando estos procedimientos, sin embargo el 28 de julio del año 2000, las comisiones de igual forma resolvieron agregar el término máximo que debiera ser arrestado el deudor hasta por 36 horas, ya que el texto de la iniciativa de ley no contenía plazo máximo para esta sanción privativa de la libertad.

El texto original del artículo 1414-bis-9; no señalaba excepción alguna, sin embargo las comisiones referidas adicionaron un último párrafo para quedar como sigue:

"En caso de que la garantía recaiga sobre una casa-habitación, utilizada como tal por el demandado, éste será designado depositario de la misma hasta la sentencia, siempre y cuando acepte tal encargo. Cuando conforme a la sentencia proceda que el demandado entregue al demandante la posesión material del inmueble, el juez hará efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de la sentencia, ajustándose a lo dispuesto en este artículo."

De esta forma se pretende evitar que desde el inicio de un procedimiento se deje al demandado sin su casa habitación, siempre y cuando la utilice como tal, sin embargo creemos que la reforma se quedó corta, ya que en los casos de industrias o actividades comerciales, en que se haya dado en garantía el bien mueble o inmueble que genera los recursos del demandado, al desposeerlo de este desde el inicio del procedimiento sin la certeza de que el saldo reclamable sea el correcto, de igual forma dejará a este tipo de deudores en un estado de indefensión que repercutirá directamente en sus familias, así como en otras fuentes de trabajo que dependan de este, lo que va en contra de la propia exposición de motivos que dio vida a estas reformas, donde en repetidas ocasiones se plasmó que salvaguardarían los derechos mínimos de los deudores, siendo esta medida insuficiente para hacerlo.

Conclusión.

El procedimiento judicial se llevara a cabo siempre que exista controversia entre las partes, debiendo el acreedor presentar su demanda con un saldo que contenga esos tres elementos esenciales, además de que tratándose de instituciones de crédito se anexe el certificado de saldo, lo que se asemeja a los títulos de crédito a que se refiere el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, por lo que siempre se deberán de llenar estos requisitos para que el acreedor tenga acción para demandar en este tipo de juicios.

Por lo que se refiere a las medidas de apremio referidas, estas tienen como fin el que los deudores no dilaten la entrega de los bienes dados en garantía, sin embargo, bajo nuestro punto de vista se debió de esperar a tener una sentencia favorable para poder desposeer a los deudores, además de otorgar el derecho al deudor de suspender el procedimiento al interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva cuando garantice los posibles daños y perjuicios que pudiere ocasionar, dando así una mayor protección a estos, tal y como ocurre en los juicios de arrendamiento conforme lo prevé el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aunado a que no se establece la forma en que se irán agotando las medidas de apremio lo que posibilita a los jueces a ordenar un arresto inmediato que acarrearía la privación de la libertad por no contener la reforma un señalamiento al respecto.

6.2.2 Excepciones.

En las reformas a estudio se limitó en un principio en el artículo 1414-bis-10, el derecho de oponer sólo algunas excepciones, sin embargo este derecho se amplió a fin de ofrecer a estos últimos la posibilidad de oponer todas las excepciones que en derecho les asistan; señalando sin embargo, las reglas para la procedencia en su caso, de aquellas que sean interpuestas.

Con lo anterior, se permitiría la facultad de oponer aquellas excepciones que se acrediten con prueba documental, excepto aquellas que por su naturaleza requieran de medios especiales. De igual forma, se limitan los términos para la presentación y el desahogo de excepciones tales como la falta de personalidad, la ausencia o falsedad del documento base de la

acción, la litispendencia y la improcedencia o error en la vía. Por ello, el texto del artículo en cuestión quedó como sigue

"Artículo 1414-bis-10. El demandado podrá oponer las excepciones que a su derecho convenga, pero su trámite se sujetará a las reglas siguientes:

I. Sólo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquellas que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental;

II. Si se opone la excepción de falta de personalidad del actor y se declara procedente, el juez concederá un plazo no mayor de 10 días para que dicha parte subsane los defectos del documentos presentado, si fueran subsanables; igual derecho tendrá el demandado, si se impugna la personalidad de su representante. Si no se subsana la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio y si no se subsana la del demandado, el juicio se seguirá en rebeldía.

III. Si se oponen excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo, serán declaradas improcedentes al dictarse la sentencia, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo o bien, que éste ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito. Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de dichas excepciones resulte de diversa causa;

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

V. Si se opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor para que en un término que no exceda de tres días hábiles, la corrija.

El juez, bajo su más estricta responsabilidad, revisará la contestación de la demanda y desechará de plano todas las excepciones notoriamente improcedentes, o aquéllas respecto de las cuales no se exhiba prueba documental o no se ofrezcan las pruebas directamente pertinentes a acreditarlas."

De la redacción del artículo anterior, se denota la libertad del demandado para oponer todas aquellas defensas y excepciones que tenga en contra del actor y los elementos constitutivos de su acción. Sin embargo, las reformas a estudio contienen cinco reglas o requisitos esenciales en sus diferentes fracciones.

Sólo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquellas que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental.

Este requisito tiene su fundamento en el artículo 1194 del Código de Comercio que señala expresamente que las partes tienen la carga procesal de probar sus pretensiones, siendo que el actor deberá probar su acción y el demandado sus excepciones. Sin embargo, los demandados han abusado de la invocación de excepciones sin tener las pruebas documentales suficientes para probar los hechos en que hagan valer sus excepciones; por ello, el legislador ha hecho hincapié en que sólo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquellas que por su naturaleza requieran del ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental.

Si se opone la excepción de falta de personalidad del actor y se declara procedente, el juez concederá un plazo no mayor de 10 días para que dicha parte subsane los defectos del documento presentado, si fueran subsanables; igual derecho tendrá el demandado, si se impugna la personalidad de su representante. Si no se subsana la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio y si no se subsana la del demandado, el juicio se seguirá en rebeldía.

Esta salvedad, se ha puesto en marcha a raíz de las reformas que adicionaron, abrogaron y reformaron diversas disposiciones del Código de Comercio y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal por decreto de fecha 24 de mayo de 1996, al reformarse por lo que respecta al Código de Comercio el contenido del artículo 1126; que permitió desde la entrada en vigor de dicho decreto cuando sea subsanable la personalidad de las partes que en el término de 10 días la subsane la parte que haya omitido algún requisito legal para tener por reconocida su personalidad; situación que anteriormente obligaba al juzgador a no tener por interpuesta

la demanda o la contestación a la misma, siendo que para el caso del actor este necesitará volver a demandar subsanando su error, lo que hacía que se alargue el estudio hacia el fondo del asunto.

Debido a que desde la exposición de motivos que dio origen a las reformas materia de este estudio el legislador se preocupó por una administración de justicia pronta y expedita, se adoptó el criterio sustentado en las pasadas reformas de 1996, para que en este tipo de procedimientos se subsane el error en la personalidad de las partes, siempre y cuando esta sea subsanable dentro de los siguientes 10 días.

Si se oponen excepciones consistentes en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción o fundadas en la falsedad del mismo, serán declaradas improcedentes al dictarse la sentencia, cuando quede acreditado que el deudor realizó pagos parciales del crédito a su cargo o bien, que éste ha mantenido la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito. Lo anterior, sin perjuicio de que la improcedencia de dichas excepciones resulte de diversa causa.

Es común en los juicios en que se demanden créditos bancarios, que el demandado oponga excepciones derivadas en que no haya sido el deudor quien firmó el documento básico de la acción, o fundadas en la falsedad del mismo, situaciones que en este tipo de procedimientos no serán admitidos si se demuestra que el deudor ha hecho pagos parciales del crédito, ya que de esta forma se acredita que se ha aceptado los pactos realizados, y por ende no tiene derecho de oponer este tipo de excepciones.

Sin embargo, la reforma no señala nada respecto a las excepciones derivadas de nulidades ya sean por vicios en el consentimiento, error, o cualquier otra causa que sea suficiente para declarar aún y cuando se hayan efectuado pagos parciales, la nulidad del contrato básico, tiene como consecuencia que las partes devuelvan lo que hayan recibido en caso de que se demuestre dicha nulidad en términos de lo dispuesto por el artículo 2224 y 2242 del Código Civil.

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

Las reformas a estudio limitan al demandado que oponga la excepción de litispendencia a probar la misma sólo con las copias selladas de la demanda y la contestación a éstas o de las cédulas de emplazamiento del diverso juicio. Limitación que viola el contenido del artículo 1205 del Código de Comercio, que es aplicable al presente procedimiento supletoriamente por disposición de ley y que señala expresamente lo siguiente:

Artículo 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucción de hechos y en general cualquiera otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

En términos del artículo anteriormente transcrito, los jueces deben de permitir a las partes de allegarse de todos aquellos medios de prueba que sirvan como elementos de convicción y que puedan producir convicción para averiguar la verdad de los hechos, por lo que al limitar a la demandada a probar esta excepción sólo con las documentales en comento limita su derecho consagrado en dicho dispositivo legal, ya que si no tiene físicamente dichos documentos existen otros medios por los cuales puede probar la existencia de otro juicio en su contra como lo sería la prueba confesional, la instrumental de actuaciones, la inspección, o cualquier otra en la que pueda comprobar la existencia de otra demanda y por ende las extremos de la excepción planteada.

Si se opone la excepción de improcedencia o error en la vía, el juez prevendrá al actor para que en un término que no exceda de tres días hábiles, la corrija.

Esta excepción tiene el mismo principio a que nos referimos anteriormente, ya que para el efecto de que este tipo de procedimientos sea rápido y expedito, se le permite al actor a subsanar la vía en caso de que se hay equivocado. Sin embargo, en caso de que el acreedor sea una institución de crédito el artículo 72 de la Ley de Instituciones de Crédito permite a estas instituciones cuando se intente el cobro de un crédito con garantía real a intentar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario o el que en su caso corresponda conservando la garantía real y su

preferencia en el pago, por lo que si el acreedor intenta otra vía y no la prevista en el artículo 1414.-bis-7, dudo a que algún deudor oponga la excepción de improcedencia de la vía ya que este procedimiento contiene ventajas que ni siquiera y el ejecutivo contiene, siendo además que no podrá intentar esta vía un acreedor si no celebró por escrito un Fideicomiso en Garantía conforme a las reformas a estudio, conforme lo establecido por el numeral anteriormente invocado.

Conclusión.

Se encuentra limitado en algunos casos la forma y términos en que deban de oponerse las excepciones en este tipo de procedimientos, mas sin embargo no se limita el que se puedan oponer cualquier tipo de excepciones, atento a las pruebas en que se funden, limitando en cierta forma su derecho de prueba, sin embargo, estas características generaran que los procedimientos sean expeditos.

6.2.3 Pruebas.

En los escritos de demanda y contestación a la misma, deberán ofrecer todas sus pruebas relacionándolas con los hechos que pretendan probar y presentar todos los documentos respectivos. Esta obligación procesal de ofrecer pruebas junto con los escritos iniciales se introdujo en nuestro sistema jurídico desde las reformas a los Códigos de Comercio y Código de Procedimiento para el Distrito Federal por decreto de fecha 24 de mayo de 1996, en donde por lo que respecta a los juicios ejecutivos se deben de ofrecer las probanzas sin esperar a que se abra el periodo probatorio.

Siempre que las pruebas ofrecidas sean contra la moral o el derecho o no se ajusten a lo dispuesto en los artículos 1414-bis-11 y 1414-bis-12, o bien se refieran a hechos imposibles, notoriamente inverosímiles o no controvertidos por las partes, el juez las desechará de plano. Esta disposición del juzgador de desechar pruebas no es apelable ya que el Código de Comercio, no admite recurso en contra del auto que deja de admitir probanzas sino sólo para el caso de que se admitan sin los requisitos legales para ello.

El Juez deberá resolver sobre la admisión o desechamiento de pruebas en el auto que tenga por contestada o no la demanda, de ahí las partes tendrán el término de 10 días para el efecto de preparar y desahogar probanzas que se deberán de desahogar a mas tardar a la fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas alegatos y sentencia.

Las partes tienen la carga de preparar sus probanzas a más tardar el día que se haya señalado para la celebración de la audiencia de ley, por lo que deberán presentar a sus testigos, peritos, documentos públicos y privados, pliego de posiciones y demás pruebas que les hayan sido admitidas.

Las reglas sobre la preparación de pruebas se llevara conforme a las reglas establecidas por el Código de Comercio, sin embargo existen dos casos específicos que discrepan con el procedimiento convencional mercantil y son respecto a la prueba testimonial, y la pericial. Por lo que respecta a la primera de estas, la testimonial, se deberá de exhibir el interrogatorio que deberá de responder el testigo desde el ofrecimiento de la misma, contrario a lo previsto en los juicios mercantiles donde no se admitirá interrogatorios por escrito, salvo cuando se trate de una testimonial fuera de la jurisdicción del juzgado.

Por lo que respecta a esta prueba pericial, el juez hará la designación de un perito o de los que estime convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar también para que se asocie al nombrado por el juez o rinda dictamen por separado. La prueba pericial será calificada por el juez según prudente estimación, y conforme a las reglas de las pruebas establecidos por el Código de Comercio. La diferencia esencial en este procedimiento es que en los juicios mercantiles tanto ordinario como ejecutivo, el juez sólo designará un perito tercero en discordia en caso de que exista discrepancia entre los peritos ofrecidos por las partes, lo que hace que en este procedimiento especial la prueba se convierta de colegiada a tripartita.

Para el efecto de establecer cuales son las pruebas que se admiten en este tipo de procedimientos el legislador no realizó señalamiento ni limitación alguno por lo que aplicando supletoriamente en términos de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1414-bis-21, serán admisibles todas las pruebas reguladas y admitidas por el Código de Comercio y que se encuentran enumeradas en el artículo 1205.

6.2.5 Ejecución.

Una vez dictada la Sentencia Definitiva, sin perjuicio de que las partes la hayan recurrido o no, se inicia el procedimiento de ejecución previsto por los artículos 1414-bis-17 y 18; por el cual obtenido el valor de avalúo de los bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1414-bis, se estará a lo siguiente:

I. Cuando el valor de los bienes sea menor o igual al monto del adeudo condenado, quedará liquidado totalmente el crédito respectivo, sin corresponder en consecuencia acción o derecho alguno a la parte actora para ejercitar o hacer valer con posterioridad en contra del demandado, por lo que respecta al contrato base de la acción, de conformidad con lo señalado por los artículos 379 y 412 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En este caso el acreedor o el fiduciario, según corresponda, podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía y

II. Cuando el valor de los bienes sea mayor al monto del adeudo condenado, la parte acreedora o la fiduciaria, según se trate y una vez deducido el crédito, los intereses y los gastos generados, entregará al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes.

La venta a elección del acreedor o fiduciario, se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, mediante el procedimiento siguiente:

a) Se notificará personalmente al deudor el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes a que se refiere el inciso siguiente. Dicha notificación deberá realizarse con cinco días de anticipación a la fecha de la venta;

b) Se publicará en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes, con por lo menos cinco días hábiles de antelación, un aviso de venta de los mismos, en el que se señale el lugar, día y hora en que se pretenda realizar la venta, señalando la descripción de los bienes, así como el precio de venta, determinado conforme al artículo 1414-bis.

En dicha publicación podrán señalarse las fechas en que se realizarán, en su caso, las ofertas sucesivas de venta de los bienes. Cada semana en la que no haya sido posible realizar la venta de los bienes, el

valor mínimo de venta de los mismos, se reducirá en un 10%, pudiendo el acreedor a su elección, obtener la propiedad plena de los mismos cuando el precio de dichos bienes esté en alguno de los supuestos a que se refiere la fracción I de este artículo.

El deudor que desee que se realicen más publicaciones relativas a la venta de los bienes podrá hacerlo directamente a su costa. Realizada la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuera superior al monto del adeudo, el acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado, incluyendo intereses y demás gastos incurridos para la venta, en efectivo, cheque de caja o mediante billete de depósito a favor del deudor a través de fedatario.

Tal y como lo describe el artículo de referencia, si el valor del inmueble es igual al valor avalúo de los bienes no se llevara a cabo la venta de los mismos, sino que el acreedor se lo adjudicará inmediatamente, pero en el caso de que exista un remanente a favor del deudor, la venta se deberá de realizar a través del juez que conoció el asunto o de fedatario público, notificando al deudor personalmente el día y hora en que se efectuará la venta de los bienes. Dicha notificación se hará con cinco días de anticipación.

Se publicará de igual forma en un periódico de la localidad en que se encuentren los bienes con cinco días de antelación señalándose la descripción del inmueble y valor del mismo, cada semana que no se venda el inmueble se reducirá en un 10%. Este procedimiento es de igual forma innovador, ya que en ninguno de los Códigos de Procedimientos de la Nación ni en el Código de Comercio se había contemplado un procedimiento semejante⁶⁴, siendo este un procedimiento único y novedoso que tiene como característica esencial la rapidez para llevar a cabo el procedimiento con publicaciones semanales con el único requisito de que se hagan en cualquier periódico de la localidad donde se encuentre el bien materia del remate, que se llevará a cabo a través del Juez que conoció del asunto o de cualquier fedatario público. Sin embargo no señala como deberá de llevarse a cabo la audiencia de remate, por lo que se deberá de aplicar supletoriamente lo establecido por los Códigos Procesales locales de

⁶⁴ Código de procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, Michoacan de Ocampo, Morelos, Chiapas, Veracruz, Baja California, Distrito Federal, Estado de México, Puebla de Zaragoza, Queretaro, Chihuahua.

aplicación supletoria a la legislación mercantil en términos de lo dispuesto por el artículo 1063 del Código de Comercio.

Para no dejar en estado de indefensión al deudor y evitar abusos a cargo de la institución fiduciaria o el acreedor, al no hacer pago en caso de existir remanente, el juez lo apercibirá con las medidas de apremio establecidas en el artículo 1414-bis-9 y le ordenará pagar una pena equivalente a 100 y hasta 3 mil veces, el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal en las fechas de incumplimiento, por día transcurrido, mientras subsista el incumplimiento, además de que cubrirá a éste, por todo el tiempo que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a dos veces el Costo de Captación a Plazo de pasivos denominados en moneda nacional (CCP), que mensualmente da a conocer el Banco de México, mediante publicaciones en el Diario Oficial de la Federación.

Conclusión.

El procedimiento de ejecución, es un procedimiento novedoso, que permitirá a los acreedores a adjudicarse los bienes sin esperar a que se realicen las publicaciones en el Departamento de Tesorería de la entidad, y en los periódicos como se establece en los procedimientos convencionales, siendo que tiene un corto plazo de cinco días para ello, lo que promoverá que sea rápido y expedito; sin embargo, a nuestro juicio este procedimiento deberá de efectuarse hasta en tanto no se haya declarado firme la Sentencia Definitiva, ya que conforme a la reforma se permitirá al acreedor adjudicar o rematar los bienes afectados en fideicomiso sin que haya causado ejecutoria la sentencia de primer grado.

Por lo que se refiere a las sanciones previstas en contra del acreedor que no entregue el producto de la venta, me parece adecuada, ya que el deudor estará protegido en caso de que estas instituciones por su institucionalismo y burocracia puede darse el caso de que abusan con el remanente, y de esta forma se le da garantía jurídica al deudor de recibir su dinero incluso con el pago de intereses moratorios.

6.2.6 Recursos e Incidentes

El artículo 1414-bis-20 señala que en los procedimientos que se ventilen conforme a lo señalado en este capítulo, no se admitirán incidentes y las resoluciones que se dicten podrán ser apeladas sólo en efecto devolutivo, por lo que por ningún motivo se podrá suspender el procedimiento.

Si bien la reforma en comento no permite que las partes presente algún tipo de incidentes, las partes de acuerdo a dicho dispositivo legal no podrán interponer incidentes de nulidad de actuaciones o respecto a nulidades por falta de formalidades en el procedimiento, lo que impide a las partes la defensa jurídica ante estos casos, siendo a nuestro juicio una prohibición contraria a las normas del procedimiento.

Por lo que respecta a que no se podrá suspender el procedimiento por ningún motivo, siendo incluso que los recursos se admitirán sin suspensión del procedimiento, tiene como disposición primordial el que los juicios sean rápidos y expeditos; sin embargo, pudiendo ejecutar el actor incluso antes de que cause estado la sentencia de mérito.

Conclusión.

Por lo que respecta a los incidentes, estos en ocasiones tienen como función el que se deje sin efectos alguna actuación judicial que no se haya practicado conforme a las normas del procedimiento viciándola incluso de nulidad, por lo que si existiera algún caso de los que ameriten la interposición de algún incidente las partes deberán de esperar hasta el Amparo Directo, para hacer valer las violaciones procesales que se hayan cometido, lo que consideró impreciso dado a que si fuera procedente la nulidad planteada tendría como efectos el que se reponga el procedimiento siendo esto contraproducente, ya que se perdería el tiempo ganado sin ser el procedimiento rápido y expedito.

Por lo que respecta a la suspensión de los recursos, incluyendo el de la Sentencia Definitiva; a nuestro juicio, se le debería de permitir al demandado suspender el procedimiento mediante garantía suficiente, hasta en tanto no cause ejecutoria la misma en segunda instancia, ya que si se llega a revocar la sentencia ordenando se reponga el procedimiento, el actor

ya habrá de vender los bienes causando daños y perjuicios irreparables, que podrían evitarse si se le diera la oportunidad al demandado de ser vencido en juicio y no sólo en la primera instancia.

7.1 CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo de tesis hemos analizado las figuras afines que sirvieron como base para la formación de la figura del fideicomiso en México. Para ello, fue importante y necesario un estudio pormenorizado de las diferentes reformas legislativas en la materia, atento a la transformación que tuvo esta figura a lo largo de los años debido a los cambios socioeconómicos mundiales y que obviamente tuvieron injerencia en nuestro país.

De dicho estudio podemos concluir que la figura del fideicomiso en México tienen como antecedente más próximo a la figura del *trust* anglosajón. Por ello, y ante la diferencia de sistemas jurídicos entre el derecho consuetudinario en que se basa el derecho anglosajón y el derecho romano aplicado en nuestra legislación, ha sido difícil la aceptación del fideicomiso en México, por algunos de los maestros en la materia.

Sin embargo, los cambios económicos y la evolución comercial mundial han encontrado en el Fideicomiso una herramienta muy útil, por lo que esta institución ha tenido desde su introducción en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, una forma de operar en las operaciones mercantiles básicamente en todos los sectores.

De ahí que ha sido utilizado como instrumento para asegurar el pago de créditos, lo que es conocido como Fideicomiso en Garantía; y que consiste en que el deudor de cierto crédito otorga en fideicomiso algún bien de su propiedad, para que en caso de no ser liquidado dicho crédito se proceda a transmitir la propiedad de dicho bien al patrimonio del acreedor. La legislación mercantil no contemplaba a el Fideicomiso en Garantía como un contrato tipificado con una regulación especial, hasta la aprobación de las reformas materia de este estudio, aportando un nuevo capítulo con características que el fideicomiso tradicional no contemplaba y que a nuestro juicio son de gran trascendencia y por lo mismo materia de discusión.

Dentro de las aportaciones más novedosas en este Fideicomiso en Garantía, es el que en estos fideicomisos cualquiera de las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puedan reunir las calidades de fiduciarias y

fideicomisarias en los fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. Esta inclusión, puede acarrear a nuestro juicio enormes discusiones y problemas en un futuro, atento a que desde la exposición de motivos que dio origen al Fideicomiso en México, se prohibió esta dualidad, precisamente por el hecho de que crea una característica de juez y parte.

Por otro lado, las reformas a estudio tiene efectos positivos como lo es precisamente el hecho de otorgar a diversas entidades que no fungen como Instituciones de Crédito, la capacidad de fungir como fiduciarios en este tipo de fideicomisos. Estas entidades son las Instituciones de Fianzas, Casas de Bolsa, Almacenadoras Generales de Depósito, Compañías Aseguradoras, etc. Sociedades que forman parte de grupos financieros y que tienen incluso Instituciones de Crédito como parte de estos grupos y la experiencia necesaria y personal altamente capacitado.

En los últimos años, debido a la desmesurada alza en las tasas de intereses, las garantías con que contaban las instituciones de crédito o acreedores comunes, se vieron rebasadas por el impagable importe de capital e intereses, por lo que en ocasiones se utilizó la figura del fiador y en el caso de títulos de crédito el aval, quienes responden solidariamente al pago de los créditos a que se haya obligado el deudor principal, incluyendo capital, intereses ordinarios, moratorios y demás accesorios legales, lo que hacía que los deudores perdieran no solamente el inmueble dado en garantía sino todos aquellos bienes que tuviera, así como los de sus obligados solidarios.

Para evitar esta situación se estipuló en el artículo 412 de la reforma, que de ahora en adelante las instituciones acreedoras deberán de tener mucho cuidado al otorgar créditos, en cuanto a que tengan una garantía suficiente y que no se vea desproporcionada en el alza de los intereses en caso de incumplimiento, ya que en este sentido no podrá ejercer el saldo resultante con los demás bienes del deudor lo que significa que perdería dicho crédito.

Por lo que respecta a los deudores, creemos justo y acertado este concepto, ya que como lo he señalado a lo largo de este trabajo de tesis, en los últimos años, muchos de los mexicanos han perdido no sólo los bienes que dieron en garantía sino todo su patrimonio, debido a que la responsabilidad del acreditado alcanza la totalidad de su patrimonio; siendo esta aportación un gran logro a favor de los acreditados quienes tendrán la

oportunidad de recibir un crédito sin el riesgo de perder todo su patrimonio siendo a mi juicio justo que los acreedores jueguen el riesgo de no recuperar todo el crédito si no establecieron desde un principio las garantías suficientes, repartiéndose el riesgo como una asociación.

Esta situación puede provocar un inconveniente que podría frenar el crédito en algunos sectores. Me refiero a la exigencia de proporcionar garantías en exceso, lo que implica la descalificación de miles de solicitantes de créditos que no tienen garantías que ofrecer, siendo cuestiones que se sacrifican por otras.

Es importante destacar que este importante aspecto que se introduce en el proyecto en cuestión, al limitar la responsabilidad de los acreditados, tiene una condición de irrenunciabilidad, lo que da un mayor aseguramiento respecto de los acreditados, que permitirá salvaguardar su patrimonio de las afectaciones provocadas por eventuales cambios macroeconómicos en el país.

De esta manera, el proyecto brinda certeza jurídica a los acreditados, al determinar en el momento mismo de la contratación del crédito el alcance de los bienes dados en garantía, conociendo así de manera clara e indubitable el límite del compromiso total que adquieren en función de su adeudo.

Tanto en los Fideicomisos en Garantía como en los contratos bancarios, se otorgan bienes inmuebles para garantizar el pago y cumplimiento de las obligaciones, por contar estos bienes con un sistema de inscripción en el Registro Público que concede una mayor garantía al acreedor en el cobro. Sin embargo en el Fideicomiso en Garantía materia de este estudio, se instruyó la posibilidad de que se transmitan en fideicomiso bienes muebles e inmuebles, lo que creará al público en general una mayor posibilidad de obtener créditos, debido a que hay particulares que no cuentan con bienes inmuebles lo que los dejaba sin posibilidades de obtener un crédito.

Otra característica en este contrato es que pueden ser objeto de apropiación todas aquellas cosas que no estén excluidas del comercio; siendo bienes muebles por exclusión aquellos bienes por disposición de ley, o aquellos que por su naturaleza pueden desplazarse de un lugar a otro; así

como los derechos de autor considerados como derechos intelectuales; y que ahora se considerarán como garantía en estas operaciones de crédito

En materia de procedimiento y para el efecto de ejecutar este tipo de fideicomiso, se reformó de igual forma el Código de Comercio en su parte adjetiva creando un procedimiento especial, mismo que ha sido analizado en este trabajo, y que a nuestro juicio será materia de análisis en los próximos años en los diferentes tribunales de la nación.

El procedimiento inicia con la presentación de la demanda, que contenga la determinación del saldo que formule el acreedor, bajo su más estricta responsabilidad, el Juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados en el artículo anterior, en un plazo no mayor de dos días admitirá la misma y dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y si no lo hace haga entrega de la posesión material al actor de los bienes objeto de la garantía indicados en el contrato. El juez correrá traslado al demandado para que en el término de cinco días ocurra a contestarla y a oponer, en su caso, las excepciones que señala el artículo 1414.bis-10.

El procedimiento se asemeja al previsto en los juicios ejecutivos, ya que el acreedor tendrá como único requisito procesal el que presente un saldo bajo la más estricta responsabilidad teniendo el Juez el término de dos días para dictar el auto admisorio, debiendo previamente haber estudiado los elementos de su acción para saber si el acreedor presentó un saldo que contenga un crédito a su favor cierto, liquido y exigible en los términos pactados,

Estos elementos de procedibilidad no se encuentran específicamente explicados, más sin embargo consideramos que debido a la similitud en los títulos de crédito, deben de contener el saldo las mismas tres características que enumeró la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus diferentes tesis y jurisprudencias al respecto.

Las reformas a estudio consagran un procedimiento por el cual desde su inicio se debe de ejecutar el crédito, como si se tratase de un procedimiento de quiebra, ya que el actor al presentar su demanda con un supuesto saldo, el juez ordenará que se ejecute hasta sus últimas

consecuencias, ordenando la entrega física y material de los bienes dados en garantía, sin perjuicio de que el deudor se defienda en el juicio respectivo. A nuestro juicio los jueces jugaran un importante papel en este tipo de controversias, debiendo evitar abusos por las instituciones de crédito, analizando minuciosamente los requisitos anteriormente señalados..

Existe una salvedad al respecto, tendiente a prevenir que desde el inicio de un procedimiento se deje al demandado sin su casa habitación, siempre y cuando la utilice como tal, esto es en los casos en que la garantía sea su casa habitación no podrá el acreedor solicitar la posesión del inmueble, lo que salvaguarda a los deudores el derecho de habitar hasta en tanto no se resuelva el fondo del asunto.

Por lo que se refiere a las defensas y excepciones que pueden oponer los deudores y la reglamentación sobre las pruebas, se encuentra limitado en algunos casos la forma y términos en que deban de oponerse las excepciones en este tipo de procedimientos, mas sin embargo no se limita el que se puedan oponer cualquier tipo de excepciones; estas características generaran que los procedimientos sean expeditos, contando con una sola audiencia de pruebas, alegatos y sentencia.

El procedimiento de ejecución, es un procedimiento novedoso, que permitirá a los acreedores a adjudicarse los bienes sin esperar a que se realicen las publicaciones en el Departamento de Tesorería de la entidad, y en los periódicos como se establece en los procedimientos convencionales, siendo que tiene un corto plazo de cinco días para ello, lo que promoverá que sea rápido y expedito.

En fin el Fideicomiso en Garantía, es una figura jurídica que aunque en la practica se ha utilizado en nuestro pais, esta no tenía una regulación expresa y en algunos casos novedosa como lo es en su parte adjetiva. Por estas causas es que debemos esperar a la practica para conocer más a fondo si es aceptada por la colectividad, y si se llegan a plantear las problemáticas que expongo en este trabajo.