

REFORMAS VS. REFORMAS. HACIA UNA RESTAURACIÓN DEL FIDEICOMISO

Juan SUAYFETA O.*

RESUMEN: El expositor denomina al fideicomiso como *una de las adquisiciones más trascendentales de nuestro sistema jurídico* y expone la manera —para él lamentable— en que se reformó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; considerando cómo se afecta a esta institución jurídica, para cuya restauración propone una serie de modificaciones y derogaciones a la citada Ley, así como una reforma al artículo 83 de la Ley Bancaria y las correlativas al título tercero bis del Código de Comercio.

ABSTRACT: The author calls the trust one of the most important acquisitions of our legal system and expresses the—lamentable as he sees it— way it was reformed in the General Law of Credit Instruments and Operations, considering that it affects this legal institution, for which he proposes its restoration with a series of amendments and repeals of the cited Law, as well as the reformation of article 83 of the Banking Law and the co-relevant articles of title three “bis” of the Code of Commerce.

* Asesor técnico en fideicomiso.

I. INTRODUCCIÓN

Es deseable por necesario, que la figura del fideicomiso que había significado una de las adquisiciones más trascendentales a lo largo de todo el siglo pasado, dentro de nuestro sistema jurídico, vuelva a conquistar el ámbito de utilidad y prestancia que tenía antes del lamentable resquebrajamiento que produjeron las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que se han realizado en los últimos cinco años y para lograrlo deberán dictarse nuevas disposiciones que dejen sin efecto los cambios negativos efectuados en su regulación y, asimismo, aprovechar la oportunidad para llevar a cabo algunas precisiones en el texto de las estipulaciones originales que la vinieron reglamentando desde que fue insertada en nuestra legislación, de manera que queden superadas, ciertas faltas de claridad, contradicciones e incongruencias en algunos de sus preceptos, que si bien es cierto que no llegaron a impedir su creciente utilización y desarrollo, sin embargo, han producido confusiones en su interpretación y dudas sobre la verdadera naturaleza y efectos de dicha institución jurídica.

Lo anterior significa que, contra lo que aconteció con las infortunadas reformas, el esfuerzo debe encaminarse a tratar, hasta donde sea posible, de perfeccionar la figura y hacerla más comprensible.

En esa tesitura se sugiere mejorar la redacción de algunos de los preceptos que ya regulaban el fideicomiso, la derogación de los demás que se adicionaron hasta hacerlo confuso, inentendible e impracticable y en congruencia con tales propósitos, modificar el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, así como algunos artículos del Título Tercero Bis, del Libro Quinto del Código de Comercio, que también fueron materia de adiciones y reformas en mayo de 2000.

II. PRECEPTOS DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO QUE DEBEN MODIFICARSE Y FORMA EN QUE DEBERÁN QUEDAR REDACTADOS

El que fuera artículo 346 y es ahora 381, sólo nos ha venido dando un concepto, que no una definición, del fideicomiso y en forma tal, que ha provocado incertidumbre en la doctrina, llegando a considerarse por

algunos, con base en su texto, que es un acto unilateral de voluntad, por lo que se hace necesario, para evitar incertidumbres, dejar definitivamente asentado que es un contrato y que en todos se transmite el dominio de los bienes al fiduciario, para lo cual es conveniente que el precepto quede redactado en la siguiente forma:

“Artículo 381. El fideicomiso es un contrato en virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, cuyo cumplimiento encomienda a una institución fiduciaria, para cuyo efecto le transmite la propiedad de dichos bienes”.

El párrafo 2 del artículo 383, deberá ser modificado para que la remisión que hace al 394 se adecúe al cambio de numeración que se producirá como consecuencia de las derogaciones que se proponen.

El párrafo 5 que se le había adicionado, conduce a un conflicto de intereses que hace al fideicomiso, que se constituye en las condiciones que dicho precepto permite, susceptible de impugnación, salvo únicamente cuando es constituido en pago, pues sólo en este supuesto no hay posibilidad de que se produzca tal conflicto, ya que, si el deudor está dispuesto a transmitirle a la institución acreedora el bien, en pago del crédito a su cargo, es irrelevante en tal caso que se lo transmita en dominio directo o que lo haga en fideicomiso. La libre disposición que la institución va a tener del bien, no podrá resultar en forma alguna abusiva en perjuicio del fideicomitente deudor, puesto que éste quedará de cualquier manera liberado de su adeudo, por el solo hecho de haber constituido el fideicomiso. En ese orden de ideas deber suprimirse el párrafo 5 de dicho artículo y ser modificado el 4 para quedar como último párrafo y redactado como sigue:

“Artículo 383...

Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo cuando esto se haga de manera irreversible, en pago de un crédito a favor de la propia institución”.

El texto del artículo 384, cuyo numeral había sido el 349, incurre en una flagrante contradicción, pues si la autoridad a que se refiere, sólo

tiene la guarda y conservación de los bienes, no puede estar legitimada, como con acierto lo ha advertido la doctrina, para transmitirlos en fideicomiso y hacer la afectación de los mismos. A efecto de darle congruencia, el precepto deber quedar redactado en los siguientes términos:

“Artículo 384. Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen”.

Desde hace tiempo, las instituciones de crédito dejaron de tener exclusividad para actuar como fiduciarias, por lo cual es aconsejable adecuar el texto del artículo, que ahora es 385 a la nueva situación, modificando su párrafo 1, conservando el texto de los párrafos 2 y 3, pero sustituyendo la estipulación final de este último por el texto que aquí se sugiere:

“Artículo 385. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello en la Ley de Instituciones de Crédito o en otros ordenamientos legales...”

Si no fuere posible esta sustitución o no hubiera habido aceptación, no habrá fideicomiso o el que se hubiera constituido se extinguirá”.

En el artículo 387, al que antes correspondía el numeral 352, el legislador hizo un uso equivoco o inadecuado del vocablo “constituir”, lo que hace que su significado resulte ambiguo y de la posibilidad de que se interprete literalmente, aunque ello carezca de lógica, que el fideicomiso puede realmente ser constituido por testamento. No se necesita especular demasiado para concluir que el hecho de que una persona pueda prever o disponer que a su muerte de constituya un fideicomiso con la totalidad o parte de sus bienes, signifique que con eso esté ya constituido el fideicomiso, como no sea forzando a extremos inadmisibles el alcance del término “constituir”. Eso ha dado lugar además, a que

haya quien, aferrándose a la equívoca expresión, caiga en el error de interpretar que el fideicomiso es un acto unilateral y que además se aduzca absurdamente que puede haber fideicomiso sin fiduciario. Es pues necesario superar la ambigüedad con que está utilizado el vocablo en esa estipulación, haciendo a ésta congruente con el principio de que mientras no haya fiduciario que acepte el fideicomiso y se obligue a su desempeño, éste no puede cobrar existencia. Para tal efecto el precepto deber ser modificado en la parte inicial de su texto para que diga:

“Artículo 387. Cuando en un testamento se disponga la creación de un fideicomiso, éste sólo se considerará constituido hasta que muerto el testador, el fiduciario manifieste su aceptación y se obligue a su desempeño. La constitución del fideicomiso deberá...”.

La fracción VII del artículo 392 ha de modificarse para ajustar la referencia que hace al 386, a la nueva numeración.

La generalidad con que fue concebido el texto del actual artículo 393, puede dar lugar a efectos inequitativos en algunos tipos de fideicomiso. Por ejemplo, en aquellos en los cuales el acto subyacente es una compraventa convenida a través de fideicomiso, en el que el fideicomisario pagó al fideicomitente el precio del bien fideicomitado, no puede ser admisible que al extinguirse el fideicomiso se le revierta el bien al fideicomitente, a pesar de que éste había recibido la contraprestación correspondiente; debe pues dejarse, cuando menos, abierta la posibilidad de que en el contrato se pacte lo contrario y a tal efecto el texto deberá decir en la parte conducente:

“Artículo 393. Extinguido el fideicomiso, si en el contrato respectivo no se pactó lo contrario o por la naturaleza del mismo se hace evidente que no procede atribuírsele un efecto distinto, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que la devolución, en su caso, surta efectos...”.

III. PRECEPTOS DE LA MISMA LEY CAMBIARIA QUE DEBEN DEROGARSE

Toda la sección segunda del capítulo V denominada “Del Fideicomiso de Garantía” debe derogarse por las razones ya conocidas, en las que el autor de esta propuesta ha venido abundando¹ y que se compendian en las siguientes consideraciones:

a) No había ninguna justificación para insertar una sección especial para regular el fideicomiso de garantía, que desde que se adoptó la figura en nuestro sistema jurídico, se ha venido operando para tal propósito, sin necesidad de que se le impusiera una regulación específica y menos en la forma tan desafortunada en que la misma se produjo.

b) Las estipulaciones que la integran, unas son en su mayor parte innecesarias, y las demás son las que han traído la confusión, el desconcierto, el desplome del mercado de ese servicio porque colocan al fideicomiso en desventaja con otras formas que la ley establece para garantizar obligaciones, lo cual ha traído como consecuencia que la mayoría de las instituciones, si no es que todas, no estén operando fideicomisos de garantía.

c) Muchos de sus artículos son repeticiones de los que ya habían constituido y siguen constituyendo la regulación general del fideicomiso, produciendo una duplicación innecesaria de normas en el mismo ordenamiento, o bien, son estipulaciones que las partes están en la posibilidad de incluir en el texto de los contratos, cuando así lo consideren conveniente a sus intereses, sin necesidad de que se consignen en la ley y mucho menos que se les constriña a sujetarse a ellas.

d) El artículo 395 en el que se da, por cierto sin mucha atinencia, una pretendida definición del fideicomiso de garantía, es preferible eliminarlo de la Ley Cambiaria y mediante una redacción mas adecuada insertarlo en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, en la parte que alude al llamado procedimiento de ejecución eliminando además la obligación de recurrir a la autoridad judicial para reclamar el pago del crédito garantizado con fideicomiso.

¹ Las razones por las que son rechazables las reformas y adiciones efectuadas a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en relación con el fideicomiso, se encuentran contenidas en el análisis producido, en octubre de 2000, por el autor de esta nota, subtítulo *Nuevo e irresponsable atentado a la institución jurídica del fideicomiso*.

IV. MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 83 DE LA LEY BANCARIA Y LAS CORRELATIVAS AL TÍTULO TERCERO BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Se tiene conciencia en el ambiente fiduciario de que, entre los problemas que confronta la ejecución de los fideicomisos de garantía están dos: *primero*, que el fideicomitente deudor se niegue a entregar el bien fideicomitado y se tenga que recurrir a un procedimiento judicial muy largo para obtener la posesión del mismo; *segundo*, que aun careciendo de justificación, el deudor promueva recursos, generalmente frívolos, para impedir o cuando menos diferir por largo tiempo la ejecución, mismos que también pueden prolongarse indefinidamente, con lo que se obstaculiza y retarda el cumplimiento de la obligación garantizada. Es pues conveniente dar al artículo 83 de la Ley Bancaria, una estructura que abone el camino para que los procedimientos que se utilicen en cualquiera de los dos supuestos, puedan ser previstos convencionalmente a fin de que sean lo suficientemente expeditos y aprovechar para dejar claramente definido lo que tradicional y limitativamente se ha entendido en la práctica fiduciaria por fideicomiso de garantía.

Se propone escoger para la nueva reglamentación entre dos opciones: en una se deja abierta la posibilidad de que las partes convencionalmente prevean los procedimientos para dirimir las controversias que se susciten por el hecho de que el fideicomitente deudor no haga entrega voluntaria al fiduciario del bien fideicomitado y para el caso de que pretenda impugnar el fideicomiso u oponerse a su ejecución, pero estableciendo que si no se previeran tales procedimientos en el contrato, deberán utilizar al efecto los ordinarios que procedan conforme a la legislación aplicable, pero sin prever procedimientos especiales. En la otra se mantiene también el derecho para las partes de establecer convencionalmente los procedimientos, pero en caso contrario remite a un capítulo que se insertará en el título quinto del Código de Comercio en el que quedarán estipulados tales procedimientos para el caso de omisión de las partes. En cualquiera de los dos supuestos se eliminarán las referencias correspondientes a los fideicomisos de garantía, en los capítulos I y II del citado título, para que éstos sean aplicables únicamente a las garantías constituidas mediante prenda sin transmisión de posesión y no a los fideicomisos.

Esto último obedece a que los citados capítulos I y II fueron concedidos para su aplicación común, tanto para los créditos garantizados con

prenda sin transmisión de posesión, como para los fideicomisos de garantía; como consecuencia de las reformas que aquí se proponen así como por el hecho de que la prenda y el fideicomiso de garantía son actos jurídicos de distinta naturaleza y de efectos también diferentes, aunque ambos se utilicen como instrumentos para garantizar obligaciones, deben deslindarse los procedimientos a seguir para el ejercicio de las acciones que se deriven de una y otra figura; para tal propósito en esos capítulos deberá suprimirse toda referencia al fiduciario o al fideicomiso de garantía de manera que sólo sean susceptibles de aplicación a los créditos garantizados con prenda.

Artículo 83. En los fideicomisos de garantía, entendiéndose por tales aquellos que se constituyen con el propósito de garantizar el cumplimiento de obligaciones crediticias y su preferencia en el pago, las partes deberán pactar en el acto constitutivo del fideicomiso la forma en que el fiduciario a petición del fideicomisario acreedor, en caso de incumplimiento en el pago del adeudo garantizado, sin necesidad de juicio previo ni autorización judicial, previo requerimiento al deudor, deberá llevar a cabo la venta de los bienes fideicomitados.

A falta de procedimientos convenidos en forma expresa por las partes, para la tramitación del juicio por el que el fiduciario demande la entrega de los bienes que obren en poder del fideicomitente y que éste se niegue a efectuar al ser requerido para ello o para aquel que, en su caso, promueva el fideicomitente deudor, con el fin de oponerse a la ejecución del fideicomiso, se aplicarán (primera opción) *los procedimientos que correspondan, establecidos en los ordenamientos legales aplicables* (segunda opción) *respectivamente, los procedimientos establecidos en el capítulo III del título Tercero Bis del Código de Comercio.*

Para ambas opciones

Deberá suprimirse el artículo 85 bis 1, dado que el artículo 410 a que hace referencia quedará derogado de acuerdo con lo que aquí se propone.

TÍTULO TERCERO BIS
DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DE LA PRENDA
SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN Y DE LOS JUICIOS
RELACIONADOS CON LOS FIDEICOMISOS DE GARANTÍA

CAPÍTULO I
DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN
DE GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE PRENDA
SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN

Artículo 1414 bis. Se tramitará en esta vía el pago de los créditos vencidos y la obtención de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión, siempre que no existan controversias...

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

Una vez entregada la posesión de los bienes al acreedor prendario...

Artículo 1414 bis 3. Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el acreedor prendario...

Artículo 1414 bis 5. En caso de que el acreedor prendario, no pueda obtener la posesión...

CAPÍTULO II
DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN
DE GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE PRENDA
SIN TRANSMISIÓN DE POSESIÓN

Artículo 1414 bis 7. Se tramitará de acuerdo a este procedimiento... siempre que la garantía se haya otorgado mediante prenda sin transmisión de posesión.

Para que el juicio se siga...

Artículo 1414 bis 9.

Suprimir el último párrafo

Artículo 1414 bis 17...

I. Cuando el valor de los bienes... En este caso el acreedor podrá disponer libremente de los bienes objeto de la garantía, y

II...

La venta a elección del acreedor, se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, mediante el procedimiento siguiente:...

Artículo 1414 bis 19. El acreedor, en tanto no realice la entrega al deudor del remanente...

Sólo para la segunda opción:

CAPÍTULO III

DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA DEMANDAR LA ENTREGA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS O PARA IMPUGNAR LA EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO

Artículo 1414 bis 21. Si requerido el deudor para hacer entrega material de los bienes afectados en fideicomiso que estén en su poder, se negara a efectuarla, el fiduciario, el acreedor o la persona a la que se le hubieran transmitido, según el caso, demandará ante el juez de la adscripción, la entrega de los mismos, para cuyo efecto se seguir el siguiente procedimiento:

Quien funja como actor presentará la demanda correspondiente a la que anexe prueba documental del requerimiento de entrega efectuado, con lo cual se correrá traslado, mediante notificación personal al demandado, por un plazo de tres días hábiles para que produzca su contestación, contados a partir del día siguiente a aquel en que haya sido notificado.

La única razón por la cual el demandado puede oponerse a entregar los bienes, será el hecho de que haya efectuado pago al acreedor del adeudo garantizado y sus accesorios, lo cual deberá acreditar mediante prueba documental fehaciente que exhiba con su contestación.

Una vez contestada la demanda, el juez dentro de los tres días hábiles siguientes, citará a las partes a una audiencia de alegatos, efectuada la cual dictará la resolución que corresponda.

Si transcurrido el plazo indicado, el demandado no contesta o habiendo contestado no acredita debidamente haber efectuado el pago del crédito, el juez dictará auto con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido nuevamente de la entrega del bien o de los bienes fideicomitidos, apercibido de que si no lo hiciera, se le aplicarán los medios de apremio a que se refiere el artículo 59 del Código de Procedimientos Civiles y si agotados éstos persistiera en abstenerse de hacer

la entrega, el juez mandar que se le obligue a efectuarla, mediante el uso de la fuerza pública

Artículo 1414 bis 22. Quedarán a salvo los derechos que pueda tener el deudor para impugnar la procedencia del cobro del crédito a su cargo garantizado con el fideicomiso y la consiguiente oposición a la ejecución de éste, pero sólo estará legitimado para ejercitar las acciones correspondientes para tal efecto, si ha hecho entrega de los bienes fideicomitidos o constituye fianza suficiente para garantizar el pago del crédito, para el caso de que la resolución que dicte la autoridad judicial no le favorezca. La acción de impugnación deberá ser ejercitada dentro de un plazo improrrogable de cinco días hábiles, contados a partir de que se le haya formulado el requerimiento de pago y se dirimirá conforme al procedimiento establecido en el título segundo de este mismo Libro Quinto, para los juicios ordinarios.