

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL
FIDEICOMISO DE GARANTÍA

ROBERTO TRUJILLO VILLASEÑOR

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
Según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

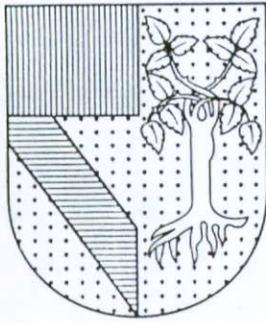
Zapopan, Jal., noviembre de 2001



50703

SIF: TE DER 2001 TRU
UIS: 50703 - ej. 1
CHA: 10/07/03
DONATIVO DE _____
\$ _____ 93p.

1. Fideicomiso



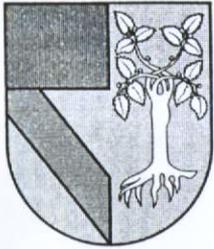
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

**LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL
FIDEICOMISO DE GARANTÍA**

ROBERTO TRUJILLO VILLASEÑOR

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
Según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., noviembre de 2001



ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. ROBERTO TRUJILLO VILLASEÑOR

Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN


LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

LIC. RUBÉN VILLA LEVER

Corredor Público N° 27
en la Plaza del Estado de Jalisco

Agustín de la Rosa 317-A
Col. Ladrón de Guevara
Guadalajara, Jal., México

Tel. 616-9641
Fax 615-1502

**ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
P R E S E N T E :**

Estimados señores:

En mi carácter de asesor de tesis de ROBERTO TRUJILLO VILLASEÑOR y después de haber analizado el trabajo que presenta para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, titulado "LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA"; manifiesto a ustedes que el mismo reúne los requisitos de un trabajo recepcional, por lo que la citada persona puede continuar con los trámites administrativos a fin de presentar su examen de titulación.

ATENTAMENTE,

Guadalajara, Jal., a 13 de junio de 2000



LIC. RUBEN VILLA LEVER

Tu que con fe seguiste paso a paso mi formación
y que con un gran sacrificio económico me formaste,
te doy gracias por esta carrera de leyes.
A ti mamá.

A Dios, a mis padres, a mis abuelos +, a mis hermanos,
a mis maestros, a mis compañeros, a Karen mi novia, a la Lic. Yolanda
Delgadillo, Ines Castro y al Lic. Ruben Villalever.

Y a todos aquellos que contribuyeron para
que lograra obtener el titulo de abogado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

ASPECTOS GENERALES DEL FIDEICOMISO	5
1.1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO MEXICANO.....	5
1.1.1. DERECHO ROMANO.....	5
A) La Fiducia.....	5
B) El Fideicomiso.....	6
1.1.2. DERECHO INGLÉS.....	7
1.1.3. DERECHO NORTEAMERICANO.....	8
1.2. HISTORIA DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.....	9
1.3. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO.....	17
1.3.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	18
A) Negocio Fiduciario.....	19
B) Crítica a la teoría del negocio fiduciario.....	20
C) Acto unilateral.....	20
D) Contrato.....	22
1.3.2. EFECTOS JURÍDICOS.....	23
1.4. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.....	30
1.4.1. ELEMENTOS PERSONALES.....	30
1.4.1.1. EL FIDEICOMITENTE.....	30
A) Derechos.....	31
B) Obligaciones.....	33
1.4.1.2. EL FIDUCIARIO.....	33
A) Derechos.....	37
B) Obligaciones.....	37

1.4.1.3. EL FIDEICOMISARIO.....	38
A) Derechos.....	40
B) Obligaciones.....	40
1.4.2. ELEMENTOS REALES.....	41
A) Bien o Derecho.....	41
1.4.3. ELEMENTOS FORMALES.....	43

CAPÍTULO 2

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....45

2.1. CONCEPTO.....	45
2.2. ANTECEDENTES.....	46
2.3. PARTES QUE INTERVIENEN.....	49
2.4. CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN.....	49
2.5. LA EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	53
2.6. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	55

CAPITULO 3

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD.....56

3.1. ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.....	60
3.2. ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONAL.....	67
A) El objeto que protege la garantía de legalidad.....	74
B) Mandamiento escrito.....	75
C) De la autoridad competente.....	75
D) Que funde y motive la causa legal del procedimiento.....	76
3.3. ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.....	78
3.4. CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTIA.....	81
I.-Las partes que intervienen en los fideicomisos de garantía.....	81

II.-Declaraciones.....	81
III.-Cláusulas.....	82
IV.-Personalidad.....	86

CONCLUSIONES.....	89
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	91
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

De la ejecución en el fideicomiso de garantía se ha debatido su constitucionalidad y recientemente se ha impugnado por su supuesta inconstitucionalidad en los tribunales.

La trascendencia de esta cuestión se manifiesta por el uso generalizado de dicha garantía y de la importancia que reviste la ejecución de ella para su eficacia.

El estado financiero actual del país se ha manifestado en un serio problema en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias de la mayoría de los deudores.

La injusticia social y las erróneas políticas económicas que originaron la última devaluación y nos llevaron a una crisis, es inmoral. Esta situación ha obligado a los deudores a tratar de compensar la injusticia de la crisis que se manifiesta directamente en su capacidad de pago, a través de la implementación de acciones políticas de presión y por consiguiente dejar de pagar los créditos hipotecarios, refaccionarios etc. Por falta de liquidez.

La información jurídica recabada en el contenido de este trabajo, se recopiló consultando la Ley, la jurisprudencia y la doctrina jurídica.

El objeto de esta investigación es analizar el funcionamiento del fideicomiso de garantía y determinar mediante las leyes aplicables, su constitucionalidad desde que se estipula en un contrato por las partes, hasta su ejecución en caso de ser necesario.

En el capítulo primero se exponen los antecedentes extranjeros que influyeron en la normatividad del fideicomiso mexicano y se analizaron las leyes que han reglamentado al fideicomiso en México, así mismo los ordenamientos que la reglamentan actualmente y por último se establecen las teorías fundamentales de su naturaleza jurídica además de sus elementos personales, reales y formales así como su contenido obligacional de cada uno de ellos.

El capítulo segundo establece en sí lo que es el fideicomiso de garantía con sus características, además se analiza su ejecución y se plantea el problema.

Por último en el tercer capítulo se hace una exposición del contenido de las disposiciones constitucionales de los artículos 13,14,16 y 17 solucionando el problema planteado.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS GENERALES DEL FIDEICOMISO

1.1 ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO MEXICANO

Para la creación de nuestro fideicomiso, el legislador mexicano obtuvo una pluralidad de doctrinas diferentes del Derecho Romano, inglés y norteamericano que concluyó en nuestra Ley vigente.

1.1.1 DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano existieron algunas instituciones jurídicas que algunos han considerado como el antecedente de nuestro actual fideicomiso, tales instituciones fueron principalmente la *fiducia* y posteriormente el *fideicomiso*.

A) LA FIDUCIA

La *fiducia* explicándola de una manera simple consistía en un pacto agregado a las formas de transmitir la propiedad por virtud de la cual, el adquirente se obligaba a devolver la cosa adquirida previamente convenida.

Algunos autores consideran que la *fiducia* pertenecía al tipo de los contratos reales, que se perfeccionaban con la simple entrega de la cosa materia del contrato, como lo era el *mutuo*, el *comodato* la *prenda* el *depósito* y posteriormente la *hipoteca*. Más aún se le ha considerado como una forma primitiva de la *prenda* o del *comodato*, cuando se realizaba para garantizar una obligación o únicamente para conceder el uso o goce temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía.¹

¹ CLARET Y MARTI POMPEYO, *De la fiducia y del Trust. Estudio de Derecho Comparado*, Barcelona, 1946, p8.

Existieron dos formas de fiducia:

La *fiducia cum creditore* fue la primera, tuvo gran importancia, porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones; este tipo de fiducia operaba en el sentido de que el deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del *pactum fiduciae*, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere pagado su crédito, en caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para él o para enajenarla, es decir, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor.

La *fiducia cum amico* que fue la segunda forma, se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del *pactum fiduciae*, los retransmitía al *tradens*, por lo que esta fiducia se identificaba con el comodato que es el préstamo gratuito de uso.

B) EL FIDEICOMISO

Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía *la testamenti factio*, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un 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*, *fideicommito*, al heredero gravado se le llama *fiduciario*

y a aquél a quien restituye, *fideicomisario*.²

El cumplimiento del fideicomiso quedó a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario, pero en vista de que la inejecución de ciertos fideicomisos ocasionó notables ofensas a la opinión pública, el emperador Augusto, los hizo ejecutar con la intervención de los cónsules; poco a poco se fue asimilando esta medida en el Derecho Romano hasta que por su importancia hubo necesidad de establecer un *pretor especial*, que fue el *pretor fideicommissarius*.

El senado-consulta Treveliano, dispuso que una vez hecha la transferencia de los bienes al fiduciario se entendía que los derechos y acciones correspondían al fideicomisario quien, de otra parte, debía soportar los cargos propios de su condición de tal, sustrayendo así al fiduciario de los ataques dirigidos por los acreedores de la sucesión. Igualmente se dictó el *senado-consulta mayus pegasiano*, el cual concedió al heredero fiduciario una remuneración consistente en la cuarta parte de la herencia o de los bienes transmitidos, remuneración conocida con el nombre de *cuarta faleidia*.³

1.1.2 DERECHO INGLÉS

A partir de la conquista normanda se produce en Inglaterra un proceso de unificación de leyes locales, conocido con el nombre de *Common Law*, sin embargo la intervención del canciller condujo a que, ante la presencia de injusticias, dejara en un momento de aplicar las normas del *Common Law* para aplicar otras fundadas en la equidad y conocidas como *Equity Law*,

² PETIT EUGÉNE, *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, p 579.

³ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, *Contratos Bancarios*, Felapan p.600.

A fines del reinado de Enrique IX (1413-1422) fue reconocido el tribunal de cancillería (*Equity Jurisdiction*) y bajo el reinado de Enrique VIII y, a partir de ese momento, logró el máximo desarrollo.

Se distinguió entre acciones legales (*Action in Law*) y procedimientos de equidad (*Proceeding in Equity*) según se apoya el interesado en el *Common Law* o en el *Equity Law*, estas ds jurisdicciones continuaron paralelamente en el tiempo, hasta fusionarse en 1873; Aunque la parte sustantiva continuó formada por principios autónomos inspirados cada uno en su fuente respectiva.

De acuerdo con los antecedentes del *trust* parece incuestionable, al decir de los autores, que éste comienza con el *use*, entendiendo por tal la transmisión hecha a un tercero con obligación de conciencia en favor del transmisor y otro beneficiario su utilización parece haberse popularizado con motivo de la expedición del estatuto de manos muertas que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles y por ese motivo los monjes transferían o adquirían a través de un tercero (*feoffe to use*) la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad (*cestui to use*), el Constituyente del *use* se denominaba *feoffor to use* o *settlor*, también el *use* se utilizó para realizar transmisiones testamentarias prohibidas por la ley o en fraude de acreedores.

1.1.3 EL TRUST NORTEAMERICANO

A diferencia de México, Estados Unidos al independizarse no rompe con los vínculos culturales e históricos de su anterior dominador, Inglaterra, sino por el contrario, los adapta y forma un sistema político de acuerdo a la realidad y por consiguiente es fuerte.

El *trust* es una figura que es heredada por los ingleses en su estructura fundamental, es en este país donde se consolida su aplicación, puesto que se vinculó el *trust* al campo financiero, comercial e Industrial por lo que resultó ser un instrumento jurídico muy práctico y eficaz.

La gran contribución hecha por Norteamérica a favor del desarrollo del *trust* es el empleo del *Trustee corporativo*. En Inglaterra, todavía hacia 1743, el procurador general argumentaba que ninguna corporación podía actuar como *Trustee*.⁴

1.2 HISTORIA DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO

La primera utilización del *trust* en nuestro país reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos y que se realizó como instrumento de garantía en emisiones de bonos se destinó a financiar la construcción de ferrocarriles.

El entonces vigente Código Civil de 1884 y la ley sobre ferrocarriles del 29 de abril de 1899 lo permitieron aún cuando fue otorgado en el extranjero, pudo surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas.

Después surgió el proyecto *Limantour*, elaborado por Jorge Vera Estañol, era una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para que expidiera la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la República, Instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios; el 21 de noviembre de 1905, el Secretario de Hacienda, el señor Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la referida iniciativa.

⁴ PIÑA MEDINA , JORGE. *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*. Banco Mexicano Somex, México, p 23.

La función genuina de estas instituciones es interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto.

En 1924 surgió el proyecto *Creel* que se expuso en la Convención Bancaria celebrada en febrero del año citado, en el cual el señor Enrique C. Creel manifestó que se había iniciado en la República la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros y que, como autor del proyecto, se consideraba con el deber de dar algunos informes acerca del funcionamiento de estas compañías en los Estados Unidos.

En el mismo año surgió un antecedente legislado que fue la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 que se publicó en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925. En el informe de la Secretaría de Hacienda al Congreso de la Unión se indicaba que la ley seguía, en el fondo, el sistema de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, pero que llenaba vacíos en la misma.

Esta nueva ley cuidó de comprender dentro de su órbita todos aquellos negocios bancarios que afectan al interés público, agregaba que la ley denomina bancos de fideicomiso, los que sirven para los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo, con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante su vigencia.

Esta ley en su artículo 6o. fracción VII establecía que entre las instituciones objeto de la ley quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso.

Después se estableció el Proyecto *Vera Estañol* en el cual se

preparó un proyecto de ley de compañías fideicomisarias y de ahorro, presentado a la Secretaria de Hacienda en marzo de 1926 por el Lic. Jorge Vera Estañol, "El capítulo II se refería a las operaciones fideicomisarias que consistían:

I.- En el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de algunos o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato.

II.- En el encargo que, por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos (artículo 10) .⁵

Todas las cuestiones que tuvieran como origen un fideicomiso, suscitadas entre las partes interesadas, se ventilarían en juicio mercantil conforme al Código de Comercio (artículo 27)

La Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926 que se publicó en el Diario Oficial el 17 de julio del mismo año en el cual las principales características de esta ley fueron:

A) El objeto principal y propio de esta clase de bancos era la celebración de las operaciones por cuenta ajena a favor de tercero autorizados por la Ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe (artículo 1).

⁵ BATIZA RODOLFO, *El Fideicomiso*, México. Porrúa, 1976, p 104.

B) Al fideicomiso lo definía la Ley como 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 o beneficiario (artículo 6).

C) Podían ser objeto del fideicomiso bienes muebles y derechos reales, así como cualesquier clase de valores, créditos, títulos, dinero efectivo, bienes muebles en general y cualesquiera derechos, excepto los que conforme a la ley no pudieran ser ejercitados sino directa o individualmente por su dueño (artículo 13 párrafo primero)

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926 y publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre del mismo año, esta ley abroga la ley de bancos de Fideicomiso.

En referencia a la Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932 publicada en el Diario Oficial un día después, establece lo siguiente:

Su exposición de motivos declaraba que la ley de 1926 había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso y que evidentemente esta institución podía ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada probablemente a un gran desarrollo, pero que, desgraciadamente, dicha ley no precisaba el carácter sustantivo de la Institución y dejaba, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Añadía que para que la Institución pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería, en primer término, una definición clara de su contenido y efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones fiduciarias. Señalaba que, siguiendo en ello el precedente ya establecido, la nueva ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución

especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonio alejados del comercio jurídico normal.⁶

La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 26 de agosto de 1932 que se publicó en el Diario Oficial un día después, en la parte sustantiva del fideicomiso sigue vigente hasta la fecha.

Los preceptos dedicados al fideicomiso en esta ley son los que se encuentran en el Título II "De las operaciones de crédito", capítulo V, "Del Fideicomiso" y comprenden del artículo 346 al 359.

La Exposición de motivos de la ley indicaba que, corrigiendo los errores más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conservaba, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso; circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de evitar siempre la legislación mexicana.

Acerca de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de mayo de 1941, publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo del mismo año, abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 y la reglamentación que contiene de las operaciones fiduciarias.

En su exposición de motivos de la referida ley se menciona que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufre modificaciones,

⁶ *Ibid.* p114.

decía que sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha establecido la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

En el Título primero "Disposiciones preliminares" se dice que las operaciones fiduciarias son uno de los grupos de operaciones de banca y crédito, a las que se refieren necesariamente las concesiones otorgadas por el Gobierno Federal (artículo 2)

Esta ley al inicio, regulaba a la banca bajo el principio de banca especializada, posteriormente, este sistema no respondió a las exigencias que su desarrollo requería, por lo que gradualmente se fue generando a través de modificaciones legislativas de la misma ley lo que hoy conocemos como banca múltiple.

"Conviene señalar, que sin duda alguna, el propósito del legislador fue que tanto la LGTOC de 1932 como la LIC del mismo año, suplida después por la ley de 1941, fueron complementarias la una de la otra, la Ley de Títulos, teniendo como campo propio la estructuración del fideicomiso, y la de Instituciones, la regulación de las fiduciarias que habrían de desempeñarlos." ⁷

Independientemente de la situación política del momento y los problemas jurídicos que representó la transformación del sistema bancario mexicano, la aparición de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 30 de diciembre de 1982 que se publicó en el Diario Oficial del 31 de Diciembre de 1982 dejó vivas las disposiciones referentes a las operaciones de

⁷ ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Tratado Teórico práctico del fideicomiso*, México, I Porrúa, 1997 p 26.

crédito y bancarias incluyendo a las fiduciarias de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares del 3 de mayo de 1941, de acuerdo con lo establecido con el artículo 3.

Artículo 3- A las Sociedades Nacionales de Crédito les serán aplicables, en lo conducente y en cuanto no se opongan a la presente ley, las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares contenidas en los Títulos primero, segundo, capítulos VI y VII, cuarto y quinto, así como aquellos aplicables a las entidades de la Administración Pública Federal que tengan carácter de Instituciones Nacionales de Crédito.

La exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 28 de diciembre de 1985, que se publicó en el Diario Oficial el 14 de enero de 1985 Y decía que ésta nace de la necesidad de contar con una legislación adecuada y moderna y al referirse a la normatividad para abrogar establece:

Esta misma ley (LGIC y OAC, de 1941) permitió la adecuada operación del sistema durante su desarrollo, sin embargo, las múltiples reformas adiciones y derogaciones de que ha sido objeto a través de más de 40 años, hacen difícil su análisis, interpretación y aún su aplicación. Sus disposiciones fueron concebidas para normar la operación de un sistema bancario concesionado y su objeto de regulación contempla figuras jurídicas obsoletas o en desuso.

La vigente Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, de esa época, concebida como un ordenamiento de carácter transitorio, estableció las bases jurídico-administrativas que permitieron al Estado iniciar la adecuación de la estructura, organización y funcionamiento de las instituciones de *banca múltiple*.

La iniciativa, al describir la forma de regular las operaciones bancarias define:

"En capítulos especiales se regulan las operaciones pasivas, activas, los servicios y la actividad fiduciaria que realizan las Instituciones de Crédito" de esta forma, el fideicomiso como actividad bancaria quedó regulado prácticamente en una sola parte de la ley, que fue en el título II. "De las Instituciones de Crédito", Capítulo V. "De los Servicios" artículos 58 y 60 al 66".

El Sistema bancario mexicano se transforma, y como resultado se establece la Ley de Instituciones de Crédito del 14 de julio de 1990 que se publicó en el Diario Oficial el 18 de julio del mismo año, en adelante esta ley abroga a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 28 de diciembre de 1985.

Esta ley de Instituciones de crédito regula actualmente al fideicomiso como operación bancaria en forma especial en los artículos, capítulos y títulos que a continuación se establece:

- En el Título III "De las Operaciones", capítulo I "De las reglas generales" el artículo 46, fracción XV
- En el Título III, "De las Operaciones", capítulo IV, "De los servicios", los artículos 77 y 79 al 85.
- En el Título V, "De las prohibiciones, sanciones administrativas y delitos", capítulo I, "De las prohibiciones ", artículo 106 fracción XIX, incisos b, c y d.

1.3 CONCEPTO DEL FIDEICOMISO

El concepto legal lo establece el artículo 346 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dice:

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

De acuerdo con una ejecutoria mercantil mexicana, ella define al fideicomiso:

- El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona determinada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario encomendando su realización a una Institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la Institución bancaria adquiere los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin y la obligación de sólo dedicarlos al objetivo que se establezca al respecto, debiendo devolver los que se encuentran en su poder al extinguirse el fideicomiso salvo pacto válido, en sentido diverso.

Amparo Directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A -16 de marzo de 1977, cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Sala auxiliar. Séptima época, volumen semestral 97-102. Séptima parte. Volumen XVII. Página 163.⁸

⁸ TÉLLEZ, ULLOA, *Jurisprudencia Mercantil Mexicana*, México, libros de México p 1276.

También hay una ejecutoria que establece como se concibe al fideicomiso:

.- Conforme a los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los cuales es titular la Institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.

Amparo Directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968, Unanimidad de 4 Votos. Ponente Mariano Azuela.⁹

En esta ejecutoria se determina el objeto del fideicomiso:

De acuerdo con los artículos 436, 355, 356 y 358 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso tiene por objeto destinar ciertos bienes a un fin lícito determinado, que se encargará de realizar una Institución fiduciaria.- Y por ningún motivo debe entenderse, que los bienes objeto del fideicomiso, pasen de la propiedad del fideicomitente a la de la Institución fiduciaria, pues ésta, sólo tiene funciones de mero administrador, debiendo cumplir con el acto constitutivo y obrar como buen padre de familia, y además es responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa, de donde resulta que el aumento o disminución de las obras objeto del fideicomiso, redundan en perjuicio o beneficio del fideicomitente.

Tomo LII. Quinta época. Pag. 2317.¹⁰

1.3.1. NATURALEZA JURÍDICA

En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, los pocos artículos de la ley cambiaria que se ocupan del fideicomiso y que desde el origen de éste lo regulan, no proporcionan mucha luz

⁹ Ibid. p 1273.

¹⁰ Idem.

acerca de cómo puede ser clasificado, lo cual ha dado origen a polémicas.

Dos son las interpretaciones fundamentales al respecto:

A) NEGOCIO FIDUCIARIO:

En un sentido genérico se ha sostenido que el fideicomiso es un negocio fiduciario.

Para Windscheid, el negocio jurídico es la "declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica"¹¹.

En sentido más limitado, se ha hecho la aseveración de que el fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, caso en que su declaración es de inmediato obligatoria para él, ya que no puede revocarla sino se reserva expresamente tal facultad, ni puede modificarla sin el consentimiento del fideicomisario.

Estas consecuencias son independientes de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario que, por tanto, no son manifestaciones de voluntad esenciales para la integración del negocio jurídico.

La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.

¹¹ *Ibid.* 167.

B) CRITICA A LA TEORÍA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

La construcción doctrinal del negocio fiduciario, a pesar del atractivo intelectual que pueda tener no es idónea para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. El fideicomiso tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura; el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.

C) ACTO UNILATERAL.

Hay un gran sector de la doctrina mexicana que afirma que el fideicomiso puede ser constituido por un acto unilateral de voluntad o que es un acto unilateral de voluntad, como así afirma el doctor Domínguez Martínez: "El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la Institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello".¹²

La confusión sobre la naturaleza del acto que crea el fideicomiso se deriva de la legislación que dio el legislador a los artículos 350 y 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dicen:

¹² *Ibid* p176.

artículo 350 - "Sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley General de Instituciones de Crédito."

artículo 352. - "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento".

La voluntad unilateral es una fuente legal de las obligaciones civiles como expresiones unilaterales de la voluntad, productoras de obligaciones regula el Código Civil para el Distrito Federal las siguientes (artículos 1860 a 1881):

- A) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio.
- B) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio.
- C) La apertura de concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenaron ciertas condiciones, con fijación de un plazo.
- D) La estipulación contractual en favor de tercero.

Como se observa, nuestro sistema jurídico cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuáles son sus efectos, y hasta ahora no se ha pretendido que exista la declaración de voluntad tácita.

En ninguno de los artículos que regulan el fideicomiso se utilizan las palabras manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente a la que el sistema legal le reconozca el efecto de construir el fideicomiso; tampoco se

desprende de los antecedentes legales del fideicomiso en México ni del pensamiento del legislador.

La simple manifestación unilateral de voluntad no trasmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes.

En consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, ya que mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

D) CONTRATO.

El fideicomiso mexicano es un contrato porque es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.

El fideicomiso se encuadra como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Ahora bien, dentro de las especies de actos jurídicos, nuestro Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define el convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y también dice que los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos se llaman contratos.

Para consolidar las afirmaciones expuestas anteriormente en el uso Bancario Normal se utiliza el término *contrato de fideicomiso* y en algunas ocasiones se utiliza la palabra *convenio*.

El uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, cuando existen lagunas y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la LGTOC no señala qué tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2 fracción III de la LGTOC, de lo que se puede calificar como uso interpretativo, en el sentido de que el fideicomiso es un contrato. De donde se concluye que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato, cuando el propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la LGTOC de 1932, el Lic. Pablo Macedo explica con gran amplitud su intervención en la redacción de dichos preceptos y en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, al decir textualmente que "se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes" y más adelante expresa: "En esta forma que evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contraten con el fiduciario" por lo que no queda duda de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato.

1.3.2. EFECTOS JURÍDICOS

En este punto nos referirémos a las teorías de los Juristas Manuel Lizardi Albarrán, Ramón Sánchez Medal y Joaquín Rodríguez y Rodríguez.

El maestro Manuel Lizardi Albarrán establece que estudiando de cerca el proceso de la construcción legislativa del fideicomiso, encontramos que opera sobre el derecho de propiedad, regulado por nuestro derecho y lo descompone en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el

contenido de las normas que rigen la nueva institución.

El primer derecho es el del fiduciario, que se caracteriza por la facultad de disposición y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario, ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad. Así se observa contemplando la situación en su aspecto muy general, pero entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características, que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad.

En primer lugar es temporal y su duración no puede, por regla general, exceder de 30 años y existe en función de un fin por realizar.

El segundo derecho es el del fideicomisario que a diferencia de el fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico válido *erga omnes*. Este derecho está íntimamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él por representar dicho fin, en una forma u otra, un beneficio económico para el fideicomisario.

La existencia del derecho del fideicomisario depende de la del fiduciario y es por consiguiente, como el de este último, también temporal. La última característica distintiva del derecho del fideicomisario está en los efectos reales a que da lugar, normalmente es el fiduciario el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación y sin embargo, puede el fideicomisario, en los casos señalados por la Ley, perseguirlos y aún reivindicarlos, dentro de los límites de su régimen especial según sean inmuebles, muebles o títulos valores para restituirlos al fondo del fideicomiso.

Es por esto que el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial, diferente de los demás que conoce nuestro ordenamiento positivo

Es decir, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que posea sin justo título; el del fideicomisario por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden a la protección del fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentra limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación.

Por lo tanto Manuel Lizardi afirma específicamente que el fideicomiso descompone el derecho de propiedad original del fideicomitente en dos derechos reales distintos del de propiedad y de los reconocidos por los ordenamientos positivos. El contenido de estos derechos reales es determinado por la Ley. Resulta así que del análisis de las disposiciones legales, el fiduciario tiene un derecho real con contenido económico válido *erga omnes*.

Se fundamenta en las siguientes afirmaciones, la primera, presupuesto de las demás:

I. Nuestro sistema jurídico puede admitir otros derechos reales de los determinados en el ordenamiento civil, vía adición legislativa, la cual no requiere ser expresa en ese ordenamiento, sino que puede estar contemplada en otro y no expresamente.

II. Un derecho real lo es ya por su tendencia general de disposición o por el ostentarse como propietario sin serlo.

III. O bien tener la facultad de perseguir o reivindicar un bien que no es del patrimonio de la persona que lo persigue o reivindica.

Respecto a la primera afirmación, se puede establecer que no existe ningún motivo que impida esta situación. Desde un punto de vista normativo, una norma puede compartir el contenido de otra, siempre y cuando se trate de normas de la misma jerarquía. De esta manera no sería posible ampliar en una norma secundaria, un contenido restrictivo constitucional. En nuestro caso se trata de dos normas de igual jerarquía, determinadas en la legislación civil y mercantil respectivamente, siendo ambas secundarias y de la misma jerarquía. No se requiere reconocer expresamente que se trata de un derecho real, puesto que es el vínculo y sus características lo que determina esa cualidad, no su nominación.

En relación a la segunda y tercera afirmación, es necesario determinar cuáles son las cualidades esenciales que se requieren para que un vínculo jurídico se pueda considerar como derecho real. Es el derecho de propiedad el derecho real por excelencia. Los demás derechos reales son en sí, restricciones voluntarias del derecho de propiedad. Pero estas restricciones implican un incremento de derechos en el patrimonio de una o varias personas. Es decir los derechos desmembrados pasan al patrimonio de otras personas. Esto sucede inclusive en el caso de los gravámenes reales voluntarios. En una servidumbre voluntaria, el propietario que gravó un camino a través de sus tierras con una servidumbre de paso, transmitió un derecho de tránsito a indeterminadas personas, el cual permanece vivo, si bien en forma impersonal, de manera tangible. En el fideicomiso, aunque el fiduciario ejerza una tendencia general de disposición y se ostente como propietario sin serlo y el fideicomisario tenga la facultad de perseguir y reivindicar los bienes, el derecho de propiedad no se desmembra, porque los derechos que sobran no son transmitidos a nadie para su ejercicio, con la salvedad que el fideicomitente tiene la facultad de reservarse algunos derechos cuando así lo haya determinado expresamente.

Por otro lado, para que un vínculo jurídico se pueda considerar real, no basta que el objeto del nexo sea un bien, sino que esta relación impacte en el

patrimonio de la persona que lo ejerce y sólo así, poder hacer respetar su derecho contra todos. Por lo tanto, tampoco por esta razón se puede considerar el derecho del fideicomisario como derecho real, ya que si bien está facultado para perseguir y reivindicar el bien, no será para retornarlos a su patrimonio, sino al poder del fiduciario.

los derechos derivados del fideicomiso respecto al bien y el fideicomisario, y el fiduciario no son derechos reales.

El maestro Ramón Sánchez Medal establece que: "Existen asimismo otras convincentes razones que no sólo excluyen la idea de una transmisión de propiedad y la idea de una mal llamada *propiedad restringida* o *propiedad fiduciaria* a favor de la institución fiduciaria, sino que, además, explican satisfactoriamente los poderes y las facultades de la institución fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, sólo en la medida necesaria para realizar las finalidades del fideicomiso, sin necesidad de recurrir a aquellas extrañas e inadmisibles ideas"¹³

Para este propósito sirve el concepto de *legitimación*, aplicado a la propiedad y a los contratos y que constituye el fundamento de los actos sobre el patrimonio ajeno

Propiedad y legitimación son por regla general dos conceptos sobrepuestos que radican en la misma persona, por cuanto que quien tiene la propiedad de un determinado bien, es de ordinario igualmente quien está legitimado para disfrutar y disponer de ese bien.

Las anteriores observaciones nos llevan a distinguir claramente los

¹³ RAMÓN SANCHEZ MEDAL, La verdadera naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, México, Porrúa, 1993, p. 58

dos conceptos en cuestión, para entender como *propiedad* la situación jurídica de un bien determinado que pertenece o forma parte de un cierto patrimonio, en tanto que por *legitimación* ha de entenderse la facultad concedida o reconocida a una persona por la ley para disfrutar y disponer de dicho bien.

En la propiedad se destaca un aspecto pasivo o estático, en tanto que en la legitimación se subraya una faceta activa o dinámica.

La situación que se crea por virtud del fideicomiso es en realidad no una transmisión de derechos, ni tampoco una representación de persona, sino una sustitución en los derechos del fideicomitente por la institución fiduciaria.

En suma, en el fideicomiso mexicano no hay transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino sólo se inviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente. De esta manera la institución fiduciaria, con una legitimación que el acto constitutivo entre vivos del fideicomiso le otorga y que la Ley le confirma y reconoce, realiza actos válidos sobre un patrimonio ajeno, esto es, sobre bienes que pertenecen al fideicomitente, pero sin que de tales bienes pueda disponer el citado fideicomitente, ni los acreedores de éste puedan embargarlos o practicar ejecución sobre dichos bienes. El fideicomiso mexicano es sólo una nueva especie de gravamen, distinto de la hipoteca y de la prenda, porque brinda mayor seguridad y eficacia que cualquiera de esas dos garantías

Joaquín Rodríguez y Rodríguez establece que: "El fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica

que permite más de lo que es necesario para la realización de aquél”¹⁴.

De este modo, se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno; de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo con efectos ínter partes.

Por eso, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir; que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal.

En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso.

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 son el fideicomisario y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

¹⁴RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN, Derecho Mercantil, México, Porrúa, 1997,p.16.

1.4. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

1.4.1. ELEMENTOS PERSONALES

1.4.1.1. FIDEICOMITENTE

Rafael de Pina lo define como "la persona física o moral que constituyen un fideicomiso, para destinar bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encargar dicha realización a una Institución fiduciaria."¹⁵ La LGTOC en su artículo 349 establece:

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.

El fideicomitente es el creador del fideicomiso, es la persona que destina parte o la totalidad de sus bienes o derechos a la constitución de un patrimonio diferente y lo afecta en un fideicomiso a un fin lícito y concreto.

El artículo 348 de la LGTOC dispone en su párrafo II que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso.

¹⁵ PINA RAFAEL DE, Diccionario de derecho, 5ª ED., México 1976, p.220.

A). DERECHOS:

- a) Ejercitar derechos y acciones respecto al bien o bienes que expresamente se reserve el fideicomitente (artículo 351 LGTOC)

- b) A convenir expresamente con el fideicomisario la extinción del fideicomiso por convenio (artículo 337 fracción V LGTOC).

- c) A revocar el fideicomiso en caso de haberse reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso (artículo 357 fracción VI LGTOC).

- d) A exigir que se le devuelvan a él o a sus herederos los bienes transmitidos al fiduciario al concluir el fideicomiso.

- e) Reserva de derechos:

Conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 351 de la Ley Cambiaría, el fideicomitente puede al constituir el fideicomiso reservarse diversos derechos.

- f) Constitución del fideicomiso sin señalar fideicomisario:

El artículo 347 de la LGTOC establece que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

- g) Designación de varios fideicomisarios.

El segundo párrafo del artículo 348 de la LGTOC establece que "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban

simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359.

h) Designación de varios fiduciarios.

El artículo 350 de la LGTOC prescribe "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta y sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

i) Supervisión del fideicomiso.

Este es uno de los derechos que el fideicomitente puede reservarse al constituir el fideicomiso y aunque no se haga mención expresa, puede ejercitarlo si en el acto constitutivo del fideicomiso se reserva el derecho de requerir cuentas y cerciorarse que las instrucciones que él estableció se hayan cumplido.

j) Requerimiento de cuentas.

Otro de los derechos que se puede reservar el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones que de él se hagan, consiste en la facultad de solicitar del fiduciario cuenta de su gestión.

k) Remoción del fiduciario.

La ley bancaria en vigor (art. 84) dispone que si al ser requerida para ello, la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles o si es declarada por *sentencia ejecutoriada* culpable de las pérdidas que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de tales

pérdidas por negligencia grave, procederá su remoción.

L) Nombrar comité técnico.

De acuerdo a lo establecido por el tercer párrafo del artículo 80 de la LIC, en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formulación de un comité técnico que dará las reglas para su funcionamiento y fijará sus facultades.

B). OBLIGACIONES.

A) Pago de honorarios y gastos al fiduciario.

b) Colaboración con el fiduciario.

1.4.1.2. FIDUCIARIO:

“Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso”.¹⁶

Al fiduciario le corresponde la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

El artículo 350 de la LGTOC establece que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley

¹⁶ VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ M. Doctrina general del fideicomiso, México 1976, p.175.

General de Instituciones de Crédito.

El fiduciario sólo puede ser una Institución de Crédito de conformidad con el artículo 46 fracción XV de la LIC., pero existen varias excepciones en otros ordenamientos como son:

I. La Ley del mercado de valores en su artículo 22 fracción IV, inciso d) el cual establece que las casas de bolsa podrán actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 350 de la LGTOC.

II. La Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional en su artículo 5 fracción VIII que determina que el patronato podrá practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la LGTOC.

III. La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros en su artículo 34 fracción IV establece que las instituciones de seguros podrán actuar como institución fiduciaria en caso de fideicomisos de administración en los que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros, así mismo, las instituciones de seguros autorizadas para practicar operaciones de vida, podrán ser fiduciarias en caso de fideicomisos en que se destinen recursos para ser administrados relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, etc.

IV. La Ley Federal de Instituciones de Fianzas cuyo artículo 16 fracción XV determina que las instituciones de fianzas podrán actuar como Instituciones fiduciarias en caso de fideicomisos de garantía en que se afecten recursos relacionados o no con las pólizas de fianza.

De lo anterior se deduce que en México no podrán ser fiduciarias las personas físicas sino solamente las morales constituidas en forma de instituciones de crédito, de seguros, de fianzas o casas de bolsa de acuerdo a sus leyes respectivas.

También se deduce que en un contrato de fideicomiso, excepto los celebrados por casas de bolsa, el patronato del ahorro nacional, las instituciones de seguros y las instituciones de fianzas en los casos que así lo contempla la ley, deberán intervenir forzosamente una institución de crédito, por lo que se trata entonces de un contrato bancario.

El artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio determina que la Ley reputa actos de comercio a las operaciones bancarias por lo tanto, el contrato de fideicomiso es un contrato mercantil al ser un acto de comercio.

La parte fiduciaria puede ser múltipersonal, ya que así lo determina el artículo 350 de la LGTOC que establece que "sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley general de Instituciones de Crédito.

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieran ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta y 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 sustituya, sino fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso".

El fiduciario conforme al artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios y la institución que es el fiduciario responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la Ley; también este artículo nos dice que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades y cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

En relación con el personal que utilice el fiduciario para cumplir el fin del fideicomiso el artículo 82 de la misma ley invocada establece "el personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso, sin embargo cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, las ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso".

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

A). DERECHOS.

El artículo 356 de la LGTOC dispone que "La Institución Fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo, estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

Normalmente los derechos o facultades de la fiduciaria se señalan en el contrato de fideicomiso en sus modificaciones o adiciones.

B). OBLIGACIONES:

- A) Cumplir el fideicomiso conforme al acto Constitutivo (artículo 356 LGTOC)
- B) No excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a un juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio (artículo 356 LGTOC)
- C) El fiduciario deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.(artículo 356 LGTOC).
- D) Devolver los bienes al fideicomitente, al terminar el fideicomiso (artículo 358 LGTOC).
- E) Apegarse a las sana prácticas que propicien la seguridad se esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios (artículo 77 L.I.C.)

F) Abrir contabilidades especiales para 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 respectivos. (artículo 79 L.I.C.)

G) La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso (artículo 80 L.I.C.)

E) En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

1.4.1.3. FIDEICOMISARIO

Es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso ¹⁷.

Otra definición "Es la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso, puede serlo el mismo fideicomitente, pero no puede serlo el fiduciario". ¹⁸

El artículo 348 de la LGTOC establece:

pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica,

¹⁷ Ibid p.179.

¹⁸ CERVANTES AHUMADA, RAÚL, *Título y Operaciones de Crédito*, México, p.311

el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso , salvo el caso de la fracción II del artículo 359. Cuando sean 2 o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso , las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario. es nulo el fideicomiso que se constituye en 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 trasmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de las 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.

Según lo dispuesto por el artículo 347 de la LGTOC "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Este artículo ha motivado una serie de comentarios, como que el fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario, por ejemplo, se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicomitado se levante una estatua a una personalidad o se realice una investigación científica, en estos casos, no habrá fideicomisario como sujeto jurídico y las acciones que a él pudieran corresponder serán ejercitadas por el Ministerio Público.

"No existe objeción legal para que el fideicomitente adquiera el carácter de fideicomisario (como fideicomisario en primer lugar, como fideicomisario en segundo lugar, como fideicomisario único, etc.) en un

fideicomiso por el constituido”¹⁹

A) DERECHOS

- a) Exigir el cumplimiento de las cláusulas del fideicomiso al fiduciario (artículo 355 LGTOC)
- b) Atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley le corresponda. (artículo 355 LGTOC)
- c) Reivindicar los bienes que a consecuencia de actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso, (artículo 355 LGTOC)
- d) Convenir con el fideicomitente la extinción del fideicomiso (artículo 357 fracción V LGTOC)
- e) Ejercitar las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción (artículo 84 L.I.C.)

B). OBLIGACIONES:

- a) Pagar los honorarios de la institución fiduciaria cuando así se estipule.
- b) Pagar impuestos y derechos que se generen por la ejecución del fideicomiso
- c) Cumplir las obligaciones que se establezcan en el contrato para el fideicomisario.

¹⁹ Ibid, p.359

1.4.2 ELEMENTOS REALES

A). BIEN O DERECHO

"Constituyen elemento esencial del fideicomiso los bienes o derechos que el fideicomitente destina a la realización de un fin lícito determinado "²⁰

el artículo 351 de la LGTOC señala "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular..."

Los derechos personalísimos como el matrimonio, la patria potestad, el derecho de uso y habitación etc, son intransmisibles por lo que no pueden ser objeto de fideicomiso .

No puede constituirse un fideicomiso sin que su creador, el fideicomitente, tenga la propiedad sobre el bien fideicomitado.

De acuerdo con el artículo 1825 del Código Civil la cosa objeto del contrato debe: primero, existir en la naturaleza; segunda ser determinada o determinable en cuanto a su especie; tercero estar en el comercio, el artículo 748 del mismo ordenamiento señala las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley y el artículo 749 señala que están fuera del comercio por su naturaleza las que no puedan ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

²⁰ PIÑA MEDINA, op cit, p.173

Por lo que en virtud de lo anterior, los bienes materia del fideicomiso deben existir en la naturaleza, ser determinados o determinables y por su naturaleza estar en el comercio si son susceptibles de ser poseídos en forma privada o fuera de él por disposición de la Ley.

También pueden ser objeto del fideicomiso las cosas futuras, así lo permite el artículo 1826 del Código Civil.

Cuando los bienes son valores nos debemos de atener a lo que prescribe el artículo 81 de la L.I.C. "Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración, se realizarán en términos de las disposiciones de esta ley y de la ley del Mercado de Valores, así como de conformidad con las reglas generales que, en su caso, emita el Banco de México en la opinión de la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del mercado de valores.

1.4.3 ELEMENTOS FORMALES

La regla general sobre la forma se especifica en el artículo 352 de la LGTOC que establece que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso .

Si el bien o derecho es un inmueble, el artículo 353 de la LGTOC dispone que el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados . El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo desde la fecha de inscripción en el Registro.

"Atendiendo a lo anterior, podemos establecer para el derecho positivo mexicano una forma básica para constituir un fideicomiso, que es por escrito, como un acto mercantil ordinario y ajustarse a la legislación común sobre transmisiones de los derechos o de la propiedad o de las cosas que se entreguen en fideicomisos.²¹

La forma en que puede constituirse el fideicomiso por acto entre vivos, cuando éste es convencional por establecerse por acuerdo expreso de voluntades; debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso .

Cuando el bien o derecho es un mueble el artículo 354 de la LGTOC establece que el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos

²¹ Ibidem p.346

siguientes:

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

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

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

CAPÍTULO 2

EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

2.1 CONCEPTO

Octavio A. Hernández lo define como "aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por tercero." También se define como un contrato mediante el cual el deudor o un tercero como fideicomitente transmite a la institución denominada fiduciario, determinados bienes inmuebles para garantizar con ellos el cumplimiento de una obligación, como puede ser el pago de un crédito en beneficio del acreedor que quedará designado como fideicomisario.

Por medio de este fideicomiso se le asegura al acreedor el cumplimiento de la obligación que con él contraiga el deudor.

Jorge Piña Medina establece que el fideicomiso de garantía es aquel que se constituye por una persona deudora o un tercero a solicitud de él, y mediante el cual se afectan bienes inmuebles o derechos para que en el supuesto caso de que el deudor no cumpla su obligación, el fiduciario proceda a la venta o patrimonio fideicomitado y en el supuesto caso de que el deudor cumpla oportunamente con la obligación contraída, el fiduciario revierte el patrimonio fiduciario a favor del fideicomitente y se cancele el fideicomiso .

Rodrigo Vázquez Armenio dice que los fideicomisos de garantía, por su propia, son contratos accesorios porque siempre van ligados a un principal que los motiva y siguen la misma suerte que el negocio principal, ya que una vez que se cumple dicho negocio, el fideicomiso concluye y, como consecuencia, el fiduciario retransmite al fideicomitente deudor los bienes o derechos

fideicomitidos, una vez que el acreedor fideicomisario haya otorgado el finiquito correspondiente. Menciona que no se debe considerar en estos casos que el fideicomisario acreedor tenga un derecho real a su favor sobre los bienes, puesto que solamente tiene el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos para que de su producto se le haga pago de su crédito.

50703

2.2 ANTECEDENTES

Los primeros fideicomisos fueron celebrados bajo la vigencia de la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios de 1926, como puede verse en los libros del Registro Público de la propiedad del Distrito Federal correspondientes al año de 1931.

El primer fideicomiso registrado tiene fecha del 8 de octubre de 1930 cuyo fin consistía en la venta de inmuebles para cubrir créditos del fiduciario, y de otros acreedores; además de éste llegaron a inscribirse cuatro contratos de fideicomiso antes de que se promulgara la Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932. "Esta variedad del fideicomiso ha venido a sustituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito" ²²

El clausulado de este contrato de garantía, normalmente, contiene estipulaciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluble, sea por la suma principal o accesorios legales, fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de

²² BATIZA, RODOLFO, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, México, p.9.

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD FRANCISCO DE SÁNCHEZ GDL

intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, como en el caso de que deudor no cumpla puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses, además establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no se cumple al vencimiento, detallando requisitos sobre publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada.

Se ha expresado la opinión de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales, esto en principio es inexacto, toda vez que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una situación de hecho, que es la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso; es decir para proceder a la venta y con su producto hacer el pago al acreedor fideicomisario y en el caso de haber un saldo a su favor, se le entregará al deudor fideicomitente.

El diccionario de la Real Academia Española, define el término garantía como: cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.

Las obligaciones presuponen su cumplimiento; el Derecho no ignora esto y protege al acreedor para poder hacer efectiva su facultad, como lo establece el artículo 2964 del Código Civil para el Distrito federal que dispone: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley son inalienables o no embargables".

La garantía, no es la consecuencia natural que la ley le impone a la obligación para que se cumpla como es la llamada Responsabilidad Patrimonial Universal, sino un elemento accesorio y voluntario que la Ley permite al saberse

infalible en su generalidad en el sentido de no poder abarcar todas las situaciones de hecho para dar mayor seguridad al cumplimiento de las obligaciones y así fortalecer al acreedor.

Existen dos tipos de garantías, las llamadas garantías personales y las garantías reales, ambas pueden ser realizadas por el deudor o por un tercero y se definen:

A) Garantías Personales: son aquellas que se dirigen al patrimonio del propio deudor o al de un tercero, no a bienes determinados; se refuerza así, la posición del acreedor al ampliar el espectro patrimonial de respuesta, al pretender ejecutar su crédito, sin determinar un bien en específico, algunos ejemplos de estas garantías son : la fianza, el aval bancario , la cesión de crédito, etc.

B) Garantías reales. Son aquellas que se refieren a bienes o derechos determinados, este tipo de garantía tiene un elemento del que carecen las personales, que es la reipersecutoriedad que consiste en excluir en mayor o menor medida a otros sujetos respecto a los derechos que tengan sobre la cosa, ejemplos de este tipo de garantía son: la hipoteca, la prenda, el arrendamiento financiero, el fideicomiso de garantía, etc.

Con estos elementos podemos definir el fideicomiso de garantía como una garantía real, en cuanto se refiere a un bien o derecho determinado, accesoria a una obligación principal, la cual rige la temporalidad del mismo fideicomiso; es un convenio ya que al extinguirse la obligación principal por cumplimiento, se termina el fideicomiso y si ésta es incumplida, genera derechos de propiedad en favor del acreedor sobre el bien o derecho.

2.3 PARTES QUE INTERVIENEN :

A) Fideicomitente: podrá ser el deudor o un tercero el cual transmite su derecho de propiedad sobre bienes o derechos al fiduciario, los cuales servirán de garantía.

B) Fiduciario: es el que administrará y podrá en su caso invertir según lo establecido los bienes o derechos y de la misma forma los regresará al fideicomitente en caso de que la obligación principal se cumpla o se encargará de la liquidación, aplicación y entrega de éstos o del producto de su venta en caso de incumplimiento.

C) Fideicomisario: es el acreedor y/o un tercero indeterminado que pueda adquirir los bienes o derechos.

Los requisitos que se necesitan par la constitución de los fideicomisos de garantías son que el fideicomitente tenga *capacidad jurídica*, su legítimo título sobre el bien o derecho que vaya a transmitir, que esos bienes o derechos no tengan gravamen y que sean comerciales, que la deuda a garantizar en su caso vaya en concordancia con el valor del bien y por último que se constituya por escrito con base en el proyecto de contrato formulado y revisado por la Institución.

2.4 CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN

El fideicomiso de garantía es aquel que tiene fundamentalmente tres características.

A) Lo constituye una persona sobre determinados bienes o derechos de su propiedad, para garantizar a su acreedor o al acreedor de un tercero, el pago oportuno de un crédito o el cumplimiento de una obligación.

B) El fideicomiso tiene como fines: que si el deudor no cumple oportunamente con una obligación garantizada, el fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes o derechos fideicomitados mediante el procedimiento convencional que en el contrato se establezca y con el producto pagar hasta donde alcance la obligación garantizada.

C) O bien en caso de que el adeudo sea atendido o la obligación cumplida por el deudor fideicomitente, el fiduciario le revierta a éste, los bienes o derechos que fueron materia del fideicomiso .

Como se mencionó, si el deudor no cumple oportunamente con el pago, el fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes mediante el procedimiento convencional que establezcan las partes, y éste ha evolucionado de la siguiente forma:

1.- Al promulgarse en 1932 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito bastaba con que se dieran las condiciones establecidas por el fideicomitente para que el fiduciario procediera a dar cumplimiento a los fines convenidos.

2.- Posteriormente se consideró que la facultad del fiduciario, era violatoria de las garantías individuales y concretamente de la garantía de audiencia, porque implicaba privar al deudor fideicomitente de los bienes sin antes ser oído y vencido en juicio.

3.- Por ello, se ordenó aplicar el procedimiento establecido en el artículo 341 de la LGTOC que impone básicamente la obligación de pedir al juez que autorice la venta de los bienes.

4.- Esto provocaba demoras en la ejecución del fin establecido, ya que en la práctica el obtener dicha autorización resultó sumamente lento y demorado.

5.- Fue hasta enero de 1990 cuando se abrió de nuevo la posibilidad de establecer el procedimiento convencional y a falta de éste , el del referido artículo 341 siendo esto posible porque se dieron cuenta de que el fideicomitente, desde el momento mismo en que transmite el bien de que se trata, se priva a el mismo de sus derechos de propiedad o cuando menos del derecho de libre disposición por su propia determinación y voluntad.

"En caso de que el fiduciario tenga que hacer efectiva la garantía, por incumplimiento del fideicomitente, es conveniente que se observen las siguientes reglas, con el fin de evitar que se cause alguna lesión a los intereses del deudor, la eficacia legal de estas reglas se basan en los usos bancarios que se desarrollan en nuestra práctica, con fundamento en la fracción III del artículo segundo de la LGTOC y además en el principio fundamental que rige en materia procesal mercantil y que consiste en la preferencia sobre todos, del procedimiento convencional , en los términos del artículo 1051 del Código de Comercio."²³

Estas son las reglas principales para que el fiduciario haga efectiva la garantía otorgada, en caso de que el fideicomitente haya incumplido con su obligación:

a) Para que el fiduciario pueda proceder a la venta del patrimonio fideicomitado, es necesario que exista solicitud previa del fideicomisario acreedor y que se compruebe el incumplimiento de la obligación principal garantizada, con la exhibición de los documentos que acrediten la existencia de la obligación y de los cuales se desprenda el vencimiento anterior a la fecha de dicha solicitud.

b) Que el fiduciario proceda a requerir al deudor del pago de las prestaciones adeudadas, fijándole un plazo razonable para que el deudor cumpla con sus

²³ Villagordoa, op cit, p.200

obligaciones, si no lo hace, el fiduciario procederá a la ejecución de la garantía.

c) Que se fije en el acto constitutivo del fideicomiso el precio al que se debe realizar la garantía y en su defecto , que se establezcan las bases para fijar el precio. Por ejemplo, cuando se trata de bienes inmuebles se puede estipular que el precio se fije mediante avalúo que practique alguna institución de crédito, la cual debe ser distinta y ajena a la institución fiduciaria

d) Que se determine el procedimiento que deba seguir el fiduciario para la venta de la garantía.

e) Que se establezca que el deudor tendrá derecho al tanto sobre el bien inmueble, quien podrá ejercitarlo en su propio beneficio o en provecho de la persona que señale, y que en todo caso será preferido en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que desee adquirir los bienes o derechos fideicomitidos.

El fideicomiso de garantía presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes sino que en cumplimiento de la orden recibida de su cliente, el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer la obligación.

Con ventajas no sólo para el acreedor, como podría pensarse, sino incluso para el deudor, pues lo que sucede en la práctica cuando debe rematarse un bien en garantía, cuando las condiciones mínimas de la almoneda producen, con no poca frecuencia, que el bien sea rematado por valores muy inferiores a los comerciales, con lo cual se perjudican ambas partes y el deudor ve desaparecer la posibilidad de recibir el saldo, por consiguiente la intervención de una entidad fiduciaria es una garantía para ambas partes porque utilizando un sistema ágil y

expedito asegura la obtención de las mejores condiciones de precio y pago para los bienes en su poder.

Por lo tanto la garantía en este tipo de fideicomiso resulta más expedita y sencilla que la hipotecaria , que requiere de la tramitación de un juicio para tal efecto, con todo lo que ello implica en tiempo, gastos y honorarios.

No debemos olvidar que el bien fideicomitado sale del patrimonio del deudor, quedando sustraído de la acción de otros acreedores y que aún en caso de quiebra o concurso del fideicomitente deudor, el bien no ingresa a la masa de bienes del fallido sino que queda exclusivamente afecto a garantizar el crédito de que se trata.

2.5 LA EJECUCIÓN EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El fideicomiso de garantía tiene claras ventajas frente a la hipoteca y a otras figuras, ya que cumple adecuadamente con la función de garantizar una obligación.

Su principal característica es que protege y da mucha seguridad al acreedor de que su crédito le será pagado. además, el deudor fideicomitente tiene la certeza de que los bienes o derechos que transmitió , le serán devueltos en el caso de que cumpla con la obligación y se administrarán e invertirán de acuerdo a lo establecido en el contrato.

En caso de que el deudor incumpla con su obligación , sus bienes serán liquidados , y aplicados al monto de la obligación debida ya que esta es la consecuencia lógica de la garantía cuando se incumple, pagar al acreedor liquidando el bien o derecho garantizado.

La existencia de esta ejecución esta regulada por el artículo 83 de la L.I.C. que establece. " A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones , se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario. Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

El artículo 341 de la LGTOC en sus dos primeros párrafos establece:

"El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada. De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo".

La existencia de esta ejecución es una cláusula natural y es una disposición supletoria para los convenios de fideicomiso de garantía.

Es una cláusula natural porque es consecuencia esperada, útil y predeterminada de esta garantía, y por otra parte es una disposición supletoria porque así lo define el artículo 83 de la L.I.C. , antes citado al establecer que en primer término, las partes atenderán al procedimiento expresamente pactado y en caso de que así no fuere, la disposición legal supletoria opera.

Es necesario determinar que en el mencionado artículo 83 de la L.I.C. hay tres supuestos importantes que se pueden dar:

I.- Se renuncia totalmente al procedimiento convencional de ejecución .

II.- La cláusula supletoria se aplica íntegramente

III.- Se pacta en forma distinta, abarcando todo el supuesto de la norma supletoria.

2.6 Planteamiento del problema

Se manifiesta entonces la interrogante, el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía en sus tres supuestos de aplicación ¿Contradice nuestras leyes constitucionales?, que son las garantías individuales de igualdad ante la ley, de audiencia, de legalidad, de justicia y de jurisdicción plasmadas en los artículos 13, 14, 16 y 17 de nuestra Constitución Política con relación a la interpretación del artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito y su aplicación.

Esta es la situación que se analizara y resolverá a continuación.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

Una disposición es inconstitucional cuando la misma contradice una norma constitucional . Esto es, que en razón de que la norma constitucional es jerárquicamente superior al resto de las normas jurídicas del mismo orden (principio de supremacía de la Constitución) , estas se encuentran en una situación de sumisión a aquella.

Por lo tanto, cuando se da un supuesto de contradicción, al no poder subsistir como válidas ambas disposiciones y es necesariamente una de las dos válida (principio de contradicción y del tercero excluido), permanecerá como válida la jerárquicamente superior (principio de razón suficiente) , en este caso, la Constitucional.

Para que se realice una contradicción de normas, es necesario que ocurra alguno de los siguientes supuestos o hipótesis:

I.- Una norma impone un deber jurídico a un sujeto y la otra faculta al mismo sujeto a no observar esa conducta, en el mismo supuesto.

II.- Una norma otorga una facultad y la otra prohíbe esa conducta.

III.- Una norma impone un deber jurídico y la otra prohíbe observar la conducta ordenada.

IV.- Una norma otorga a un sujeto la facultad de optar entre el ejercicio o no ejercicio de un derecho y la otra norma le prohíbe el ejercicio del mismo, o bien le obliga a ejercerlo.

Se pueden combinar tres hipótesis o supuestos distintos en la aplicación de las normas relativas a la ejecución del fideicomiso de garantía que son:

I.- Se renuncia totalmente al procedimiento convencional de ejecución.

II.- La cláusula supletoria se aplica íntegramente

III.- Se pacta en forma distinta, abarcando todo el supuesto de la norma supletoria.

Estas son las posibilidades más importantes que se derivan del análisis del artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dice a la letra: "A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario. Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones".

El mencionado artículo 341 de la LGTOC en sus dos primeros párrafos determina: "El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada. De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo."

De la primera hipótesis se puede afirmar a priori, que su aplicación no representa ningún problema de constitucionalidad porque se elimina su implementación libremente por las partes, lo cual es válido al ser una cláusula

natural renunciabile.

En la segunda hipótesis se pretende demostrar la contradicción de la cláusula pactada, con normas secundarias de carácter irrenunciabile, procesales, las cuales son de mayor jerarquía que las individuales. Se argumenta lo siguiente:

a) El artículo 83 de la L.I.C. habla del procedimiento convenido en forma expresa por las partes, por lo tanto, se refiere a un procedimiento convencional.

b) Si no se pacta el procedimiento entra la disposición supletoria . Se aplican entonces cuando se pacta los artículos 1051, 1052 y 1053 ubicados en el capítulo I, " Del procedimiento especial mercantil", título I, "Disposiciones generales", libro V, "De los juicios mercantiles" y el título IV, "Del arbitraje comercial" del Código de Comercio, los cuales se refieren al procedimiento convencional. Estos artículos determinan que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convenga las partes con las limitaciones que se señalan en el libro II de este código , pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral (artículo 1051 del Código de Comercio) En ambos procedimientos se determinan requisitos formales y de fondo, ante tribunales los artículo 1052 y 1053 y por el procedimiento arbitral en el título IV del libro V del Código de Comercio.

c) Entonces el procedimiento pactado por las partes que no contengan estas disposiciones legales necesarias, no será válido porque va en contra de normas irrenunciabiles.

En esta segunda hipótesis hay un problema de validez que es que en nuestro derecho se prohíbe, en términos generales, que el acreedor adquiera el bien que garantiza su adeudo por simple pacto con el deudor, que se le conoce como pacto comisorio, pero algunas garantías lo permiten como la compra-venta con reserva de dominio, el fideicomiso de garantía, el arrendamiento financiero.

"Actualmente se ha atacado la validez de los fideicomisos de garantía porque se les equipara a un pacto comisorio, que se celebra en perjuicio del deudor. No estamos de acuerdo, porque el fideicomiso de garantía se viene celebrando en la práctica, sujeto a determinadas reglas que establecen el procedimiento a que debe sujetarse el fiduciario, para la realización del patrimonio del fideicomiso . Existiría el pacto comisorio en aquellos fideicomisos en los que se establezca que, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes o derechos fideicomitados se transmitan, sin más trámite, al fideicomisario"²⁴

Por lo tanto el análisis de constitucionalidad se concentrará en la posible contradicción constitucional de la facultad que el artículo 83 de la L.I.C. contempla permitiendo a las partes pactar una cláusula sin más límites que los legales (todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, principio de autonomía de la voluntad) y por lo tanto sin tomar necesariamente en cuenta las garantías de igualdad, audiencia, legalidad y de justicia y jurisdicción fundamentadas en los artículos 13, 14, 16 y 17 de nuestra constitución política.

En la tercera y última hipótesis, la norma supletoria se aplica plenamente y como se trata de una disposición legal no puede ser invalidada en relación con normas de su misma jerarquía , entonces el análisis de constitucionalidad se concentrara en la situación de contradicción o congruencia que tiene la disposición supletoria respecto a las garantías constitucionales mencionadas anteriormente.

Por lo tanto la segunda y tercera hipótesis serán el objeto de análisis

²⁴ VAZQUEZ ARMENIO RODRIGO, *Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano y sus principios*, Porrúa, México, p.28

de constitucionalidad, estas hipótesis o supuestos que se derivan de la aplicación de las normas relativas a la ejecución del fideicomiso de garantía plasmada en el artículo 83 de la L.I.C. , serán tratadas simultáneamente.

3.1 ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL . Garantía de igualdad ante la ley.

El artículo 13 Constitucional establece que: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la Ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese implicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

"Este precepto contiene varias garantías específicas de igualdad, que son: a) La de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas; b) la de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales; c) la de que ninguna persona o corporación puede tener fuero; d) la de que ninguna persona o corporación puede gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y están fijados por la ley".²⁵

Para delimitar el alcance de la primera de las garantías de igualdad hay que precisar su concepto.

"Son leyes privativas las que no reúnen las características de las

²⁵ BURGOA IGNACIO, Las garantías individuales, Porrúa, México, p.277

normas jurídicas de generalidad, abstracción e impersonalidad que les corresponden, ya que se refieren a regulaciones creadas especialmente para un caso concreto, violándose el principio de la igualdad que frente a la Ley deben tener todas las personas que concurren en la hipótesis jurídica de la norma."²⁶

Por lo tanto una ley privativa no es abstracta ni general, sino eminentemente concreta e individual o personal, pues su vigencia está limitada a una persona o a varias determinadas, careciendo por lo tanto, de los atributos de impersonalidad e indeterminación particular que caracterizan a toda ley.

La Suprema Corte de Justicia establece su concepto de leyes privativas . La siguiente tesis contempla el criterio actual de dicho órgano colegiado:

Arrendamiento. Artículo único del decreto de 17 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 siguiente, que modifico los artículos transitorios del decreto de 21 de julio de 1993, por el que se reformaron el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Federal de Protección al Consumidor no viola el artículo 13 Constitucional por no tratarse de una ley privativa. El artículo único del Decreto de diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y tres reformó los plazos para la entraban vigor de las reformas al Código Civil, Código de Procedimientos Civiles y Ley Federal de Protección al consumidor, así como el señalamiento de las normas que debían regir los juicios y procedimientos judiciales y administrativos en trámite, contenidos en el referido Decreto de veintiuno de julio de mil novecientos noventa y tres. El artículo único del primero de los indicados decretos en su punto segundo estableció que las disposiciones del diverso decreto de reformas a los ordenamientos citados, se aplicarían a partir del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres únicamente cuando se trate de inmuebles que : I.- No se encuentren arrendados al diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres. II.- Se encuentren arrendados al diecinueve de octubre del mismo año, siempre que sean para uso distinto del habitacional o III.- Su construcción sea

²⁶ CASTRO JUVENTINO V, Garantía y Amparo, Porrúa, México, p.p 190 y 191.

nueva siempre que el aviso de determinación sea posterior al diecinueve de octubre del citado año. Las anteriores disposiciones no son violatorias del principio de igualdad creando una ley privativa, porque la Suprema Corte de Justicia constantemente ha sostenido que la ley privativa se caracteriza porque pugna con el sistema de generalidad en cuanto a su observancia y por que sólo tiene efectos sobre determinadas personas y cosas, individualmente determinadas, así podría afirmarse que la ley es privativa, si la materia de que se trata desaparece después de aplicarse a un caso previsto de antemano o si menciona individualmente a las personas a las que se va a aplicar, empero el decreto que se reclama se aplica sin consideración de especie o de personas a todos los casos que previene además de que no comprende a un determinado número de individuos, sino a todos lo que se encuentren o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida Por el decreto, o sea, que se aplica por igual a todas las personas que tenga arrendamiento de local comercial o industrial pero no sólo a algunos en particular de ahí que, tal ordenamiento goza de las características de generalidad y abstracción.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el diez de julio en curso, por unanimidad de 11 votos de los señores Ministros Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Guitron, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número XLI/95 (9a.) La tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a once de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Semanario Judicial de la Federación. novena época. pleno. tomo II. agosto de 1995. tesis P.XLI/95. p.68.

¿El procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía contradice el enunciado de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas?

Hay que recordar que el concepto importante de la disposición es el de ley privativa, entonces hay que determinar si el artículo 83 de la L.I.C., se coloca en alguno de los supuestos de contradicción, tomando en cuenta dicho concepto. No hay razón alguna que así lo indique, ya que si bien, se trata de una norma jurídica cuyo supuesto no abarca a todos los sujetos de derecho, sino sólo

a aquellos que se sitúan en dicho supuesto, esto no implica la designación de cosas y personas individualmente determinadas, por lo que la norma jurídica aquí tratada goza de las características de generalidad y abstracción.

La segunda garantía específica contenida en este artículo constitucional que se está analizando y que dice que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.

La Suprema Corte define los Tribunales especiales como aquellos que se crean exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, sobre ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes.

Los *Tribunales especiales* son órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y personas, por lo que una vez que realizan el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen, teniendo una capacidad limitada y transitoria de conocimiento, esto es, contraída al negocio o negocios concretos y numéricamente determinados.

Estos tribunales no son creados por la Ley con carácter permanente.

La siguiente tesis aislada nos da un ejemplo del criterio sustentado por nuestro máximo tribunal de nuestro país respecto a los Tribunales especiales:

Tribunal especial. No se configura por causa de impedimento de un integrante del tribunal

El supuesto de que uno de los integrantes de un Tribunal se encuentre impedido legalmente para conocer de un asunto determinado no permite concluir que se trate de un Tribunal especial, pues la causa de impedimento es personal, inherente al juez, que lo vincula de alguna manera con las partes y le impide conocer del negocio; en cambio, la característica del *tribunal especial* está referida al Tribunal mismo independientemente de los jueces que lo integran y es lo que como garantía consagra el artículo 13 de la Constitución Federal, al prohibir los tribunales especiales que *son*

los que se constituyen en un momento determinado para juzgar de alguna conducta o hecho delictivo y que dejan de existir una vez satisfecha esa finalidad.

Amparo Directo en revisión 2138/88.- Raúl Pérez Verdusco.- 15 de mayo de 1989.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente Luis Fernández Doblado.- Secretaría: Antonia Herlinda Velasco Villavicencio.

Semanario Judicial de la Federación. octava época. P. 259

Ahora determinaremos si el artículo 83 de la Ley de Instituciones de crédito en alguna de sus disposiciones contradice la parte del artículo 13 constitucional que prohíbe los tribunales especiales .

Tomando en cuenta las características definidas de dicho concepto con anterioridad y las razones para fundamentar una contradicción, entre la norma constitucional y la secundaria (artículo 83 de la L.I.C.), se afirma que no hay elementos para sostener que se propone en dicha disposición una designación de algún órgano jurisdiccional creado para negocios concretos y numéricamente determinados, sin carácter permanente y que al realizar el juzgamiento encomendado se extingan.

Analizaremos las restantes garantías del artículo 13 constitucional que dicen que ninguna persona o corporación puede tener fuero y ninguna persona o corporación puede gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la Ley, definiremos que significa fuero:

"Bajo la palabra *fuero* puede entenderse una compilación o reunión de leyes o disposiciones jurídicas , como el *Fuero Juzgo* , los famosos *Fueros de Aragón*, etc. En segundo lugar puede significar un conjunto de usos y costumbres jurídicas de observancia obligatoria; también puede denotar una situación delimitada de competencia o jurisdicción entre dos órdenes de tribunales que son el fuero federal, órbita de competencia de los tribunales de la federación y el fuero común, esfera competencial de los tribunales locales. Así mismo el concepto de *fuero*

implica carta de privilegios o instrumento de exenciones de gabelas, concesiones de gracias, mercedes , franquezas y libertades. ²⁷

El término fuero en el artículo 13 constitucional significa todo privilegio o prerrogativa de cualquier especie y contenido otorgado a alguna persona o corporación.

Por lo tanto el término fuero es el rector de la prohibición de que ninguna persona o corporación lo puede tener. Esta prohibición de existencia de fueros a título de privilegios o prerrogativas en favor de una persona tiene excepciones en la Constitución, en el sentido de que ciertos altos funcionarios gozan de inmunidad en determinados casos.

La siguiente jurisprudencia se refiere al sentido que nuestra suprema Corte de Justicia le atribuye a esta disposición:

Activo de las empresas, impuesto al. El artículo 6º. De la Ley relativa no viola el Artículo 13 constitucional, dado que las extensiones que establece no constituye un fuero. En términos del artículo 13 de la Constitución General de la República están prohibidos *los fueros entendidos, entre otras connotaciones, como el privilegio o prerrogativa que se otorgue a uno o varios individuos atendiendo a su persona misma, con lo cual se establecería un privilegio de materia subjetiva*. Tal prohibición constitucional no se ve quebrantada por el artículo 6o. De la Ley del Impuesto al Activo de las Empresas, ya que las exenciones que prevé en favor de diversos sujetos no se otorgan considerando factores subjetivos sino en atención a las peculiaridades de las diversas categorías de causantes en él que se mencionan y por las que ameritan un tratamiento fiscal distinto; por ello la jurisprudencia de éste Alto Tribunal las ha estimado exenciones objetivas.

²⁷ BURGOA, IGNACIO, Op cit, p.29

Tesis de Jurisprudencia 10/92 aprobada por el Tribunal en Pleno en Sesión Privada celebrada el miércoles cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos. Unanimidad de dieciséis votos de los señores Ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, José Trinidad Lanz Cárdenas, Samuel Alba Leyva, Noe Castañón León, Felipe López Contreras, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Santiago Rodríguez Roldán, Ignacio Moisés Call, y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Guitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. México, D.F., a 6 de marzo de 1992.

Semanario judicial de la federación. octava época. pleno. tomo IX. tesis:p/j 10/92 Pág. 11.

De la amplitud del concepto de fuero y de las posibilidades de contradicción aplicables se puede afirmar que no existe contradicción entre la norma constitucional y las disposiciones del artículo 83 de la L.I.C. Sin embargo, existe un argumento que es necesario analizar y es el siguiente: el artículo 83 de la L.I.C. es contradictorio de las garantías de audiencia, legalidad, justicia y jurisdicción por lo que además de contradecir los artículos constitucionales, excepciona a las Instituciones de crédito de la aplicación de dichas garantías y por ende gozan de un fuero especial, el cual está prohibido por el artículo 13 de la Constitución.

De éste análisis es necesario hacer dos comentarios, en primer lugar, los privilegios o prerrogativas para ser considerados como fueros, requieren que se otorguen atendiendo criterios de fundamentación desigual, por ejemplo, fundándose en sexo, religión, raza, capacidad económica o cualquier otro elemento de distinción que este consagrado como de carácter igual en la misma Constitución, por lo tanto, una cosa es que una disposición contradiga la Constitución y otra que ésta situación represente necesariamente un fuero.

En segundo lugar también se tendría que considerar la constitucionalidad del precepto de acuerdo con los artículos fundamentalmente

citados.

3.2 Artículos 14 Y 16 Constitucionales. Garantías de Audiencia y legalidad

Nuestro artículo 14 de la Constitución Política mexicana establece que: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho²⁸".

Por su parte el artículo 16 de nuestra Carta Magna enuncia que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (...)

La garantía de audiencia está plasmada en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional y la garantía de legalidad se encuentra fundada en el párrafo primero del artículo 16 del mismo ordenamiento.

Estas dos normas constitucionales, que son distintas, comparten la

²⁸ CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Porrúa, México, p13.

peculiaridad de partir de dos supuestos que son necesarios distinguir, ya que condicionan la aplicación de las consecuencias jurídicas del resto de sus normas y se refieren a dos conceptos que tienden a disminuir las facultades del gobernado por la autoridad, el artículo 14 se refiere a los llamados actos de privación y el artículo 16 a los actos de molestia.

En relación a esta distinción, se ejemplifica el criterio sustentado por nuestro máximo Tribunal que determina:

Actos privativos y actos de molestia. Origen y efectos de la distinción. El artículo 14 Constitucional establece en su segundo párrafo que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales Previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente la Constitución distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia pues a los primeros que son aquellos que *producen como efecto La disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado*, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se aplique las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como

privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. *Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial, es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende a una restricción provisional.*

El Tribunal pleno, en su sesión, privada celebrada el 24 de junio en curso, aprobó, con el número 40/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, D.F., a veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis.

Semanario judicial de la federación. Novena época. pleno. tomo IV. Julio de 1996. tesis: p/j, 40/1996. p 5.

Explicando el concepto de acto de privación contemplado en el artículo 14 de nuestro Ordenamiento Supremo, es necesario determinar el significado de los siguientes conceptos que se encuentran en dicha disposición para entender la extensión básica de su aplicación

a) El objeto que protege la garantía de audiencia que son la vida, la libertad, propiedades, posesiones o derechos; b) Juicio; c) Tribunales previamente establecidos; d) Formalidades esenciales del procedimiento.

A continuación explicaremos brevemente cada uno de ellos:

A) El objeto que protege la garantía de audiencia a decir de la jurisprudencia anteriormente citada, es la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, la vida, la libertad, la propiedad y la posesión o derecho no son otra cosa más que derechos que tiene la persona.

B) "El concepto de "juicio", que es de capital importancia para fijar el sentido mismo de dicha garantía específica de seguridad, equivale a la idea de

procedimiento, es decir, de una secuela de actos concatenados entre sí afectos a un fin común que les proporciona unidad. Ese fin estriba en la realización de un acto jurisdiccional por excelencia , ósea, en una resolución que establezca la dicción del derecho en un conflicto jurídico que origina el procedimiento al cual recae."²⁹

Por lo tanto el concepto juicio empleado en este artículo significa función jurisdiccional, desarrollada mediante una serie de actos articulados entre sí a la decisión del conflicto o controversia jurídica.

C) Los tribunales previamente establecidos a que se refiere dicha norma, son aquellos no necesariamente judiciales en sentido formal, sino que basta que su función sea materialmente jurisdiccional, sin tener en cuenta la dependencia del tribunal a cualquier órgano del Estado, sea el Judicial, el Ejecutivo o el Legislativo.

La garantía de audiencia no sólo es operante frente a los tribunales propiamente dichos, es decir, frente a los órganos jurisdiccionales del estado que lo sean formal o materialmente hablando, sino también frente a las autoridades administrativas de cualquier tipo, que normal o excepcionalmente realicen actos de privación.

D) Con respecto del concepto, formalidades esenciales del procedimiento "Encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolle una función jurisdiccional, esto es, en el que se pretenda resolver un conflicto jurídico, bien sea que éste surja positivamente por haberse ejercitado la defensa respectiva por el presunto afectado o bien en el caso de que no se haya otorgado la oportunidad de que se suscite sin haberse formulado

²⁹ BURGOA IGNACIO, Op cit, p.540

oposición alguna (juicios o procedimientos en rebeldía)"³⁰

Estas formalidades del procedimiento, están representadas en la siguiente jurisprudencia:

Formalidades esenciales del procedimiento; son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.- La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga se cumplan las formalidades del procedimiento. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica se traducen en los siguientes requisitos: 1).- la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias 2).- la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3).- la oportunidad de alegar 4).- el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Semanario judicial de la federación. Novena época. pleno. tomo: II. Diciembre de 1995. tesis: p/j. 47/95. P. 133.

La garantía de audiencia es la que por excelencia se argumenta y es contrariada por el artículo 83 de la L.I.C. El argumento aludido establece que el procedimiento de ejecución contemplado de forma supletoria, inclusive con la posibilidad de pactar un procedimiento sin más limitantes que las legales, contradice el artículo 14 constitucional, puesto que el fideicomitente y el fideicomisario en su caso, al ejecutarse dicho bien o derecho se les priva del derecho que tienen, sin tomar en consideración los requisitos que el artículo 14

³⁰ Ibidem, p.547

constitucional establece ya que no hay juicio, ni se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento.

Este argumento que vimos es muy importante y útil, ya que al debatirlo, se demuestra directamente la inexistencia de contradicción entre la norma constitucional y la ya analizada norma secundaria.

El presupuesto de la norma constitucional es muy importante ya que para que opere la protección constitucional se requiere que al gobernado se le pretenda privar de un derecho, y como presupuesto de esto el gobernado debe de tener ese derecho, puesto que si no tiene derecho, no se le puede privar del mismo.

De acuerdo a lo señalado y sólo cuando el gobernado tiene un derecho y se le pretende privar del mismo, la garantía opera y dicha privación será constitucional, siempre y cuando se respeten las condiciones establecidas por la garantía de audiencia que es mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho de acuerdo con el artículo 14 constitucional.

Hay que recordar que el fideicomitente y el fideicomisario no tienen derecho sobre el bien a partir de que es transmitido y al negárseles este derecho, resulta que la única persona que tiene un derecho sobre el bien directamente es el fiduciario.

Por lo tanto se concluye que por el efecto causado por el fideicomiso, la única persona que podría exigir la aplicación de dicha garantía es el fiduciario y la norma jurídica que se impugna que es el artículo 83 de la L.I.C., no priva de manera alguna al fiduciario de su derecho, por lo que dicha norma jurídica es congruente a la constitucional. Por otro lado, el que las partes hayan convenido expresamente un fideicomiso de garantía trae como consecuencia la

aplicación de la norma supletoria, en caso de que no se pacte expresamente el procedimiento de ejecución, por lo que las partes predeterminaron las consecuencias jurídicas del acto, por esta razón el fideicomitente y el fideicomisario no tiene derecho ya que lo perdieron voluntariamente al celebrar el convenio de fideicomiso.

También se puede afirmar la constitucionalidad de la cláusula de ejecución cuando ésta es pactada libremente por las partes, ya que el reconocimiento de la pérdida del derecho por parte del fideicomitente, en caso de que no cumpla con su obligación y la voluntad de las partes es la que determina que el derecho sobre el bien o derecho pertenece únicamente al fiduciario con las características peculiares que dicho derecho representa.

Entonces la pretendida invalidez de la cláusula pactada de ejecución con el razonamiento anterior también explica su validez, ya que al ser la fiduciaria la única persona de la relación jurídica con derecho sobre el bien objeto del fideicomiso y al no ser privada ésta de dicho derecho, no es necesario que se exija, que se ejecute mediante juicio, por lo que no son aplicables las disposiciones del Código de Comercio que dicho argumento pretende le son aplicables.

Ahora analizaremos el artículo 16 constitucional en su primer párrafo en el cual definiremos primero al concepto de *molestias*, "la molestia, como contenido del acto de autoridad a que se refiere el artículo 16, equivale a una simple perturbación a la persona, su familia, su domicilio, sus papeles o las posesiones de aquella, sin satisfacerse los requisitos que señala la disposición constitucional".³¹

³¹ CASTRO JUVENTINO, Op cit, p.237

La penúltima jurisprudencia que vimos en anteriores párrafos dice que los actos de molestia pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos.

Hay que concretar el significado de los conceptos rectores del artículo en comento:

a) El objeto que protege la garantía de legalidad que son la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; b) mandamiento escrito ; c) De la autoridad competente y d) que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Iniciaremos con el objeto y así sucesivamente.

A) El objeto que protege la garantía de legalidad "llama la atención la distinta enumeración de los valores protegidos por el artículo 16 constitucional, en relación a los mencionados por el artículo 14. En nuestro concepto aquél es de carácter más individualista, ya que si bien se refiere a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, en el fondo el punto de partida es la persona humana, y el resto de los señalamientos deben considerarse como meras extensiones de ella partiéndose evidentemente de un principio según el cual a la persona no se le debe definir con relación a su corporeidad física, sino a una serie de situaciones materiales o espirituales que le son tan necesarias al individuo como su integridad física, para realizarse socialmente." ³²

En este sentido, basta entonces que se pretenda constituir una afectación a la esfera jurídica del gobernado, para que opere dicha garantía obligando a la autoridad a respetarla

³² CASTRO JUVENTINO V, Op cit, p.237

B) Mandamiento escrito:

Equivale a la forma del acto autoritario de molestia, que estos solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos.

Todo funcionario subalterno o todo agente de autoridad debe obrar siempre con base en una orden escrita expedida por el superior jerárquico.

Esta es una condición esencial para que pueda haber certeza de que el afectado conozca con precisión de cuál autoridad proviene el acto y las consecuencias jurídicas de éste:

"Es menester que al particular afectado se le comunique o se le dé a conocer. Esta comunicación o conocimiento pueden ser anteriores o simultáneas a la ejecución del acto de molestia pues la exigencia de que ésta conste en un mandamiento escrito, sólo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales del hecho autoritario que lo afecte, así como de la autoridad de quien prevenga."³³

Por último el mandamiento escrito debe contener la firma auténtica del funcionario público que lo expida.

C) De la autoridad competente.

Autoridad competente es aquella que por disposición de la Ley está facultada para realizar el acto de molestia. Equivale a decir que el propio mandamiento debe provenir de una autoridad con facultades legales suficientes

³³ BURGOA IGNACIO, Op cit, p.601

para dictar el proveído.

Vallarta distinguió con sólidos argumentos jurídicos la legitimidad, también llamada competencia de origen y la competencia propiamente, de las autoridades. Es este último criterio el que desde entonces se ha sostenido, y el cual se refiere la siguiente tesis jurisprudencial:

Incompetencia de origen.- La corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas, que incumben constitucionalmente a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia; pues si se declara que una autoridad, señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría, notoriamente improcedente; sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de legitimidad, de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados, sin fundamento Constitucional y por medio de decisiones de un Poder que, como el judicial, carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la existencia de Poderes que deben ser independientes de él.

PRECEDENTES: Tomo XXV, pág. 363.- Quintero Rafael R.- 28 de Enero de 1929. - Cinco votos.

Semanario judicial de la federación. Tercera sala. Quinta época. tomo XXV. P. 363.

D) Que funde y motive la causa legal del procedimiento

La causa legal del procedimiento es la norma en la cual se basa la autoridad competente para realizar el acto de molestia.

Es esencial que en el mandamiento escrito deben constar expresamente los razonamientos de la autoridad para actuar de tal forma, así como la norma jurídica que lo autorice a actuar de tal manera, así lo indica la tesis siguiente:

Fundamentación y motivación, garantía de. Para que la autoridad cumpla la garantía de legalidad que establece el artículo 16 de la Constitución Federal en cuanto a la suficiente fundamentación y motivación de sus determinaciones, en ellos debe citar el precepto legal que le sirva de apoyo y expresar los razonamientos que la llevaron a la conclusión, encuadra en los presupuestos de la norma que invoca.- Séptima Época: Amparo en revisión 8280/67. Augusto Vallejo Olivo. 24 de junio de 1968. Cinco votos.- Amparo en

revisión 9598/67. Oscar Leonel Velasco Casas. 1 de julio de 1968. Cinco votos.- Amparo en revisión 7228/67. Comisariado ejidal del poblado San Lorenzo Tezonco, Ixtapalapa, Distrito Federal y otros. 24 de julio de 1968. Cinco votos.- Amparo en revisión 4115/68. Emeterio Rodríguez Romero y coags. 26 de abril de 1971 . Cinco votos.

Semanario judicial de la federación. Séptima época. Segunda sala. Tomo VI-común. tesis:264. P. 178.

Así mismo, el presupuesto de la norma que contiene la garantía de legalidad, para que opere la protección constitucional requiere que el gobernado se le pretenda molestar en su derecho; esto es, afectar su esfera jurídica y como presupuesto, dicho gobernado debe de tener ese derecho, el cual se pretende afectar.

El argumento que se plantea por la contradicción de esta disposición constitucional y el artículo 83 de la L.I.C., es similar al desvirtuado anteriormente respecto al artículo 14 de la Constitución, la diferencia es que la consecuencia jurídica del precepto aquí analizado, las condiciones de la pretendida molestia o acto de molestia es que dicho acto conste y sea mediante mandamiento escrito de la autoridad competente que funde la causa legal del procedimiento.

Los argumentos para afirmar el apego del artículo 83 de la L.I.C. y el artículo 16 constitucional, coinciden entonces con los argumentos expuestos para aseverar la congruencia del artículo 14 de la Constitución y dicha disposición de la L.I.C., en virtud de que la aplicación de los dos artículos constitucionales parte de la existencia de un derecho.

3.3 ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL . Garantía de Justicia y Jurisdicción .

El artículo 17 de nuestra Constitución Política determina que "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apresado por deudas de carácter puramente civil.

Analizando el primer párrafo del artículo 17 constitucional explica que "En realidad no sólo no establece para el gobernado ningún derecho subjetivo ni para el Estado y sus autoridades una obligación correlativa, sino que impone al sujeto dos deberes negativos : no hacerse justicia por su propia mano y no ejercer violencia para reclamar su derecho. Además, de esta obligación negativa, el artículo 17 constitucional , en la parte que comentamos, contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquella, y que estriba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos. "³⁴

El segundo párrafo en su parte primera del artículo visto, al otorgar el derecho a todo gobernado de acudir a la autoridad jurisdiccional y que

³⁴ BURGOA IGNACIO, Op cit. P 324.

determina así mismo algunas cualidades de esta actividad estatal, establece correlativamente la obligación de esta autoridad de realizar dicha función.

Entonces de la prohibición de que ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho y de la facultad de acceder al órgano jurisdiccional para que se le administre justicia, resulta que el gobernado en el caso de encontrarse en una situación de conflicto real o aparente en contra de su persona o derecho, solamente podrá exigir justicia por medio de los tribunales y sin ejercer violencia.

El argumento que pretende justificar la inconstitucionalidad del artículo 83 de la L.I.C. por contradecir el artículo 17 Constitucional se establece así:

El procedimiento de ejecución es un procedimiento litigioso, los procedimientos litigiosos se resuelven ante las autoridades judiciales (artículo 17 Constitucional) por lo tanto el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se debe resolver ante las autoridades judiciales y como la Ley faculta a la fiduciaria para resolver el procedimiento de ejecución, el artículo 83 de la L.I.C. es inconstitucional, de aquí que el fiduciario se haga justicia por su propia mano al ejercer atribuciones jurisdiccionales y se le priva al fideicomitente y el fiduciario de acudir a los tribunales para que se les administre justicia en los plazos y términos que fijen las leyes respectivas.

Para refutar el argumento mencionado la única persona que tiene derecho sobre el bien o derecho es el fiduciario, por lo que el fideicomitente o el fideicomisario no tiene derecho alguno sobre el bien por lo tanto este procedimiento no es de carácter contradictorio, es de desenvolvimiento de una cláusula a lo largo del tiempo, estipulada por las partes con antelación. El fiduciario no establece el derecho sino que simplemente cumple con las

obligaciones que el contrato determina.

Por otro lado, no se le niega el acceso a los tribunales tanto al fideicomitente como al fideicomisario, ya que cualquiera de los interesados pueden acudir ante los tribunales para demandar lo que a su derecho convenga con antelación a la ejecución o con posterioridad a ésta, demandando y oponiendo en su caso, las acciones y excepciones que pretendan. Por lo tanto, la garantía de justicia establecida en el artículo 17 constitucional, no es contradictoria a lo determinado en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito.

3.4 CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA.-

Los contratos de fideicomiso de garantía se llevan a cabo ante notario público, de la ciudad donde se encuentre el bien, en el cual son certificados y se da fe de la personalidad de las partes comparecientes a la firma del mencionado contrato y se anexa el certificado de libertad de gravamen del bien inmueble correspondiente.

El contrato de fideicomiso de garantía consta de :

I.- Partes que intervienen

II.- Declaraciones

III.- Clausulado

IV.- Personalidad

I.- Las partes que intervienen en los fideicomisos de garantía son:

- a) Fideicomitente: El deudor que recibe el préstamo
- b) Fiduciario: El banco designado representado por su delegado(s) fiduciario(s)
- c) Fideicomisario: El acreedor.

II.- Declaraciones:

En este apartado se establecen los antecedentes del título de propiedad de los bienes, incluyendo identificación, medidas y linderos.

También se incluye la aceptación del fideicomisario o fideicomisarios de constituir el fideicomiso para garantizar con determinado bien o bienes el pago del documento o crédito .

III.- Cláusulas.-

Definición:

Las estipulaciones que hacen las partes que intervienen en un contrato.

Como primer punto se establece la constitución del fideicomiso de garantía que por lo general es irrevocable .

Después se hace la designación del fiduciario quien por conducto de su delegado fiduciario acepta el cargo que se le confiere.

También se establecen los fines que va tener el fideicomiso, entre los principales destacan:

- a).- Que la Institución fiduciaria reciba en propiedad fiduciaria los bienes materia del presente fideicomiso .
- b).- Que la fiduciaria permita el uso y aprovechamiento temporal de los bienes fideicomitidos a la parte fideicomitente.
- c). - Con los bienes fideicomitidos se garantice a la parte fideicomisaria el crédito que se refiere a esta escritura .
- d). - Que una vez cumplidas las obligaciones a cargo de la parte fideicomitente, la fiduciaria le revierta la propiedad del inmueble fideicomitado.

En una cláusula se establece que será causa de ejecución si el fideicomitente no cumple las obligaciones principales o accesorias a su cargo, dentro del plazo convenido, garantizadas con el patrimonio de éste fideicomiso .

El procedimiento de ejecución se estipulara en otra cláusula y se fundamenta en los artículos 83 de la L.I.C. y 1052 del Código de Comercio en el que se pacta expresamente un procedimiento convencional que es de tramitación especial, que las partes hubieren pactado siempre que el mismo se haya formalizado en escritura pública, póliza ante Corredor Público o ante el Juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio y se respeten las *formalidades esenciales del procedimiento*

La institución fiduciaria a solicitud del fideicomisario, de sus sucesores o de sus causahabientes, pedirá al juez autorización para proceder a la venta de los bienes dados en fideicomiso, de esta petición se correrá traslado inmediato al deudor y éste, dentro del término de 3 días hábiles podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe total del adeudo ante el fiduciario para que sea admisible la oposición.

Si la parte deudora no se opone a la venta o su oposición es inadmisibles por no exhibir el importe del adeudo, el juez mandará que se efectúe en subasta pública, servirá como base para el remate el 70% del valor del avalúo que practique la institución fiduciaria, previa exhibición del certificado de libertad o gravamen expedido por el Registro Público de la Propiedad del lugar al que corresponda.

El juez convocará la venta mediante publicación en uno de los periódicos de mayor circulación de esta ciudad y en el Boletín Judicial del Estado, por una sola vez, con una anticipación no menor de 15 días naturales a la venta del remate.

Para poder participar en el remate se deberá depositar a disposición del juez y cuando menos un día hábil antes de la fecha del remate, una cantidad igual al 50% del valor de la postura legal, sin este requisito no se admitirá ningún postor.

Fincado el remate el juez revisará los autos dentro del término de tres días, de oficio, emitirá resolución aprobando el procedimiento de ejecución, salvo que hubiera alguna omisión, en cuyo caso ordenara la reposición del procedimiento, contra dicha resolución procederá el recurso de Apelación que será tramitado en un sólo efecto.

El postor a quien se le adjudiquen los bienes deberá pagar el saldo en efectivo al fiduciario dentro de los tres días siguientes a la notificación de la aprobación del procedimiento de ejecución, en caso de no hacer el pago, perderá el depósito que será entregado al acreedor como indemnización por el retardo de la ejecución promovida, debiendo convocarse a nueva subasta en la que se tendrá como precio de base el que corresponda a la última subasta celebrada.

El juez hecho lo anterior, procederá a entregar al adquiriente la posesión material del inmueble objeto del remate y ordenará al fiduciario proceda ante notario público, a otorgar el título de propiedad en favor del comprador, remitiendo al notario copia certificada de las actuaciones y documentos fundatorios.

Su Señoría pondrá a disposición de la Institución fiduciaria el importe del precio del remate , quien hará la aplicación de acuerdo a lo estipulado en el contrato sin necesidad de resolución judicial.

Cuando se interponga el recurso de apelación, en el mismo escrito en el que se haga valer deberán expresarse los agravios correspondientes, de

otra forma no será admisible la apelación.

Sólo procede el recurso de apelación en contra del auto que apruebe o repruebe el procedimiento de ejecución y en los demás casos será procedente el de revocación.

En estos contratos la fiduciaria tendrá con respecto a los bienes fideicomitidos, toda clase de facultades de dueño incluyendo en forma enunciativa y no limitativa todas las de pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, de conformidad a lo establecido en el artículo 2554 C.C.D.F, y sus artículos correlativos del Estado de Jalisco, que requieran cláusula expresa como los de adquirir, enajenar y gravar en cualquier forma, los de crédito, otorgar y revocar poderes y desistirse del juicio de amparo. En cuyo caso actuará conforme a las instrucciones expresas y por escrito que reciba del fideicomitente sin que sea responsable de la actuación de los apoderados.

Es muy importante que la posesión, conservación y guarda de los bienes fideicomitidos serán a cargo y por cuenta de la parte fideicomitente y a su favor en cuanto les favorezca, sin que puedan darlo en arrendamiento sin consentimiento de la parte fideicomisaria.

La duración del contrato de fideicomiso será la necesaria para el cumplimiento de sus fines, sin exceder del plazo máximo que permitan las leyes de la materia, no obstante lo anterior, podrá darse por terminado por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 357 de la LGTOC.

Por último las partes intervinientes deben señalar cada una un domicilio convencional para que en ellos se realicen toda clase de notificaciones, requerimientos y emplazamientos.

IV) Personalidad.-

Definición:

Requisito para ser parte en un proceso en el que la Ley reconoce a determinadas personas de ejercitar el derecho de acción procesal.

Se refiere a establecer en el contrato las generales de las partes que intervienen y las escrituras publicas, decretos que acrediten al banco y a sus delegados fiduciarios, en el cual todos deben tener capacidad legal para contratar y obligarse donde el Notario debe certificar y dar fe de la documentación y personas que tuvo a la vista.

Cuando el deudor no cumple con su obligación de pago, con fundamento en el artículo 83 de la ley de Instituciones de crédito y el artículo 341 de la LGTOC se procede a demandar en la *via mercantil de tramitación especial* bajo procedimiento convencional que se rige por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053 del Código de Comercio ante el C. Juez de lo Mercantil en turno.

Una vez admitida la demanda con las copias simples de ley exhibidas, córrase traslado a los fideicomitentes para que dentro del término de tres días se opongan a la venta del inmueble materia de la constitución del fideicomiso, exhibiendo para ello el importe del adeudo contraído en el contrato de fideicomiso, sin cuyo requisito no se admitirá su oposición, autorizándose el avalúo y remate del bien fideicomitado y al momento de practicarse la diligencia, requiérase a los deudores fideicomitentes por la entrega del bien fideicomitado.

En la siguiente ejecutoria se aprecia que es legal el remate de los bienes del deudor que se encuentran incluidos en un fideicomiso de garantía.

Instituciones de credito. Remate al martillo constitucionalidad

El remate al martillo de los bienes del deudor sin la intervención del órgano jurisdiccional, no está prohibido por la ley, sino autorizado por ésta. En efecto, es verdad que el artículo 564 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, supletorio del de Comercio, dispone que toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en el citado Código de Procedimientos Civiles, relativas a los remates, sin embargo, el mismo precepto legal exceptúa de la regla general de que todo remate deberá celebrarse en el juzgado en que actúe el juez que fuere competente para la ejecución, en términos del artículo 565, los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario. La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su artículo 141, fracción IV, prevé el procedimiento especial de remate al martillo de los bienes dados en garantía sin la intervención judicial. No es exacta la aseveración que se haga en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitidos realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones; ya que en el fideicomiso de garantía es el propio deudor quien, como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes, transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son designados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y términos convenidos con éste, no hace sino cumplir conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque, se repite, en ello no hay controversia que ventilar y decidir. Pero sí, además, las partes pactaron que el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía se iniciara con la notificación notarial, o en vía de jurisdicción voluntaria, que la institución fiduciaria habría de hacer a la fideicomitente deudora, haciéndole saber su intención de efectuar el remate pactado, a fin de que ésta se opusiera, judicialmente, al mismo, en la forma y términos convenidos en la propia escritura pública en que se constituyó el-

Fideicomiso, ello pone de manifiesto que antes de iniciarse el procedimiento de remate, la controversia puede surgir mediante la oposición que se previó podía hacer valer la fideicomitente deudora, a las pretensiones de la institución fiduciaria de llevar a cabo el remate al martillo de los bienes dados en garantía; y si en este supuesto las partes convinieron, conforme al artículo 1051 del Código de Comercio, en un

procedimiento mercantil convencional, preferente a los demás, conforme al cual, la contienda habría de ventilarse ante juez competente; procedimiento que, además de ajustarse a los requisitos y condiciones señaladas en los artículos 1052 y 1053 del mismo ordenamiento, se encuentra previsto en el artículo 141 fracción III, de la citada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en estas condiciones queda patentizado que la institución fiduciaria, al realizar los fines del fideicomiso de garantía, en los casos, forma y términos pactados en el acto constitutivo del mismo y siguiendo las disposiciones del artículo 141 de La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cumplen las obligaciones que conforme al contrato y a la ley le corresponden; sin que este cumplimiento entrañe el ejercicio de la función de administrar justicia, porque esta función quedo reservada a los tribunales competentes, al convenir en el procedimiento a seguir en la ventilación y decisión de la oposición de la fideicomitente deudora a la realización de los fines del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria; convenio en el que, además, se guarda el respeto debido a las garantías individuales de audiencia, defensa, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14,16 y.17 Constitucionales

Amparo Directo 98/74. Mercedes Ascanio Vda. De Castro. 30 de Abril de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Séptima Epoca:Vol.76, Cuarta Parte, Pág. 21.

Suprema corte de justicia de la nación. Compilación precedentes de la tercera sala 1969-1986 p.p 690 y 691

CONCLUSIONES

1.- La fiducia y el fideicommissum romanos, el use y el trust ingleses y además el trust norteamericano son antecedentes indirectos del fideicomiso mexicano ya que le otorgaron elementos jurídicos históricos. El antecedente directo del fideicomiso en nuestro país es el trust anglosajón, el cual fue modificado y adaptado a nuestro sistema legal, social y económico.

2.- El fideicomiso se define como un contrato en el cual una persona llamada fideicomitente transmite y modifica simultáneamente su derecho de propiedad sobre un bien o un derecho a otra persona llamada fiduciaria la cual se obliga a ejercer ese derecho en la consecución de un fin lícito determinado.

3.- Los fines del contrato de fideicomiso se encuentran encomendados al fiduciario ya que el tienen la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados que consisten principalmente en mantener los bienes fideicomitados.

4.- Los fines del contrato de fideicomiso de garantía consisten en garantizar con éstos el pago de los créditos adeudados a los fideicomisarios, ejecutando el fideicomiso en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del fideicomitente o revirtiendo la propiedad de los bienes en caso del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato.

5.- El fideicomiso de garantía es un instrumento jurídico de protección para todo tipo de operaciones comerciales, en el cual se otorgan en garantía uno o más bienes.

6.- El fideicomiso es un contrato porque crea o modifica obligaciones, y además es un acuerdo de voluntades entre fideicomitente, fideicomisario y fiduciario.

7.- Mediante el fideicomiso de garantía los bienes salen del patrimonio del fideicomitente ya que de una forma absolutamente voluntaria éste da instrucciones a la fiduciaria para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada sean vendidos y rematados, y con su producto realizar el pago debido al fideicomisario acreedor, y en el caso de cumplimiento de la obligación garantizada se le revierta dicha propiedad al fideicomitente.

8.- La ejecución del fideicomiso de garantía fundada en el artículo 83 de la L.I.C. no contraviene el artículo 13 de nuestra Constitución que contienen la garantía de igualdad ante la Ley y la prohibición de ser juzgado por leyes privativas, ya que de dicha norma jurídica no se refiere a todos los sujetos de derecho sino sólo aquellos que se coloquen en ciertos supuestos por lo que no implica la designación de cosas y personas individualmente determinadas y goza por tanto, de las características de generalidad y abstracción.

9.- La ejecución del fideicomiso de garantía fundada en el artículo 83 de la L.I.C. no se contraviene los artículos 14 y 16 constitucionales que contienen las garantías de audiencia y legalidad toda vez que el fideicomitente no tiene derecho sobre el bien a partir de que libremente este al fiduciario. Por lo tanto la única persona a quien le podría ser violada dicha es el fiduciario y el citado precepto no lo priva de forma alguna de su derecho.

10.- La ejecución del fideicomiso de garantía fundada en el artículo 83 de la L.I.C. no contraviene el artículo 17 constitucional que contiene las garantías de justicia y jurisdicción, ya que dicho precepto justificadamente faculta a la fiduciaria a llevar a cabo el procedimiento de ejecución expresamente pactado o en su defecto el procedimiento previsto en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T.O.C, en razón de que el fiduciario es precisamente la persona que tiene derecho sobre el bien fideicomitado y, por tanto, simplemente cumple con las obligaciones previstas en el contrato de fideicomiso.

11.-Además, en cualquier momento el fideicomitente o el fideicomisario pueden acudir a los tribunales para demandar lo que a su derecho convenga con antelación a la ejecución o con posterioridad a esta, demandando y oponiendo en su caso, las acciones y excepciones que pretendan.

BIBLIOGRAFIA

A) LIBROS

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. *Tratado teórico práctico del fideicomiso*, México, Porrúa, 1997.

AYALA, JUAN ANTONIO. *El fideicomiso en México, Memoria de Convenciones anuales del Centro Bancario de Monterrey, A.C., IEE, S.A.* México. 1976.

BATIZA, RODOLFO: *El fideicomiso, México, Porrúa, 1976.*

BATIZA RODOLFO. *Principios Básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, México, Porrúa, 1977, 1ª. Edición

BAUCHE GARCÍADIEGO, MARIO. *Operaciones Bancarias*, México, Porrúa, 1967.

BURGOA, IGNACIO. *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1984.

CASTRO, JUVENTINO V: *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 1994, 8ª. Edición.

CERVANTES AHUMADA, RAÚL. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México. Herrero, 1966.

GOLDSCHMIDT, ROBERTO. *El fideicomiso en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Arayú, 1954.

LEPAULLE, PIERRE, *Tratado Teórico y práctico de los Trusts*, México, Porrúa, 1975.

MUÑOZ, LUIS. *El fideicomiso Mexicano*, México, Cárdenas, 1973

PETIT, EUGENE. *Tratado elemental de derecho romano*, México, 1963.

PIÑA MEDINA, JORGE. *Las Instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, México, Banco Mexicano Somex, 1982..

RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO. *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*, Colombia, Felapan, 1977.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. *Derecho Mercantil*. México, Porrúa, 1982, Tomo II, 1997.

SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. *De los contratos civiles*, 3ª edición, México, Porrúa, 1976, 3ª.

TÉLLEZ ULLOA, MARCO ANTONIO, *Jurisprudencia Mercantil Mexicana*. México, Libros de México. 1983.

VAZQUEZ ARMENIO, RODRIGO. *Naturaleza Jurídica del fideicomiso Mexicano y sus principales aplicaciones prácticas*, México, Manuel Porrúa, 1949.

VILLAGORDOA LOZANO, JOSÉ M. *Doctrina General del fideicomiso*. México, Asociación de Banqueros de México, 1976.

B) JURISPRUDENCIAS

DISCO ÓPTICO DE JURISPRUDENCIAS DE LA SCJN.

DISCO ÓPTICO DE JURISPRUDENCIAS A 1996.

C) DICCIONARIOS

PALLARES, EDUARDO, *Diccionario de derecho procesal civil*, 13, México, Porrúa, 1963.

D) LEGISLACIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. D.O.F. 27 de Agosto de 1932.

Ley de Instituciones de Crédito. D.O.F. 18 de Julio de 1990.

Código de Comercio. D.O.F. 13 de Octubre de 1889.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia federal. D.O.F. 26 de marzo de 1928.

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. D.O.F. 28 de abril de 1995.

Ley del Mercado de Valores. D.O.F. 2 de Enero de 1975.

Ley del Banco de México. D.O.F. 23 de Diciembre de 1993.

