

El derecho de propiedad en los bienes fideicomitidos y el fideicomiso de garantía

HÉCTOR M. CÁRDENAS VILLARREAL *

INTRODUCCIÓN

Dos han sido los puntos elegidos para ser motivo de reflexión en estas líneas, el primero, el destino del derecho de propiedad de los bienes afectos al fideicomiso, tema abordado en múltiples ocasiones por la doctrina, pero carente, como veremos, de uniformidad respecto de las conclusiones alcanzadas por cada autor. Particular relevancia adquiere profundizar en la materia en este momento,¹ cuando la Cámara de Diputados discute un proyecto de reformas a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde se pronuncia contundentemente en el sentido de que la propiedad de los bienes fideicomitidos se transmite a la fiduciaria en el fideicomiso de garantía, situación con la cual disentimos por las razones expuestas más adelante.

En segundo lugar, analizaremos los controvertidos fideicomisos de garantía, los cuales continúan siendo seriamente debatidos por su presunta ilegalidad, tema poseedor de trascendencia, dada la demanda prolongada y persistente de los intermediarios financieros en general por reformar el actual sistema de garantías en nuestro país.

En la propuesta elaborada por el Ejecutivo al respecto,² se incluye el reconocimiento y regulación del denominado fideicomiso de garantía, con el error a nuestro juicio de pretender una transmisión de propiedad de los bienes fideicomitidos a la institución fiduciaria, buscando con ello dar por concluidas las discusiones en torno a la validez de este tipo de fideicomiso.

Pasaremos a disertar sobre cada uno de los temas propuestos, seguros de que las reflexiones realizadas serán de utilidad para el lector, dada la trascendencia práctica de cada una de las cuestiones planteadas, independientemente de las diversas posiciones existentes.

* Notario 201 del Distrito Federal y profesor en la Universidad Panamericana.

¹ Diciembre, XCMXCIX.

² Inicialmente, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos presentó para su discusión en la Cámara de Diputados una iniciativa de ley denominada "Ley Federal de Garantía del Crédito", la cual fue devuelta al propio Ejecutivo, quien sustituyó dicha iniciativa por una de reformas a la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Primeramente resulta necesario aclarar lo polémico y debatido del tema en estudio. Aún en nuestros días la doctrina especializada dista de una posición por lo menos medianamente uniforme al respecto.

Durante las seis décadas de vigencia de la LGTOC los tratadistas del tema no han logrado conciliar sus diferencias, difícilmente lo podremos hacer ahora, bastará señalar las principales teorías sostenidas por los exponentes del tema, mencionando nuestras preferencias al respecto.

Hablar de la situación de los bienes fideicomitidos nos acerca en forma considerable al tema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, basta recordar cómo algunas de las teorías esbozadas para explicar dicha naturaleza giran en torno al derecho de propiedad sobre los bienes afectados; así encontramos la teoría del Fideicomiso como patrimonio sin titular, sostenida por Landerreche Obregón y en alguna ejecutoria sostenida por nuestro máximo tribunal.³

Vemos también por otro lado la teoría sostenida básicamente por Alfaro que considera como la esencia del fideicomiso la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes, base del acto de confianza.⁴

Igualmente se nos presenta como una corriente de significativa importancia aquella basada en la teoría denominada del patrimonio de afectación, concluyendo que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio autónomo.

Por último, para algunos autores la naturaleza misma del fideicomiso radica en una transmisión de bienes a favor de la fiduciaria.

Todas las teorías anteriores parecieran más bien relativas al aspecto patrimonial del fideicomiso y no propiamente exponentes de la naturaleza jurídica del mismo, dejando de esta forma evidenciada la proximidad existente entre la naturaleza del fideicomiso y la situación de los bienes a él afectos, de ahí la trascendencia del tema en estudio.

En el estado actual de la doctrina y ante la falta de un pronunciamiento claro en tal sentido por el legislador, podríamos considerar como teorías más representativas en torno a la situación guardada por el derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos las siguientes:

³ Juan Landerreche Obregón, *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en Derecho Mexicano*, México, 1942.

⁴ Ricardo, Alfaro, *El fideicomiso, estudios sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos. Una institución nueva semejante al TRUST de Derecho inglés*, Panamá, 1920.

- a) El derecho de propiedad lo conserva el fideicomitente.
- b) Los bienes afectados en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo.
- c) En virtud del fideicomiso se transmite a la fiduciaria una propiedad restringida o propiedad fiduciaria.
- d) El derecho de propiedad pleno y absoluto le corresponde a la fiduciaria.
- e) El derecho de propiedad se transmite al fideicomisario.

Analizaremos cada una de ellas:

a) El Derecho de propiedad lo conserva el fideicomitente

El Derecho de propiedad lo conserva el fideicomitente con las limitaciones impuestas por él mismo mediante la constitución del fideicomiso, impidiéndole disponer libremente de los bienes afectados.

En nuestro Derecho, el principal y más serio exponente de esta teoría es sin duda Domínguez Martínez; no hemos tenido en nuestras manos una obra más extensa y calificada que la monografía del autor citado intitulada: “Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano” (Acto Constitutivo Unilateral y Propiedad Conservada por el Fideicomitente con la Titularidad del Fiduciario). Al mismo tema le dedica importantes líneas en su obra “El Fideicomiso” en donde en la última edición de su obra, realiza un replantamiento de sus ideas en torno a la cuestión expuesta la conclusión final es, sin embargo, similar en esencia: El Derecho de Propiedad sobre los bienes fideicomitados lo conserva el fideicomitente.

No hay en todo el articulado de la LGTOC —afirma Domínguez Martínez— precepto alguno que haga mención expresa a que el fideicomitente transmite la propiedad o parte de ella respecto de los bienes que fideicomite a la Institución Fiduciaria: tampoco lo hay en la LICOA, en cuyo contenido se encuentran también algunos dispositivos para el fondo de la figura que nos ocupa [...] Así pues, no hay precepto alguno de los que lógicamente fueren procedentes que lo hicieran que establezca la transmisión de propiedad del fideicomitente a la fiduciaria respecto de los bienes que sean objeto de un fideicomiso [...] La LGTOC no sólo no se refiere a la transmisión de propiedad observada, sino por el contrario, contiene preceptos de los que se desprende, como lo mencionamos con anterioridad, que no hay tal transmisión; tal es el caso del segundo párrafo de su Art. 351, el cual permite al fideicomitente reservarse ciertos derechos respecto de los bienes fideicomitados, el 357 en su fr. V que prevé como una causa de extinción del fideicomi-

so el convenio entre fideicomitente y fideicomisario, en tanto que conforme al 358, extinguido el fideicomiso la fiduciaria devolverá (no retransmitirá) al fideicomitente los bienes que estuvieron en su poder, utilizando para ello un sistema o procedimiento especial, por demás sencillo, que se contiene en este último precepto [...]

En esas condiciones —sintetiza Domínguez Martínez—, bien podemos concluir que si ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitados, éstos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a ese fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente.⁵

Siguiendo al autor en comento, adicionamos como argumento de la conservación de propiedad por el fideicomitente lo siguiente:

En términos del artículo 349 de la LGTOC el fideicomiso implica una afectación de bienes y según el segundo párrafo del artículo 351 los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinen.

A los términos “afectar” y “bienes afectos” no podemos atribuir un significado de transmisión o desmembración por lo menos de propiedad. Los términos “afectación” o “bienes afectos” lo encontramos en otras leyes como la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 31); Ley de Instituciones de Crédito (artículo 79) y el Código Civil (artículo 2910). En ninguno de los casos mencionados podemos desprender, ni por asomo, la posibilidad de que los términos referidos tengan una connotación traslativa de propiedad.

Por su parte, el artículo 2910 del Código Civil señala que cuando los bienes hipotecados se destruyan y éstos hubieran estado asegurados, el valor del seguro quedará afecto al pago, desprendiendo de lo anterior que afectar significa más bien un destino dado a ciertos bienes y en ningún momento una transmisión de propiedad, cuando estos artículos hablan de afectación parece lo hacen para referirse al destino dando a ciertos bienes, sea por disposición de la ley o por voluntad de los particulares. Si analizamos el artículo 31 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que habla de la afectación en garantías de recuperación que deben obtener las instituciones de fianzas, se refiere ciertamente a un medio de garantía atípico y censurable por sus pretensiones reales, pero nunca

⁵ Jorge Alfredo, Domínguez Martínez, *El Fideicomiso*, Porrúa, México, 1996, pp. 211 y ss.

deriva, no obstante lo ambiciosos de sus consecuencias, una transmisión de propiedad de ningún tipo.

Otro tratadista exponente de la teoría de conservación del derecho de propiedad por el fideicomitente es Sánchez Medal. El autor, al estudiar el fideicomiso, dedica un capítulo de sus reflexiones al problema de determinar cuál es el destino del derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos. Refuta enérgicamente las teorías que encuentran en la constitución del fideicomiso una transmisión de propiedad a la fiduciaria como una propiedad fiduciaria o restringida, las cuales serán comentadas más adelante.

Entre los argumentos utilizados por Sánchez Medal para pronunciarse a favor de la teoría expresada, está el análisis de lo acontecido cuando en cumplimiento de los fines del fideicomiso, la fiduciaria transmite la propiedad de los bienes fideicomitidos al fideicomisario y si la transmisión fue onerosa, la responsabilidad del saneamiento para el caso de evicción corresponderá al fideicomitente, situación normalmente pactada en esos términos, independientemente de ser una consecuencia natural de la enajenación realizada por el fideicomitente no al momento de afectar los bienes al fideicomiso sino precisamente en el momento de su ejecución. Asimismo, si la propiedad o por lo menos la titularidad se transmitiera a favor de la fiduciaria al momento de la constitución del fideicomiso, ¿qué sucedería en los casos en donde la aceptación e inclusive la designación de la fiduciaria es posterior al acto constitutivo? Difícilmente podremos encontrar una transmisión de bienes a un sujeto indeterminado por lo menos temporalmente.

Por otro lado, en la práctica bancaria se han empleado convencionalmente algunas denominaciones para identificar los distintos tipos de fideicomiso forjados por la propia práctica sin que las denominaciones o clasificaciones realizadas tengan un fundamento directo en Ley.

A propósito de lo estudiado, encontramos el denominado fideicomiso traslativo de dominio, mismo que atribuye su denominación a su finalidad principal y no propiamente a un efecto traslativo de propiedad inmediato a la celebración del acto constitutivo, esto es la denominación dada a los diversos tipos de fideicomisos es alusiva a su finalidad, de esta forma vemos cómo un fideicomiso denominado traslativo de propiedad efectivamente va a producir ese efecto al momento que la fiduciaria la transmita al fideicomisario, pero no al momento de la afectación del bien.

De lo antes expuesto, resulta evidente la imposibilidad de argumentar en contra de la teoría de la conservación del derecho de propiedad por el fideicomitente, la denominación de algunos tipos de fideicomiso.

Algunos detractores de esa teoría pretenden en la constitución del fideicomiso un acto traslativo de propiedad fundándose en el artículo 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando exige como forma para el fideicomiso sobre inmuebles la misma requerida para los actos traslativos de propiedad sobre los mismos, pensar así nos llevaría a concluir que la hipoteca también sería un contrato traslativo de dominio por requerir según el artículo 2917 del Código Civil, la misma forma que la compraventa sobre inmuebles.

Hasta aquí una síntesis de las principales ideas esbozadas para sostener la teoría de la conservación del derecho de propiedad por el fideicomitente.

b) Los bienes afectados en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo

Ante lo complejo del tema relativo al destino del derecho de propiedad en los bienes fideicomitados, se han elaborado infinidad de teorías; si por un lado ese derecho de propiedad ya no corresponde al fideicomitente por no tener la libre disposición del bien afecto, por otro lado la propiedad no se transmite a la fiduciaria por la limitación de ésta en su actuación debiendo ceñirse, en todo supuesto, a los fines del fideicomiso y por último se ha considerado que el fideicomisario sólo es titular de derechos de crédito frente a la fiduciaria. La doctrina ha encontrado en la teoría del patrimonio autónomo respuesta a la interrogante inicialmente planteada.

Cervantes Ahumada opina: “Con estos elementos podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico por medio de lo cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario.”⁶

Dávalos Mejía comenta:

A la altura de nuestra exposición ya es evidente que a partir del día en que hizo la afectación de sus bienes al fin fiduciario, el fideicomitente no puede vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar la cosa, ya que, a partir de dicho momento, dejó de ser el propietario. Pero pasa que el fiduciario, a partir de que recibe la cosa, tampoco la puede vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar, a no ser que el fideicomitente le haya dado, de manera específica, ese fin, caso en el cual la fiduciaria podrá hacer, única y exclusivamente, eso y nada más; es decir, tampoco puede hacer lo que, en derecho civil, el propietario puede hacer con sus cosas. Luego, cabe preguntar: ¿Quién puede gravar, usar, vender, etc., la cosa; es decir, quién es el propietario civil de los bienes fideicomitados?

⁶ Miguel Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, México, 1988, p. 295.

Si aplicamos con rigor los principios del derecho civil la respuesta, también rigurosa, sería que dichos bienes no tienen propietario, porque nadie puede hacer con ellos lo que los propietarios civiles pueden hacer con sus cosas. Sobre este punto, esperamos, no debe haber contradicción: nadie es el propietario civil de los bienes fideicomitidos porque nadie puede ejercer sobre ellos tal género de dominio. Siendo que por definición los bienes fideicomitidos existen y nadie les ejerce dominio, la conclusión es que forman una universalidad jurídica que, técnicamente calificada, consiste en un patrimonio autónomo.⁷

Como se desprende de lo transcrito, Dávalos Mejía manifiesta su gusto por la teoría del patrimonio autónomo.

Otro de los autores simpatizantes con la teoría del patrimonio autónomo es Macedo, cuya opinión siempre será relevante por haber asumido como suyas, las ideas inspiradoras de los artículos relativos al fideicomiso en la LGTOC: “La idea del patrimonio de afectación —señala Macedo— es fundamental en Lepaulle y pasó a serlo en la Ley, pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución.”⁸

Nuestro máximo tribunal en la ejecutoria a continuación manifiesta su gusto hacia la teoría del patrimonio autónomo:

Fideicomiso, naturaleza del. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

c) En virtud del fideicomiso se transmite a la fiduciaria una propiedad restringida o propietaria fiduciaria

Los autores exponentes de esta teoría normalmente inician su exposición con los conceptos romanos o clásicos del derecho de propiedad, haciendo alusión al *uti*, *abuti* y al *frui*, en su conjunto manifestación del derecho de propiedad en su acepción plena. Los atributos de la propiedad conceptualizados en el Derecho Romano se traducen hoy en día en la posibilidad para el dueño de la cosa de usar, disfrutar y disponer de

⁷ Carlos Felipe Dávalos Mejía, *Derecho bancario y contratos de crédito*, México, 1992, pp. 422 y ss.

⁸ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Op. cit.*, p. 108.

la misma. Al afectar el propietario los bienes en fideicomiso y privarse desde ese momento por voluntad propia del derecho de disposición por quedar los bienes destinados necesaria e irrevocablemente (por lo menos en principio Art. 357 fr. VI LGTOC) a la realización de los fines del fideicomiso, ha permitido concluir a estos autores, la desaparición por lo menos de manos del dueño, del derecho real de propiedad en su connotación plena.

Batiza, al pronunciarse respecto de la situación guardada por los bienes fideicomitados, se manifiesta a favor de la llamada “Propiedad Fiduciaria” y expone sus ideas en los siguientes términos:

Lo que en realidad ocurre es que ha pasado inadvertido el hecho, o se le ha desconocido deliberadamente, de que al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal no sólo se ha reglamentado una institución jurídica nueva, sino que correlativamente se ha trasplantado con ella un nuevo concepto de la propiedad con una doble manifestación: la del fiduciario y la del beneficiario. Esta doble propiedad (legal y de equidad), creación original del derecho inglés a través de siglos de evolución y como resultado de la coexistencia de dos diversas clases de tribunales, rivales en un principio y complementario después, carece de equivalencia en nuestras concepciones tradicionales. La única actitud realista, por tanto, es reconocer que el fideicomiso ha producido, más aún, presupone, un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse “propiedad fiduciaria”, cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y que corresponde estrictamente al Código Civil. Establecidas en éste las bases de la “propiedad fiduciaria”, al lado de los derechos reales ya consagrados, no habrá necesidad alguna de recurrir, para caracterizar al mecanismo peculiar del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, a un término de contenido y alcance tan imprecisos como es el de “titularidad”.⁹

Resulta por demás interesante la tesis de Batiza en lo referente a su propuesta de crear un nuevo derecho real denominado “propiedad fiduciaria” e igualmente atractiva su propuesta de eliminar el confuso término “titularidad”, el cual puede ser sujeto de múltiples interpretaciones, cuando se utiliza como respuesta a la interrogante planteada en torno al destino del derecho de propiedad.

“El dueño fiduciario tiene un dominio limitado —señala Rodríguez y Rodríguez—, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir

⁹ Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, México, 1993, p. 193.

que es dueño en función del fin que debe cumplir y que es dueño normalmente temporal.”¹⁰

Al respecto de la denominada “propiedad fiduciaria” la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en los términos de la ejecutoria a continuación transcrita:

FIDEICOMISO. TITULARIDAD FIDUCIARIA. SU DIFERENCIA CON LA PROPIEDAD CIVIL

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

Las ideas expuestas sobre la denominada propiedad o titularidad fiduciarias han sido blanco de fuertes críticas; en primer lugar consideramos que en términos generales no resuelven el problema de la propiedad de los bienes en su connotación civil o tradicional, si bien, en la mayoría de los casos sostienen que dicha propiedad civil no pertenece a la fiduciaria, no señalan cuál es su destino.

Sánchez Meda concluye:

Sostener que a virtud del fideicomiso se transmite por el fideicomitente a la institución fiduciaria una mal llamada “propiedad restringida” o “propiedad fiduciaria”, por cuanto ésta no concede en ningún caso a dicha fiduciaria la libertad de disfrutar y de disponer en su personal beneficio de los bienes fideicomitados, sino sólo la inviste de las limitadas y expresas facultades que se le otorgan para realizar la finalidad del fideicomiso: “La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso” (Art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones

¹⁰ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, p. 124.

de Crédito), razón por la cual “sólo podrán ejercitarse” respecto de los bienes fideicomitidos, los derechos y acciones que se refieran al fin del fideicomiso.

Quienes afirman que por virtud del fideicomiso se produce una transmisión de propiedad por parte del fideicomitente a favor de la institución fiduciaria, pero que tal propiedad no es una propiedad plena, sino sólo una “propiedad restringida” o una llamada “propiedad fiduciaria”, no pueden explicar cómo es que entonces dicha institución fiduciaria puede transmitir más adelante a favor de terceros una propiedad plena que no tiene y no una simple propiedad restringida que es la única que se dice ella tiene. Es de sentido común el conocido adagio “*nemo dat quod non habet*” (nadie da lo que no tiene) y que a su vez tiene su versión correlativa en el campo del derecho: “*nemo plus juris ad alium transferri nequit quod ipse habet*” (nadie puede transmitir a otro mayor derecho que aquel que él mismo tiene).¹¹

Es conveniente en este apartado hacer una breve referencia a la llamada titularidad fiduciaria, para no confundirlos con la propiedad fiduciaria o propiedad restringida; la primera se refiere no al aspecto patrimonial del fideicomiso, por el contrario, se acuñó el término tratando de dar respuesta a las interrogantes planteadas en torno a la fundamentación o justificación de la gestión realizada por la fiduciaria sobre un patrimonio ajeno.

Al respecto de la titularidad fiduciaria, sin confundirla con la propiedad fiduciaria o restringida, Sánchez Medal, comenta:

En suma en el fideicomiso mexicano no hay transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino sólo se inviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva a aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente. De esta manera la situación fiduciaria, con una legitimación que el acto constitutivo entre vivos del fideicomiso le otorga y que la ley confirma y reconoce, realiza actos válidos sobre un patrimonio ajeno, esto es, sobre bienes que pertenecen al fideicomitente, pero sin que de tales bienes pueda disponer el citado fideicomitente, ni los acreedores de éste puedan embargarlos o practicar ejecución sobre dichos bienes.¹²

Por su parte Domínguez Martínez opina:

Esa titularidad confiere a la fiduciaria únicamente la posibilidad legal anotada, es decir, la facultad para ejecutar los actos por los que se alcancen los fines del fideicomiso, sin que por ello tenga en su haber algún derecho en tales bienes, pues en todo caso obra por cuenta del fideicomitente y para

¹¹ Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, México, 1997, pp. 591 y ss.

¹² Sánchez Medal, *Op. cit.*, p. 600.

beneficiar al fideicomisario. Situación parecida se presenta en el mandato en el que, como se recordará, al mandatario obra en todo caso por cuenta del mandante.¹³

Para concluir este apartado manifestamos no estar en desacuerdo con los postulados de la llamada “titularidad fiduciaria”, nos oponemos a ella como respuesta a la interrogante planteada al inicio de nuestro estudio: ¿Cuál es el destino del derecho de propiedad de los bienes fideicomitidos? No obstante lo anterior, reconocemos sus bondades como figura para explicar la gestión realizada por la fiduciaria sobre bienes ajenos en los términos de lo dispuesto por los Arts. 351 2o. párrafo y 356 primera parte de la LGTOC.

d) El Derecho de Propiedad pleno y absoluto se transmite a la fiduciaria

Uno de los principales exponentes de la teoría de la transmisión de propiedad plena a la fiduciaria es Barrera Graf. Es además relevante por ser una idea arraigada en muchos de los funcionarios de las instituciones de crédito ahora afianzadoras, compañías de seguros y casas de bolsa en lo referente a su facultad limitada de ser fiduciarias.¹⁴

Es frecuente encontrarnos con la opinión ahora comentada, la fiduciaria se considera propietaria de los bienes fideicomitidos, afirmación que no es compartida por nosotros.

Se trata de un negocio esencialmente traslativo en el que, sin embargo, frente a la relación real de enajenación a favor del fiduciario, existe un vínculo obligatorio, que se traduce en la obligación en que incurre de afectar el bien o derecho objeto del fideicomiso, a la finalidad señalada por el fiduciante en el acto constitutivo.¹⁵

En el año de 1950, la Asociación de Banqueros de México concluyó un proyecto de reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, concretamente al Capítulo V, Título II.

¹³ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, México, 1996, p. 170.

¹⁴ Afianzadoras: Art. 16 Fracc. XV – *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*. Casas de Bolsa: Art. 22 Fracc. IV inciso d) – *Ley del Mercado de Valores*. Aseguradoras: Art. 34 Fracc. IV – *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*.

¹⁵ Jorge Barrera Graf, *Estudio de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1958, *cit. Pos.* Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 123.

En el acta de la sesión de la comisión de estudios correspondientes al día 24 de agosto de 1949 se contiene la transcripción que a continuación citamos:

Prevía lectura que dio el Relator al artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que él propone a la Comisión, expuso que al formular esa disposición consideró no sólo el aspecto de la traslación del dominio, de los bienes o derechos que por virtud del fideicomiso se opera a favor del fiduciario, sino la modificación de la situación preexistente por una nueva, resultante del acto jurídico por virtud del cual el fiduciario adquiere derechos y obligaciones de los existentes con anterioridad. Considera el Relator que debe aceptarse el concepto de titular porque el fiduciario adquiere título propio sobre los bienes o derechos objeto del fideicomiso, obligándose a ejercitarlos en beneficio de una tercera persona [...]¹⁶

Hay una seria contradicción entre dos posiciones que deberían coincidir, pues para la Comisión de la Asociación de Banqueros, “titularidad” es equivalente a título propio a propiedad, mientras que para la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio, los términos “titularidad y propiedad no son sinónimos”.¹⁷

Considerar a la fiduciaria como propietaria de los bienes fideicomitidos equivaldría a sostener que dicha fiduciaria pudiera disponer de ellos libremente sin ninguna limitación, lo cual no acontece dada la obligación de la fiduciaria de ceñirse fatalmente a los fines del fideicomiso.

Igualmente, si el derecho de propiedad correspondiera a la fiduciaria, al transmitir ésta los bienes a título oneroso, no tendría por qué destinar el producto de la venta a los fines del fideicomiso y por el contrario sería lícito el apropiárselo.

Asimismo, resulta difícil pensar en una propiedad plena de la fiduciaria, debido a la posibilidad prevista en la LGTOC de la existencia simultánea de dos fiduciarias, lo cual acarrearía una conclusión inadmisibles a nuestro juicio: una copropiedad entre fiduciarias, basta pensar en las consecuencias de la aplicación de la acción divisoria de la copropiedad al caso planteado, para comprender lo absurdo del supuesto.

En fin, si la fiduciaria fuera propietaria de los bienes no tendría por qué rendir cuenta de su administración al fideicomitente o al fideicomisario, ya que nadie rinde cuenta de la administración y gestión realizada sobre bienes propios.

¹⁶ Batiza, *op. cit.*, p. 191.

¹⁷ Batiza, *op. cit.*, p. 194.

Otros supuestos interesantes de reflexionar a la luz de la idea de considerar a la fiduciaria como titular del derecho de propiedad y también bajo la corriente de la propiedad o titularidad fiduciaria, son los siguientes:

¿Qué sucedería en una Sociedad Anónima en donde por algún motivo todos los accionistas afectaran en fideicomiso sus acciones y eligieran al mismo fiduciario?, pensemos en los llamados fideicomisos de voto, o bien un fideicomiso para la emisión de acciones neutras, podríamos concluir que al ser la fiduciaria propietaria de los bienes fideicomitados y al devenir ésta como la única dueña de las acciones de la sociedad, se entraría en una causa de disolución de la misma.

Bajo el mismo orden de ideas imaginemos el supuesto de aportar al fideicomiso la totalidad de los derechos de copropiedad en que se encuentra dividido el derecho de propiedad sobre un bien, si la fiduciaria realmente se convirtiera en propietaria, la copropiedad quedaría extinguida.

A nuestro juicio las conclusiones alcanzadas en los dos supuestos anteriores no son lógicas ni jurídicamente válidas y por lo tanto, a nuestro juicio la teoría expuesta inadmisibles.

e) El Derecho de Propiedad se transmite al fideicomisario

Brevemente comentaremos esta teoría con la idea de refutarla, dado que del texto de la LGTOC resulta claro cómo el fideicomiso sólo hace derivar a favor del fideicomisario derechos de crédito o personales, en contra de la institución fiduciaria y de ninguna forma derechos reales. El artículo 355 de la Ley menciona los derechos del fideicomisario en los siguientes términos:

El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

El empleo inadecuado por el legislador del término reivindicar, es lo único que pone en duda nuestra afirmación.

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Consideraciones generales

Nos resulta conveniente, de forma preliminar, realizar algunas consideraciones generales en relación con los medios de garantía en general.

En primer término recordaremos lo conceptualizado por el Art. 2964 del Código Civil para el Distrito Federal y por sus correlativos en las demás entidades de la República Mexicana. En dicho dispositivo aparece el principio general en materia de responsabilidad de cualquier deudor, impropriamente denominado por algún sector de la doctrina como “Prenda General Tácita”. El precepto en comento señala: “El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables”.

En infinidad de casos esta obligación sobre el deudor de responder del cumplimiento de sus deudas con todos sus bienes, es insuficiente para el acreedor, son múltiples los riesgos susceptibles de experimentarse cuando el acreedor únicamente cuenta con esa garantía sobre los bienes del deudor, a saber: insolvencia real o ficticia, concurrencia con otros acreedores del deudor en caso de concurso o quiebra.

Debido a lo anterior, surge en el acreedor la necesidad de contar con garantías especiales para el pago de sus créditos, de esta forma surgen las garantías personales y reales.

En las garantías personales el acreedor hace añadir a su deudor uno o más sujetos obligados al cumplimiento de la obligación y de esta forma minimizar los efectos negativos de la insolvencia del deudor original. Dentro de los medios de garantía encontramos la deuda solidaria, y como contrato, la Fianza.

Sin embargo, las garantías personales presentan además el inconveniente de resultar ineficaces en el caso de insolvencia del deudor u obligado adicional, e igualmente ante la concurrencia de diversos acreedores sobre un mismo deudor y sobre los obligados adicionales.

Para aliviar los peligros experimentados por el acreedor aun en caso de garantías personales, se crean los derechos reales de garantía o de segundo orden (Planiol), con las enormes ventajas derivadas de su carácter real, a saber: oponibilidad, persecución y preferencia. Nos estamos refiriendo a los derechos reales de prenda e hipoteca generados por los contratos del mismo nombre o por declaración unilateral del propietario del bien.

Resulta además de particular importancia para nuestro estudio hacer una breve reseña histórica de la evolución de las garantías en nuestro sistema jurídico. En el Derecho Romano antes de conocer la prenda y la hipoteca, las obligaciones se garantizaban de manera muy poco favorable para el deudor, basta recordar cómo el deudor en un principio respondía del cumplimiento de sus obligaciones inclusive con su persona, el acreedor en caso de insolvencia podría llegar a privar de la vida al deudor incumplido. Posteriormente, esta situación se aligeró cuando se determinó que el deudor respondía del cumplimiento de sus obligaciones, ya no con su persona sino con sus bienes, dentro de esta etapa, el deudor enajenaba sus bienes al acreedor quien estaría obligado a restituirlos una vez satisfecha la deuda, la operación quedaba documentada en la *mancipatio cum fidutia causa creditore*.

Posteriormente, aparecen la prenda y la hipoteca, confundidas en un principio, pero con la enorme ventaja respecto de la *mancipatio cum fidutia causa creditore* de conservar el deudor la propiedad de sus bienes, únicamente entregando al acreedor la posesión de los mismos.

Más adelante y como un producto refinado de la técnica jurídica se da la posibilidad para el deudor de no sólo conservar la propiedad de sus bienes sino también la posesión; en ese momento se empieza a distinguir entre prenda e hipoteca, correspondiendo a esta última la posibilidad de no desposeer al deudor y de recaer sobre bienes inmuebles.

La referencia hasta ahora realizada es a los medios tradicionales de garantía; existen otros como podría ser el mandato irrevocable, la reserva de dominio en la compraventa, el depósito, y desde luego el fideicomiso de garantía.

Concepto y utilidad

En virtud de este tipo de fideicomisos, el deudor (deudor-fideicomitente) o un tercero (garante-fideicomitente) afecta ciertos bienes en fideicomiso con el fin de asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, facultando a la fiduciaria a enajenar en los términos y condiciones previstos en el contrato, los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado y con el producto de la venta pagar al acreedor (acreedor-fideicomisario) la obligación objeto de la garantía; en caso de cumplimiento del deudor fideicomitente, la fiduciaria extingue el fideicomiso y como consecuencia la afectación de los bienes.

Al respecto, Batiza comenta:

El Fideicomiso de Garantía, variedad que tal vez fue la primera en practicarse en México, se utilizó inicialmente por las instituciones autorizadas para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar ante sí mismas los préstamos que concedía su departamento de crédito, procedimiento seguido durante varios años hasta que fue prohibido por ley.

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 de 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 insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de 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 un 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, etc.¹⁸

Como ventajas de la garantía fiduciaria sobre otro tipo de garantías podemos expresar las siguientes:

1. Es una garantía de ágil realización.
2. Es segura, ya que los bienes fideicomitidos no pueden ser embargados por otros acreedores.
3. No constituye enajenación para efectos fiscales.
4. La misma garantía puede utilizarse en varios créditos.
5. La ejecución se realiza directamente por la fiduciaria sin requerir la intervención de la autoridad judicial.

Ahora bien, ante las evidentes ventajas de la garantía fiduciaria sobre otros medios de garantía, ¿por qué el temor o duda de su empleo de manera más frecuente? La respuesta a esta interrogante constituye la piedra angular en el tema comentado.

“Se ha expresado la opinión aislada —sostiene Batiza— de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales”,¹⁹ opinión ésta atribuida a Cervantes Ahumada.

“Tal parece —continúa Batiza— en principio, inexacto, si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a

¹⁸ *Ibidem*, pp. 174 y s.

¹⁹ *Ibidem*, p. 176.

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 pago al acreedor fideicomisario y, en caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente.”

“Uno de los fideicomisos que más han motivado la intervención judicial ha sido precisamente el de garantía —apunta Dávalos Mejía— en nuestra opinión, por tres razones principales:

1. porque el litigante pretende desvirtuar el fideicomiso haciendo consistir su pretensión en que la garantía ‘no es un fin determinado o lícito’
2. porque el litigante pretende desvirtuar la naturaleza de transmisión real del fideicomiso, haciéndola consistir en que el fideicomiso, siendo de garantía, por definición no puede transmitir la propiedad al fiduciario sino sólo la posesión temporal afecta a garantizar y
3. porque el litigante argumenta que la fiduciaria se excede de sus facultades al actuar en la ejecución como un órgano judicial, siendo que no lo es.”²⁰

Ahora bien, basta analizar los cuantiosos precedentes judiciales existentes al respecto para poder concluir como lo ha hecho nuestro máximo tribunal en repetidas ocasiones, en el sentido de considerar al fideicomiso de garantía un instrumento constitucionalmente válido. Por la gran cantidad de precedentes, únicamente me permitiré exponer aquellos considerados como relevantes por los conceptos vertidos en torno al tema objeto de nuestros comentarios.

Fideicomiso, no es necesaria intervención de un órgano jurisdiccional para la realización del fin en el

Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si en razón de su esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria, que en nuestra legislación sólo puede ser una institución bancaria expresamente autorizada para ello, afectación que priva al fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitidos, cuyo único titular es la fiduciaria, para llevar al cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó.

²⁰ Dávalos Mejía, *op. cit.*, pp. 410 y s.

Amparo directo 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977.

5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Semanario Judicial de la Federación. Sala Auxiliar. Vols. 97-102. Séptima Parte. Pág. 106.

Séptima Época.

Fideicomiso, venta de los bienes afectos al. No contraviene el artículo 17 constitucional.

Tratándose de la venta por la institución fiduciaria de los bienes afectos a un fideicomiso, es inexacto que se contravenga lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, ya que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares faculta y obliga incluso a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que les fueron transmitidos en propiedad fiduciaria, sin intervención de la autoridad judicial, en virtud de que no se trata de bienes ajenos, dado que ellas son las titulares y están facultadas para disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso, y por ello es improcedente que en la venta intervenga la autoridad judicial, cuando no se pactó ese requisito; ni debe estimarse que la fiduciaria ejerce una función judicial, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es el titular, lo que de ninguna manera implica sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo la realización de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito determinado, y de tal suerte que siendo ello así, es claro que la fiduciaria no vulnera ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso, si obra conforme a los términos estipulados en el mismo.

Amparo directo 3551/79. Juan Calvillo Lozano. 18 de abril de 1980.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala.

Vols. 133-138. Cuarta parte. Pág. 97. Séptima Época.

Fideicomiso. Remate de inmuebles por la fiduciaria.

El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. Ahora bien, esto no impide que las partes, al celebrar un contrato de fideicomiso, puedan pactar,

o sea convenir entre ellas, en que en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones la fiduciaria saque a venta un bien inmueble, en remate, señalando el procedimiento convencional a seguir siempre que en él se respete el derecho del afectado a ser oído.

Es cierto que nadie puede hacerse justicia por propia mano, y a esto se refiere la garantía constitucional. Pero el que la fiduciaria acate un pacto convenido por las partes involucradas, de ninguna manera implica que se haga justicia por propia mano. Simplemente, se está actuando en la forma prevista y acordada por las partes. Por otra parte, al sacar la fiduciaria el bien a remate, no se puede decir que no se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, si se hace correctamente, o en la forma pactada, el avalúo de los terrenos, y si se notifica correcta y previamente a los afectados con la antelación necesaria para que, en su caso, puedan oponerse judicialmente a la venta, o ante un árbitro designado y mediante un procedimiento legal o convencional (Arts. 1051 y 1052 del Código de Comercio). Con esto, se respeta el debido procedimiento legal y el derecho a acudir a los tribunales en caso de controversia. O sea, que el pacto, en sí mismo, es válido y legal. Lo que deja a salvo el derecho de quien se sienta lesionado en sus derechos, para acudir a los tribunales. Y así, una cosa es la validez de la cláusula, y la otra la validez del procedimiento seguido por la fiduciaria para sacar los bienes a remate. La conclusión anterior se corrobora, si se lee el artículo 141, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, conforme al cual, en los casos de créditos hipotecarios se autoriza a las instituciones acreedoras a vender, mediante corredor y al precio que se hubiese señalado en el contrato, los inmuebles dados en garantía. Y sólo obliga a dicho acreedor a notificar al deudor ante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, su intención de efectuar el remate. Y se deja a salvo el derecho del deudor para que, en el término de tres días después de la notificación, se oponga a la venta, acudiendo al efecto ante el juez de primera instancia del lugar en que los bienes estén ubicados, o al juez competente en el domicilio de la institución acreedora, a fin de que éste resuelva en la forma sumaria que se prevé.

A mayor abundamiento, también se ve la licitud de este tipo de pactos, cuando el artículo 2884 del Código Civil autoriza que por convenio expreso se venda la prenda extrajudicialmente. Como se ve, no se hace la fiduciaria justicia por propia mano, sino que acata una obligación contractual del fideicomiso. Y el afectado no queda privado del derecho de acudir a los tribunales, en caso de controversia. Luego, el pacto no es nulo, ni violatorio de la garantía de audiencia.

Amparo directo 1564/76. Sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983.

5 votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Semanario Judicial de la Federación. Sala Auxiliar.

Vols. 169-174. Séptima Parte. Pág. 173. Séptima Época.

Fideicomiso de garantía. El fin perseguido por las partes en esta clase de fideicomiso reúne los requisitos establecidos por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues dicho fin es lícito y determinado.

Entre las diversas clases de fideicomisos se encuentra el denominado fideicomiso de garantía, como es el de la especie. Este peculiar fideicomiso ha tenido gran arraigo en la práctica, pues se ha venido utilizando como sustituto del contrato de hipoteca, y por ello, el fin que se persigue con dicho fideicomiso es el de garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, entregándose éste, precisamente, en calidad de bien fideicomitado a una institución fiduciaria legalmente autorizada para fungir como tal. Por consiguiente, el fin que se persigue con la celebración de un contrato de fideicomiso de garantía, como es el que verificaron los ahora quejosos, por una parte, es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización, concreta su voluntad en “garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble”. En estas condiciones, la declaración unilateral del prestatario nada tiene de abstracta o indeterminada, como quieren hacer ver los peticionarios de garantías en el concepto de violación que se analiza; sino que, por el contrario, el consentimiento otorgado se ha encaminado a un fin específico, determinado.

Además, el hecho consistente en que se haga o no efectiva la garantía es irrelevante para que se pueda concluir que el fin cuestionado sea indeterminado, toda vez que tal hecho es una cuestión absolutamente ajena al fin que se persigue en un fideicomiso de garantía. En otras palabras, una cosa es “garantizar la devolución de un préstamo con un bien inmueble, y otra cosa muy distinta es el realizar o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor, circunstancias éstas que confunden los quejosos”. Por otra parte, cabe advertir que ni la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni ningún otro ordenamiento jurídico, prohíbe que en un contrato de fideicomiso no se pueda perseguir el fin a que se ha venido haciendo alusión, esto es el garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble y, en consecuencia, tal consideración es suficiente para estimar

que dicho fin es lícito, puesto que, se insiste, no contraviene ningún precepto legal.

Amparo Directo 2771/66. Juan Cervantes y Coagraviados.
5 de noviembre de 1971. 5 votos.
Ponente: Alfonso López Aparicio.

Para terminar este apartado únicamente señalaremos la conveniencia de revisar continuamente los criterios judiciales. En el año de 1995 la corte consideró inconstitucional el procedimiento de ejecución de la prenda en términos del Art. 341 de la LGTOC, cambiando los precedentes hasta ese momento existentes, los cuales se pronuncian a favor de la constitucionalidad del Art. 341 citado. En el mes de marzo de 1997, la Suprema Corte de Justicia, nuevamente cambió su interpretación para considerar nuevamente como constitucional el Art. 341 LGTOC de la enajenación de bienes practicada en los términos del precepto señalado.

Reforma a la Ley en 1996

Nos referimos a las reformas sufridas por el artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; es preciso recordar que dicho numeral fue objeto ya de otra reforma desde el año de 1933, en la cual se le adicionó el cuarto párrafo para prohibir a las instituciones fiduciarias tener el carácter de fideicomisarias simultáneamente en un mismo fideicomiso por la evidente oposición de intereses generada por tal coincidencia.

Ahora, en la reforma de 1996 se adiciona el artículo en comento a nuestro juicio en forma regresiva para permitir en ciertos supuestos a las fiduciarias tener el carácter de fideicomisarias, con el grave inconveniente ya apuntado.

Los requisitos necesarios para poder coincidir fiduciaria y fideicomisaria en un mismo fideicomiso de conformidad con el nuevo texto del art. 348 son los siguientes:

- a) Que se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos.
- b) Que tenga por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas.
- c) Que los créditos origen de los adeudos sean derivados de actividad empresarial.
- d) Que las partes designen una institución fiduciaria sustituta para el caso de surgir algún conflicto de intereses.

Las reformas van dirigidas a los llamados fideicomisos de venta, en donde hay un incumplimiento reconocido por parte de un deudor, éste en lugar de dar en pago un bien al acreedor, lo cual generaría inconvenientes de tipo fiscal y eventualmente en su momento de constitución de reservas para la institución de crédito, afecta el bien a un fideicomiso cuyo objeto principal es vender el bien en las mejores condiciones posibles y aplicar el producto de la venta a favor del fideicomisario- acreedor, en pago de su adeudo, conservando la posibilidad el fideicomitente-deudor de “readquirir” los bienes pagando en cualquier momento antes de la venta, el adeudo garantizado, sin constituir de esta forma una enajenación para efectos fiscales.

No obstante la evolución histórica en la posibilidad de que la fiduciaria reciba los beneficios del fideicomiso, el Ejecutivo insiste nuevamente en la iniciativa presentada a la Cámara de Diputados de la denominada Ley Federal de Garantías de Crédito, en donde en el artículo 14 señala expresamente la posibilidad de que la fiduciaria sea la fideicomisaria en los fideicomisos de garantía.

Las conclusiones alcanzadas en los dos temas analizados a la luz de la iniciativa de Ley Federal de Garantías del Crédito, o bien las modificaciones que ahora se pretenden a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, nos permiten señalar no obstante la finalidad del fideicomiso de garantía, no es necesario el pronunciamiento artificioso e infundado de la transmisión de la propiedad del fideicomitente a la fiduciaria, la simple *afectación* de los bienes, conservando la propiedad de los mismos el fideicomitente, es suficiente, dada la naturaleza de la afectación y del fideicomiso mismo, para su validez y procedencia, como hasta ahora ha sucedido, según vemos en los precedentes judiciales atados.

No obstante lo anterior, la iniciativa resulta adecuada en algunos de sus planteamientos para dar un marco jurídico más preciso al proceso de enajenación de bienes por parte de la fiduciaria en la ejecución del fideicomiso.

APÉNDICE

En el momento en que el presente trabajo se encontraba en prensa, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación*, reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al Código de Comercio y a la Ley de Instituciones de Crédito, paquete de reformas que impropia- mente fue denominado como “Ley de Garantías”. El origen de la confu-

sión radica en que el primer proyecto que dio inicio al proceso que culminó con las reformas a las tres leyes antes citadas, efectivamente fue de una nueva ley denominada “Ley Federal de Garantías del Crédito”, presentada a la Cámara de Diputados como cámara de origen por el Ejecutivo Federal y que gracias a las bondades de la democracia, no se convirtió en ley. Los principales defectos que, a nuestro juicio, padecía la iniciativa citada eran en primer lugar, una desproporción exagerada entre la posición de los acreedores y la de los deudores; siendo considerablemente más favorable la de los primeros. En segundo lugar, la iniciativa citada adolecía de una buena cantidad de defectos técnicos.

En un proceso legislativo sin precedentes en nuestro país, la Cámara de Diputados regresó al Ejecutivo el proyecto y en su seno se elaboró un nuevo proyecto con base en el presentado por el Ejecutivo que se diferenció del primero básicamente en tres puntos. En primer lugar, se consideró innecesario elaborar una nueva ley, ya que modificando las leyes citadas en el párrafo anterior, se podía lograr en gran medida la finalidad propuesta. En segundo lugar, se logró abatir considerablemente la desigualdad entre acreedores y deudores existente en el proyecto original; y, por último, se eliminaron algunas de las incongruencias técnicas, pero desgraciadamente no todas.

Uno de los defectos técnicos que no se eliminó en el proyecto de los diputados fue precisamente la situación del derecho de propiedad en el fideicomiso de garantía; ya que este proyecto, al igual que el del Ejecutivo, expresamente señala que la propiedad de los bienes afectos a este tipo de fideicomisos, es decir, los de garantía, se transmite a la institución fiduciaria.

A lo largo de todo el trabajo expusimos ampliamente las razones por las cuales fundadamente negamos la idea de que los bienes se transmiten en propiedad a la fiduciaria como consecuencia de la constitución del fideicomiso, incluyendo los fideicomisos de garantía.

Creemos que la reforma se pronunció de dicha manera por considerar más consistentes los fideicomisos de garantía, sobre todo en la fase de ejecución de la garantía, otorgándole el derecho de propiedad a la fiduciaria; lo que nos motiva dos consideraciones preliminares al respecto. En primer lugar, es claro, según lo expuesto, que con la “afectación” de bienes que el fideicomiso implica, concepto explicado a lo largo del trabajo, es suficiente para que la fiduciaria plenamente legitimada para ello enajenara el bien en ejecución del fideicomiso sin necesidad de ser la propietaria del mismo. En segundo lugar, la gran mayoría de los ataques a los que ha estado sujeto este tipo de fideicomisos radican en considerarlos violatorios de garantías individuales y en particu-

lar a la garantía de audiencia. Bastan en este sentido las ejecutorias que se transcribieron para comprobar que el conflicto en este tipo de fideicomisos no radica en la falta de propiedad de la fiduciaria sobre los bienes afectos, por lo que seguimos pensando que no sólo no era necesario otorgar el derecho de propiedad a la fiduciaria, sino que además es técnicamente incorrecto y con ello se producirán las consecuencias negativas que quedaron expuestas.

Otro tema tratado también es el relativo a la prohibición de que la fiduciaria y la fideicomisaria sean la misma persona. En las reformas ahora comentadas se eliminó tal prohibición para los fideicomisos de garantía, por lo que insertamos aquí los inconvenientes señalados al respecto. Las fiduciarias-fideicomisarias deberán estar muy atentas al cumplimiento de sus obligaciones ya que, en caso contrario, se harán acreedoras a importantes sanciones.

Por último, y dejando pendiente para otra ocasión una buena cantidad de comentarios y reflexiones que la reforma nos merece, únicamente señalaremos por la importancia que tiene en relación con el fideicomiso de garantía, la existencia de dos procedimientos de ejecución de las garantías: uno extrajudicial y otro judicial. Para que el primero de los procedimientos citados sea procedente requiere la conformidad del deudor de someterse a dicho procedimiento, conformidad que se manifestará entregando la posesión de los bienes a la fiduciaria cuando ésta lo requiera. En caso de que el deudor no entregue la posesión de los bienes materia de la garantía a la fiduciaria, esto suspenderá el procedimiento extrajudicial y será necesario acudir a la autoridad judicial correspondiente, a efecto de que ante ella se lleve el procedimiento de ejecución de las garantías en donde el deudor deberá ser oído y vencido, con lo cual se elimina toda la controversia tradicionalmente existente respecto de la legalidad del fideicomiso de garantía.

Sólo queremos dejar sentada la inquietud respecto del alcance que tiene, a propósito del procedimiento de ejecución de la garantía antes comentado, el texto del nuevo artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, que textualmente dice: "A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario." ¿Esto quiere decir que sigue siendo posible convenir un procedimiento privado de ejecución en el acto constitutivo del fideicomiso, y sólo ante la falta de procedimiento convenido serán aplicables los procedimientos nuevos contenidos en el Código de Comercio a que nos referimos en el párrafo anterior?