

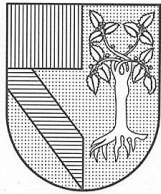
**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA**

JOSÉ FERNANDO MORENO CORONA

**“ACTUACIÓN FIDUCIARIA DE LAS SOCIEDADES
FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE”**

**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, Jalisco, Marzo de 2010.



ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. JOSÉ FERNANDO MORENO CORONA
Presente.

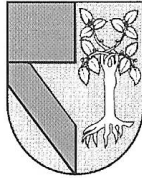
En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **"ACTUACIÓN FIDUCIARIA DE LAS SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE"**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan 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



DR. EDUARDO ISAIÁS RIVERA RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

Escuela de Derecho

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO
P R E S E N T E.

Por medio del presente me permito hacer de su conocimiento que **JOSÉ FERNANDO MORENO CORONA**, quien cursó la Licenciatura en Derecho, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado: "**ACTUACIÓN FIDUCIARIA DE LAS SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE**".

Manifiesto que después de haber sido dirigida y revisada por el suscrito, reúne todos los requisitos técnicos y académicos para solicitar fecha de Examen Profesional.

Agradezco de antemano la atención al presente.

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Edmundo Romero Martínez', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive.

DR. EDMUNDO ROMERO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE TESIS

A mis papás, por ser pilar en mi vida.

A mis amigos, por ser incondicionales.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	7
I. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y DE LAS SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE.....	11
A. Antecedentes del Fideicomiso Mexicano.....	11
1. Derecho Romano	11
2. Derecho Anglosajón.....	16
B. Antecedentes de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple	25
II. CONCEPTO DE FIDEICOMISO Y DE LAS SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE.....	29
A. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso	29
1. Negocio Jurídico – Negocio Fiduciario	30
2. Acto Unilateral de la Voluntad	37
3. Contrato	41
B. Efectos Jurídicos	46
C. Concepto y características de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple	48
1. Concepto de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple	48
2. Entidades Reguladas.....	50
3. Entidades No Reguladas	53
4. Características.....	54
III. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO	57
A. Elementos Personales	57
1. Fideicomitente	57
2. Fiduciario	63
3. Fideicomisario	70
B. Propiedad Fiduciaria (Patrimonio del Fideicomiso)	74
IV. TIPOS DE FIDEICOMISO	86
A. Fideicomiso de Administración	86
B. Fideicomiso de Garantía	90
V. ACTUACIÓN FIDUCIARIA POR PARTE DE SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE, ENTIDADES NO REGULADAS	98

VI. CONCLUSIONES	107
VII. PROPUESTAS	112
BIBLIOGRAFÍA	118

INTRODUCCIÓN

Nuestro país ha atravesado desde la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte por una serie de transformaciones en sus instituciones jurídicas que han tenido como finalidad general dotar a las estructuras económicas de una mayor versatilidad y certeza que incentive el crecimiento de nuestra economía y mejore el desarrollo social.

Nos hemos visto afectados por situaciones adversas en el ámbito de la economía las cuales han obligado a nuestros legisladores a revisar el funcionamiento de no pocas instituciones relacionadas con el desarrollo de una diversidad de actividades mercantiles, en aras de promover el crecimiento de nuestra economía. A raíz de la crisis económica que comenzó en diciembre de 1994, se evidenció que nuestro sistema financiero y crediticio tenía una serie de carencias y debilidades que provocó una de las realidades económicas, sociales y políticas de mayor gravedad que nuestro país haya atravesado. Muchos cambios se materializaron en nuestro país a consecuencia de la situación generalizada que comenzó en diciembre de 1994. El siguiente periodo presidencial implicó un cambio en la recurrente fórmula del régimen presidencialista al dar lugar a la alternancia política en el año 2000.

A partir de entonces, nuestro legislador federal tuvo diversos aciertos al comprender que era necesario dotar de mayor flexibilidad a ciertos sectores de la economía. Para ello, hubo que regresar a revisar las instituciones propias de nuestro derecho como es el caso del fideicomiso. Tras el análisis de la normatividad vigente, el legislador llevó a cabo diversas reformas a la figura del fideicomiso mexicano, figura de gran importancia en nuestro país y que

desde hace casi un siglo ha representado una opción versátil para la realización de un sin número de actos jurídicos.

Así, en el año 2000 se regula de manera específica el fideicomiso de garantía, en atención a la necesidad de generar un mecanismo diverso a la hipoteca y la prenda para garantizar obligaciones. Las reglas y características del fideicomiso de garantía tienen una doble virtud: por un lado le permiten a los deudores constituir garantías a favor de sus acreedores con la posibilidad de conservar la posesión de los bienes sobre los cuales se constituye la garantía, a efecto de poder utilizarlos en sus actividades productivas; y por otro lado, le permite a los acreedores contar con un mecanismo que asegura la conservación de los bienes otorgados en garantía y la pronta ejecución de los mismos en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas.

Adicionalmente, el legislador, con el fin de seguir motivando la actividad crediticia a través de figuras que fomenten la solicitud y el otorgamiento de crédito dirigido al consumo, establece la figura de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, las cuales tienen como su función principal el otorgamiento de créditos, arrendamiento financiero y factoraje financiero. Además, el legislador dota a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple de una gran libertad al establecer la posibilidad de que, en el caso de las Entidades No Reguladas, éstas no requieran de autorización para su operación en relación con las actividades previamente mencionadas. Como actividad accesoria a sus actividades principales, el legislador facultó a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple para actuar como fiduciarios en los fideicomisos de garantía. Sin embargo, el legislador no puntualizó, desde nuestro punto de vista, el alcance de las facultades fiduciarias otorgadas a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, específicamente en lo

relacionado con la posibilidad de que dichas sociedades actúen como instituciones fiduciarias en fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a favor de terceros. La actual redacción y correlación de diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito permite entender que las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple puedan actuar como fiduciarias en fideicomisos en los cuales las obligaciones garantizadas no sean a su favor y no deriven de la realización de sus actividades principales.

Así las cosas, el presente trabajo tiene como propósito comprobar que las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple tienen en esencia otorgada la facultad de actuar como fiduciarios en fideicomisos de garantía en virtud de la protección que el legislador pretende brindarles a estas sociedades para fomentar la actividad crediticia en nuestro país, pero no para actuar libremente con tal carácter en fideicomisos distintos a los de garantía o en fideicomisos de garantía en los que se garanticen obligaciones a favor de terceros.

Para lograr lo anterior, haremos un análisis de la figura del fideicomiso en nuestro país, revisando sus elementos principales tales como el patrimonio y sus elementos personales. Revisaremos su naturaleza jurídica y algunos tipos generales de fideicomisos que se utilizan en nuestro país. Posteriormente, revisaremos las características propias de los fideicomisos de garantía a fin de comprender sus ventajas y funcionamiento.

Finalmente, revisaremos las disposiciones aplicables a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, con el fin de entender cuál es su propósito principal, y el porqué de la facultad que tienen de actuar como fiduciarios

en fideicomisos de garantía. Para ello revisaremos diversas posturas doctrinales, legislación de la materia y los comentarios del legislador expuestos al momento de las reformas correspondientes.

I. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO Y DE LAS SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE.

A. Antecedentes del Fideicomiso Mexicano.

Como muchas de las figuras que conforman nuestro sistema jurídico, el fideicomiso, tal y como está regulado actualmente, tiene sus orígenes en sistemas legales provenientes de otros países y épocas. En ese sentido, este capítulo está dedicado a hacer una breve revisión de dos de los antecedentes que han tenido mayor influencia en la génesis y desarrollo de la figura del fideicomiso mexicano.

Así las cosas, revisaremos los rasgos más importantes de figuras similares al fideicomiso desde la perspectiva del Derecho Romano, ya que éste sistema representa la mayor influencia para nuestro sistema jurídico, y también del Derecho Anglosajón, en virtud de ser la figura del *trust* anglosajón la que más rasgos ha permeado en el fideicomiso mexicano y que sirvió en su momento al legislador mexicano como base para la conceptualización de una figura que desde su aparición en nuestro sistema jurídico y a lo largo de los años ha ido cobrando importancia como medio para la realización de una diversidad de actos jurídicos.

1. Derecho Romano.

El maestro Miguel Acosta Romero señala que el fideicomiso mexicano, como lo conocemos actualmente, tanto en sus características como en su funcionamiento, “nada tiene que ver con el *fideicomisum* romano”, ya que en éste el fideicomitente era el autor de la herencia, mientras que el heredero o legatario jugaba el papel de legatario y el de fideicomisario

correspondía a un tercero.¹ Consideramos que aunque el apunte del maestro Acosta Romero es correcto, existieron ciertas variaciones en la figura del fideicomiso romano, que si bien no lo convirtieron en una figura idéntica a nuestro concepto moderno de fideicomiso, sí comparte ciertos rasgos primarios con la noción actual de fideicomiso.

En un principio, el fideicomiso romano se llevaba a cabo verbalmente y tenía como base la buena fe del fiduciario. La ausencia de buena fe por parte del fiduciario no acarreaba consecuencias para éste.² Así las cosas, el maestro Domínguez Martínez establece que el fideicomiso romano carecía en su forma original de juridicidad, y no era otra cosa más que la petición por parte del testador al heredero basado en la confianza del primero al segundo para que éste transmitiera los bienes objeto del fideicomiso a un tercero. Esta forma del fideicomiso romano se adoptó como un medio a través del cual los sujetos incapaces para heredar, tales como esclavos, peregrinos, dediticios, solteros y casados sin hijos, fueran aptos para adjudicarse la propiedad de algunos bienes a través de la designación hecha por el testador, de un heredero con capacidad para suceder a dicho testador y el compromiso de ese heredero de transmitir los bienes objeto del fideicomiso a quien se le hubiese instruido por parte del testador.³

El cumplimiento de la petición del testador al heredero quedaba completamente sujeto a la voluntad de éste último.⁴ Esta situación dio pie a que existiera una gran cantidad de fiduciarios deshonestos que no cumplían a cabalidad con su encargo, puesto que la buena fe se vio desplazada por

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2002, Pág. 1.

² Idem.

³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso; Negocio Jurídico; Régimen Fiscal Inmobiliario; Instrumento en la Inversión Extranjera*, Editorial Porrúa, Sexta edición, México, 1996, Pág. 168.

⁴ Ibid. Pág. 169.

el valor del dinero. Es por ello que el emperador Augusto ordenó una vigilancia más estricta al fideicomiso.⁵ Dicha vigilancia fue encargada a ciertos cónsules a través de su intervención en los fideicomisos, obligando a los fiduciarios a cumplir con sus obligaciones en caso de violación al encargo de los testadores. Así, se dio el primer paso tendiente a una regulación jurídica de la figura del fideicomiso romano. Posteriormente se creó la figura de los llamados *Pretores fideicomisarios*, funcionarios que eran competentes para conocer aquellos conflictos derivados del incumplimiento por parte de los fiduciarios. Además, el fideicomiso fue dotado de coercibilidad al conceder a los beneficiarios una acción persecutoria en relación a los bienes objeto del propio fideicomiso.⁶

Con el paso del tiempo, específicamente en “la época de Adriano, los peregrinos y las *personae incertae*, incapaces de recibir herencias y legados, fueron declaradas también incapaces de recibir fideicomisos.”⁷ Esto provocó que el fideicomiso eventualmente perdiera la elasticidad que lo había distinguido de los legados y de las herencias, aunque en lo sucesivo fue posible que ciertas personas que carecían de la *testamenti factio passiva* pudieran recibir fideicomisos.⁸

Al convertirse en una figura regulada cada vez más por normas jurídicas que por normas de carácter moral, el fideicomiso romano eventualmente fue objeto de diversas restricciones tendientes a dotar a la institución de mayor seguridad jurídica y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que de ella derivaban.⁹ Si se compara el fin del fideicomiso en esta primera etapa, coincidimos con el maestro Acosta Romero en que es poca la similitud de

⁵ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 1.

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.* Pág. 169.

⁷ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 2.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibid.* Pág. 1.

éste con el moderno fideicomiso mexicano, ya que el fin principal del fideicomiso en México es totalmente distinto al ruego que hacía el testador a su heredero de transmitir ciertos bienes a favor de un tercero.

Por otro lado, existe dentro de los conceptos del Derecho Romano el de la *fiducia*, figura que también dista de los fines actuales de nuestro fideicomiso mexicano. Sin embargo, es conveniente revisar su funcionamiento a fin de considerarlo como antecedente genérico del fideicomiso mexicano.

La fiducia utilizada en Roma representa una de las primeras formas de constituir garantías reales¹⁰ respecto de una obligación, más antigua incluso que la prenda o la hipoteca. En virtud de la fiducia un deudor transmitía algún bien por *mancipatio* o *in jure cessio*¹¹ a su acreedor a fin de garantizar

¹⁰ Ibid. Pág. 2-3. El maestro Acosta Romero establece que aunque “el florecimiento económico necesita del crédito, y el crédito exige que los juristas elaboren un buen sistema de garantías reales – especialmente, un buen sistema hipotecario–, los derechos reales de garantía han tenido un desarrollo lento y difícil. Originalmente, el acreedor que quería tener una garantía real exigía retener como garantía, durante la existencia del crédito, la propiedad de algún bien del deudor *fiducia cum creditore* o compraba por un sestercio un objeto valioso del deudor, obligándose a volver a vender el mismo objeto al deudor por el mismo precio, después de que éste hubiera pagado su deuda. Tal negocio, paralelo al convenio sobre el préstamo mismo, podía también combinarse en forma más íntima con este último; entonces, el acreedor compraba algún bien valioso del deudor por la cantidad que el deudor pedía como préstamo, y se obligaba a devolver el objeto al deudor dentro de cierto plazo, en caso de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese al original precio de compra, o sea, al importe del préstamo, más los intereses. Así, en lugar del moderno contrato de prenda, se efectuaba una transmisión de la propiedad, sujetándola a un pacto de retroventa. En el Derecho Romano, el efecto de tal promesa de retroventa solía introducir en la venta por un *pactum fiduciae*, que facultaba al deudor –después de cumplir– a exigir la retroventa, mediante un *actio fiduciae*. No se trataba de un caso de simulación, puesto que ningún tercero, conociendo las apariencias, se habría dejado engañar respecto de la verdadera situación jurídica. Todos sabían que bajo el *pactum fiduciae*, con su transmisión temporal de la propiedad, se escondía, en realidad una operación de garantía. Es una de las consecuencias de la antigua economía de conceptos, que obligaba con frecuencia a los romanos a utilizar un negocio jurídico para fines distintos a los que originalmente había inspirado la institución respectiva.

También podría suceder que el deudor celebrara fraudulentamente la misma clase de negocio –*fiducia* y *precarium*– con respecto a un solo objeto, pero con diversos acreedores. En una situación análoga, el derecho moderno hace intervenir el registro público, para protección de los acreedores.

Fuera de los peligros que podrían nacer para terceros de las combinaciones de la fiducia con el *precarium*, la fiducia con *creditore* ofrecía plena garantía al acreedor, aunque resultaba peligrosa para el deudor. Como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo – de mala fe o por descuido–, en cuyo caso el deudor no tendría más que un derecho personal contra el acreedor, y no un derecho real sobre el bien en cuestión.”

¹¹ PETIT, EUGENE, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1990, Págs. 262-265. La *mancipatio* y la *in jure cessio* son dos formas en que se transmitía la propiedad de un bien contempladas por el Derecho Romano. Ambas comparten la característica de que el enajenante y el adquirente han acordado que se lleve a cabo la transmisión. La *mancipatio* suponía la existencia de un rito solemne en virtud del cual el enajenante y el adquirente se reunían delante de cinco testigos y un *librepens* o portabalanza. El adquirente tomaba con una mano el objeto que estaba adquiriendo y declara ser su propietario de acuerdo al derecho Civil

su crédito. Por su parte, el acreedor adquiriría el compromiso de restituir dicho bien una vez que se cumpliera la obligación a cargo del deudor. Dicho compromiso era reforzado a través de una cláusula mediante la cual el acreedor se obligaba a *remancipar* el bien de que se tratase. A esta cláusula se le denominó *pactum fiduciae*.¹²

El Derecho Romano llegó a desarrollar dos conceptos de *pacta fiduciae*: la *fiduciae cum creditore* y la *fiduciae cum amico*. Por medio de la *fiduciae cum creditore* se enajenaba una cosa para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un crédito. El adquirente se obligaba a reintegrarlo una vez que el fiduciante (deudor) hubiese cumplido con la obligación a su cargo. Por otra parte, a través de la *fiduciae cum amico* se transmitía el dominio de una cosa a un depositario o mandatario, con el compromiso tanto por parte del fiduciante como de dicho mandatario o depositario de destinar la cosa transmitida a un fin específico.¹³

Esta última modalidad de la fiducia, representa, de los conceptos que hasta ahora hemos revisado, la que más similitud tiene con el fideicomiso mexicano, en virtud de que por medio de ella el fiduciante transmite las cosas que serán objeto del fideicomiso al fiduciario, para que éste, de común acuerdo con el fiduciante, lleve a cabo un fin específico con dichas cosas.

en virtud de la ayuda del cobre y la balanza. Finalmente, golpeaba la balanza con un pedazo de cobre, que entregaba al enajenante simulando la entrega del precio. Dicho ritual tenía como efecto una transmisión inmediata de la propiedad, sin que éste pudiera ser suspendido. Por otro lado, la *injure cessio* se distingue de la *mancipatio* por que se realiza frente a un magistrado, mientras que ésta última se realiza frente a particulares. En este caso, el cedente y el adquirente comparecen ante el magistrado, y llevan consigo el bien objeto de la transmisión. En caso de que se transmitiera un bien inmueble, era necesario trasladarse al lugar dónde éste se encontraba, aunque con el paso del tiempo esta condición se sustituyó con el hecho de llevar un fragmento que representara el bien. El rito consistía en que el adquirente ponía la mano sobre el bien, y afirmaba ser el propietario de la cosa. Posteriormente, el magistrado le preguntaba al cedente si se oponía al dicho del adquirente, y de no hacerlo, el magistrado declaraba como propietario al adquirente. Al igual que en la *mancipatio*, la *injure cessio* tenía como efecto la transmisión inmediata de la propiedad al adquirente.

¹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.* Pág. 167.

¹³ *Ibid.* Págs. 167-168.

Finalmente, el maestro Domínguez Martínez señala, refiriéndose a los dos tipos de fiducia, que el “incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el adquirente fiduciario, origina en un principio meras responsabilidades de índole moral `mas luego, la intervención del pretor las dotó de *actio fiduciae*, a la que se agregaba la nota de infamia si se trataba de la *cum amico*.”¹⁴

2. Derecho Anglosajón.

Hemos revisado de manera general los conceptos desarrollados a la luz del Derecho Romano que guardan en mayor o menor medida relación con el fideicomiso mexicano. A continuación revisaremos el antecedente derivado del Derecho Anglosajón que comparte un mayor número de características con la institución del fideicomiso mexicano: el *trust*.

La figura del *trust* ha tenido, a decir del maestro Raúl Cervantes Ahumada, un gran desarrollo e importancia tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América.¹⁵ De manera general, el siguiente concepto ha sido aceptado por los tratadistas anglosajones: “En su aspecto jurídico, el ‘*trust*’ ha sido definido como ‘una obligación de equidad, por la cual una persona llamada ‘*trustee*’, debe usar una propiedad sometida a su control (que es llamada ‘*trust property*’), para el beneficio de personas llamadas ‘*cestui que trust*’.”¹⁶

En Inglaterra y en los Estados Unidos de América la relación fiduciaria o de equidad previamente definida ha sido aplicada de manera creciente durante el último siglo, siendo utilizada principalmente para la creación de

¹⁴ Ibid. Pág. 168.

¹⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Editorial Porrúa, Décimo Quinta edición, México, 2000, Pág. 287.

¹⁶ Idem.

fundaciones de caridad, para la administración de bienes tendientes al cumplimiento de un fin específico, como mecanismo para evitar la tramitación de juicios sucesorios, para la creación de patrimonios cuya finalidad es garantizar la creación de valores inmobiliarios, entre otros.¹⁷

A pesar de que en un principio la figura del *trust* presentó en Inglaterra y en los Estados Unidos de América ciertas inconsistencias, y de que se podía utilizar para llevar a cabo operaciones ocultas o fraudulentas, su uso se extendió a un nivel en el que hoy ha sido plenamente aceptado en dichos países. Particularmente, en los Estados Unidos el uso del *trust* se extendió con gran importancia al ámbito bancario. A diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, la figura del *trust* adquirió un carácter comercial desde el punto de vista del *trustee* (fiduciario), en virtud de que este papel adquirió un grado de profesionalización. Tan es así, que en Inglaterra el fiduciario individual no suele recibir compensación por su función, mientras que en los Estados Unidos no sólo reciben compensación por su labor sino que es común la existencia de *trust companies*, así como de instituciones bancarias especializadas en actividades fiduciarias. El éxito de la actuación de bancos fiduciarios en los Estados Unidos tiene influencia directa en la adopción de la figura del *trust* norteamericano en México, que junto con la inversión de capital proveniente de los Estados Unidos a nuestro país introdujo la institución del *trust*.¹⁸

El maestro Domínguez Martínez también se refiere al *trust* norteamericano como antecedente del fideicomiso mexicano y hace una primera advertencia sobre el uso del término en inglés al establecer que:

¹⁷ Ibid. Pág. 288.

¹⁸ Idem.

...aun cuando dicho vocablo se emplea comúnmente en la terminología jurídica inglesa para designar a las grandes combinaciones económicas y financieras que tienden a la creación de los monopolios en la industria, la banca o el comercio, porque para su organización se emplea generalmente la forma del trust, bajo la cual se oculta el objeto que realmente se persigue, su verdadera acepción jurídica implica el derecho de dominio de bienes muebles e inmuebles que una persona tiene en favor de otra.¹⁹

Posteriormente, Domínguez Martínez nos brinda una definición del concepto de trust generalmente aceptada por diversos autores de habla inglesa e incluida, de acuerdo a lo establecido por dicho autor, en la Ley del Estado de Luisiana, y señala que el “*trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta una persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo.”²⁰

La institución del *trust* anglosajón atravesó por dos etapas principales en su desarrollo hasta llegar a la figura que hoy en día es aceptada y utilizada en Inglaterra y en los Estados Unidos. El primer antecedente del *trust* es el *use*. Dicha figura tiene su origen en el temor que existía por parte de ciertos individuos de sufrir confiscaciones respecto de sus bienes por motivos políticos y bélicos. El *use* brindaba la alternativa a corporaciones religiosas de poseer bienes inmuebles y con ello evitar la prohibición que para dichos efectos establecieron las leyes contra las manos muertas. Así, en Inglaterra durante la Edad Media se propició que se transmitieran bienes a favor de ciertas personas de confianza que no estuvieran expuestas al riesgo de confiscación, pero siempre a favor de aquellos a quienes se pretendía beneficiar.²¹

¹⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Op. cit.* Pág. 139.

²⁰ *Ibid.* Pág. 140.

²¹ *Idem.*

La institución del *use* "consistía fundamentalmente en que una persona (*settlor*) propietario de una tierra, traspasara a otra (*feoffe to use*) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios de verdadero propietario respecto de dicho bien.²²

Bajo esta modalidad, el cesionario, denominado *feoffe*, recibía de parte del *settlor* la propiedad plena del bien que se pretendía otorgar, a efecto de que lo poseyera para su uso exclusivo el *cestui que use*, que en algunos casos resultaba ser el propio *settlor*. En estricto sentido, el cesionario debía actuar de buena fe y no debía de aprovechar el bien para su propio beneficio.²³

Sin embargo, y en una situación similar a la que prevaleció durante la primera etapa de desarrollo del fideicomiso romano, el cumplimiento de las obligaciones del cesionario dependía por completo de la propia voluntad del cesionario en virtud de que dichas obligaciones, consistentes en que se destinara el bien transmitido para el aprovechamiento del *cestui que use*, no derivaban más que de motivos morales, sin que hubiese elemento alguno de coercibilidad. Lo anterior derivaba del hecho de que el *Common Law* únicamente reconocía como legítimo propietario a la persona a la que efectivamente se le había transmitido el bien (cesionario o *foeffe*), y no brindaba ningún reconocimiento a la obligación que éste había contraído con el enajenante del bien.²⁴

Por las características del *Common Law*, éste sistema se veía imposibilitado para resolver de manera eficiente las controversias que se originaban entre el *feoffe* y el *cestui que use*, y era común que dichas diferencias se resolvieran en la mayoría de los casos a favor del *feoffe*. En

²² Ibid. Pág. 141.

²³ Idem.

²⁴ Ibid. Pág. 142.

virtud de esto, los *cestui que use* que resultaban afectados por las determinaciones judiciales se vieron obligados a recurrir a una nueva instancia que consistía en la figura del Canciller del Rey, a quien solicitaban “la justicia que les había sido negada por los tribunales comunes, sin más motivo que simplemente porque a éstos les competía aplicar únicamente el Derecho Común.”²⁵

En palabras de Domínguez Martínez:

...por una parte tiene lugar la aparición del *Equity* en el Derecho anglosajón, como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió al *Common Law* y que actualmente lo complementa²⁶, y por la otra, la incorporación del *use* en el seno de la *Equity* para dejar de ser tal y transformarse en el *trust*, con los lineamientos que actualmente se le conocen.”²⁷

La evolución de la institución del *use* en *trust* implicó que aquella figura que originalmente carecía de juridicidad en virtud de que las obligaciones del *feoffe* eran únicamente de carácter moral adquiriera la juridicidad necesaria para proteger al resto de los elementos personales involucrados en el funcionamiento de la institución. En ese sentido, y en el ejemplo expuesto por Domínguez Martínez, si ciertos bienes eran transmitidos al fiduciario y a sus respectivos herederos, con el propósito de ser utilizados por un tercero y sus herederos, a éste se le otorgaba y reconocía el denominado dominio equitativo, que conforme al *Equity* era transmisible por herencia a sus

²⁵ Idem.

²⁶ Ibid. Pág. 143

²⁷ Idem. El maestro Domínguez Martínez hace la siguiente aclaración respecto de la relación entre el *Common Law* y el *Equity*: “Si bien el funcionamiento de la *Equity* ha dado lugar a una dualidad de fueros cuyo conjunto integra al Derecho anglosajón; no hay pugna entre ambos pues ‘...no es una dualidad en contrario, no es un paralelismo que cruce las mismas zonas y contenga las mismas instituciones: es una dualidad de complementación. No existe igualdad de instituciones en ambos fueros en el sentido en que nosotros habíamos de entender que hay arrendamiento en equidad, compraventa en equidad, mandato en equidad por una parte, y que por otra hay compraventa en *common law*, arrendamiento en *common law*, etc. No existe ese paralelismo como dos jurisdicciones irreconciliables, sino que son complementarios. En ciertos casos, imposible dejar de reconocerlo, hay diferentes puntos de vista respecto de los conflictos que esos dos diferentes puntos de vista originan, siempre hay uno que prevalece y hace desaparecer el conflicto que hipotéticamente pudiera plantearse en cuanto a que en cada una de las jurisdicciones el mismo hecho es visto en diferente forma.”

descendientes. Este principio no sólo se instituyó en la figura del *trust*, sino en todas aquellas figuras que implicaban el uso de algún bien.²⁸

La institución del *trust* está compuesta por tres elementos personales que hemos venido mencionando a lo largo del presente capítulo. En términos generales, los elementos personales que intervienen en el funcionamiento del *trust* son los siguientes: el *settlor*, quien dispone y otorga los bienes en *trust*; el *trustee*, quien recibe los bienes y se le encomienda un fin específico al que deberá destinarlos; y finalmente el *cestui que trust*, quien recibirá los beneficios que provengan de los bienes.²⁹

Por virtud de la declaración unilateral de voluntad que hace el *settlor*, manifestada por escrito, éste destina ciertos bienes para que se lleve a cabo con ellos un fin específico que le es encomendado al *trustee*. En caso de que los beneficios derivados de los bienes destinados al fin encomendado al *trustee* o el goce de dichos bienes recaiga sobre el propio *settlor* se dice que el *trust* es un *living trust*. En el resto de los casos en los que dichos beneficios o goce esté dirigido a favor del *cestui que trust* o *beneficiary*, el *settlor* deja de jugar un papel importante en la relación entre el resto de los elementos personales, puesto que la consecución de los fines del *trust* ya no depende de él. Finalmente, existen casos en los que aunque no directamente relacionado con la consecución de los fines del *trust*, el *settlor* continúa involucrado en la relación entre los elementos personales. Por ejemplo, cuando el *settlor* se reserva el derecho de revocar el *trust* o cuando se reserva el derecho de reconocer al *trustee* como tal.³⁰

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Ibid. Págs. 143-144.

En segundo lugar se encuentra el *trustee*, que desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones derivadas del *trust* es el elemento personal de mayor importancia puesto que es su deber llevar a cabo el fin establecido por el *settlor*, quien le transmite el dominio jurídico de los bienes que son objeto del *trust*. La transmisión de dicho dominio lo faculta para ejercer los derechos que sean necesarios respecto de los bienes destinados al *trust* con el propósito de dar cabal cumplimiento a los fines del mismo. En principio, la designación del *trustee* no es indispensable al momento de la constitución del *trust*, pero de no hacerlo y llegado el momento de que se deban de cumplir los fines del *trust*, le corresponderá al tribunal competente llevar a cabo dicha designación. Corresponde al *settlor* definir si designará a uno o a varios *trustees*. En el cumplimiento de las obligaciones tendientes a alcanzar los fines del *trust*, el *trustee* deberá de actuar respecto de los bienes como si fueran propios, debiendo en todo momento atender las instrucciones que hayan sido dictadas por el *settlor*, o en su caso, por el *beneficiary*. Asimismo, el *trustee* será responsable por los daños y perjuicios que se lleguen a causar en caso de que su actuación sea negligente, y tendrá prohibido delegar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la confianza que implica su encargo, a menos de que el *settlor* lo haya autorizado expresamente para hacerlo.³¹

El tercer elemento personal involucrado en el funcionamiento del *trust* es el beneficiario o *beneficiary*, también denominado *cestui que trust*. El beneficiario está facultado para exigir al *trustee* el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la consecución de los fines para los cuales le fueron transmitidos los bienes a éste último, así como para exigirle que los bienes se reintegren al patrimonio del *trust* en caso de que, por una mala actuación del *trustee*, éstos hayan salido de dicho patrimonio y se

³¹ Ibid. Pág. 144.

encuentren en poder de terceros. Generalmente el beneficiario es una persona determinada, pero se pueden presentar casos en los que éste no es designado. A estos *trusts* sin beneficiarios específicos se les conoce como *charitable trusts*, que tienen como rasgo común que sus fines generalmente son muy amplios, y pueden consistir en actividades tales como la administración de herencias o fomentar actividades educativas, entre otras.³²

El maestro Domínguez Martínez menciona que existe una discusión doctrinal que básicamente se centra en el tema de si existe o no una dualidad de propiedades en los casos en los que se constituye un *trust*. Dicha discusión tiene su origen en el hecho de que el Common Law reconoce plenamente la transmisión de dominio que se hace con motivo del trust a favor del trustee, mientras que por otro lado, la noción de que los derechos que el propio trust genera a favor del beneficiario fue introducida y reconocida por el Equity. En ese sentido, se ha hablado de un derecho formal, exteriorizado mediante la transmisión de la propiedad al trustee, y por otro lado un derecho de propiedad sustancial o económico a favor del beneficiario. En contraposición a la postura que defiende la dualidad de propiedades, se encuentra la postura que indica que existe una sola institución de propiedad (*ownership*), en la que la titularidad del dominio sobre los bienes afectos al *trust* puede recaer en una persona, mientras que los derechos de goce, uso o disfrute pueden recaer en otra distinta, sin que ello implique dicha dualidad.³³

Hasta ahora hemos revisado los antecedentes que consideramos de mayor importancia en relación con la institución del fideicomiso mexicano. Por un lado, las figuras propias del derecho romano contienen elementos que

³² Ibid. Págs. 144-145.

³³ Ibid. Pág. 145

resultan importantes para la comprensión del fideicomiso mexicano, tales como la *actio fiduciae* que permite exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo del fiduciario, o como la estructura de los elementos personales en el *trust* que se asemejan y sirven de base a los elementos personales propios del fideicomiso mexicano.

El maestro Cervantes Ahumada afirma que el antecedente directo del fideicomiso mexicano es el *trust* estadounidense, y comenta que a pesar de que dicha figura sirvió al legislador mexicano para establecer las bases para el desarrollo de la institución en nuestro país, ésta fue adaptada a la realidad en la que fue inserta. Asimismo, reconoce la labor del legislador de darle un carácter mercantil a la figura, principalmente a través del hecho de que su operación y funcionamiento haya sido encargada de forma prácticamente exclusiva a los bancos. Asegura que gran parte del éxito que ha tenido el fideicomiso en nuestro país se debe principalmente a que los bancos, a pesar de algunos casos en los que algunos de ellos han fracasado, generalmente han contribuido al arraigo que el fideicomiso tiene en nuestra cultura jurídica, así como al amplio espectro de aplicación que la institución ha logrado durante los años.³⁴

Cervantes Ahumada narra brevemente los pasos que atravesó la institución hasta llegar a establecerse como una figura de manera permanente en nuestra legislación:

Después de algunos intentos, el fideicomiso fue introducido en el ordenamiento mexicano por la Ley de Instituciones de Crédito de 1924, que hizo referencia a él sin reglamentarlo, y la ley de la misma materia, de 1926, que lo reglamentó como mandato irrevocable. En realidad, en su calidad de negocio fíptico, distinto de otros negocios, el fideicomiso aparece en 1932, en la vigente Ley General de

³⁴ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 288.

Títulos y Operaciones de Crédito. Es bajo la vigencia de esta ley cuando el fideicomiso alcanza la gran difusión que ha logrado en la práctica bancaria.³⁵

A manera de conclusión respecto de los antecedentes que han servido a la institución del fideicomiso en nuestro país, concordamos con la opinión del maestro Cervantes Ahumada en el sentido de que el antecedente directo de la figura en México es el *trust* estadounidense, sobre todo tomando en cuenta los fines que éste llegó a tener una vez que alcanzó su etapa de maduración. Asimismo, consideramos que la relación tripartita que ordinariamente se da en el *trust* permea de manera importante a la figura mexicana. Incluso, en cuestiones prácticas, tales como el hecho de que en los Estados Unidos de América haya tenido una gran difusión la actuación de bancos y compañías especializadas en la actuación fiduciaria.

B. Antecedentes de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple.

El antecedente directo en el derecho mexicano de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple son las Sociedades Financieras de Objeto Limitado. En palabras del autor Fernando Menéndez Romero, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado:

...son sociedades anónimas de capital variable que surgieron en 1993 como resultado del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América y Canadá y que tiene por objeto captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e intermediarios y otorgar créditos para determinada actividad o sector.”³⁶

³⁵ Idem.

³⁶ MENÉNDEZ ROMERO, Fernando, *Derecho Bancario y Bursátil*, Iure Editores, México, 2008, pág. 233.

En otras palabras, las SOFOLES no captan directamente recursos del público como los bancos, sino que obtienen dicho recursos a través de la colocación previa de instrumentos en el mercado de valores.³⁷

Continúa el autor antes referido con su comentario respecto de las SOFOLES y establece que éstas:

son sociedades anónimas autorizadas discrecionalmente para organizarse y funcionar por parte de la CNBV, que tienen por objeto captar recursos del público mediante la colocación de instrumentos avalados previamente por una calificación previa (sic) de una institución calificadoradora de valores, inscritos en el Registro Nacional de Valores y canalizar créditos para determinada actividad o sector (industrial, comercial, seguros, vivienda, textil, etcétera).³⁸

En el año de 2006, el Congreso de la Unión lleva a cabo una serie de reformas a diversas leyes financieras entre las cuales se crea la figura de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple. Con la creación de las SOFOMES, las actividades que anteriormente desempeñaban las SOFOLES (otorgamiento de crédito), las arrendadoras financieras y las empresas de factoraje financiero, ahora pueden ser desarrolladas de manera conjunta por un solo tipo de figura jurídica. El autor Menéndez Romero comenta al respecto lo siguiente:

Las SOFOMES vienen a sustituir a las SOFOLES en el mediano plazo. A finales de abril de 2006, el Congreso de la Unión aprobó diversas reformas a las leyes de los sistemas financiero e impositivo, para dar cabida a una nueva figura: las SOFOMES. Hay tres entidades en nuestro sistema financiero que son antecedentes de las SOFOMES: las SOFOLES, reconocidas desde 1993 en la *Ley de Instituciones de Crédito*, así como las arrendadoras financieras y las empresas de factoraje, avaladas en la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, desde 1981 y 1990, respectivamente. Estos tres tipos de entidades se transformarán en SOFOM después de un plazo de transición de hasta siete años.

Las SOFOLES, arrendadoras financieras y empresas de factoraje son organizaciones reguladas por la CNBV previa autorización de la SHCP, y su objetivo mercantil está restringido a otorgar crédito a una actividad económica

³⁷ Idem.

³⁸ Ibid., Págs. 232-233.

específica, en el primer caso, o mediante una modalidad particular del crédito, en los dos siguientes. Las nuevas SOFOMES están concebidas para no requerir la aprobación de la SHCP, no ser supervisadas por la CNBV y otorgar crédito a todo tipo de actividad económica, desde cualquier modalidad, ya sean créditos quirografarios, con garantía prendaria o hipotecaria; arrendamientos o factorajes financieros, etcétera. Las SOFOMES no reguladas tendrán a su favor el ahorro de los costos de supervisión que se pagan a la CNBV y en los que incurren al preparar los reportes que constantemente tienen que presentar a la autoridad.

En contra, deberán de conseguir los recursos para su operación de los bancos o del mercado de valores, y a ellos tendrán que demostrarles que son entidades con solidez operativa y financiera, como cualquier otra organización mercantil que acude por recursos...Estas sociedades continuarán reguladas por CNBV si mantienen vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o grupos financieros en los que formen parte las instituciones de crédito; y dejarán de estar reguladas por la CNBV cuando éstas sean independientes.³⁹

Así las cosas, se puede identificar como antecedente de las SOFOMES a las SOFOLES, y de cierta forma a las arrendadoras financieras y a las empresas de factoraje financiero, ya que al brindarle el legislador a las SOFOMES la posibilidad de llevar a cabo estos tres tipos de actividades como parte de su objeto social principal, tal y como lo veremos más adelante, se combinan en una sola figura las actividades que anteriormente desarrollaban de manera independiente tres figuras jurídicas distintas. En cualquier caso, la combinación de las tres actividades previamente mencionadas en una sola figura jurídica tiene como finalidad principal contar con un vehículo que permita desarrollar actividades de consumo y crédito.

Esta postura se viene a robustecer por el hecho de que, según el siguiente comentario de Menéndez Romero:

Las SOFOLES, arrendadoras financieras y las empresas de factoraje financiero contarán con un periodo de siete años que concluye el 18 de julio de 2013 para transformarse en SOFOMES, o bien disolverse o liquidarse, toda vez que a partir de esa fecha las autorizaciones otorgadas por la SHCP quedarán sin efectos por ministerio de ley, por lo que las sociedades que tengan dicho carácter dejarán de ser organizaciones auxiliares del crédito. Las sociedades que no cumplan con lo anterior entrarán, por ministerio de ley, en estado de disolución y liquidación,

³⁹ Ibid., Págs. 238-239.

sin necesidad de acuerdo con la asamblea general de accionistas. Las SOFOLES podrán seguir actuando como fiduciarias en los fideicomisos a los que se refiere la LTOC hasta que queden sin efecto las autorizaciones otorgadas por la SHCP conforme a la *Ley de Instituciones de Crédito*, salvo que adopten la modalidad de SOFOMES y observen ciertos requisitos.⁴⁰

⁴⁰ Ibid. Pág. 240.

II. CONCEPTO DE FIDEICOMISO Y DE LAS SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE.

A. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.

En este capítulo revisaremos diversas posturas doctrinales que se refieren a la naturaleza jurídica de la institución del fideicomiso mexicano, a fin de llegar a un concepto que nos indique cómo se considera a esta importante figura dentro de nuestro sistema jurídico. Tomaremos como guía para ello el propio análisis hecho por el maestro Miguel Acosta Romero, ya que consideramos que la forma en la que aborda y concluye sobre este tema en particular es clara y lógica.

A reserva de los distintos conceptos y definiciones que analizaremos, comenzaremos por presentar la transcripción del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a decir del maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez más que una definición, los términos contenidos en dicho artículo se enfocan en la descripción del contenido externo propio del fideicomiso⁴¹:

Artículo 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.⁴²

Como lo señala acertadamente el maestro Rodríguez, de la lectura del artículo anteriormente transcrito no se desprende la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que dicho precepto únicamente nos indica qué es lo que

⁴¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, Vigésimoséptima edición, México, 2004, Pág. 619.

⁴² Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

sucede en virtud del mismo, pero sin establecer una clasificación del mismo. En ese sentido, a continuación se revisarán tres posturas que han sido las más analizadas por los estudiosos de la materia en nuestro país.

1. Negocio Jurídico – Negocio Fiduciario.

Una de las tres posturas que analizaremos en este capítulo en relación con la naturaleza jurídica del fideicomiso es la del negocio jurídico, con su derivación analítica a la del negocio fiduciario. Según lo comenta el maestro Acosta Romero, diversos autores mexicanos, tales como Raúl Cervantes Ahumada o Jorge Alfredo Domínguez Martínez han insistido y coincidido en el decir de que el fideicomiso es un negocio jurídico.⁴³

En principio, el maestro Acosta Romero apunta que en nuestro país, así como en otros países de tradición jurídica latina, la fórmula del negocio jurídico no se encuentra plenamente reconocida por los ordenamientos normativos. Esto acarrea que dentro de estos sistemas, incluyendo por supuesto el sistema jurídico mexicano, la inclusión del concepto del negocio jurídico, aunque sea en un ámbito doctrinal, tiene que ver con un ejercicio teórico, que no tiene efectos de índole práctica y que en ocasiones da pie a que se puedan generar ciertas confusiones derivadas del alejamiento que dicho concepto tiene, por lo menos en cuestión de terminología, de otros conceptos ampliamente adoptados, tanto por la doctrina como por la propia legislación.⁴⁴

En principio el autor en comento hace una revisión del concepto mismo de negocio jurídico hecho por algunos tratadistas, antes de llevarlo al análisis

⁴³ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 171.

⁴⁴ *Ibid.* Pág. 166.

en relación con el fideicomiso. En ese sentido, señala lo siguiente en relación al negocio jurídico:

...es una expresión de voluntad...destinada a un fin práctico que por virtud de la ley logra más o menos cabal realización: Lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico en vista de la legitimidad del fin, al que corresponde una función...y que, por esa razón,...es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo.⁴⁵

En otras palabras, existe un negocio jurídico en virtud de la expresión de la voluntad, siempre y cuando los fines perseguidos por ésta sean legítimos, otorgándole consecuencias jurídicas. Sin embargo, el autor señala que al ser el negocio jurídico una "abstracción o categoría lógica", esto implica que no esté reconocido por el derecho positivo.⁴⁶

Otra de las definiciones analizadas por el autor indica que "el negocio jurídico es un acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece."⁴⁷ De igual forma, este concepto incluye los elementos de exteriorización de la voluntad tendiente a la realización de un fin específico, legítimo, y que acarrea consecuencias jurídicas en virtud del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Dicho concepto es sintetizado en la siguiente definición recogida por el autor en su obra: "Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la

⁴⁵ Vid. BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, traducción de la 6ª edición italiana por Pablo Macedo, 1978, Editorial Porrúa, S.A. p. 51 Apud. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2002, Pág. 166.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Vid. CABANELLAS, Guillermo, *Op. cit.* T.IV-J-O, 12ª ed. 1979, Editorial Heliasta, S.R.L., p. 535. Apud. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2002, Pág. 167.

voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica.”⁴⁸

A continuación el autor hace una breve pero clara distinción entre los hechos, actos y negocios jurídicos. Para ello, Acosta Romero indica que es necesario “tomar en cuenta la intervención de la voluntad, presencia o ausencia de ella – en estos dos momentos: a) en la realización del acontecimiento en el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y b) en la producción de consecuencias jurídicas.”⁴⁹

En los actos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en los hechos jurídicos, existe una intervención de la voluntad únicamente en la realización del acontecimiento de que se trate (primer momento de acuerdo a lo previamente expuesto), y no en la producción de los efectos jurídicos propios del acto (segundo momento), aún cuando éstos se produzcan.⁵⁰ Por otro lado, la teoría del negocio jurídico establece que la voluntad interviene en los dos momentos previamente mencionados, y se pone de ejemplo el de los contratos, al decir que éste es realizado de manera voluntaria por quienes lo celebran (primer momento) y que los involucrados buscan que se produzcan las consecuencias jurídicas que el acontecimiento conlleve desde el momento de su celebración (segundo momento).⁵¹

Así, en lo referente al negocio jurídico, el maestro Acosta Romero afirma que “los tratadistas que reconocen el concepto de negocio jurídico lo

⁴⁸ Código Civil de Sajonia de 1963 Apud. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2002, Pág. 168.

⁴⁹ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 168.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

definen como un hecho consistente en una manifestación de voluntad, para producir efectos reconocidos por el orden jurídico y además lícitos.”⁵²

Por otra parte, el autor expone la teoría proveniente del sistema francés, que lleva a cabo la clasificación de los hechos jurídicos en hechos naturales y hechos del hombre, y dentro de ésta última categoría, distingue entre los hechos en estricto sentido y los actos jurídicos.⁵³ Esta clasificación ha sido adoptada en gran medida por la doctrina mexicana, que considera a los actos jurídicos como hechos del hombre, y que consiste en la manifestación “de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho, como son crear, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.”⁵⁴ En palabras del maestro Diego Robles Farías, “por actos jurídicos debemos entender aquellos en los que su autor busca conscientemente los efectos jurídicos de su actuar, es decir, aquellos en los que el hombre aplica su discernimiento, intención y voluntad en la búsqueda de esos resultados jurídicos.”⁵⁵

Tomando como base el concepto previamente mencionado de acto jurídico, tanto la doctrina como la propia legislación han establecido una definición de convenio y contrato. Así, los artículos 1792 y 1793 del CCF establecen lo siguiente⁵⁶:

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

⁵² Ibid. Pág. 170.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ROBLES FARÍAS, Diego, *Las Relaciones Jurídicas Obligatorias*, Universidad Panamericana, Sede Guadalajara, 2007, Pág. 123.

⁵⁶ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 170.

En este punto, el autor llega a su primera conclusión en relación a la figura del negocio jurídico, al establecer que su "terminología...es sensiblemente similar a la del acto jurídico; (pudiendo) casi afirmar que la doctrina que insiste en esta distinción lo que hace es cambiar la palabra negocio por la palabra acto, pues en cuanto a los efectos que originan, coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones..." y termina su idea estableciendo que el uso del término negocio jurídico resulta discutible y confuso.⁵⁷ En consecuencia,

la pretendida innovación del concepto de negocio jurídico, no es una aportación novedosa ni definida a la teoría del acto jurídico y en última instancia, únicamente" consiste en sustituir el término acto por negocio, razón por la cual el autor estima que dicho concepto debe rechazarse.⁵⁸

A continuación el maestro Acosta Romero se refiere a las posturas doctrinales que, tomando como base el concepto del negocio jurídico, clasifican al fideicomiso como tal, siendo una de ellas la presentada por el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien establece que "el fideicomiso es un negocio jurídico por la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse con el mismo, el campo tan amplio en el que actúa la autonomía de la voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece esta figura, y por ello, afirma contundentemente que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos."⁵⁹ En sus conclusiones, a decir de Acosta Romero, Domínguez Martínez establece que el fideicomiso "está compuesto de diversos negocios, uno, el constitutivo", mediante el cual se destinan ciertos bienes a llevar a cabo un fin específico y lícito, y otro que consiste en un "contrato de ejecución de fideicomiso", en virtud del cual el fiduciario se obliga frente al fideicomitente a realizar los

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ibid. Pág. 171.

⁵⁹ Ibid. Pág. 172.

actos que tienden a alcanzar los fines que se han establecido. En la opinión de Acosta Romero, esto resulta contradictorio, puesto que en un principio se establece que el fideicomiso es un negocio jurídico, y posteriormente se habla de dos.⁶⁰

Acosta Romero también nos remite a la opinión del maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez quien establece 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 por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.⁶¹

En este momento, el autor adelanta parte de su conclusión, desvirtuando la utilización del término de negocio jurídico y su aplicación en lo referente al fideicomiso, estableciendo que para conservar la congruencia de sus argumentos:

...no debe aplicarse...(la terminología de negocio jurídico) al fideicomiso, pues además de que no resulta práctica, no ha sido aceptada por el uso mercantil y bancario de nuestro país. Tanto es así, que...no se ha observado que en un solo documento se diga negocio de fideicomiso constituido por 'X' o 'Z' persona, al contrario, en la práctica diaria se habla de contrato de fideicomiso.⁶²

Enseguida, Acosta Romero hace una breve exposición de la doctrina que cataloga al fideicomiso como un negocio fiduciario, y comienza por establecer que la doctrina, en su gran medida aquella proveniente de países en los que no se ha establecido la figura del *trust* o del fideicomiso, y que no cuentan con figuras similares, la teoría ha desarrollado el concepto de negocio fiduciario, utilizado para denominar a aquellos actos celebrados por

⁶⁰ Idem.

⁶¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 620.

⁶² ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 173.

los particulares y que no se encuentra contemplado por la legislación, teniendo como fin la celebración de un acto distinto al fin que pretenden las partes involucradas. A todo esto, el autor indica que estos actos consisten en la entrega que una de las partes hace a la otra de ciertos bienes, “para que ésta última cumpla con (los fines establecidos), y que sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.”⁶³

Claramente se alcanza a distinguir que las posibilidades prácticas que se pretenden alcanzar con la figura del “negocio fiduciario” son aquellas que el fideicomiso o el *trust* se encargan de lograr en la realidad jurídica de los países que los han adoptado doctrinal y legislativamente. De ahí que al existir la figura del fideicomiso o el *trust* sea posible que éstas cumplan con esa finalidad de entregar ciertos bienes a una persona para el cumplimiento de un objetivo específico.⁶⁴ En ese sentido, Acosta Romero asevera que:

...la doctrina del negocio fiduciario, ilícito, atípico, simulado...no tiene ninguna relación con el fideicomiso, pues mediante éste el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria, con los efectos modalidades, límites y consecuencias que el régimen jurídico establece.⁶⁵

Concluye Acosta Romero diciendo que al ser el fideicomiso una figura

típica, lícita, legal y...reglamentada (por lo que) no parece lógico ni congruente, compararla con otros actos simulados ni con figuras que en otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente una institución similar al *trust* ni al fideicomiso. Al hacer el estudio paralelo del llamado negocio fiduciario con el fideicomiso, a lo único que se contribuye es a la dispersión de conceptos y a su imprecisión.⁶⁶

⁶³ Ibid. Págs. 173-174.

⁶⁴ Ibid. Pág. 174.

⁶⁵ Ibid. Pág. 175.

⁶⁶ Idem.

2. Acto Unilateral de la Voluntad.

La segunda postura teórica adoptada por algunos estudiosos mexicanos que se refieren al fideicomiso es la que lo cataloga como un acto unilateral de la voluntad. Nuevamente, el maestro Acosta Romero, refiriéndose al análisis hecho por el maestro Domínguez Martínez, indica lo siguiente:

(el) fideicomiso se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud del 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, (debiendo) realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.⁶⁷

Es interesante como a pesar de que en principio la postura del maestro Domínguez Martínez comienza estableciendo que el fideicomiso es constituido mediante la declaración unilateral de voluntad hecha por el fideicomitente, hacia el final de su definición reconoce el carácter contractual que debe existir en relación a la actuación de la fiduciaria que recibirá los bienes objeto del fideicomiso y que estará encargada de llevar a cabo los actos tendientes al cumplimiento de los fines del mismo.

En principio, el maestro Acosta Romero indica, en concordancia por lo señalado por otros autores, que una manifestación unilateral de voluntad será considerada como fuente de obligaciones jurídicas en los casos en los que específicamente la ley la reconoce como tal.⁶⁸ Al efecto, el maestro Borja Soriano hace el siguiente análisis:

El artículo 1859 del Código Civil de 1928, dice que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a los convenios y otros actos jurídicos. Este precepto se refiere, evidentemente, a los actos jurídicos ya existentes, o sea a aquellos en los que se reúnen la voluntad y la norma de derecho que los haga producir efectos;

⁶⁷ Ibid. Pág. 176.

⁶⁸ Ibid. Pág. 177.

faltando esa norma no se puede decir que haya acto jurídico al cual se aplique el artículo 1859. Y este es el caso de las declaraciones unilaterales de voluntad que quieran crear obligaciones, si les falta la Ley que les atribuya ese efecto creador. El repetido artículo no se refiere a los actos de sola voluntad, que son simplemente actos psicológicos, pero no jurídicos.⁶⁹

En ese sentido, si bien es correcto considerar a la manifestación o declaración unilateral de la voluntad como fuente de obligaciones jurídicas, esto deberá hacerse únicamente en los casos en los que la legislación reconozca consecuencias jurídicas a estas expresiones de voluntad. El maestro Acosta Romero refiere de manera general cuales son los casos en los que la legislación reconoce la producción de obligaciones derivada de la declaración unilateral de la voluntad:

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.⁷⁰

Posteriormente, el maestro Acosta Romero apunta acertadamente el hecho de que las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que reglamentan la institución del fideicomiso, en ningún momento se refieren a una manifestación o declaración unilateral de la voluntad por parte del fideicomitente, y mucho menos se le reconoce un efecto constitutivo de fideicomiso a una manifestación unilateral de la voluntad hecha por el fideicomitente.⁷¹ Adicionalmente, el autor establece que la “simple manifestación unilateral de voluntad no transmite los bienes o

⁶⁹ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, Décimo Octava edición, México, 2001, Pág. 304.

⁷⁰ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 178.

⁷¹ *Ibid.* Pág. 179.

derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes.”⁷²

Tomando en cuenta las consideraciones previamente expuestas, el autor concluye que la institución del fideicomiso no puede considerarse como una manifestación unilateral de la voluntad, pues al no dársele tal carácter expresamente por la legislación que la regula, no puede interpretarse que su naturaleza sea ésta.⁷³

Acosta Romero continúa explicando que, desde su punto de vista, el precepto que originó la polémica en torno a la posible clasificación del fideicomiso como una manifestación unilateral de la voluntad es el que correspondía al segundo párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito⁷⁴, previo a la reforma de fecha 23 de mayo de 2000, en virtud de la cual se recorrieron los artículos referentes al fideicomiso y se modificó el texto de algunos de ellos, entre otros, el del 350 que pasó a ser el 385 y que cambió por completo su redacción. Sin embargo, para efectos de referencia en cuanto al comentario del maestro Acosta Romero, a continuación transcribimos el segundo párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente a 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 autor señala que la interpretación del párrafo anteriormente transcrito “no puede llegar al extremo de reconocer que, en su redacción, esté

⁷² Ibid. Pág. 180.

⁷³ Ibid. Pág. 183.

⁷⁴ Idem.

implícita la idea de que el fideicomiso pueda constituirse mediante manifestación unilateral de voluntad, pues ya hemos visto que, por lo menos en nuestro sistema jurídico, no existe manifestación de voluntad unilateral en forma tácita o implícita.”⁷⁵ El autor continúa apuntando que la utilización de la palabra “designación” en el precepto previamente aludido es inapropiada, en virtud de que “los fiduciarios no se designan, pues ello traería como consecuencia la aceptación forzosa de los fideicomisos por parte de quienes los van a desempeñar”⁷⁶, lo cual sería una violación a la garantía constitucional consagrada en el artículo 5º de la CPEUM, que en términos generales establece que nadie puede ser obligado a desempeñar una labor en contra de su voluntad, y en consecuencia lo anterior se traduciría que los fiduciarios no están obligados a aceptar desempeñar dicho cargo en cualquier fideicomiso.⁷⁷

En conclusión, “el supuesto de manifestación unilateral de voluntad no puede tomarse en esta materia más que como una policitud que hace el presunto fideicomitente, misma que si no es aceptada por ningún fiduciario, no tendrá ningún efecto, pues...la existencia del fideicomiso comienza cuando acepta el cargo el fiduciario.”⁷⁸ Lo anterior viene a robustecerse de la letra del tercer párrafo del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor, que establece lo siguiente: “El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.”⁷⁹

⁷⁵ Ibid. Pág. 184.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

3. Contrato.

A continuación revisaremos la tercera postura presentada por el maestro Acosta Romero en relación con la naturaleza jurídica de la institución del fideicomiso mexicano. En ese sentido, y después de analizar las consideraciones en torno al negocio jurídico y a la manifestación o declaración unilateral de la voluntad, el maestro Acosta Romero comienza por establecer que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un contrato, y enseguida expone las razones por las cuales llega a dicha conclusión.

En principio, el autor afirma que el fideicomiso es un acto jurídico, en virtud de que éste conlleva la manifestación de la voluntad de dos o más personas con la intención de crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.⁸⁰ A fin de establecer la amplia aceptación que dicho concepto ha tenido a lo largo del desarrollo de nuestro sistema jurídico, a continuación se expondrán de manera breve tres posturas que coinciden en el mismo:

Manuel Borja Soriano toma la definición de Colin y Capitant:

El contrato o convenio es un acuerdo de voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, se crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; se en fin extinguirlo...Se reserva algunas veces,..., el nombre de contrato a los convenios que tienen por objeto hacer nacer o transmitir un derecho,...Pero esta distinción entre los contratos y convenios no tiene sino un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a los unos y a los otros.⁸¹

Para el maestro Bejarano Sánchez, el contrato se define de la siguiente manera:

⁸⁰ Ibid. Pág. 188.

⁸¹ BORJA SORIANO, *Op. cit.* Pág. 111.

El contrato es una especie de convenio. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (art. 1792 del CCF). Ahora bien, 'los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman en nombre de contratos.' (art. 1793 del CCF). Por exclusión, los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto,...⁸²

El contrato como todo convenio es un acto jurídico, una manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Al constituir en una doble manifestación de la voluntad, la de ambos contratantes que se ponen de acuerdo, es un acto jurídico bilateral o plurilateral: su integración y existencia depende forzosamente de la concertación de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho se conoce como consentimiento.⁸³

El maestro Diego Robles Farías hace el siguiente análisis de los elementos constitutivos del contrato y concluye definiéndolo de la siguiente manera:

Según quedó asentado en el capítulo anterior, las obligaciones constituyen limitaciones a nuestra libertad individual, por lo que sólo podemos obligarnos cuando consentimos a ello. Por otro lado, también dijimos que el contrato es la principal fuente de Relaciones Jurídicas Obligatorias, pues en la vida moderna constituye el cause (sic) ideal para expresar nuestra voluntad de obligarnos y lograr con ello los objetivos que nos proponemos.

Por ello debemos siempre vincular al contrato con la voluntad, y más bien con la voluntad de dos o más personas que convergen para crear obligaciones; en ese sentido, el contrato implica siempre un acuerdo de voluntades que crea una Relación Jurídica Obligatoria. Pero éste es un concepto preliminar e incompleto, ya que la doctrina y la experiencia han extendido los efectos de acuerdo de voluntades, atribuyéndole no sólo la función de creación de obligaciones, sino también la de transmitir las, modificarlas o extinguirlas.

Algunos autores han señalado que debe adicionarse a las funciones anteriores del contrato, la de conservar derechos y obligaciones, atributo que no puede ser analogado a ninguno de los señalados con anterioridad. En la práctica diaria del derecho, es usual celebrar convenios en los que las partes se reconocen, y por ende conservan, derechos y obligaciones. Esa función se da, por ejemplo, cuando existe duda o controversia sobre la titularidad de un derecho, y las partes, con el objeto de evitar futuras controversias, celebran un convenio en el que se reconocen o aclaran la situación (sic) jurídica controvertida, y de esa manera conservan la Relación Jurídica Obligatoria.

⁸² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford University Press, Quinta edición, 1999, Págs. 26-27.

⁸³ *Ibid.* Pág. 27.

Finalmente, debemos tomar en cuenta que las únicas Relaciones Jurídicas que interesan al derecho de las obligaciones, son las que tiene carácter patrimonial. De todo lo anterior podemos elaborar un concepto completo y moderno de contrato: acuerdo de voluntades que crea, modifica, transmite, conserva o extingue Relaciones Jurídicas Obligatorias de carácter patrimonial.

Es oportuno señalar de nueva cuenta, la importancia que en nuestro derecho representa el contrato, cuyos principios generales son aplicables a todos los demás actos jurídicos creadores de obligaciones, según disposición expresa del artículo 1859 del CCF.⁸⁴

Por su parte, en concordancia con las posturas previamente expuestas, que coinciden con la mayoría de los conceptos aceptados por los tratadistas mexicanos a lo largo de los años, y recogida en nuestra legislación (CCF), el maestro Acosta Romero realiza un ejercicio en virtud del cual brinda los razonamientos por los que considera que la figura del fideicomiso mexicano es un contrato. Comienza por revisar la definición propia del término "contrato" a la luz de los artículos 1792 y 1793:

Ahora bien, dentro de las especies de los 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 añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos.⁸⁵

En cuanto al uso del término "contrato" o "convenio", el autor expresa su opinión de la siguiente manera:

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida por nuestro código entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues al no tener sanción, se aprecia que se utilizan en el tráfico jurídico indistintamente las palabras contrato o convenio, para calificar aquellos actos jurídicos en los que las personas, dos o más, expresan su voluntad de crear los efectos de derecho antes mencionados, sin que el uso de una u otra expresión traiga aparejadas consecuencias para las partes, por lo que es una práctica constante que se usan indistintamente y a veces como sinónimos.⁸⁶

⁸⁴ ROBLES FARÍAS, *Op. cit.* Pág 137.

⁸⁵ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 189

⁸⁶ *Idem.*

El autor procede a clasificar al fideicomiso mexicano como un contrato, en virtud de que “considera que 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 la voluntad.”⁸⁷ La consideración de que el fideicomiso es una “relación jurídica” da pie a que en un ejercicio de analogía, se compare al *trust*, como antecedente directo del fideicomiso mexicano, con éste último, y en ese sentido el autor establece lo siguiente:

Los autores de derecho y los tribunales han definido algunas veces al trust como una cierta clase de derecho u obligación. Esa definición es demasiado estrecha. Es cierto que si se mira desde el punto de vista del trustee, hay derechos establecidos para él y en favor del beneficiario, pero el trust es una relación jurídica completa de la cual, las obligaciones del trustee son sólo una parte... el trust es un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia, incluye no sólo las obligaciones que el trustee tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del trustee y el resto del mundo. Parece propio por lo tanto definir al trust ya sea como una relación que tiene ciertas características de definición o posiblemente como un instrumento jurídico o una institución legal que entraña esa relación.⁸⁸

Basándose en la definición establecida por el autor George G. Bogert, el autor menciona que el *trust* es “una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de otros.”⁸⁹ Posteriormente, el autor compara los elementos personales del trust con los del fideicomiso, comenzando por el fideicomitente: “El settlor (fideicomitente), en un trust, es la persona que intencionalmente origina que aquél exista...”⁹⁰ A continuación establece que el “trustee fiduciario es la persona individual o

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Vid. BOGERT, George Gleason, *The Law of Trust and Trustees*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 2ª ed. 1977, Pág. 1. Apud. ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 190.

⁹⁰ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 190.

artificial (corporación) que mantiene la propiedad en su poder, para el beneficio de otros.”⁹¹, y finalmente indica que el “beneficiario o cestui que trust (fideicomisario) es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad el fiduciario y puede ser en los trusts privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tienen fines caritativos, pueden ser el público o una clase sustancial del mismo.”⁹²

A decir del autor, “si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que existe identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del trust..., cabe concluir que la docta opinión de los autores que he citado permiten afirmar que el trust es una relación jurídica establecida entre dos o más personas.”⁹³ Así, continúa el autor estableciendo que en nuestro país también existe dicha relación jurídica entre las partes que constituyen un fideicomiso, ya que como se ha expuesto anteriormente, no puede darse la existencia del fideicomiso sin que medie la aceptación correspondiente por parte del fiduciario.⁹⁴

En consecuencia, el maestro Acosta Romero concluye diciendo que el fideicomiso mexicano es un contrato, ya que si se considera que éste “implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre sus partes, (debe) concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil, bien sea al convenio, bien sea al contrato.”⁹⁵ Finalmente, indica el autor que por tratarse de un acto jurídico que crea declara y transmite derechos y obligaciones, él considera que el fideicomiso mexicano es en cuanto a su naturaleza jurídica un contrato.

⁹¹ Idem.

⁹² Idem.

⁹³ Ibid. Pág. 191.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

Después de analizar las diversas posturas provistas por la doctrina mexicana, nosotros consideramos que la siguiente definición del maestro Jesús de la Fuente Rodríguez es clara y contiene los elementos esenciales para poder entender en términos generales la institución del fideicomiso mexicano:

Ampliando el concepto, podemos establecer que el fideicomiso es un contrato por medio del cual una persona física o moral (Fideicomitente), transmite a una institución bancaria o no bancaria (Fiduciario), la titularidad de bienes o derechos, salvo aquellos que conforme a las leyes sean estrictamente personales de su titular, para que dicha entidad realice un fin lícito y determinado en el contrato, en beneficio del propio fideicomitente o de terceras personas designadas por él mismo y a quien se conoce como fideicomisarios.⁹⁶

B. Efectos Jurídicos.

Uno de los aspectos más interesantes alrededor de la figura del fideicomiso es el referente a los efectos jurídicos que implica la constitución del mismo por parte del fideicomitente en relación con los bienes o derechos que finalmente constituirán el patrimonio de aquél. En ese sentido, a continuación se expone la opinión del maestro Jesús de la Fuente Rodríguez en relación con los efectos jurídicos que tiene el fideicomiso sobre los bienes o derechos que se aportan como patrimonio de éste:

Tienen un efecto traslativo de dominio, el cual no se debe asimilar al que se produce como consecuencia de una simple compra-venta, permuta o donación, ya que en el fideicomiso, la transmisión se efectúa para que el fiduciario pueda realizar los fines que se encomiendan en el contrato, con las limitaciones impuestas tanto por el mismo instrumento con los que establece la ley. De lo anterior se desprende que la transmisión de dominio tiene como fin la constitución de un patrimonio autónomo, entendiéndose por éste, un patrimonio distinto de otros y distinto sobre todo de los patrimonios propios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en donde el fiduciario sólo

⁹⁶ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil: Seguros, Fianzas, Organización y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros*, Editorial Porrúa, México, 1999, Pág. 339.

puede disponer de los bienes para destinarlos al cumplimiento de los fines del fideicomiso.

No crea una nueva figura jurídica distinta de las personas que lo constituyen como en el caso de las sociedades o asociaciones, en el fideicomiso se carece de personalidad jurídica.⁹⁷

De la opinión del maestro de la Fuente se desprenden algunos elementos que vale la pena revisar. En principio, menciona el autor que el fideicomiso tiene un efecto "traslativo de dominio". Sin embargo, el autor apunta enseguida que dicho efecto traslativo de dominio está relacionado directamente con los fines que se establezcan en el propio fideicomiso. Lo anterior implica que efectivamente los bienes o derechos aportados como parte del patrimonio del fideicomiso se transmitirán al fiduciario, pero única y exclusivamente para que éste realice las actividades estipuladas en el propio fideicomiso, y en todo momento de acuerdo con las limitaciones que establece la legislación aplicable. Esto significa que el patrimonio del fideicomiso, aunque jurídicamente siendo su titular el fiduciario, no se encuentra dentro del patrimonio de éste último. Constituye un patrimonio autónomo que es completamente independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fideicomisario y del fiduciario. Así, se da la transmisión del dominio a favor del fiduciario sobre los bienes o derechos que conforman el patrimonio del fideicomiso, pero con la implicación de que se tratará de un dominio limitado de acuerdo a los fines del fideicomiso. El análisis del patrimonio del fideicomiso como parte de sus elementos incluye las ideas en torno a la afectación de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, la titularidad sobre dichos bienes que le corresponde al fiduciario, la autonomía del patrimonio fiduciario y su afectación a fines determinados en el propio contrato de fideicomiso.

⁹⁷ Ibid. Pág. 341.

C. Concepto y características de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple.

En esta sección de la investigación haremos un análisis al concepto de las SOFOMES, así como a sus principales características, utilizando fundamentalmente los preceptos legales vigentes, así como las razones expuestas por el legislador en su exposición de motivos para la creación de las SOFOMES y la dotación a las mismas de las características y facultades que actualmente poseen.

1. Concepto de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple.

A continuación analizaremos el concepto de las SOFOMES. En principio, el autor Fernando Menéndez Romero indica lo siguiente:

Se define a la SOFOM como sociedades anónimas que en sus estatutos sociales, contemplan expresamente como su objeto social principal la realización habitual y profesional de una o más de las actividades relativas al otorgamiento de crédito, así como la celebración de arrendamiento financiero o factoraje financiero, sin necesidad de requerir autorización del gobierno federal para ello.⁹⁸

Asimismo, el autor indica el requisito de que las sociedades que cumplan con lo anterior deberán de incluir en su denominación social la expresión "sociedad financiera de objeto múltiple" o su acrónimo "SOFOM", seguido de las palabras "entidad regulada" o "entidad no regulada", dependiendo de qué tipo de SOFOM se trate.⁹⁹

El objeto principal de las SOFOMES será, al consignarse en sus estatutos sociales "la realización habitual y profesional de una o más de las siguientes

⁹⁸ MENÉNDEZ ROMERO, *Op. Cit.*, Pág. 239.

⁹⁹ Idem.

operaciones: arrendamiento financiero, factoraje financiero u otorgamiento de crédito. Las SOFOMES no deben llevar a cabo operaciones que impliquen la captación de recursos del público, es decir, no deben llevar a cabo actos que supongan intermediación bancaria.”¹⁰⁰

En ese mismo orden de ideas, el Capítulo II del Título Quinto de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito se refiere a la realización habitual y profesional de operaciones de crédito, arrendamiento financiero y factoraje financiero. Al efecto, el artículo 87-B de dicha Ley establece lo siguiente: “El otorgamiento de crédito, así como la celebración de arrendamiento financiero o factoraje financiero podrán realizarse en forma habitual y profesional por cualquier persona sin necesidad de requerir autorización del Gobierno Federal para ello”¹⁰¹.

Dicho artículo faculta a cualquier persona, física o jurídica, a que lleve a cabo las siguientes actividades de forma habitual y sin necesidad de medie autorización por parte de alguna autoridad que forme parte del Gobierno Federal para ello: i) otorgamiento de crédito, ii) celebración de arrendamiento financiero, y iii) factoraje financiero. La segunda parte del artículo 87-B establece lo siguiente:

Aquellas sociedades anónimas que, en sus estatutos sociales, contemplen expresamente como objeto social principal la realización habitual y profesional de una o más de las actividades que se indican en el párrafo anterior, se considerarán como sociedades financieras de objeto múltiple. Dichas sociedades se reputarán entidades financieras, que podrán ser:

- I. Sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, o
- II. Sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas.¹⁰²

¹⁰⁰ MENDOZA MARTELL, Pablo E. y PRECIADO BRISEÑO, Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 75.

¹⁰¹ Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

¹⁰² Idem.

En ese sentido, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito define a las SOFOM como aquellas sociedades anónimas que incluyan en su objeto social como su actividad principal la realización de las tres actividades establecidas en el primer párrafo del artículo 87-B, a saber, el otorgamiento de crédito, la celebración de arrendamiento financiero y de factoraje financiero, actividades que suponen que al actuar la SOFOM como acreditante, como arrendador en arrendamientos financieros y factor, tendrá una postura de acreedor.

Por otro lado, La LGOAAC distingue entre dos tipos de Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, a saber, las entidades reguladas y las entidades no reguladas. A continuación revisaremos la distinción entre ambas.

1. Entidades Reguladas.

En relación a las SOFOMES Entidades Reguladas, Menéndez Romero indica que éstas se definen “como empresas que mantengan vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o sociedades controladoras de grupos financieros de los que formen parte instituciones del crédito.”¹⁰³

Dicho autor reproduce el concepto recogido en el penúltimo párrafo del artículo 87-B en el cual se establecen las consideraciones mediante las que una SOFOM se considerará como Entidad Regulada:

Las sociedades señaladas en la fracción I anterior serán aquellas en las que, en los términos de esta ley, mantengan vínculos patrimoniales instituciones de crédito o sociedades controladoras de grupos financieros de los que formen parte

¹⁰³ MENÉNDEZ ROMERO, *Op. Cit.* Pág. 239.

instituciones de crédito. Estas sociedades deberán agregar a su denominación social la expresión "sociedad financiera de objeto múltiple" o su acrónimo "SOFOM", seguido de las palabras "entidad regulada" o su abreviatura "E.R.". Las sociedades financieras de objeto múltiple reguladas estarán sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.¹⁰⁴

Este tipo de SOFOM incluye a las que "mantengan vínculos patrimoniales con instituciones de crédito o sociedades controladoras de grupos financieros de los que formen parte instituciones de crédito". Como elementos de formalidad de las SOFOM reguladas la Ley establece que dichas sociedades deben incluir en su denominación social la expresión "sociedad financiera de objeto múltiple" o su abreviación "SOFOM", así como las palabras "entidad regulada" o su abreviación "E.R.". Asimismo, la Ley establece que las SOFOM Reguladas estarán bajo la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en lo referente a las actividades previamente mencionadas. El siguiente artículo de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito establece los parámetros respecto de los cuales se determinará si una SOFOM será Regulada o No Regulada:

Artículo 87-C.- Para efectos de lo dispuesto por el artículo 87-B de esta Ley, se entenderá por vínculo patrimonial a la participación en el capital social de una sociedad financiera de objeto múltiple que tenga una sociedad controladora de un grupo financiero del que forme parte una institución de crédito, o bien, cuando:

- I. Una institución de crédito ejerza el control de la sociedad financiera de objeto múltiple en los términos de este artículo, o
- II. La sociedad tenga accionistas en común con una institución de crédito.

Respecto de lo señalado en la fracción I anterior, se entenderá que se ejerce control de una sociedad cuando se tenga el veinte por ciento o más de las acciones representativas del capital social de la misma, o se tenga el control de la asamblea general de accionistas, o se esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o se controle a la sociedad de que se trate por cualquier otro medio.

¹⁰⁴ Ley General de Operaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Por accionistas en común se entenderá a la persona o grupo de personas que tengan acuerdos de cualquier naturaleza para tomar decisiones en un mismo sentido y mantengan, directa o indirectamente, una participación mayoritaria en el capital social de la sociedad y de la institución o puedan ejercer el control de la sociedad y de la institución, en términos del párrafo anterior.¹⁰⁵

En el artículo previamente transcrito el legislador aclara lo que deberá entenderse como “vínculo patrimonial” al referirse a las entidades reguladas. En ese sentido, la Ley establece que dicho vínculo patrimonial será aquella participación que tengan en el capital social de las SOFOM las sociedades controladoras “de un grupo financiero del que forme parte una institución de crédito, o bien, cuando” alguna institución de crédito ejerza control sobre la SOFOM, o bien si dicha SOFOM “tenga accionistas en común con una institución de crédito”.

La Ley continúa aclarando que, en los términos de la fracción I del artículo 87-C, se deberá de entender que una institución de crédito ejerce control sobre una SOFOM siempre y cuando aquélla sea la titular de cuando menos el veinte por ciento de las acciones representativas del capital social de ésta, que de alguna forma se tenga el control de la asamblea general de accionistas de la SOFOM o bien, que la institución de crédito se encuentre en posibilidades de designar a la mayoría de los miembros que integren el consejo de administración de la SOFOM, independientemente, de que dicho control se ejerza a través de cualquier otro medio.

Finalmente, se hace la precisión por parte de la Ley de que se deberá de considerar como accionista para efectos de la fracción II del artículo 87-C a la o las personas que estén facultados de cualquier forma para tomar decisiones en un mismo sentido en la SOFOM y que adicionalmente mantengan de forma directa o indirecta una participación mayoritaria en el capital de ésta, así como el hecho de que puedan ejercer control sobre la

¹⁰⁵ Idem.

SOFOM y de la institución de crédito de la misma forma a la que se refiere la aclaración hecha por la propia Ley para efectos de la fracción I del mencionado artículo.

2. Entidades No Reguladas.

En esta sección analizaremos a la SOFOMES, entidades no reguladas, que constituyen el tipo de entidad propia de la investigación, ya que sobre ellas y su capacidad para actuar como fiduciarias nos pronunciaremos hacia la conclusión del presente trabajo.

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito establece que las SOFOM se considerarán como entidades no reguladas cuando no exista en su capital social la participación de alguna de las entidades a que se refieren los tres últimos párrafos de la sección 1. anterior. En un ejercicio similar, se establece como elemento de formalidad que la denominación de las SOFOM no reguladas deberá incluir las palabras "sociedad financiera de objeto múltiple" o su abreviación "SOFOM", así como la expresión "entidad no regulada" o su abreviación "E.N.R." Este tipo de SOFOM a diferencia de las primeras, no se encontrará bajo la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

En ese sentido el último párrafo del artículo 87-B de la LGOAAC establece lo siguiente:

Las sociedades previstas en la fracción II de este artículo serán aquellas en cuyo capital no participen, en los términos y condiciones antes señalados, cualesquiera de las entidades a que se refiere el párrafo anterior. Estas sociedades deberán agregar a su denominación social la expresión "sociedad financiera de objeto múltiple" o su acrónimo "SOFOM", seguido de las palabras "entidad no regulada" o su abreviatura "E.N.R.". Las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas

no estarán sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.¹⁰⁶

Menéndez Romero explica que, a falta de supervisión por parte de la CNBV, “la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios prestados por la SOFOM estarán a cargo de la CONDUSEF, quien podrá ejercer sus facultades y aplicar las sanciones a las SOFOMES”¹⁰⁷. En conjunto con el objetivo principal de las SOFOMES, la falta de supervisión de las entidades no reguladas forma parte del argumento que revisaremos más adelante que nos ayudará a robustecer nuestra postura en relación con la actuación de éstas como fiduciarias.

3. Características.

Consideramos conveniente revisar a continuación algunas ideas plasmadas por el legislador en la exposición de motivos que nos serán de utilidad para comprender el objetivo de la creación de la figura de las SOFOM, y posteriormente para justificar nuestro punto de vista sobre el alcance de la actuación de dicho tipo de sociedades como fiduciario en fideicomisos de garantía.

El acceso al crédito es un elemento crucial en el desarrollo del país al ser el factor determinante en la inversión. En este sentido, la intermediación financiera juega un papel fundamental al promover el ahorro y canalizarlo hacia los proyectos más rentables y productivos.

Además del sistema bancario y los mercados públicos de deuda y capital, existe un grupo de intermediarios financieros no bancarios que juegan un papel fundamental en el proceso de intermediación financiera. Este grupo está

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ MENÉNDEZ ROMERO, *Op. Cit.*, Pág. 239.

compuesto por las sociedades financieras de objeto limitado (Sofoles), así como por las arrendadoras financieras y las empresas de factoraje financiero¹⁰⁸...

(se establece la importancia de que) las entidades comerciales puedan captar recursos del mercado de valores y de la banca y otorgar financiamiento con estos mismos recursos. Es decir, las empresas de cualquier giro, principalmente las que se dedican a la venta de productos para el consumo, por ejemplo, los grandes almacenes, podrán acceder a recursos que en este momento no están a su alcance, y otorgar crédito a las personas que desean adquirir los productos que venden¹⁰⁹...

Permitir el otorgamiento del crédito a varios sectores es fundamental para fomentar la actividad crediticia. Por ejemplo, una arrendadora de maquinaria agrícola no le puede otorgar crédito a un campesino para comprar semillas. La situación no es eficiente para ninguna de las partes: Por un lado, el arrendador ya conoce la calidad crediticia del agricultor, estableció una relación de largo plazo con él y le convendría prestarle, para adquirir semillas por ejemplo, para asegurarse que le continúe haciendo los pagos del tractor; por otro lado, el agricultor tiene que acudir a un intermediario financiero diferente para obtener el crédito deseado. En general, tiene poco sentido que una Sofol que puede prestar para comprar un coche no pueda prestar para comprar una lavadora por ejemplo. Estos "cajones", que se establecen en la legislación actual, no conducen a la eficiencia ya que no permiten aprovechar las sinergias de haber hecho un costoso análisis crediticio de una persona. Al mismo tiempo, los usuarios del crédito tienen que acudir y hacer trámites ante varias instituciones para que se les atienda todas sus necesidades de financiamiento.

Segundo, hace una serie de adecuaciones legislativas para darles a las empresas mercantiles que se dediquen preponderantemente a otorgar crédito, y/o arrendamiento y/o factoraje las ventajas, principalmente fiscales y procesales, que actualmente tienen las arrendadoras, las empresas de factoraje y las Sofoles como entidades financieras.

Para alcanzar cabalmente la meta de abaratar el crédito y fomentar la competencia entre entidades que no capten recursos del público ahorrador, es necesario lograr el segundo gran objetivo de la iniciativa: otorgarles a las empresas mercantiles que se dediquen preponderantemente al arrendamiento, y/o al factoraje, y/o al otorgamiento de crédito, las mismas ventajas, fiscales y procesales, que actualmente tienen las Sofoles, arrendadoras y empresas de factoraje como entidades financieras. Este objetivo, aunque conceptualmente simple, requiere, de varios cambios legislativos que se proponen en esta iniciativa.

La manera más práctica y jurídicamente sólida para otorgar las facilidades mencionadas a entidades mercantiles que no requieran de autorización es crear la figura de entidad financiera no regulada que se denominará "Sociedad

¹⁰⁸ El legislador manifiesta la importancia que tienen las sociedades financieras de objeto limitado, así como las arrendadoras financieras y las empresas de factoraje financiero en el desarrollo económico del país por ser vehículos que fomentan el acceso al crédito.

¹⁰⁹ El legislador establece que una forma de promover el acceso al crédito es permitiendo que las empresas que se dedican a la venta de productos puedan llegar a otorgar las facilidades necesarias a sus consumidores de forma tal que se incentive el consumo de dichos productos.

Financiera de Objeto Múltiple" o "Sofome." Adicionalmente, si no están vinculadas con un banco estas entidades tendrán que llevar la expresión Entidad No Regulada o E.N.R. después de su denominación. En caso de estar vinculadas con un banco, llevarán la expresión Entidad Regulada o E.R. Conceptualmente, aquellas sociedades que se dediquen preponderantemente a otorgar créditos, dar bienes en arrendamiento financiero y/o adquirir derechos de crédito mediante contratos de factoraje financiero, serán denominadas Sofomes de acuerdo con las disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito a que se refiere la presente iniciativa, y tendrán las ventajas fiscales y procesales mencionadas^{110,111}

En síntesis, podemos afirmar después de revisar la redacción final del artículo 87-B, así como la exposición de motivos de la reforma mediante la cual se crea por parte del legislador mexicano la figura de la SOFOM, que la intención que se tiene para este tipo de sociedad es que se dedique primordialmente a las actividades de otorgamiento de crédito, arrendamiento financiero y/o factoraje financiero. Asimismo, el legislador dota a la SOFOM de ciertas facultades, que de alguna manera habían pertenecido originalmente a las Sociedades Financieras de Objeto Limitado (antecedente directo de la SOFOM) las cuales le permitan gozar de las garantías suficientes para el sano desempeño de sus actividades principales. Es así como la SOFOM se encuentra facultada para la actuación como fiduciaria en fideicomisos de garantía, tema que abordaremos más adelante, al acercarnos a la conclusión de nuestra investigación.

¹¹⁰ En esta parte de su exposición el legislador explica de qué forma se puede lograr que las actividades de la SOFOM fomenten el acceso al crédito por parte de los consumidores. Se facilita a este tipo de sociedades para que sin mayores requisitos que el hecho de que su objeto social principal sea el otorgamiento de crédito y/o el arrendamiento financiero y/o el factoraje financiero, estén facultados para llevar a cabo estas actividades. Es claro que el propósito del legislador al crear la figura de la SOFOM es dotarla de facilidad para la realización de dichas actividades siempre y cuando ellas constituyan su propósito principal.

¹¹¹ Exposición de Motivos del Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Ley de Instituciones de Crédito de 12 de julio de 2006, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de julio de 2006.

III. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

A. Elementos Personales.

Regresando al fideicomiso, como parte del análisis de su estructura general, es necesario revisar las características de los sujetos que dan existencia e intervienen en él. En ese sentido, y como se ha venido mencionando a lo largo de este trabajo, existen tres figuras principales que participan en el contrato de fideicomiso. A continuación analizaremos cada una de estas figuras a fin de definir qué facultades y obligaciones le corresponden a cada una en virtud del fideicomiso.

1. Fideicomitente.

Los diversos autores que han estudiado la institución del fideicomiso mexicano se han encargado de establecer un concepto en torno a la figura del fideicomitente del que se desprenda el papel que desempeña en la existencia del mismo. En ese sentido, la mayoría de los conceptos propuestos por los autores coinciden en que el fideicomitente por manifestación de su voluntad, da vida al fideicomiso. Algunos son más específicos e incluyen en sus definiciones elementos adicionales que robustecen la noción de la figura del fideicomitente. A continuación revisaremos algunas de las definiciones dadas por los autores que estudian sobre esta materia.

El maestro Rodolfo Batiza establece que el "Fideicomitente es,..., la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad."¹¹²

¹¹² BATIZA, Rodolfo, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, Editorial Porrúa, Segunda edición, 1985, Pág. 50.

Para Raúl Rodríguez Ruiz, en un concepto muy similar al expuesto por el maestro Batiza, el fideicomitente es “la persona que, mediante la expresa manifestación de su voluntad, da nacimiento al fideicomiso”¹¹³.

Por otro lado, el maestro Jesús de la Fuente Rodríguez establece que el “fideicomitente es la persona física o moral que destina bienes o derechos para la consecución de un fin lícito y determinado ...”¹¹⁴

En una aproximación más completa al concepto de fideicomitente, Rafael de Pina define a este elemento personal del fideicomiso mexicano como la “`persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.”¹¹⁵

El maestro Acosta Romero, en un primer acercamiento al concepto de fideicomitente establece que éste es “la persona titular de los bienes o derechos, que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y, desde luego debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.”¹¹⁶ Posteriormente, el maestro Acosta Romero complementa su definición original incorporando la mención de que para poder transmitir la propiedad de los bienes o derechos que serán aportados al fideicomiso, el fideicomitente debe de tener la capacidad jurídica suficiente para ello, y genera el siguiente concepto: “El fideicomitente

¹¹³ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl, *El fideicomiso y la organización contable fiduciaria*, 4ª edición, Edit. Ecasa. México, 1977, p. 40. Apud. ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 221.

¹¹⁴ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil: Seguros, Fianzas, Organización y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros*, Editorial Porrúa, México, 1999, Pág. 340.

¹¹⁵ Vid. DE PINA, Rafael, *Diccionario de derecho*, 11ª ed. Edit. Porrúa, México, 1976, p. 220. Apud ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 221.

¹¹⁶ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 197.

es pues, la persona física o moral...que, mediante una manifestación expresa de su voluntad y teniendo la capacidad legal para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario para constituir el fideicomiso, a fin de que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye.”¹¹⁷

Consideramos que la definición propuesta por el maestro Acosta Romero es acertada en tanto que recoge los elementos necesarios para identificar de manera adecuada cuál es el papel que desempeña el fideicomitente en la constitución del fideicomiso, así como el hecho de que, para poder llevar a cabo la transmisión de la propiedad de los bienes o derechos que serán objetos del fin lícito que el fideicomiso contenga, deberá estar facultado para ello, teniendo la libre disposición de los mismos.

El maestro Raúl Cervantes Ahumada construye su definición en torno al fideicomitente estableciendo que éste es “la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso.”¹¹⁸ De la misma forma que algunos otros de los conceptos que hemos revisado, el concepto del maestro Cervantes Ahumada establece que a efecto de que el fideicomitente pueda llevar a cabo la constitución del fideicomiso, “debe tener poder de disposición sobre los bienes materiales o derechos que constituyen el patrimonio fideicometido (sic).”¹¹⁹ Asimismo, en una mención en cuanto al carácter de revocable o irrevocable que puede ser propio del fideicomiso, Cervantes Ahumada establece que, a menos de que el fideicomitente se reserve dicho derecho de revocar el fideicomiso, éste se entenderá como irrevocable.¹²⁰ En caso de que al momento de la constitución del fideicomiso

¹¹⁷ Ibid. Págs. 221-222.

¹¹⁸ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Págs. 291-292.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Idem.

el fideicomitente no señale un destino o fin específico para dichos bienes para cuando el fideicomiso deba de extinguirse, los bienes o derechos de que se trate se revertirán a favor del fideicomitente. En caso de que dichos bienes sean inmuebles, o bien, que los derechos que conforman el patrimonio del fideicomiso sean derechos reales sobre bienes inmuebles, será suficiente para que éstos se reviertan a favor del fideicomitente que el fiduciario lleve a cabo la anotación correspondiente a la extinción del fideicomiso en el testimonio del acto de constitución. Asimismo, será necesario que la anotación previamente mencionada se inscriba ante el Registro Público de la Propiedad correspondiente.¹²¹ Cervantes Ahumada hace la aclaración de que los bienes o derechos destinados a la constitución del patrimonio del fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente a fin de constituir el patrimonio autónomo del fideicomiso. En ese sentido, lo único que el fideicomitente conserva en su patrimonio respecto de los bienes y derechos previamente mencionados serán aquellos derechos que de manera expresa se haya reservado en el acto de constitución del fideicomiso, así como el derecho de reversión que le corresponda al momento de la extinción del fideicomiso en caso de que, como se ha expuesto en líneas anteriores, no se haya especificado un fin determinado para los bienes o derechos tras la extinción del fideicomiso.¹²²

En otra aproximación a la definición del fideicomitente, encontramos la postura del maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien establece que el “primero y principal de los sujetos actuantes en el fideicomiso es el fideicomitente, a quien..., corresponde en primer lugar destinar a un fin lícito y determinado los bienes por él fideicomitados y en un segundo término,

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

encargar la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”¹²³ Domínguez Martínez enfatiza, con base en la redacción de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que únicamente pueden ser fideicomitentes aquellas personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para llevar a cabo la afectación de los bienes que integrarán el fideicomiso.¹²⁴ Desde el punto de vista de Domínguez Martínez, la especificación hecha por el legislador en el sentido de que el fideicomitente debe contar con una capacidad determinada para poder llevar a cabo la afectación de los bienes de que se trate, implica que el fideicomiso es para el fideicomitente un acto de dominio en lugar de un acto de administración.¹²⁵ Al respecto, Domínguez Martínez desarrolla brevemente cómo al fideicomiso le corresponde la aplicación del régimen de los actos de dominio, y realiza el siguiente comentario:

Como consecuencia de lo anterior, al fideicomiso le es aplicable todo el régimen de los actos de dominio; ello a su vez, trae aparejado, entre otras situaciones, que por ejemplo, en todo caso de representación legal, trátase de quienes ejercen la patria potestad, de tutor o curador, del representante del ausente, etcétera, requieren de autorización judicial para fideicomitir un bien inmueble propiedad de su representado; igual requisito deberá satisfacer el menor emancipado respecto de sus bienes raíces. El apoderado que pretenda fideicomitir por cuenta de su poderdante, requiere tener conferido bien sea poder especial para ese efecto o poder general para actos de dominio, sin que sea suficiente uno de administración. El cónyuge casado en sociedad conyugal cuando adquirió el bien que sea su intención afectar en fideicomiso, necesita de la aprobación y participación de su consorte, dado el dominio común que ese régimen patrimonial implica...¹²⁶

Después de revisar diversas definiciones alrededor del concepto del fideicomitente, encontramos que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define a esta figura en su artículo 384, que establece que

¹²³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano (Acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario)*, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 7.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ibid. Pág. 8.

¹²⁶ Idem.

únicamente “pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.”¹²⁷ La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece una característica muy importante en torno a la figura del fideicomitente, que versa sobre la facultad que tiene éste para disponer de los bienes que serán objeto del fideicomiso.

De manera general y según el comentario del maestro Acosta Romero, mencionaremos cuáles son los derechos y obligaciones que corresponden al fideicomitente:

- a) Reservarse los derechos que estime pertinentes en el acto constitutivo.
- b) Designar a uno o varios fideicomisarios.
- c) Nombrar Comité Técnico, en caso de ser necesario.
- d) Modificar el fideicomiso, si se reservó ese derecho.
- e) Requerir cuentas al fiduciario.
- f) Transmitir sus derechos de fideicomitente (si se reservó esa facultad).
- g) Revocar o terminar el fideicomiso (si se reservó ese derecho).
- h) Derecho a que se le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes una vez ejecutado el fideicomiso.¹²⁸

Adicionalmente a los derechos mencionados por el maestro Acosta Romero, el maestro De la Fuente Rodríguez menciona como derechos del fideicomitente la facultad de determinar cuáles serán los fines del fideicomiso, así como la designación que se haga del fiduciario.¹²⁹

¹²⁷ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹²⁸ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 198.

¹²⁹ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 342.

Por otro lado, y de forma general mencionaremos algunas de las obligaciones más importantes del fideicomitente, según el apunte del maestro Acosta Romero:

- a) Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.
- b) Pagar los honorarios fiduciarios.
- c) En caso de que se transmitan inmuebles, estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.
- d) Colaborar con el fiduciario al cumplimiento del fin, cuando para ello sea necesaria dicha colaboración.¹³⁰

2. Fiduciario.

Ahora analizaremos la definición de la figura del fiduciario, con el propósito de comprender mejor cuál es el papel que juega en la relación jurídica creada en virtud de la constitución del fideicomiso y al mismo tiempo tener una idea más clara de quiénes pueden tener el cargo de fiduciario.

Comenzaremos por revisar la postura del maestro Raúl Cervantes Ahumada, quien en un primer acercamiento al concepto de fiduciario establece que éste es “la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos (sic).”¹³¹ A continuación el maestro Cervantes menciona que el fiduciario “debe ser un banco debidamente autorizado para ello”.¹³² Un poco más adelante y de manera conjunta con lo que establece la legislación aplicable y con la opinión del maestro Acosta Romero revisaremos con un poco más de detalle este último comentario del maestro Cervantes Ahumada.

¹³⁰ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 198.

¹³¹ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 292.

¹³² *Idem.*

Para Cervantes Ahumada el fiduciario en ningún momento adquiere el carácter de propietario de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso, inclusive, establece que pueden existir fideicomisos sobre los cuales no se encuentre involucrado un derecho de propiedad. En ese sentido, el fiduciario simplemente es un titular de los bienes o derechos en la medida en la que el propio acto constitutivo del fideicomiso lo determine y siempre en función de los fines de igual forma establecidos¹³³.

Siguiendo con su análisis en torno al fiduciario, el autor previamente mencionado sostiene que dicho fiduciario está obligado a llevar a cabo su encargo de buena fe, como un buen padre de familia. En ese sentido, el fiduciario no podrá aprovechar para su propio beneficio los derechos o bienes que tenga bajo su cuidado, y mucho menos podrá apropiarse de ellos¹³⁴. Por otro lado, la contraprestación a que tendrá derecho el fiduciario se compondrá de los honorarios y comisiones que se pacte entre las partes desde la constitución del fideicomiso, o bien, en algún momento posterior. El fiduciario únicamente responderá de las actividades que realice en desempeño de su gestión, mas no podrá hacérsele responsable por los resultados del fideicomiso¹³⁵.

La designación del fiduciario corresponde de manera ordinaria y general al fideicomitente, quien podrá designar a uno o varios fiduciarios. La designación de varios fiduciarios obedece a la previsión de que en caso de que se presente una renuncia por parte del fiduciario original exista la posibilidad de contar con un fiduciario sustituto o si así lo determina el

¹³³ Idem.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Idem.

fideicomitente, para que actúen de manera conjunta¹³⁶. Actualmente, de acuerdo a la redacción del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece que “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”¹³⁷ En conjunto con la redacción del segundo párrafo del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece que “El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior”¹³⁸, se puede inferir que el legislador, al no hacer esta misma distinción al referirse a la designación del fiduciario, pretendió que la designación del fiduciario fuese un requisito del acto constitutivo del fideicomiso.

El maestro Cervantes Ahumada continúa apuntando que el “fiduciario deberá mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso, y deberá rendir cuentas al fideicomisario y al fideicomitente si éste se reservó el derecho de exigirlos, o si tal derecho resulta de las características concretas del fideicomiso”.¹³⁹ Asimismo, el autor establece que el “fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso, salvo el cobro de las percepciones debidas por su trabajo. Esto (implica que) no podrá reunir en sí mismo las calidades de fiduciario y fideicomisario”.¹⁴⁰ Existe actualmente una excepción a la aseveración hecha por el maestro Cervantes Ahumada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, específicamente en el artículo 396, el cual establece que las instituciones y sociedades autorizadas

¹³⁶ Ibid. Págs. 292-293.

¹³⁷ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 293.

¹⁴⁰ Idem.

para actuar como fiduciarios en fideicomisos de garantía “podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En ese supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”¹⁴¹

Para el desarrollo de las actividades propias del cargo del fiduciario, las instituciones que fungen como tal se apoyan en funcionarios específicamente designados para dichos efectos. Estos funcionarios reciben el nombre de delegados fiduciarios. En la medida en la que dichos funcionarios forman parte de la persona jurídica colectiva actuando como fiduciario, ésta responde de la gestión que desarrollen dichos delegados fiduciarios. En cualquier caso, no “se requerirá un nombramiento o un poder para cada caso” en el que actúen los delegados fiduciarios. Será suficiente que la designación que se haga de dichos funcionarios sea de forma general o bien, mediante el otorgamiento de un poder también de tipo general.¹⁴²

De las distintas posturas analizadas, podemos decir que el fiduciario será aquella persona que recibirá de parte del fideicomitente los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso, en propiedad fiduciaria, a fin de que lleve a cabo el cumplimiento de los fines que tenga el propio fideicomiso.

En términos generales, a continuación se enlistan algunas de las obligaciones más importantes de los fiduciarios, según el comentario de Jesús De la Fuente Rodríguez:

¹⁴¹ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹⁴² CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 293.

- a) Ajustarse a los términos del contrato de fideicomiso para cumplir con la finalidad respectiva.
- b) Conservar los bienes afectos al fideicomiso.
- c) Llevar contabilidad por separado de cada contrato.
- d) Cumplir con las obligaciones fiscales derivadas de los fideicomisos.
- e) Desempeñar su cometido y ejercitar sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.
- f) Guardar el secreto fiduciario.
- g) Rendir cuentas de su gestión.
- h) Acatar las instrucciones del Comité Técnico.
- i) Responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento con las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.¹⁴³

Uno de los temas que ha caracterizado al fideicomiso mexicano es el hecho de que solamente aquellas personas jurídicas que se encuentren autorizadas para ello expresamente por la legislación aplicable podrán desempeñarse como fiduciarios. En ese sentido, la tradición jurídica mexicana ha establecido a lo largo de los años que de manera primordial y salvo algunas excepciones, la actuación como fiduciario en un fideicomiso corresponde únicamente a las instituciones de crédito. Sin embargo, en los últimos años, se ha comenzado a reflejar cierta apertura en el sentido de que algunas otras personas jurídicas han quedado facultadas para actuar como fiduciarios. En palabras del maestro Acosta Romero, “en México no podrán ser fiduciarias las personas físicas, sino solamente las morales o jurídicas colectivas constituidas en forma de instituciones de crédito, de seguros, de fianzas o casas de bolsa, con arreglo a sus leyes respectivas”¹⁴⁴.

¹⁴³ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 342.

¹⁴⁴ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Pág. 239.

En principio, el requisito de estar constituido en los términos a que se refiere el párrafo anterior obedece principalmente a la confianza que históricamente han tenido las instituciones de crédito. Esto deriva de que, al final de cuentas, el afectar los bienes o derechos que conformarán el patrimonio del fideicomiso de que se trate requiere de cierto grado de seguridad, y de alguna u otra forma, el legislador ha marcado la tendencia de que dicha seguridad puede encontrarse en la estructura organizacional y económica de las instituciones de crédito.

Pero aún cuando tradicionalmente se ha limitado a las instituciones de crédito la actuación como fiduciarias un poco más allá de los tipos de sociedades que menciona el maestro Acosta Romero, el legislador mexicano tras la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2006, estableció lo siguiente según se desprende del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

Artículo 395.- Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Casas de bolsa;
- V. Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y
- VI. Almacenes generales de depósito.

Las instituciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II a IV y VI de este artículo, se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.

De la redacción del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previamente transcrito podemos identificar que el legislador ha incorporado un nuevo tipo de persona jurídica que puede actuar como fiduciario. Se trata de las sociedades financieras de objeto múltiple. Más adelante analizaremos la regulación detallada de las facultades que tienen las SOFOM para actuar como fiduciarios, siendo ese análisis el objeto central del presente trabajo. Por ahora nos limitaremos a decir que con la incorporación de las SOFOM a la lista de las personas jurídicas que pueden actuar como fiduciarios se ha abierto esta actividad hacia el sector privado que no se encuentra sujeta a la autorización y bajo la estricta vigilancia de las autoridades fiscales y financieras (Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Comisión Nacional Bancaria y de Valores) para poder desempeñar dicho papel.

Consideramos que la posibilidad de que una entidad como la SOFOM esté ahora facultada para llevar a cabo actividades fiduciarias, aunque sea limitadas a las de los fideicomisos de garantía y con las especificaciones establecidas en la Ley General de Operaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, denota un avance en materia legislativa que obedece en cierta medida a las necesidades socioeconómicas que vive en épocas contemporáneas un sector de la sociedad, en específico un sector dedicado a cierto tipo de actividades comerciales y de servicios. Por ahora diremos que en principio la posibilidad que se ha abierto en la Ley General de Operaciones y Actividades Auxiliares del Crédito respecto a la actuación de las SOFOM como fiduciarias en fideicomisos de garantía es adecuada, a pesar de que consideramos también que existen ciertas precisiones que valdría la pena hacer con relación a la redacción de las disposiciones que rigen dicha facultad.

3. Fideicomisario.

En el presente apartado revisaremos la definición del concepto de fideicomisario. En términos generales podemos decir que el fideicomisario es el beneficiario de los provechos que deriven de la constitución del fideicomiso y de la consecución de sus fines. A continuación revisaremos algunas ideas en torno a la figura del fideicomisario de los autores que hemos citado a lo largo del presente trabajo.

En una primera aproximación a la definición de fideicomisario, el maestro Acosta Romero establece que el fideicomisario “es la persona que recibe el beneficio (no siempre existente) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.”¹⁴⁵

Por otra parte, el maestro Jesús Rodríguez de la Fuente establece que el fideicomisario será aquella persona física o jurídica a favor de la cual se han establecido los beneficios que deriven del fideicomiso. Dicho autor hace la precisión de que el fideicomiso será válido, aun cuando no se designe un fideicomisario en el momento de su constitución, siempre que el fin para el que se constituye sea lícito y determinado¹⁴⁶.

El maestro Raúl Cervantes Ahumada apunta lo siguiente en relación al fideicomisario: “Es fideicomisario la persona que tiene el derecho a recibir los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente; pero ya indicamos que no puede serlo el fiduciario. El fideicomisario no es un

¹⁴⁵ Ibid. Pág. 197.

¹⁴⁶ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 340.

elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario.”¹⁴⁷

Desde nuestro punto de vista, el comentario del maestro Cervantes Ahumada es acertado, aunque la mención de que el fideicomisario y el fiduciario no pueden ser la misma persona no es del todo precisa. Ordinariamente no reúnen la calidad de fiduciario y fideicomisarios las personas que en principio son designados como fiduciarios, eso es correcto. Sin embargo, la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece casos en los que dicha calidad puede recaer en la misma persona. El primero de estos casos es el que establece el artículo 382 de la ley previamente mencionada, que a la letra dice:

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.¹⁴⁸

El segundo caso es el establecido por el artículo 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al referirse a los fideicomisos de garantía. Dicho artículo indica lo siguiente: “Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”¹⁴⁹

En síntesis, de las definiciones establecidas por los autores previamente mencionados, podemos concluir que el fideicomisario será aquella persona

¹⁴⁷ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 294.

¹⁴⁸ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹⁴⁹ *Idem.*

física o jurídica que es designada por el fideicomitente, al momento de la constitución del fideicomiso, o en un momento posterior, y la cual recibirá los beneficios que deriven del cumplimiento de los fines del fideicomiso. Como hemos visto, de acuerdo a lo que establece la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en algunos casos específicos es posible que la figura del fideicomisario y del fiduciario recaiga en la misma persona.

A continuación, revisaremos cuáles son los principales derechos y obligaciones que corresponden en términos generales al fideicomisario. Es importante mencionar, que al momento de la constitución de cada fideicomiso en particular se podrán incorporar derechos y obligaciones adicionales en función de los fines específicos que se persigan en cada caso concreto.

Para el maestro Acosta Romero, los derechos del fideicomisario, tal y como lo comentamos en el párrafo anterior, se encuentran limitados por el acto constitutivo de cada fideicomiso.¹⁵⁰ Continúa su comentario y establece que los siguientes son los derechos y obligaciones propios del fideicomisario:

- a) Tiene derecho a recibir los rendimientos o remanentes que queden después de la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.
- b) Derecho a exigir la rendición de cuentas.
- c) Derecho a modificar el fideicomiso, en caso de que éste sea irrevocable por parte del fideicomitente.
- d) Tiene la facultad de transferir sus derechos de fideicomisario.
- e) Derecho a revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se establece en el acto de constitución correspondiente.

¹⁵⁰ ACOSTA ROMERO, *Op. cit.* Págs. 198-199.

- f) El fideicomisario tiene la obligación de pagar los derechos, impuestos y multas que se lleguen a causar por virtud de la ejecución del fideicomiso.
- g) Asimismo, el fideicomisario tiene la obligación de cubrir los gastos que se causen con motivo de la ejecución y extinción del fideicomiso.
- h) Será por cuenta del fideicomisario de manera ordinaria la obligación de pagar los gastos generados por la actividad del fiduciario (honorarios fiduciarios)¹⁵¹.

De forma complementaria, incluimos los comentarios del maestro Dávalos Mejía en torno a los derechos del fideicomisario. El maestro comenta que el fideicomisario tiene los siguientes derechos legales o institucionales:

- a) En principio, tendrá todos los derechos que le otorgue el fideicomiso.
- b) Únicamente tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la actuación del fiduciario. En ese mismo sentido, tiene derecho de atacar la validez de los actos del fiduciario cometidos en su perjuicio, ya sea de mala fe o en exceso de las facultades que le han sido otorgadas por el propio fideicomiso. Asimismo, en caso de que a consecuencia de dichos actos hayan salido bienes del patrimonio del fideicomiso, tendrá derecho a reivindicar dichos bienes.¹⁵²

El fideicomisario es pues el elemento personal del fideicomiso que recibe los beneficios que de éste se deriven. De cierta forma podría decirse que el fideicomisario es la persona a favor de la cual el fideicomitente afecta los bienes o derechos que integrarán el patrimonio del fideicomiso. De igual forma, le corresponde al fiduciario llevar a cabo las actividades

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos Felipe, *Títulos y operaciones de crédito; Análisis teórico-práctico de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y temas afines*, Oxford University Press, Tercera edición, México, 2001, Pág. 601.

contempladas dentro de los fines del fideicomiso tendientes a la producción de los beneficios pretendidos para el fideicomisario.

B. Propiedad Fiduciaria (Patrimonio del Fideicomiso).

Uno de los aspectos de mayor importancia en torno al fideicomiso mexicano es el concepto del patrimonio. Existen diversas definiciones y consideraciones en relación con el concepto del patrimonio desde la perspectiva del fideicomiso. A continuación analizaremos algunas de estas posturas con la intención de contar con una noción sobre el patrimonio del fideicomiso. Comenzaremos por revisar lo que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 386:

Artículo 386.- Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.¹⁵³

En principio, el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que podrán ser objeto para la constitución de un fideicomiso toda clase de derechos y bienes, señalando como excepción aquellos derechos o bienes que sean estrictamente personales. Sobre este punto, y únicamente para efectos de aclaración, a continuación se transcribe una cita del maestro Ramón Sánchez Medal, en el sentido de que este tipo de derechos

¹⁵³ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

...son aquellos bienes y derechos que son inseparables de la persona, o por lo menos están íntima y directamente unidos a ella, a diferencia en uno y en otro caso de los '*bienes patrimoniales*' que no tienen ninguna de aquellas dos características. A los primeros se les llama *bienes esenciales de la personalidad*, y dentro de ellos se incluye la vida, la integridad corporal, la libertad, etc. y a los segundos se les conoce con el nombre de *bienes sociales e individuales de la personalidad*, citándose entre ellos el honor, la intimidad personal, la imagen, el nombre, las obras artísticas, científicas, etc.¹⁵⁴

En ese mismo orden de ideas, el Código Civil del Estado de Jalisco, establece en su artículo 26, entre otras características de los derechos de la personalidad, que estos son inalienables, porque no son objeto de enajenación; e intransmisibles, ya que son exclusivos de su titular y se extinguen con la muerte¹⁵⁵. Esto viene a redondear de cierta forma la explicación que se hace a manera de aclaración lo que pretende establecer el legislador cuando indica que no serán objeto de fideicomiso todos aquellos bienes y derechos que sean estrictamente personales.

Del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previamente citado, se desprende que podrán ser objeto del fideicomiso a fin de constituir su patrimonio toda clase de derechos y bienes, con excepción de aquellos que sean estrictamente personales de sus titulares, postura con la que coincide el maestro Rafael De Pina Vara¹⁵⁶.

En un orden similar de ideas, el autor argentino Jorge Roberto Hayzus establece que una aportación importante de la Ley 24.441 (legislación argentina que regula el fideicomiso en aquel país) es el concepto de "dominio fiduciario", que se relaciona con la propiedad de los bienes que se

¹⁵⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, Décimo Novena edición, México, 2002, Págs. 37-38.

¹⁵⁵ Código Civil del Estado de Jalisco.

¹⁵⁶ DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, Vigésimo novena edición, México, 2003, Pág. 373.

entregan en fideicomiso. Así, indica el autor que “se incluyen los bienes que no son cosas...y cobran presencia los créditos, los títulos valores y los derechos emanados de un contrato, con el sentido amplio de todo aquello que tenga un valor económico.”¹⁵⁷ Es interesante como en la legislación argentina por ejemplo, resulta novedoso el concepto de que puedan ser objeto del patrimonio fideicomitado, además de bienes materiales, derechos.

La segunda parte del artículo 386 previamente citado establece que aquéllos bienes dados en fideicomiso serán considerados como afectos al fin establecido, y por ende, únicamente podrán ejercitarse en relación con ellos los derechos y acciones que se refieran a dichos fines. En ese sentido, queda establecido por el legislador desde el inicio de la regulación relativa al fideicomiso una de las características esenciales del patrimonio de éste, que es que únicamente podrán ejercitarse sobre los bienes o derechos que lo conforman aquellas acciones o derechos que el propio fideicomiso establezca. Lo anterior con excepción de los que el propio fideicomitente se reserva, los que deriven del fideicomiso, o aquellos que legalmente se adquieran en relación con dichos bienes, de forma previa a la constitución del fideicomiso, ya sea por el fideicomisario o por terceros¹⁵⁸.

A continuación revisaremos algunas posturas de diversos autores en torno al concepto del patrimonio del fideicomiso, comenzando por los planteamientos del maestro Raúl Cervantes Ahumada, quien en principio establece que el patrimonio del fideicomiso es de tipo autónomo, ya que se trata de un patrimonio que es distinto al de los patrimonios de los sujetos que intervienen en la constitución del fideicomiso. En ese sentido, el maestro Cervantes Ahumada establece que a ninguno de los tres elementos

¹⁵⁷ HAYZUS, Jorge Roberto, *Fideicomiso*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000, Pág. 13.

¹⁵⁸ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

personales del fideicomiso (fideicomitente, fideicomisario o fiduciario) se le puede atribuir el patrimonio que constituyen los bienes fideicometidos, ya que los bienes y derechos que lo constituyen se encuentran afectos a un fin determinado, y en consecuencia, se encuentran en una situación fuera de lo normal en la que normalmente se encuentran los patrimonios. El maestro Cervantes Ahumada también puntualiza que el patrimonio fideicomitado puede estar conformado por derechos que no impliquen propiedad en sentido jurídico, y que en caso de que dichos derechos fueran de dominio, estos habrían sido sacados del régimen ordinario de la propiedad a fin de ser colocados bajo la titularidad del fiduciario¹⁵⁹.

Para Dávalos Mejía, el "patrimonio fideicomitado es un patrimonio independiente que, ..., por una parte está sometido a la dirección y desarrollo de una persona física con facultades y poderes específicos para ello y, por otra, está destinado a un único fin"¹⁶⁰. En relación al comentario previamente transcrito, vale precisar que el patrimonio fideicomitado se encuentra bajo la titularidad del fiduciario, que en nuestra legislación sólo pueden actuar como tal las personas jurídicas debidamente constituidas y a las que la propia ley se los permite. Dávalos Mejía continúa analizando el concepto del patrimonio fiduciario y establece que éste se creó de forma voluntaria cuando el fideicomitente decidió desprender una parte de su propio patrimonio, lo que lleva de forma implícita una transmisión de propiedad en términos fiduciarios. Esto significa que el interés de dicha transmisión no es la transmisión en sí misma, sino el hecho de que se llegue a cumplir con un fin ulterior¹⁶¹. En ese sentido, y desde el punto de vista de Dávalos Mejía, el legislador "consideró indispensable desembarazar al fideicomitente de su propiedad civil directa y, al mismo tiempo, transmitirla a

¹⁵⁹ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Págs. 289-290.

¹⁶⁰ DÁVALOS MEJÍA, *Op. cit.* Pág. 562.

¹⁶¹ *Ibid.* Pág. 563.

la fiduciaria para que la sostenga, defienda y desahogue, pero sólo en los términos de las órdenes dictadas por el fideicomitente en el acto de creación”¹⁶². Es decir, el patrimonio del fideicomiso estará destinado de forma exclusiva a la consecución de los fines establecidos en el propio contrato de fideicomiso.

Continúa su explicación el autor indicando lo siguiente:

...el patrimonio de un fideicomiso es autónomo, es decir, en el aspecto jurídico, independiente de cualquier otro – incluidos, en primer lugar, el del fideicomitente y el de la fiduciaria; pero está bajo la titularidad y dirección exclusiva de la última, que es a la que se le transmitió su propiedad, sólo con el interés de llegar a un fin ulterior. La transmisión de propiedad es un medio para conseguir un objetivo.¹⁶³

Dicho de otra forma, la transmisión de propiedad es un medio para el cumplimiento de los fines para los cuales el fideicomiso fue constituido.

En este mismo orden de ideas, y retomando los conceptos de qué puede constituir el patrimonio de un fideicomiso, el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez establece que podrán ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, de conformidad con la ley sean de carácter estrictamente personal¹⁶⁴. El autor se refiere a continuación a los bienes que se entreguen en fideicomiso, y señala que éstos “se considerarán afectados al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran”¹⁶⁵, con las excepciones señaladas en el propio artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 625.

¹⁶⁵ Idem.

Por su parte, el maestro Rafael De Pina Vara, en relación con los puntos de vista de los maestros Rodríguez Rodríguez y Cervantes Ahumada, establece lo siguiente, respectivamente:

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ afirma que el fideicomiso “crea una nueva estructura en el derecho de propiedad”. El fideicomiso implica una traslación de dominio a favor del fiduciario. Los bienes fideicometidos forman un patrimonio separado, un patrimonio o fin de afectación, del que es titular jurídico el fiduciario, “porque él aunque dueño temporal y revocable es el dueño. Titulares económicos, el fideicomisario y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.”¹⁶⁶

“Por su parte, CERVANTES AHUMADA, sostiene que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Y entiende por patrimonio autónomo; “un patrimonio distinto de otros, y distinto, sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso...A ninguno de los tres elementos personales puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicometidos, si no que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra por tanto fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados”. Concluye el autor citado que el fiduciario no es propietario sino titular del patrimonio fideicometido.¹⁶⁷

De Pina Vara agrega lo siguiente:

Así, (la LGTOC), establece que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y que, en consecuencia, solamente podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros...Los bienes y derechos del fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente; pero para colocarse en una situación de patrimonio de afectación, del que será titular el fiduciario, el cual podrá ejercer esa titularidad en la medida del acto constitutivo y de la ley y en cuanto se refiere a la realización de la finalidad prevista.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Vid. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, T. II. P. 533, 1947, Apud. DE PINA VARA, *Op. cit.* Pág. 373.

¹⁶⁷ Vid. CERVANTES AHUMADA, Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa, México, 1954, Págs. 310 y 311, Apud. DE PINA VARA, *Op. cit.* Págs. 373-374.

¹⁶⁸ DE PINA VARA, *Op. cit.* Pág. 374.

Del señalamiento del maestro Rodríguez Rodríguez hecho por De Pina Vara, se desprende claramente que la afectación de ciertos bienes y derechos a un fideicomiso implica la formación de un patrimonio autónomo, separado del patrimonio de los elementos personales que intervienen en el propio fideicomiso. Existe un fin específico al que se afectan los bienes y derechos y en tal virtud adquieren dicha autonomía. En relación al comentario del maestro Cervantes Ahumada referido por De Pina Vara, queda claro que el patrimonio fideicomitado constituye un patrimonio autónomo cuyo titular es el fiduciario. Consiste en un patrimonio distinto de todos los patrimonios de aquellos sujetos que intervienen en la constitución y vida del fideicomiso.

El autor argentino Jorge Roberto Hayzus también se pronuncia respecto del concepto de la autonomía del patrimonio del fideicomiso mencionando que la legislación argentina encargada de regular dicha figura consagra como principio esencial del fideicomiso la separación del patrimonio fideicomitado teniendo como titular al fiduciario.¹⁶⁹ El autor señala lo siguiente:

...este punto es crítico en cuanto al funcionamiento de la figura, pues sus finalidades propias no estarían resguardadas si los bienes afectados a su cumplimiento quedasen expuestos al ataque de acreedores, sean los del fiduciante (fideicomitente), que pretenden desconocer la enajenación, sean los del fiduciario que afirman que les son propios.¹⁷⁰

Concluye su comentario indicando que el “riesgo de confusión de los bienes fideicomitados con los bienes particulares del fiduciario es muy grave...(y) por eso, para que el fideicomiso fuese viable era imprescindible una norma legal dirimente y gracias a ella que el régimen (refiriéndose al régimen de la propiedad fiduciaria autónoma) cobra capacidad

¹⁶⁹ HAYZUS, *Op. cit.* Págs. 13-14.

¹⁷⁰ *Idem.*

operativa.¹⁷¹” De nueva cuenta resulta interesante ver como un concepto arraigado en nuestro derecho mexicano tiene un carácter novedoso en el derecho argentino, pero que finalmente confirma la postura de los doctrinistas mexicanos en el sentido de que el patrimonio del fideicomiso es autónomo.

En relación al fiduciario, el maestro Cervantes Ahumada indica que éste es titular, y no propietario de los bienes y derechos afectos al patrimonio fideicomitido. En ese sentido, aclara lo siguiente:

(por) titularidad se entiende la `cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica'. El poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, y si no lo estuviere, por la naturaleza del fin a que los bienes fideicometidos se destinan.¹⁷²

En otras palabras, la facultad del fiduciario de ejercer la titularidad sobre el patrimonio del fideicomiso que le corresponde en razón de su cargo, estará determinada por las reglas establecidas en el acto de constitución del fideicomiso, y en caso de que en dicho acto estas reglas no estén establecidas, el fin del fideicomiso será el parámetro para determinar cuál es el alcance del poder que tiene el fiduciario sobre los bienes y derechos que conforman el patrimonio fideicomitido. Cervantes Ahumada redondea esta idea en torno al fiduciario al afirmar que el fiduciario tiene la “titularidad del patrimonio fiduciario, es decir, el poder sobre dicho patrimonio en la medida que sea necesaria para la consecución del fin del fideicomiso”¹⁷³.

Por su parte el maestro Dávalos Mejía aborda el tema de la titularidad del patrimonio del fideicomiso indicando que “la fiduciaria es la titular del

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 290.

¹⁷³ Ibid. Pág. 295.

patrimonio autónomo conformado por el objeto – los bienes – del fideicomiso”¹⁷⁴. El autor indica que la titularidad sobre el patrimonio del fideicomiso implica de forma exclusiva “detentar todos los derechos y las acciones que se requieran para obtener el cumplimiento de los fines pactados, lo que es comprensible en la medida que, debido al contenido de confianza y crédito de que está impregnado el fideicomiso mexicano, la manera más sencilla de obtener una mayor eficiencia de esa titularidad, es transmitiendo la propiedad fiduciaria...”¹⁷⁵ Dicha transmisión de propiedad no debe entenderse en términos de la legislación civil, “sino como una propiedad de tipo fiduciario, que por ende, está muy restringida por las reglas establecidas en el acto constitutivo.”¹⁷⁶

El maestro Rodríguez Rodríguez también se pronuncia sobre el tema de la titularidad del patrimonio fideicomitado, y en ese sentido establece lo siguiente:

...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 fiduciario (sic) y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al constituirse el fideicomiso.”¹⁷⁷

En relación con la titularidad del patrimonio del fideicomiso y sus efectos, el autor en comento establece las siguientes consideraciones:

El artículo 387 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala claramente que el fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) a favor del fiduciario. Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles (art. 388, ley citada), o hacerse con las formas de

¹⁷⁴ DÁVALOS MEJÍA, *Op. cit.* Pág. 563.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 622.

publicidad equivalentes a la inscripción, cuando se trata de muebles (notificación, endoso, endoso con registro, tradición) (art. 389. Ley cit.).

La traslación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño.

Este dominio tiene caracteres especiales. En efecto, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones:

1º) Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario (arts. 381 y 386, párrafo 2º).

2º) El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario (art. 383, párrafo 1º).

3º) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales establecidos.

4º) Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente (art. 391), con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de personas de orden público (corporaciones de derecho público), instituciones de beneficencia o culturales.

Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o afectación (arts. 381, 386 y 390). Bien entendido que un patrimonio separado o un patrimonio fin o afectación no son patrimonios sin titular.¹⁷⁸

Siguiendo con la revisión de los conceptos esenciales en relación con el patrimonio del fideicomiso, a continuación mencionaremos las consideraciones hechas por algunos autores en relación con el tema de la afectación de los bienes y derechos que integran el patrimonio del fideicomiso, adicionalmente a las posturas que se han revisado en torno dicho tema.

El maestro Cervantes Ahumada indica, como lo hemos revisado, que “los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en una situación de patrimonio afectación...Por lo tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que

¹⁷⁸ Idem.

el fideicomiso se haya constituido en fraude de sus derechos, en cuyo caso lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana.”¹⁷⁹

Por su parte, Rafael de Pina Vara menciona que “los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y que, en consecuencia, solamente podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran”¹⁸⁰, según se ha venido señalando en los distintos comentarios en torno al artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y con las salvedades que hemos revisado.

El maestro Jorge Barrera Graf comenta lo siguiente en relación con el patrimonio del fideicomiso:

...es una situación patrimonial (patrimonio fiduciario) *sui generis*, en el que se da una división de derechos entre dicho titular, el fiduciario, y la persona o las personas (fideicomitentes o fiduciantes) que transmiten los bienes a aquél, pero conservando ciertos derechos: los derechos de uso y disposición de los bienes no se transmiten plenamente al fiduciario (se habla de la *propiedad fiduciaria* para contraponerla o distinguirla de la *propiedad plena*).¹⁸¹

Concluye diciendo que “... el patrimonio fiduciario es un patrimonio de afectación, sin personalidad propia, sobre el cual el titular sólo puede realizar los fines que le fueron señalados por el fiduciante.”¹⁸²

Finalmente, después analizar las diversas posturas de los distintos autores que hemos revisado, podemos decir, de acuerdo con la definición del maestro De Pina Vara, que el patrimonio del fideicomiso es el conjunto de

¹⁷⁹ CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.* Pág. 294.

¹⁸⁰ DE PINA VARA, *Op. cit.* Pág. 374.

¹⁸¹ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 2003, Pág. 265.

¹⁸² *Idem.*

bienes y derechos que salen del patrimonio del fideicomitente “para colocarse en una situación de patrimonio afectación, del que será titular el fiduciario, el cual podrá ejercer esa titularidad en la medida del acto constitutivo y de la ley y en cuanto se refiere a la realización de la finalidad prevista.”¹⁸³

¹⁸³ DE PINA VARA, *Op. cit.* Pág. 374.

IV. TIPOS DE FIDEICOMISO.

En nuestro país se han clasificado los fideicomisos de distintas maneras, tomando como base diversos criterios de clasificación. Uno de los criterios más comunes para clasificar los fideicomisos es el que atiende a la finalidad de los mismos. En ese sentido se ha hablado de fideicomisos de administración, de garantía, de inversión, traslativos de dominio¹⁸⁴. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo, analizaremos las características del fideicomiso de administración para tener un punto de referencia sobre uno de los tipos de fideicomiso más generales, para pasar después a revisar las características del fideicomiso de garantía, el cual cuenta con una serie de reglas a nivel legislativo más específicas, además de ser el tipo de fideicomiso en el que pueden intervenir las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple como fiduciarias, tema principal del presente trabajo.

A. Fideicomiso de Administración.

Los distintos autores que se han ocupado de analizar la figura del fideicomiso mexicano han abordado el análisis del fideicomiso de administración. A continuación revisaremos algunos de las definiciones desarrolladas en torno a este tipo de fideicomisos.

Para el maestro De la Fuente Rodríguez el fideicomiso de administración consiste en una "operación fiduciaria en la que el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de determinados bienes o derechos de su propiedad, encomendándose la administración en beneficio del propio fideicomitente o

¹⁸⁴ GUTIÉRREZ MOLLER, Emilio, *Especies del Fideicomiso*, (s.l.i.), (s.a.), <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/167/6.pdf>
Fecha de consulta: 1 de marzo de 2010.

de las personas que éste designe como fideicomisario.”¹⁸⁵ Continúa el apunte del maestro De la Fuente Rodríguez estableciendo que algunos modelos del fideicomiso de administración son por ejemplo el fideicomiso de administración de inmuebles, el fideicomiso para el ejercicio de derechos de voto; patrimoniales de acciones y fideicomisos de administración de fondos para desarrollo e investigación de tecnología y capacitación, entre otros¹⁸⁶. El comentario del maestro De la Fuente Rodríguez concluye indicando que este tipo de fideicomisos brinda “seguridad y comodidad, ya que el fiduciario asume la responsabilidad de administrar íntegramente los bienes del fideicomiso”¹⁸⁷.

Por su parte en la obra conjunta de Rodolfo Batiza y Marcial Luján se establece que el fideicomiso de administración es aquel

...en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, todo ello en interés del beneficiario.¹⁸⁸

La definición proporcionada por los autores previamente mencionados se centra en la administración de inmuebles. De cierta forma, se desprende que todos estos constituyen actos de administración.

Emilio Gutiérrez Moller, al analizar el comentario de Manuel Villagordo Lozano indica que éste último señala que los fideicomisos de administración “son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que el fiduciario proceda a efectuar las operaciones

¹⁸⁵ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 347.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ BATIZA, Rodolfo y LUJÁN, Manuel, *El Fideicomiso, Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, Novena edición, México, 2009, Pág. 116.

de guarda, conservación o cobro de productos de los bienes fideicomitidos que le encomiende el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario”¹⁸⁹.

Gutiérrez Moller realiza el siguiente apunte en relación con las nociones de Batiza y Villagordo:

Si se analizan las nociones que los autores que he citado exponen sobre el fideicomiso de administración, inmediatamente se advertirá que la primera atribuye a este un carácter restringido en cuanto que el objeto de administración se limita a inmuebles, no obstante que en la práctica es posible que otra clase de bienes puedan ser materia de tales fideicomisos, no dejando de llamar la atención, por otra parte, el hecho de que siendo la “administración” el dato decisivo para caracterizar este tipo de fideicomisos se omite su análisis para distinguirlo de otros tipos de fideicomiso que integran la clasificación en estudio.

La segunda de las nociones apuntadas con mayor certeza expresa que el fideicomiso de administración implica la realización de operaciones de guarda, conservación o cobro de productos y entrega de éstos, denotando con ello uno de los significados frecuentes que desde el punto de vista jurídico y en oposición a traslativo de dominio (o actos de disposición) suele atribuirse al término “administración”. En efecto, siendo esta palabra por definición multívoca y por tanto difícil de precisar, únicamente con objeto de comprender al fideicomiso de administración debe entenderse tal concepto en oposición al traslativo de dominio, lo que significa que se estará en presencia de un fideicomiso de administración siempre que al fiduciario le esté vedado – por no formar parte de los fines del fideicomiso – la disposición de bienes a favor del fideicomisario o de un tercero, circunstancia que no obsta para que pueda presentar características comunes con otras clasificaciones del fideicomiso.¹⁹⁰

De los conceptos revisados en relación con el fideicomiso de administración, consideramos que el expuesto por el maestro De la Fuente Rodríguez, si bien utiliza el término definido para definir el concepto (“encomendándose la administración en beneficio del propio fideicomitente o de las personas que éste designe como fideicomisario”¹⁹¹), al momento de ejemplificar las modalidades de este tipo fideicomiso lo hace de forma

¹⁸⁹ Vid. *El fideicomiso teoría y práctica*, 2ª. Ed., México, Asociación de Banqueros, México (sic), 1973, p. 194. Apud. GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 59.

¹⁹⁰ GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 60.

¹⁹¹ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 347.

acertada, puesto que incluye una diversidad de actos que implican la actividad de administrar¹⁹². El concepto presentado por el maestro Batiza como ya lo hemos mencionado, simplemente se centra en presentar como propios del fideicomiso de administración aquellos actos relacionados con la administración de inmuebles, sin considerar que este tipo de fideicomisos puede versar sobre una serie de actos que no necesariamente impliquen que como parte del patrimonio fideicomitado se trate de un bien inmueble.

Finalmente, consideramos que la definición del maestro Villagordoa abordada por Gutiérrez Moller es la más acertada, ya que establece cuales son las actividades que de forma genérica se relacionan con el fideicomiso de administración.

Como ejemplo de un fideicomiso de administración se encuentra el contemplado en la Ley de Inversión Extranjera el llamado Fideicomiso de Inmuebles en Zona Restringida, en virtud del cual la instituciones de crédito, actuando como fiduciarias, están facultadas para adquirir derechos sobre bienes inmuebles localizados dentro de la zona restringida, cuando el objeto de dicho fideicomiso sea permitir la utilización de dichos bienes mientras que no se constituyan sobre éstos derechos reales, y mientras que los fideicomisarios sean sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, o bien, personas físicas o morales de nacionalidad extranjera. De acuerdo a la propia Ley de Inversión Extranjera, se entiende por utilización y aprovechamiento de los bienes que se encuentren dentro de la zona restringida los derechos de uso y goce de dichos bienes, incluyendo la

¹⁹² De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el verbo administrar cuenta con varias acepciones, de las cuales consideramos que la más adecuada al análisis hecho en relación con la administración como tipo de fideicomiso en atención a las actividades y fines propios del mismo es el siguiente: "Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes."

obtención de frutos, productos en general, rendimientos derivados de la operación, entre otros¹⁹³.

B. Fideicomiso de Garantía.

A continuación revisaremos diversas consideraciones relacionadas con la figura del fideicomiso de garantía. En principio y a reserva de hacerlo más adelante, mencionaremos que este tipo de fideicomiso se encuentra expresamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Sección Segunda, Capítulo V. Comenzaremos revisando algunas nociones desarrolladas por los doctrinistas que hemos revisado a lo largo de este trabajo.

Para el maestro Manuel Villagordoa Lozano, en virtud del fideicomiso de garantía "se transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente"¹⁹⁴. Si bien la esencia del concepto presentado por el autor es acertada, consideramos que le falta precisión en cuanto al alcance de los actos que se relacionan con la constitución y existencia del fideicomiso de garantía.

Para el maestro Batiza, en obra conjunta con Luján, y de forma similar a la definición proporcionada por el maestro Villagordoa, el fideicomiso de garantía se entiende como "aquel en virtud del cual el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su

¹⁹³ GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 62.

¹⁹⁴ Vid. *El fideicomiso teoría y práctica*, 2ª. Ed., México, Asociación de Banqueros, México (sic), 1973, p. 190. Apud. GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 63.

preferencia en el pago.”¹⁹⁵ Abundando sobre el concepto del fideicomiso de garantía, Batiza, citado por Gutiérrez Moller, comenta sobre algunos rasgos característicos del mismo, los cuales a continuación citamos para referencia:

El fideicomiso de garantía ha venido a sustituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. El clausulado del contrato, por lo general, contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable, mientras la obligación que garantiza permanezca insoluble, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de su vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cubra puntualmente cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, etcétera.¹⁹⁶

Al contener el fideicomiso de garantía reglas que versan sobre las distintas situaciones relacionadas con el pago de una obligación pendiente a cargo del fideicomitente, y estar el o los bienes y derechos que garantizan dicho cumplimiento bajo la titularidad de un tercero (el fiduciario), el fideicomiso de garantía se convierte en un mecanismo que permite facilitar que, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente, el fideicomisario a favor de quien se constituye la garantía que implica el propio fideicomiso pueda acceder a los beneficios de haber constituido con la garantía de que se trate.

Continuando con los conceptos presentados por diversos autores consultados, Gutiérrez Moller señala que el fideicomiso de garantía “es por definición un contrato accesorio, en cuanto que sólo tiene sentido existiendo y precediéndole una obligación principal que debe cumplir el

¹⁹⁵ BATIZA y LUJÁN, *Op. cit.* Pág. 116.

¹⁹⁶ Vid. Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, México, Edit. Porrúa, 1985. Apud. GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 63.

fideicomitente”¹⁹⁷. El autor también indica que toda vez que la obligación que dio origen al fideicomiso de garantía se cumple de forma completa, la existencia del fideicomiso de garantía deja de contar con una justificación, y en consecuencia lo correcto sería que el fideicomiso se extinguiera, revirtiendo la titularidad de los bienes que constituyeron el patrimonio del fideicomiso a favor del fideicomitente¹⁹⁸.

Para el maestro Rodríguez Rodríguez, el fideicomiso de garantía “consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente.”¹⁹⁹ Rodríguez Rodríguez resalta la versatilidad de este tipo de fideicomisos para garantizar un sinnúmero de obligaciones, entre los cuales menciona préstamos, créditos, emisiones de obligaciones, usufructos, la administración bienes, entre otros.²⁰⁰

Por otro lado, el maestro Jesús de la Fuente Rodríguez indica lo siguiente:

...el fideicomiso de garantía es aquel en virtud del cual un deudor, adoptando el carácter de fideicomitente, transmite al fiduciario ciertos bienes inmuebles o valores, con objeto de garantizar al acreedor en calidad de fideicomisario el cumplimiento de una obligación del pago de un crédito. Asimismo, dicho deudor en calidad de fideicomitente faculta al fiduciario a solicitud del fideicomisario, previa comprobación del incumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor, a que venda los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso para que con el producto de dicha venta cubra al fideicomisario el importe de las obligaciones garantizadas. En caso de que el deudor hubiera llevado a cabo el cumplimiento de las obligaciones a su cargo de la manera en la que haya sido convenido con el acreedor, el fiduciario deberá de revertir la propiedad de los bienes que integren el patrimonio del fideicomiso a favor de dicho deudor.²⁰¹

¹⁹⁷ GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 63.

¹⁹⁸ *Idem.*

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 625.

²⁰⁰ *Ibid.* Pág. 626.

²⁰¹ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, *Op. cit.* Pág. 347.

Gutiérrez Moller señala que una de las características más importantes de los fideicomisos de garantía es que en virtud del mismo el fideicomisario a favor del cual se constituye el fideicomiso no adquiere un derecho directo sobre los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso, si no que por la propia naturaleza del acto, la titularidad sobre los bienes que lo integran le corresponde al fiduciario. Es a éste a quien se deberá de dirigir el fideicomisario para hacer efectiva la garantía en atención al procedimiento que hayan acordado las partes para tal efecto al momento de la propia constitución²⁰². Asimismo, el autor señala que pueden integrar el patrimonio del fideicomiso de garantía cualquier tipo de bienes muebles e inmuebles, derechos reales o personales, incluyendo valores, créditos, títulos e incluso dinero en efectivo²⁰³.

En cuanto a las actividades que lleva a cabo el fiduciario en relación con el fideicomiso de garantía, Gutiérrez Moller indica que en términos generales se trata de dos tipos de actos: de administración y de dominio. Los actos de administración que realiza el fiduciario respecto de los bienes aportados al patrimonio del fideicomiso consisten en actos de guarda y conservación, a fin de que las garantías otorgadas permanezcan en condiciones que les permitan cumplir con dicha finalidad. Si los términos bajo los cuales el fideicomitente debe de cumplir sus obligaciones a favor del fideicomisario son satisfechos en tiempo y forma, el fiduciario deberá de revertir los bienes o derechos que integren el patrimonio del fideicomiso a favor del fideicomitente. Por otro lado, el fiduciario llevará a cabo actos de dominio respecto de los bienes o derechos aportados al fideicomiso en el supuesto de que el fideicomitente no cumpla con las obligaciones garantizadas. En caso de que se verifique dicho incumplimiento por parte del

²⁰² GUTIÉRREZ MOLLER, *Op. cit.* Pág. 63

²⁰³ *Idem.*

fideicomitente respecto de las obligaciones principales a favor del fideicomisario, el fiduciario entonces se encontrará facultado para proceder a la venta correspondiente con el propósito de que el fideicomisario reciba la contraprestación que le es debida²⁰⁴.

En tiempos recientes y con el fin de promover la actividad crediticia en nuestro país, el legislador ha hecho ciertas modificaciones según lo comenta Marcial Luján en la revisión de la obra de Rodolfo Batiza:

...el 13 de junio de 2003 se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de fideicomisos con el fin, según la Exposición de Motivos, de establecer un marco jurídico seguro y confiable que facilitare el otorgamiento del crédito en el país, para lo cual, entre otros aspectos que abordó la reforma, se hicieron varias adecuaciones al fideicomiso de garantía con el objeto específico de: 1) Revitalizar su uso en condiciones más accesibles para los deudores y de dar mayor seguridad jurídica para los fiduciarios y acreedores; 2) Otorgar a los deudores la posibilidad de transformar los bienes para permitir que el crédito sea más efectivo en diversas actividades productivas y que la garantía de pago mantenga su valor; 3) Permitir que un tercero mantenga la garantía como depositario; y 4) Establecer los requisitos mínimos que debe contener el convenio de enajenación extrajudicial.

El artículo 406 de la ley dispone que las partes pueden convenir en el contrato la forma en que el fiduciario procederá a enajenar extrajudicialmente los bienes, siempre que se cumplan ciertos requisitos los cuales se equiparan al derecho de audiencia de cualquier procedimiento judicial. Sin embargo, en caso de que las partes no hayan convenido el procedimiento de enajenación extrajudicial dispone el mismo artículo,...se seguirán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio intitulado De los Procedimientos de Ejecución de la Prenda Sin Transmisión de Posesión y del Fideicomiso de Garantía.²⁰⁵

Los siguientes artículos vigentes de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se refieren a las nociones mencionadas en los puntos 2), 3) y 4) del primer párrafo citado anterior. A continuación se incluyen dichos artículos para referencia:

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ BATIZA y LUJÁN, *Op. cit.* Pág. 117.

Artículo 398.- Tratándose de fideicomisos de garantía sobre bienes muebles, las partes podrán convenir que el o los fideicomitentes tendrán derecho a:

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

II. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y

III. Instruir al fiduciario la enajenación de los bienes fideicomitados, sin responsabilidad para éste, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde con el curso normal de las actividades del fideicomitente. En estos casos cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el fiduciario reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.²⁰⁶

Artículo 400.- Las partes podrán convenir que la posesión de bienes en fideicomiso se tenga por terceros o por el fideicomitente.

Cuando corresponda al fideicomitente o a un tercero la posesión material de los bienes fideicomitados, la tendrá en calidad de depósito y estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquel que al efecto hubiere pactado y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario.

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

Si los bienes fideicomitados se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente, cuando éste sea el deudor de la obligación garantizada, la transmisión en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido.²⁰⁷

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

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

II. Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio señalado en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en la fracción anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación, si exhiben el importe del adeudo, acreditan el

²⁰⁶ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²⁰⁷ Idem.

cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios de conformidad con la fracción anterior, o presentan el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación;

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

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

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquélla con que haya suscrito dicho fideicomiso.²⁰⁸

En la obra de Batiza y Luján se expresa el siguiente comentario sobre la constitucionalidad de la figura del fideicomiso de garantía, principalmente por lo que se refiere a la facultad que se le otorga al fiduciario para disponer de los bienes o derechos que integran el patrimonio del fideicomiso en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente. A continuación citamos la opinión en comentario:

Se ha expresado la opinión aislada de que esta especie de fideicomiso de garantía pugna con el sistema constitucional mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales. Tal parecer es, en principio, inexacto, si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una simple situación de hecho: 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, caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente.²⁰⁹

Considerando los requisitos mínimos que establece el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, coincidimos con la opinión previamente mencionada, en virtud de que efectivamente se cuenta con los siguientes elementos: i) el fiduciario no lleva a cabo una resolución de controversia, sino que simplemente comprueba un hecho, que se trata de la

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ BATIZA y LUJÁN, *Op. cit.* Pág. 117.

falta de pago por parte del fideicomitente; ii) el procedimiento en cuanto a sus plazos y mecánica ha sido aprobado por las partes involucradas; iii) el fiduciario tiene la obligación de notificar al fideicomitente la situación de incumplimiento que prevalece a fin de que éste le demuestre si cumplió con dicha obligación, respetando así el derecho de manifestarse del fideicomitente.

Asimismo, en la obra de Batiza y Luján se resalta que en los fideicomisos de garantía el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito permite que actúen como fiduciarios la siguientes entidades: i) Instituciones de Crédito, ii) Instituciones de Seguros, iii) Instituciones de Fianzas, iv) Casas de Bolsa, v) Sociedades Financieras de Objeto Múltiple a las que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y vi) Almacenes Generales de Depósito.

V. ACTUACIÓN FIDUCIARIA POR PARTE DE SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO MÚLTIPLE, ENTIDADES NO REGULADAS.

Hasta ahora hemos analizado diversos aspectos del fideicomiso mexicano, desde los antecedentes que han influido en la introducción de la figura al derecho mexicano, la adaptación y consolidación de la institución en nuestro derecho gracias a la gran versatilidad que proporciona en una variedad de actos jurídicos. Asimismo, hemos analizado la naturaleza jurídica del fideicomiso, concluyendo que se trata de un contrato. Hemos revisado los elementos propios del fideicomiso, así como ciertos tipos de fideicomiso. De la misma forma, hemos analizado los antecedentes de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, su concepto, características, distinción entre las entidades reguladas y las no reguladas. El análisis hecho ha tenido como finalidad contar con los antecedentes conceptuales y legales que nos permitan abordar el tema central de la presente investigación.

Como lo vimos en la parte final del capítulo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple a las que se refiere el artículo 87-B de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito se encuentran facultadas para actuar como fiduciarios en fideicomisos de garantía.

En ese sentido, consideramos que existe una falta de precisión en el alcance de la actuación de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple (en lo sucesivo nos referiremos a éstas como "SOFOM"), derivada de la posibilidad que existe de que las mismas actúen como fiduciarios en fideicomisos de garantía mediante los cuales se garanticen obligaciones que no son a su favor. Más adelante haremos el ejercicio correspondiente por el

cual, además de la imprecisión en la redacción actual del articulado correspondiente, consideramos que las SOFOM, en específico las entidades no reguladas que no tienen un vínculo patrimonial con instituciones de crédito o que formen parte de un grupo financiero, no deberían de estar facultadas para actuar como fiduciarios en fideicomisos de garantía en los cuales las obligaciones garantizadas no fueran a su favor.

Para ello el presente capítulo se dedicará a revisar las facultades como fiduciarios de dichas entidades en fideicomisos de garantía y la motivación expresada por el legislador a través de diversas reformas hasta llegar a la redacción vigente de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Como lo hemos comentado con anterioridad, el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que únicamente podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, entre otras entidades, las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple.

Asimismo, el artículo 396 de dicha Ley establece lo siguiente:

Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.²¹⁰

Esta norma establece la posibilidad de que converjan en una misma persona la figura del fideicomisario y del fiduciario en un fideicomiso de

²¹⁰ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

garantía. En principio, consideramos que dicha regla es correcta cuando se trata de alguna institución o sociedad que por la realización de sus actividades se convierte en acreedor, por ejemplo, la SOFOM al otorgar un crédito.

Pablo Mendoza Martell y Eduardo Preciado Briseño comentan sobre la disposición del artículo 87-Ñ de la LGOAAC al comentar que "...las SOFOMES podrán intervenir con el carácter de fiduciarias solamente en operaciones de fideicomiso de garantía en términos de la sección II del Capítulo V de la LGTOC y observar las disposiciones que en materia fiduciaria establecen los artículos 79 y 80 de la LIC."²¹¹Dicho artículo 87-Ñ de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito establece limitaciones a la actuación de la SOFOM como fiduciaria en fideicomisos de garantía. A continuación transcribimos el artículo referido:

Artículo 87-Ñ.- Las sociedades financieras de objeto múltiple quedarán sujetas, en lo que respecta a las operaciones de fideicomiso de garantía que administren de acuerdo con la Sección II del Capítulo V del Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a lo dispuesto por los artículos 79 y 80²¹² de la Ley de Instituciones de Crédito para dichas instituciones. En los contratos de fideicomiso de garantía a que se refiere el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la ejecución de los mismos, a las sociedades financieras de objeto múltiple les estará prohibido:

- I. Actuar como fiduciarias en cualesquier otros fideicomisos distintos a los de garantía;
- II. Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; administradores, los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas

²¹¹ MENDOZA MARTELL, *Op. cit.* Pág. 76.

²¹² El artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito establece la obligación para las fiduciarias de llevar contabilidades separadas por cada contrato de fideicomiso que celebren, mientras que el artículo 80 de dicha Ley establece que las fiduciarias deberán de actuar a través de sus delegados fiduciarios.

asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas sociedades financieras de objeto múltiple;

III. Celebrar operaciones por cuenta propia;

IV. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;

V. Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores del fideicomiso, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Si al término del fideicomiso, los bienes, derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo, bienes, y demás derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido el efectivo, bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;

VI. Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente;

VII. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;

VIII. Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión, y

IX. Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago con el valor de la misma finca o de sus productos.

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto por las fracciones anteriores será nulo.²¹³

De la redacción del artículo anterior, se desprende que la SOFOM únicamente puede actuar como fiduciario en fideicomisos de garantía. Sin embargo, al remitir el artículo 87-Ñ al artículo 395 y por consecuencia, al 396 previamente mencionados, se puede interpretar que las SOFOM, en tanto

²¹³ Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

limiten su actuación como fiduciarias tratándose de fideicomisos de garantía, podrían incluso hacerlo en aquellos en los que las obligaciones garantizadas no fueran a su favor. Esto considerando la redacción del artículo 396 que establece como posibilidad adicional que puedan reunirse la calidad de fiduciario y fideicomisario cuando las obligaciones garantizadas sean a favor de la misma entidad, y como si la regla general fuera que dichas calidades de fiduciario y fideicomisario no se reunieran normalmente. Consideramos que la posibilidad que se abre para que una SOFOM actúe como fiduciario en un fideicomiso de garantía en el que no se garantizan obligaciones a su favor es incorrecta. Lo anterior si tomamos en cuenta las características principales de la SOFOM previamente analizadas, y que tienen que ver con su finalidad, la cual se enfoca principalmente al desarrollo de actividades que permitan el acceso al crédito.

Asimismo, y considerando la exposición de motivos previamente analizada (vid. 198.) es nuestra opinión que el legislador al establecer mecanismos mediante los cuales se pudiera contar con un adecuado sistema de otorgamiento y ejecución de garantías (fideicomiso de garantía) y al incluir como parte de la lista de entidades que están facultadas para actuar como fiduciarias a las SOFOM, incluyendo las entidades no reguladas, si bien lo hizo con la intención de redondear dicho mecanismo a favor de un tipo de sociedad que busca hacer más accesible el crédito entre los consumidores, consideramos que existe una falta de precisión al no hacer distinción entre dichas facultades fiduciarias otorgadas por igual a las SOFOMES entidades reguladas y a las no reguladas.

Para robustecer la postura previamente expuesta, a continuación se transcribe un párrafo de la exposición de motivos relacionado con la reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a la Ley General de

Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito publicada en junio de 2003, entre otras:

El fideicomiso de garantía constituyó una novedad fundamental de nuestro derecho en la reforma del año 2000. Su propósito fue crear un instrumento que explícitamente permitiera conciliar la necesidad del deudor de contar con la facilidad de tener la posesión del bien para proteger e impulsar sus actividades productivas, con la prioridad del acreedor para tener la seguridad jurídica de contar rápidamente con una respuesta que le ratificara la preferencia en el pago a recibir por el crédito otorgado.²¹⁴

De la manifestación previamente hecha por el legislador se desprende claramente que el propósito del fideicomiso de garantía es el de dotar a las entidades que finalmente se convertirán en acreedores de un mecanismo en virtud del cual puedan contar con una ejecución segura de las garantías otorgadas, además de su preferencia en el pago.

Adicionalmente, la exposición de motivos de las reformas a las leyes previamente mencionadas, de mayo de 2000, establecen lo siguiente en relación con la figura del fideicomiso de garantía y de las entidades que pueden actuar como fiduciarios en los mismos:

En razón de la astringencia crediticia que desde hace algunos años afecta la economía nacional, la iniciativa en cuestión busca facilitar los procesos de otorgamiento y recuperación del crédito a fin de que el mismo fluya hacia las distintas actividades productivas y, de esta manera, el crédito apoye el desarrollo económico y social del país. Al efecto, se plantea en la misma el establecimiento de dos tipos de garantías, el fideicomiso de garantía y la prenda sin desplazamiento de la posesión, que hagan posible a los deudores otorgar como tales todo tipo de bienes muebles e inmuebles que obren en su patrimonio, así como los que resulten de procesos de producción e incluso los derivados de la venta de tales bienes...

²¹⁴ Exposición de Motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de 24 de abril de 2003, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de junio de 2003.

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

Dentro de la iniciativa en cuestión, se establece como novedad la posibilidad de que puedan fungir como fiduciarios en los fideicomisos de garantía y previo cumplimiento de determinados requisitos, además de las instituciones de crédito, las instituciones de seguros, las afianzadoras, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito.²¹⁵

De la explicación dada por el legislador en el comentario previamente citado, se desprende que además de proveer un mecanismo al deudor de constituir una garantía de forma más accesible, se busca que el mecanismo propuesto a través del fideicomiso de garantía le otorgue al acreedor la ventaja de que las obligaciones se garanticen de forma tal que cuente con la seguridad jurídica necesaria como para no comprometer o poner en riesgo la recuperación de los créditos otorgados.

En la propuesta de 2000 vemos como se faculta a la Sociedades Financieras de Objeto Limitado (antecedente directo como ya lo hemos mencionado de las SOFOM) a actuar como fiduciario, cumpliendo con una serie de requisitos que hoy en día no son aplicables a la SOFOM y que se encuentran regulados en el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito. A continuación se transcriben los artículos vigentes y reformados aplicables a la Sociedad Financiera de Objeto Limitado:

Artículo 85 – Bis reformado²¹⁶:

Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía las instituciones a que se refieren las fracciones II a V del artículo 399 de la Ley

²¹⁵ Diario de Debates, Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Tercer Año de Ejercicio, Año III, No. 16, Órgano Oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹⁶ Reformado de acuerdo al Decreto publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2006.

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

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

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

Artículo 85 Bis vigente:

Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, las instituciones a que se refieren las fracciones II, III, IV y VI del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberán contar con el capital mínimo adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.

Las sociedades a que se refieren las fracciones II, III, IV y VI del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberán administrar las operaciones de fideicomiso objeto de dicho artículo en los términos que, para las instituciones de crédito, señalan los artículos 79 y 80 de esta Ley.

Resulta lógico que si el legislador está eliminando los requisitos previamente establecidos para las Sociedades Financieras de Objeto Limitado en cuanto a su capital social al actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía, y al no establecer dichos requisitos a las SOFOM, con especial énfasis en la falta de requisito para las entidades no reguladas, (la única fracción del artículo 85 Bis que se exceptúa de los requisitos es la referente a la SOFOM además de que el propio artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece la misma excepción)

no se pretende que las SOFOM actúen como fiduciarios en fideicomisos de garantía distintos a aquellos en los se garanticen obligaciones a su favor.

VI. CONCLUSIONES.

1. El Fideicomiso mexicano es una figura que fue introducida en nuestra legislación tomando como antecedente directo el *trust* anglosajón, y que a lo largo de los años ha sido modificada y adaptada a las necesidades de la vida económica y social de nuestro país. Uno de los rasgos característicos del fideicomiso mexicano, que ha permeado hasta nuestros días, es que la actividad fiduciaria ha estado en su gran mayoría limitada a las instituciones de crédito.

2. Las Sociedades Financieras de Objeto Limitado, junto con las Arrendadoras Financieras y las empresas de Factoraje Financiero son los antecedentes directos de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, tan es así, que en un plazo no mayor a siete años contados a partir de la fecha de creación de las SOFOMES, el legislador ha establecido que aquellas SOFOLES, arrendadoras financieras y empresas de factoraje financiero que no se transformen por virtud de la correspondiente modificación a sus estatutos sociales en SOFOMES, entrarán por ministerio de ley en estado de disolución y liquidación.

3. Por su naturaleza jurídica, el fideicomiso es un contrato en virtud de que se trata de un acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, por el cual el primero transmite la titularidad de ciertos de bienes o derechos a favor del fiduciario a efecto de que éste ejercite sobre ellos los actos para los cuales ha sido expresamente autorizado en razón de los fines establecidos en el propio fideicomiso.

El tercer párrafo del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica que para la validez del fideicomiso, será

necesario que conste la aceptación del cargo por parte del fiduciario. Adicionalmente, cuando analizamos los elementos del fideicomiso de garantía dicha postura quedó robustecida puesto que es necesario que exista un fiduciario desde el momento de la celebración del fideicomiso, y además existe la posibilidad de que las partes (fideicomitente y fiduciario) acuerden sobre las reglas específicas que se tendrán que seguir en relación con la conservación de los bienes o derechos otorgados en garantía, así como de las reglas propias del procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente con la obligación garantizada.

4. Podrán actuar como fideicomitentes las personas que tengan la capacidad para transmitir la propiedad o titularidad sobre los bienes o derechos que se afecten en fideicomiso; tratándose del fideicomiso de garantía, dicha facultad recaerá sobre los bienes o derechos que servirán para garantizar las obligaciones a cargo del fideicomitente y a favor del fideicomisario. En relación al fideicomisario, podrán serlo aquellas personas que tengan la capacidad de recibir los beneficios que deriven del cumplimiento de los fines del fideicomiso en relación con los bienes o derechos que integren el patrimonio. En el caso del fideicomiso de garantía dichos beneficios consisten en la conservación de los bienes o derechos a fin de forma tal que se garantice no sólo la existencia de éstos, sino además la preferencia en el pago a favor del fideicomisario mediante la ejecución de dichos bienes.

5. Pueden actuar como fiduciarios, en fideicomisos de garantía de acuerdo a lo establecido por el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de acuerdo al artículo 87-Ñ de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, cumpliendo con lo establecido por los

artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, referente a la separación de la contabilidad, así como a la actuación a través de delegados fiduciarios.

6. Las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple tienen como objetivo, de acuerdo a la exposición de motivos del Decreto de reforma a la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que las crea, el ser mecanismos que faciliten el acceso al crédito, de ahí que sus actividades principales consistan en el otorgamiento de crédito y/o el arrendamiento financiero y/o el factoraje financiero, y se considerará que una Sociedad Anónima es una Sociedad Financiera de Objeto Múltiple, siempre y cuando se consigne como su objeto social principal la realización de dichas actividades.

7. Considerando que el desarrollo ordinario de las actividades principales de la Sociedades Financieras de Objeto Múltiple las coloca en una situación de acreedor frente a sus clientes (deudores), existe un mecanismo que les permite contar con la seguridad jurídica necesaria para hacerse de las garantías relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones a cargo de sus deudores. Dicho mecanismo es precisamente el fideicomiso de garantía, en el cual las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple pueden actuar como fiduciarias, gozando así de la titularidad de los bienes o derechos aportados al fideicomiso para garantizar las obligaciones a su favor, lo que en relación con el artículo 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito resulta lógico.

8. La redacción del artículo 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aunado a la falta de prohibición expresa tanto en la citada Ley como en la Ley General de Organizaciones y Actividades

Auxiliares del Crédito implica que una Sociedad Financiera de Objeto Múltiple pueda actuar como fiduciario en aquellos fideicomisos de garantía en los que las obligaciones garantizadas no sean a su favor. Consideramos que esta posibilidad representa una falta de técnica legislativa y un error, puesto que la facultad otorgada por el legislador a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, para actuar como fiduciaria en fideicomisos de garantía, deriva de la necesidad de que éstas cuenten con un mecanismo eficaz y seguro para garantizar las obligaciones de pago a su favor, y no debería de abrir la posibilidad de que actúen como fiduciarios en fideicomisos de garantía en los que ellas mismas no serán los fideicomisarios.

9. Al no someter a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, entidades no reguladas, a los requisitos establecidos por el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito, resulta incongruente que exista la posibilidad de que éstas actúen como fiduciarios en fideicomisos de garantía en los que el fideicomisario sea un tercero distinto a ellas, puesto que la falta del requisito de contar con un capital social determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, implica un riesgo en el sentido de que dichas sociedades no se ven obligadas a contar con el respaldo suficiente para garantizar su desempeño como fiduciario. Consideramos que esta incongruencia resulta grave tratándose de las entidades no reguladas, ya que por lo menos las entidades reguladas estarán bajo la supervisión de la CNBV al tener vínculos patrimoniales con una institución de crédito o, en su defecto, al formar parte de un grupo financiero.

Desde nuestro punto de vista, la excepción hecha por el legislador al requisito previamente mencionado, además de ser muy puntual, denota la intención del propio legislador de que las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, entidades no reguladas, al no estar obligadas a contar con un

capital que garantice su actuación como fiduciario en fideicomisos de garantía, ésta actuación solamente se lleve a cabo en aquellos fideicomisos en los que se garanticen obligaciones a su favor, ya que un mal desempeño como fiduciario sería en principio en su propio perjuicio.

VII. PROPUESTAS:

1. Proponemos que se aclare el alcance que deben tener las facultades de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, entidades no reguladas, en relación con su actuación como fiduciarias en fideicomisos de garantía, atendiendo a lo siguiente:

a) La actividad principal de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple consistente en el otorgamiento de crédito, arrendamiento financiero y factoraje financiero coloca a este tipo de sociedades en una situación de acreedoras, lo cual implica la necesidad de que cuenten con un mecanismo eficaz para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su favor.

b) Dicho mecanismo consiste en la facultad de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, incluyendo las entidades no reguladas, de actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía.

c) No se requiere de manera puntual a las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, entidades no reguladas, para que cumplan con los requisitos establecidos por el artículo 85 Bis, según lo comentado en el punto 8 de las Conclusiones previamente expuestas.

2. Proponemos que la precisión del alcance sobre las facultades de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, entidades no reguladas, sea en el sentido de que éstas únicamente puedan actuar como fiduciarios en aquellos fideicomisos de garantía que versen sobre obligaciones a su favor y que deriven las operaciones relacionadas con el desempeño de su objeto social principal.

3. En ese sentido, proponemos la modificación de la redacción de las siguientes disposiciones, de la siguiente manera:

Texto Vigente	Texto Propuesto
Artículo 395, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:	
<p>Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Instituciones de crédito; II. Instituciones de seguros; III. Instituciones de fianzas; IV. Casas de bolsa; V. Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, y VI. Almacenes generales de depósito. <p>Las instituciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II a IV y VI de este artículo, se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.</p>	<p>Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Instituciones de crédito; II. Instituciones de seguros; III. Instituciones de fianzas; IV. Casas de bolsa; V. Almacenes generales de depósito. VI. Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere la fracción I el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. VII. Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere la fracción II del artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, con las limitaciones señaladas en el artículo previamente mencionado y en el artículo 396 siguiente. <p>Las instituciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II a VI de este artículo, se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.</p>
Artículo 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:	
<p>Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.</p>	<p>Las instituciones a que se refieren las fracciones I a VI del artículo anterior podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. Asimismo, podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos que tengan como fin garantizar obligaciones a favor de terceros.</p> <p>Tratándose de Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, Entidades No Reguladas,</p>

	<p>éstas únicamente podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor derivadas de la realización de las actividades propias de su objeto social principal de acuerdo con el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, por lo que siempre deberán de reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias.</p> <p>En todos los casos a los que se refieren los párrafos anteriores, las partes deberán de convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.</p>
<p>Artículo 87-Ñ de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito:</p>	
<p>Las sociedades financieras de objeto múltiple quedarán sujetas, en lo que respecta a las operaciones de fideicomiso de garantía que administren de acuerdo con la Sección II del Capítulo V del Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito para dichas instituciones. En los contratos de fideicomiso de garantía a que se refiere el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la ejecución de los mismos, a las sociedades financieras de objeto múltiple les estará prohibido:</p> <p>I. Actuar como fiduciarias en cualesquier otros fideicomisos distintos a los de garantía;</p> <p>II. Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; administradores, los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan</p>	<p>Las sociedades financieras de objeto múltiple, entidades no reguladas, solamente podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor derivadas de la realización de las actividades relacionadas con su objeto social principal, por lo que siempre deberán de reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias. Tratándose de sociedades financieras de objeto múltiple, entidades reguladas, éstas podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos que tengan como fin garantizar obligaciones a su favor o a favor de terceros. Las sociedades financieras de objeto múltiple en general quedarán sujetas, en lo que respecta a las operaciones de fideicomiso de garantía que administren de acuerdo con la Sección II del Capítulo V del Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito para dichas instituciones. En los contratos de fideicomiso de garantía a que se refiere el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la ejecución de los mismos, a las sociedades financieras de objeto múltiple les estará prohibido:</p> <p>I. Cuando se trate de entidades no reguladas, actuar como fiduciarias en fideicomisos de garantía que tengan como</p>

<p>mayoría dichas personas o las mismas sociedades financieras de objeto múltiple;</p> <p>III. Celebrar operaciones por cuenta propia;</p> <p>IV. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;</p> <p>V. Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores del fideicomiso, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.</p> <p>Si al término del fideicomiso, los bienes, derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo, bienes, y demás derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.</p> <p>En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido el efectivo, bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;</p> <p>VI. Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente;</p> <p>VII. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;</p> <p>VIII. Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión, y</p>	<p>fin garantizar obligaciones a favor de terceros;</p> <p>II. Actuar como fiduciarias en cualquier otro tipo de fideicomiso distinto al de garantía;</p> <p>II. Utilizar el efectivo, bienes, derechos o valores de los fideicomisos para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; administradores, los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas sociedades financieras de objeto múltiple;</p> <p>III. Celebrar operaciones por cuenta propia;</p> <p>IV. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;</p> <p>V. Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los deudores por los bienes, derechos o valores del fideicomiso, salvo que sea por su culpa según lo dispuesto en la parte final del Artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.</p> <p>Si al término del fideicomiso, los bienes, derechos o valores no hubieren sido pagados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo, bienes, y demás derechos o valores que constituyan el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.</p> <p>En los contratos de fideicomiso se insertará en forma notoria lo previsto en este inciso y</p>
--	---

<p>IX. Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago con el valor de la misma finca o de sus productos.</p> <p>Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto por las fracciones anteriores será nulo.</p>	<p>una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido el efectivo, bienes, derechos o valores para su afectación fiduciaria;</p> <p>VI. Actuar como fiduciarias en fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente;</p> <p>VII. Actuar en fideicomisos a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en esta u otras leyes;</p> <p>VIII. Actuar como fiduciarias en los fideicomisos a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 88 de la Ley de Sociedades de Inversión, y</p> <p>IX. Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago con el valor de la misma finca o de sus productos.</p> <p>Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto por las fracciones anteriores será nulo.</p>
Artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito:	
<p>Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, las instituciones a que se refieren las fracciones II, III, IV y VI del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberán contar con el capital mínimo adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.</p>	<p>Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, las instituciones a que se refieren las fracciones II a VI del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberán contar con el capital mínimo adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores y de Seguros y Fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.</p>

<p>Las sociedades a que se refieren las fracciones II, III, IV y VI del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberán administrar las operaciones de fideicomiso objeto de dicho artículo en los términos que, para las instituciones de crédito, señalan los artículos 79 y 80 de esta Ley.</p>	<p>Las sociedades a que se refieren las fracciones II a VI del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deberán administrar las operaciones de fideicomiso objeto de dicho artículo en los términos que, para las instituciones de crédito, señalan los artículos 79 y 80 de esta Ley.</p>
---	---

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 2002.

BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 2003.

BATIZA, Rodolfo, *El Fideicomiso, Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México, 1980.

BATIZA, Rodolfo, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, Editorial Porrúa, Segunda edición, 1985.

BATIZA, Rodolfo y LUJÁN, Manuel, *El Fideicomiso, Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, Novena edición, México, 2009.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford University Press, Quinta edición, 1999.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, Décimo Octava edición, México, 2001.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil, Primer Curso*, Editorial Porrúa, México, 2000.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Editorial Porrúa, Décimo Quinta edición, México, 2003.

Código Civil Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de abril de 2007.

Código de Comercio, nuevo código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de octubre de 1889, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2009.

DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos Felipe, *Títulos y operaciones de crédito; Análisis teórico-práctico de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y temas afines*, Oxford University Press, Tercera edición, México, 2001.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil; Seguros, Fianzas, Organización y Actividades Auxiliares del Crédito, Grupos Financieros*, Editorial Porrúa, México, 1999.

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, Vigésimo sexta edición, México, 1998.

DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, Vigésimo novena edición, México, 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano (Acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario)*, Editorial Porrúa, Primera edición, México, 1994.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso; Negocio Jurídico; Régimen Fiscal Inmobiliario; Instrumento en la Inversión Extranjera*, Editorial Porrúa, Sexta edición, México, 1996.

GUTIÉRREZ MOLLER, Emilio, *Especies del Fideicomiso*, (s.l.i.), (s.a.), <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/167/6.pdf> Fecha de consulta: 1 de marzo de 2010.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio; El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad*, Editorial Porrúa, Octava edición, México, 2004.

HAYZUS, Jorge Roberto, *Fideicomiso*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Ley de Instituciones de Crédito, nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 2009.

Ley de Inversión Extranjera, nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2008.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2008.

Ley General de Sociedades Mercantiles, nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de junio de 2009.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación 20 de agosto de 2008.

MENDOZA MARTELL, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Lecciones de Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México, 2007.

MENÉNDEZ ROMERO, Fernando, *Derecho Bancario y Bursátil*, Iure Editores, México, 2008.

MUÑOZ, Luis, *El Fideicomiso*, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1973.

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1990.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.

Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera, nuevo reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de septiembre de 1998, última reforma publicada Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2009.

ROBLES FARÍAS, Diego, *Las Relaciones Jurídicas Obligatorias*, Universidad Panamericana, Sede Guadalajara, 2007.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, Vigésima Séptima edición, México, 2004.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Derecho Bancario*, Oxford University Press, México, 2003.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, Décimo Novena edición, México, 2002.