
LEGISLACIÓN

LAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. NUEVO E IRRESPONSABLE ATENTADO A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

Juan SUAYFETA OZAETA*

RESUMEN: El autor denuncia como un atentado contra la figura del fideicomiso, las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las cuales considera condenables y absolutamente negativas. Explica que el legislador arrojó por la borda todo el esfuerzo que en la jurisprudencia, doctrina y práctica se había realizado —a lo largo de siete décadas— para hacer más comprensible tal figura en la práctica; con lo cual se dio una nueva arma a los impugnadores del fideicomiso para atacarla. Considera que estos inconvenientes pueden ser salvados, revirtiendo el daño que el decreto ha causado.

ABSTRACT: The author condemns what he considers an assault on the new structure of a trust, as a direct result from the amendments to the General Law of Credit Instruments and Operations, which he considers reprehensible and absolutely negative to a trust. The writer believes that the legislator forgot all the efforts made by the Supreme Court, the doctrine and practitioners trying to make the trust's mechanism more compressible. These amendments give more weapons to attack the trust institution. He considers that these improprieties may be remedied by restoring the harm which the amendments have caused.

* Asesor técnico en fideicomiso.

I. ANTECEDENTES

El 23 de mayo de 2000 fue publicado, en el *Diario Oficial de la Federación*, un decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, documento al que, al hacer referencia en esta nota, se le designará simplemente como “el decreto” o “las reformas”.

En sesión ordinaria del 7 de abril de 1999 había sido presentada la iniciativa enviada por el presidente de la república ante la Cámara de Diputados, para una Ley Federal de Garantías de Crédito por la que se pretendía, entre otros propósitos, agregar a las ya existentes, una nueva modalidad de garantía prendaria sin transmisión de posesión e imprimir una regulación especial al fideicomiso de garantía.

Posteriormente, entre octubre y diciembre del mismo año, se dieron a conocer sucesivamente, por sujetos relacionados con la actividad bancaria, pero procurando eludir o hacer caso omiso de cualquier intervención de personas vinculadas a la operación fiduciaria o que tuvieran conocimientos en esa materia, diversos proyectos de iniciativa de decreto, cuyos textos eran casi idénticos entre sí, aunque con ligeras variantes, en los que sin tratar ya de crear un nuevo ordenamiento legal, pero persiguiendo en su contenido el mismo propósito del que originalmente se había proyectado, se proponían reformas y adiciones a los ordenamientos legales que fueron mencionados en el párrafo inicial, uno de cuyos fines era establecer, como antes se ha expresado, una normatividad específica para el fideicomiso de garantía. El conducto para la presentación del último proyecto ante la Cámara de Diputados fueron los grupos parlamentarios de los partidos políticos Acción Nacional, Revolucionario Institucional y Verde Ecologista, proyecto del que el diputado Francisco Javier Zorrilla, miembro del segundo de dichos grupos tuvo la ingenuidad de afirmar que mejoraba la iniciativa enviada por el Ejecutivo, no obstante que en realidad resultaban igual de criticables tanto uno como la otra, porque al final de las cuentas contenían en esencia, salvo cambios intrascendentes, las mismas estipulaciones.

Desde que se proyectaba la Ley de Garantías de Crédito, se vino difundiendo en los medios de comunicación la idea, producto del candor,

de la ignorancia o de la ligereza, de que si la misma era aprobada por los órganos legislativos y puesta en vigor, se acabaría la crisis por la que atraviesa la banca mexicana y se reactivaría el mercado crediticio.

Con propósitos nada claros, se trataban de soslayar las verdaderas causas que generaron el deterioro que confrontan las instituciones bancarias y la contracción del crédito, pretendiendo atribuirlos a deficiencias en la legislación que regula las operaciones de crédito y sus formas de garantía, lo cual, aunque en términos generales es falso, así se hizo creer y se asumió como cierto, tanto entre los señores banqueros, como en algunos organismos oficiales, incluyendo los legislativos; y en la exposición de motivos, esos criterios se dieron como justificación para las reformas que son materia de estos comentarios, aunque a decir verdad, debe reconocerse en su abono que, como excepción, hubo algunos miembros de la legislatura que no compartieron los puntos de vista antes expresados.

Suponiendo sin conceder que hubiera algo de cierto en el señalamiento de la circunstancia apuntada, como causa de la debacle financiera, tal situación no se corregirá creando normas concebidas en forma irreflexiva, carentes de rigor técnico, rompiendo con el concepto tradicional del fideicomiso, prostituyendo de alguna manera dicha institución jurídica, haciendo anárquica su regulación, aumentando la confusión sobre el concepto que se tiene de la misma y haciéndola menos confiable, produciendo así efectos negativos, absolutamente contrarios a los propósitos que dijeron perseguirse.

El pretexto que los promotores de las reformas hicieron circular, era de tal manera falso, que en el propio seno de la Cámara de Diputados tuvo el franco rechazo de algunos de los legisladores, sosteniendo que era inexacto que la contracción del crédito se debiera al hecho de que el marco jurídico fuera insuficiente o inadecuado, sino a otras razones que se dieron a conocer en las intervenciones de los diputados Carlos Antonio Heredia y Ricardo Cantú Garza. Éstos fueron certeros, además, en la predicción de que las nuevas disposiciones no incidirían realmente en la reanudación del crédito,¹ que es lo que en verdad ha acontecido hasta la fecha.

1 El diputado Carlos Antonio Heredia expuso: "Nosotros sostenemos que con la legislación vigente, el crédito se pudo hacer llegar a los solicitantes del mismo, sin necesidad de exigir las garantías que ahora se demandan... La verdadera razón de la contracción del crédito y de la dificultad para acceder a éste, radica en las condiciones macroeconómicas, no en la falta de voluntad de los

Provocaba hilaridad, por decir lo menos, leer en los diarios las afirmaciones que hacían algunos representantes de la banca e inclusive comentaristas financieros, para demandar que se apresurara la aprobación del proyecto de Ley de Garantías de Crédito, con el fin de que se pudiera resolver, decían, la situación de la banca, proyecto aquél de nueva ley que, como se ha dicho antes, en la Cámara de Diputados fue sustituido por una iniciativa de reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a la Ley de Instituciones de Crédito y al Código de Comercio, iniciativa que fue la que acabó por prevalecer y promulgarse, y a la que se referirá este análisis.

Es, desde luego, bastante probable que la banca logre superar la crisis que ha venido confrontando, pero si así ocurre, y desde luego es deseable por obvios motivos que ocurra, ello obedecerá seguramente a otras razones, que no es del caso analizar aquí, pues si su salvación dependiera realmente de las reformas llevadas a cabo a los ordenamientos en cuestión, como se afirmó con tan irresponsable énfasis, la banca mexicana, al parecer ya no tan mexicana, estaría irremediablemente perdida, con todas las graves consecuencias que en muchos órdenes eso traería consigo.

La regulación al fideicomiso de garantía, que con tan poca fortuna se produjo mediante las reformas y adiciones que se comentan, acusa desconocimiento, irresponsabilidad y carencia de sensibilidad de quienes en diversos momentos protagonizaron su autoría, que no fueron capaces de prever las consecuencias negativas que las mismas originarían para la figura del fideicomiso, el retroceso que implicaría para su sana evolución y perfeccionamiento, con el consecuente deterioro en la demanda de los servicios que en materia fiduciaria prestan las instituciones de crédito. Quienes las promovieron e impulsaron, todo hace suponer que con el beneplácito y hasta colaboración de las autoridades hacendarias,

deudores, tampoco en el hecho de que el marco jurídico pudiera resultar insuficiente o inadecuado". Refiriéndose a la iniciativa dijo: "No pensamos que vaya realmente a incidir en la reanudación del crédito". Por su parte, el diputado Ricardo Cantú Garza manifestó: "Los banqueros de este país han anunciado en múltiples ocasiones que la escasez de crédito obedece a la falta de un marco jurídico adecuado para facilitar préstamos a quienes lo necesitan. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta visión es totalmente falsa y obedece a razones distintas. Para nosotros, la escasez de crédito tiene que ver con la ineficiencia operativa del sistema bancario y con las insuficiencias de los mecanismos de regulación que le permiten a los bancos desviarse sistemáticamente hacia actividades especulativas".

eran, sorprendentemente, personas vinculadas a la actividad bancaria, como lo reveló el diputado Bernardo Bátiz, al decir que esta ley (se refería a las reformas) “fue hecha por los despachos de los bancos”, pero a pesar de que así fuera, se hace evidente que quienes participaron no estaban ni de lejos familiarizados con esa institución jurídica, o bien, que por estar quizá alineados con aquellos que a través de la historia del fideicomiso mexicano han alimentado aversión en contra de dicha figura, han tratado de destruirlo, lo que al parecer están logrando exitosamente.

II. ANÁLISIS

El análisis que aquí se intenta llevar a cabo de las nuevas disposiciones, sólo comprenderá las que se refieren al fideicomiso de garantía, limitándose a destacar únicamente los desaciertos más graves, aquellos que conducirán a mayores confusiones y riesgos en su aplicación, los más lesivos al claro entendimiento de esa figura.

1. *Coincidencia de las calidades de fiduciaria y fideicomisaria en una misma institución*

El primer párrafo del artículo 400 adicionado a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, por el que se admite la posibilidad de que el fideicomiso se establezca en favor de la propia institución fiduciaria, constituye uno de los más graves desatinos, que se traduce en un nuevo y funesto atentado contra la institución jurídica del fideicomiso y viene a ser el remate de la no menos infortunada reforma al artículo 348 (ahora 383) del propio ordenamiento, llevada a cabo en mayo de 1996,² de la cual se sabe que la mayoría de las instituciones bancarias, con justificada

² La reforma al artículo 348 (ahora 383) consistió en que al texto del párrafo cuarto que decía: “*Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario*”, se le agregó: “*salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables*”. Y se le adicionó como quinto párrafo, el siguiente: “*La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar en común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas*” (Diario Oficial de la Federación, 24 de mayo de 1996).

razón, se han abstenido de aplicarla. Fue en esa reforma, la primera en 64 años, con la que se estableció la posibilidad de que un fideicomiso pudiera constituirse a favor de la propia institución fiduciaria, aunque lo limitaba exclusivamente a los fideicomisos que sirvieran como instrumento de pago.

La resistencia de la mayor parte de las entidades bancarias a la aplicación del texto que se adicionó a dicha norma fue tan firme, que quienes la promovieron, quizá por el temor de quedar en evidencia, por la osadía de inducir a la promulgación de reformas inaceptables, han tratado insistentemente de presionar, aunque sin muchos resultados, para obtener que se lleve a cabo su aplicación a como de lugar, con indiferencia sobre cuáles puedan ser sus consecuencias.

Al extenderse ahora la posibilidad para que todo fideicomiso de garantía pueda constituirse a favor de la propia institución fiduciaria como desatinadamente lo dispone el artículo 400, se provoca que la presencia del conflicto de intereses se haga extensiva también e inevitablemente, a toda operación de fideicomiso de garantía celebrada en esas condiciones, lo que hará inminente que se vuelva blanco de impugnaciones. Es por tanto de un alto riesgo y consecuentemente desaconsejable que las instituciones actúen con esa dualidad, por las siguientes consideraciones:

a) El conflicto de intereses se hace presente, fuera de toda duda, por la sola coincidencia de ambos caracteres, pues como sostiene el jurista colombiano Carlos E. Manrique Nieto:³ “*el conflicto de intereses se presenta, cuando el fiduciario se coloca en situación tal que al desarrollar su encargo tenga —actual o potencialmente— que escoger entre el interés del fiduciante y el propio*”.

La contraposición, incompatibilidad o conflicto de intereses es una situación que los legisladores, que se precien de serlo y proceden con buen juicio, han tratado siempre de evitar en su actuación como tales, mediante el establecimiento de prohibiciones o limitaciones en los ordenamientos jurídicos en cuya creación intervienen, como lo expresa el mercantilista Jorge Barrera Graf,⁴ quien muestra como ejemplos de esa preocupación lo dispuesto por los artículos 440, 457, 503, fracciones VII y VIII, 569, 571, 572, 620, 1718, 2276, 2280 a 2282, 2302, 2404,

3 Manrique Nieto, Carlos E., *La fiducia de garantía*, Bogotá, 1997, p. 40.

4 Barrera Graf, Jorge, *Diccionario jurídico mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

2405 y 2585 del Código Civil del Distrito Federal y sus correlativos de las demás entidades federativas; 12, fracción I, 299, 312 y 1132 del Código de Comercio; 35, 57, 156, 170 y 211 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, los autores de las reformas revirtieron esa sana tendencia, aduciendo en justificación, que ello implica para el fideicomiso un significativo avance hacia su modernización o una evolución en el régimen del mismo, pero por lo que se ha expuesto, el resultado es precisamente al contrario, ha constituido una evidente y lamentable marcha hacia atrás: se da un giro de 180 que nos regresa a formas ya superadas del derecho en materia fiduciaria, contribuyendo además a hacerlo inentendible.

Resulta por demás inexplicable que esa facultad que se otorga para que el fideicomiso pueda constituirse en favor de la propia institución fiduciaria, se haya venido a establecer precisa y únicamente, para el fideicomiso de garantía, en el que se requiere un grado mayor de seguridad jurídica, por ser el más propenso a que los deudores, con razón o sin ella, tiendan a impugnarlo, con el fin de eludir o cuando menos diferir el pago de sus créditos, y donde la presencia del conflicto de intereses, en las condiciones apuntadas, se vuelve inevitable, situación que normalmente no ocurre en los demás tipos de fideicomiso.

Es dable suponer que el “legislador” que intervino en la reforma que se efectuó en mayo de 1996, a la que ya se hizo referencia, tenía de alguna manera conciencia de que era censurable y riesgoso permitir que se produjera esa situación, pues tuvo el pudor de prever que las partes, al constituir el fideicomiso, designaran otra institución para que actuara como fiduciaria sustituta para el caso de que se presentara un conflicto de intereses, no reparando en que éste se produce, por el simple hecho y desde el momento mismo en que al celebrar el contrato respectivo, se designe fideicomisaria a la propia fiduciaria, como acertadamente lo sostiene el autor colombiano Manrique, en la opinión que en antecedentes ha quedado transcrita.

b) Se han desquiciado de manera irreflexiva y sin ninguna razón válida que lo justifique, el concepto, la naturaleza y la índole que la figura jurídica del fideicomiso había tenido, desde que fue adoptada por nuestro sistema.

c) La reforma resulta incompatible con la noción que del fideicomiso concibió, desde su promulgación, la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 (antes 346), de cuyo texto se deduce que fiduciario y fideicomisario deben ser necesariamente personas distintas, por lo que al ser alterada esa noción, se viene a traer más confusión al concepto de una institución jurídica que ya de por sí ha sido de difícil comprensión en nuestro medio, por provenir de un sistema legal distinto al nuestro.

d) Con el decreto se cambió de rumbo, la tendencia que se había seguido en México desde los primeros intentos que se llevaron a cabo para la adopción del fideicomiso, como fue la efímera Ley de Bancos de Fideicomiso de junio de 1926, cuyo articulado pasó íntegro a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto del mismo año en cuyo artículo 16 disponía que si el banco tuviera intereses propios opuestos a la leal ejecución del fideicomiso, sería separado del cargo a solicitud del fideicomisario, del fideicomitente o del Ministerio Público; esa actitud también se manifiesta en las legislaciones de los demás países latinoamericanos que tienen adoptado el fideicomiso y que han puesto especial cuidado, aunque utilizando formas de expresión distintas, en evitar el conflicto de intereses, como era el caso del artículo 383 (antes 348) de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al declarar nulo el fideicomiso que se constituyera en favor de la institución fiduciaria, salvo la excepción que se introdujo en la ya mencionada y repudiada adición que se hizo a dicho precepto en mayo de 1996. Por su parte, la Ley de Fideicomisos de Venezuela en su artículo 23, *in fine*, establece terminantemente que “el fiduciario no podrá ser beneficiario”. El artículo 1244 del Código de Comercio de Colombia estipula que “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”. La Ley número 24,441 de la nación Argentina, en su artículo 7o. dice que “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”. El artículo 769 *in fine* del Código de Comercio de Guatemala estatuye que “El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso”.

e) El fideicomiso de garantía, por razones fáciles de comprender, ha sido en la práctica el más impugnado en lo que se refiere a la venta

que en acatamiento a la obligación contraída en el contrato debe llevar a cabo el fiduciario, de los bienes fideicomitidos, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, a grado tal, que en los inicios de la utilización del fideicomiso en nuestro país llegó a aducirse que tal venta era un acto violatorio de la Constitución, por considerar que los fiduciarios actuaban en tal supuesto como juez y parte, privando al fideicomitente de sus bienes sin ser oído ni vencido en juicio, imputación que fue terminantemente negada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación;⁵ pero ahora, con el desafortunado artículo 400 que se adicionó, el riesgo de que la actuación de la fiduciaria sea combatida se incrementa volviéndose más probable, por no decir inminente y con mayor justificación, sobre todo si se toma en cuenta el principio consagrado por la lógica y la doctrina, de que el fideicomisario es, en estricto derecho, un acreedor del fiduciario: tiene frente a éste un crédito personal y al fundirse en una misma institución las dos calidades, ésta se convierte en deudora y acreedora de sí misma, produciéndose la confusión de derechos

5 Pueden mencionarse, a guisa de ejemplo, las siguientes tesis: La 180. FIDEICOMISO. REMATE DE BIENES 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 captar, o sea convenir entre ellas, 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 hacer justicia por su 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..." (Amparo directo 1564/76. Sucesión de Javier Errea Ripa. 14 de junio de 1983) (Sala Auxiliar, Séptima época, vols. 169-174. Séptima Parte, p. 173) (Sala Auxiliar, Informe 1983, Segunda Parte, Tesis 33, p. 35). La 340. FIDEICOMISO. VENTA DE LOS BIENES POR LA FIDUCIARIA. "No es acertada la aseveración que se haga en el sentido de que la institución fiduciaria al rematar los bienes fideicomitidos, realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir coercitivamente sus obligaciones, toda vez que en el fideicomiso de garantía es el propio deudor quien como fideicomitente hace la afectación de sus bienes, transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, o sea a ser vendidos y rematados y con su producto hacer pago debido al fideicomisario acreedor, por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y términos convenidos con éste, no hace sino cumplir conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque se repite, en ello no hay controversia".

a que se refiere el artículo 2206 del Código Civil del Distrito Federal⁶ y sus correlativos de las demás entidades federativas, lo que trae como consecuencia la extinción de la obligación, según lo establece el propio precepto.

La tesis antes expuesta fue sostenida desde los años veinte por el destacado jurista panameño doctor Ricardo Alfaro que, como es plenamente sabido, ha sido considerado el padre, en tanto que introductor, del fideicomiso en Latinoamérica, y en cuyo proyecto está inspirada nuestra legislación sustantiva sobre dicha figura. Al comentar el ordinal 7o. del artículo 36 de la Ley número 41 de Panamá sobre el fideicomiso, afirmó lo siguiente:

...por otra parte el fideicomiso, desde el punto de vista de las obligaciones que produce, viene a ser un contrato en el cual el fiduciario es deudor y el fideicomisario acreedor, y como la confusión es un modo de extinguir las obligaciones, cuando se reúnen en una misma persona, los conceptos de deudor y acreedor, según la regla general de los códigos civiles, y la extinción de las obligaciones produce la extinción de los derechos correlativos, síguese de allí que EL FIDEICOMISO TIENE QUE EXTINGUIRSE CUANDO OCURREN ESAS CIRCUNSTANCIAS.

El riesgo que se corre por esa situación se acrecienta porque la acción para hacer valer la causal de extinción del fideicomiso, lo mismo la puede ejercitar el fideicomitente deudor, que cualquier tercero acreedor del mismo, con lo que las instituciones que utilicen esa fórmula se enfrentan al peligro de que resulte ineficaz la garantía así constituida, poniendo en riesgo la recuperabilidad de su crédito.

Como una anticipación de lo que puede suceder en caso de aplicación de la norma de referencia, vale comentar que en la superficial discusión que se produjo en términos meramente políticos, pues se dejaron a un lado las razones de índole técnica o jurídica a que fue sometido el dictamen formulado por las comisiones unidas de Hacienda y Crédito Público y de Comercio en la Cámara de Diputados sobre la iniciativa de reformas, el diputado Bernardo Bátiz Vázquez se pronunció en contra del artículo 400 aduciendo que en él “se establece algo que estuvo siem-

⁶ Artículo 2206 del Código Civil del D. F. “La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa”.

pre prohibido en el fideicomiso clásico: que el fiduciario y el fideicomisario fueran la misma persona” y señalaba que a través de ese mecanismo, el banco se haría justicia por su propia mano, pues al poder pagarse con los bienes fideicomitidos a sí mismo, sería juez y parte en el procedimiento. Es probable que con esto quiso insinuar que la disposición se colocaba en los linderos de la inconstitucionalidad. Aunque a la postre el precepto resultó aprobado, nadie se atrevió a refutar ese punto de vista.

No obstante el natural desconocimiento que sobre la materia se trasluce en los diarios de los debates de ambos órganos legislativos, en la Cámara de Senadores también el senador por el Partido de la Revolución Democrática, Jorge Calderón Salazar, percibió, aunque fuera nebulosamente, lo improcedente de la disposición que se comenta pues basándose en la opinión que había dado en su oportunidad el diputado Bátiz expuso: *“me parece de enorme trascendencia este elemento que resulta a todas luces cuestionable, que el artículo 400 de la Ley (General) de Títulos y Operaciones de Crédito, establece la posibilidad de que el fiduciario y el fideicomisario sean la misma persona”*. No obstante que las consideraciones hechas por ambos legisladores pasaron de noche en el ánimo de sus colegas, no deja de ser sintomático que, aun siendo personas ajenas al conocimiento de la materia fiduciaria, hubieran logrado detectar lo notoriamente improcedente de la estipulación.

Los impugnadores que siempre ha tenido el fideicomiso, inclusive entre juristas destacados, tienen ahora una arma más para combatirlo, con el agravante de que la jurisprudencia generada hasta ahora, que había reconocido la legalidad de la actuación de las instituciones fiduciarias en los fideicomisos de garantía, dejará de ser aplicable ante la nueva disposición, por lo que, quienes se decidan a operar en tales términos, tendrán que optar por correrse los riesgos que eso significa, o esperar a conocer cuál será el sentido de la nueva jurisprudencia que pueda generarse ante la estipulación ahora vigente.

f) El llamado “legislador”, nebuloso concepto sobre el que se abundará posteriormente, arrojó imprudentemente por la borda todo el esfuerzo que en la jurisprudencia, la doctrina y la práctica se había realizado a lo largo de más de siete décadas, desde que la figura fue adoptada por nuestro sistema legal, empeño por el que se tendió a hacerla más comprensible, practicable y ubicarla congruentemente dentro de nuestros

ordenamientos jurídicos; con las nuevas disposiciones se ha producido un lamentable retroceso, ya que ahora se hace más difícil, por la confusión que se ha generado en todos los aspectos, la comprensión clara de la misma.

La estructura que paso a paso se fue levantando por la sabiduría, esfuerzo, experiencia y reflexión de varias generaciones de juristas y operadores, fue demolida en unas cuantas horas por la irresponsabilidad y la ignorancia. Quedó demostrado así cuanta verdad encierra la afirmación de lo fácil que es destruir, comparado con el tiempo y dificultades que se requiere salvar para poder construir.

g) Se le ha restado confiabilidad a una institución que en cuanto constituye una encomienda de confianza, su desempeño se fundamenta esencialmente en la imparcialidad, lealtad y buena fe con que debe actuar el fiduciario, pero si en éste se reúne también el carácter de fideicomisario, es decir, se permite que el fideicomiso se constituya en su propio beneficio, la figura pierde credibilidad y prestigio porque estará siempre en duda que la actuación de la institución como fiduciaria se lleve a cabo respetando esas condiciones; no habrá seguridad alguna de que la institución mandataria, que en el fondo eso viene a ser una fiduciaria, actúe realmente en beneficio de quien le hizo la encomienda; se tendrá siempre el justificado temor de que lo haga en provecho propio, a lo cual ética y jurídicamente debería por principio estar impedida.

Por fortuna, los inconvenientes que se han enumerado son susceptibles de ser superados, si las instituciones de crédito sustrayéndose a la tentación de actuar con el doble carácter, cuando otorguen un crédito y opten por el fideicomiso como fórmula para garantizarlo, a pesar de los demás inconvenientes a los que, como consecuencia de las reformas, ahora se enfrentan, recurren a otra entidad crediticia para que sea la que actúe como fiduciaria.

2. Regulación duplicada y contradictoria del fideicomiso

Las reformas produjeron como resultado que dentro del mismo capítulo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vinieran a quedar establecidas normatividades divergentes para el fideicomiso de garantía en relación con el fideicomiso en general, lo cual, aparte de acrecentar la confusión, vino a crear una estructura anárquica, haciendo incomprensible y caótica una institución jurídica que había sido útil y efi-

caz en la forma en que estaba concebida por nuestra legislación y que en la práctica había demostrado que era en lo que cabe, atinada, salvo dos o tres omisiones o lagunas que, aparte de que nunca fueron impedimento para su utilización y desarrollo, habrían podido ser fácilmente superadas con ligeros ajustes a su texto. La regulación para el fideicomiso de garantía, debió ser *complementaria* y *de ninguna manera contraria*, como ha resultado de las reformas, a la que rige para el fideicomiso en general. Ahora tenemos para el de garantía dos regulaciones que se contradicen entre sí que, aunque se diga lo contrario, en la práctica son excluyentes una de la otra.

Por ejemplo, mientras conforme al artículo 354 (ahora 389) de la Ley Cambiaria, para que el fideicomiso sobre bienes muebles corpóreos o títulos, ya sean estos últimos nominativos o al portador, pueda surtir efectos frente a terceros, es necesario que queden en poder de la institución fiduciaria, debiéndole además ser endosados si los títulos son nominativos; en cambio, según el artículo 346, aplicable al fideicomiso por la remisión que hace el 414, y como se deduce de los numerales 402, 404, 405 y 406, deben quedar en poder del propio deudor fideicomitente y sólo, dice el 346, excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tengan la posesión de los bienes fideicomitados, (se omite al fiduciario), pero no se precisa cuáles pueden ser esos casos de excepción. Por lo que se lee, parece quedar absurdamente excluida la posibilidad de que el fiduciario asuma la posesión del bien, no obstante ser el propietario del mismo. La discrepancia y la imprecisión apuntadas serán un seguro germen de conflictos con terceros acreedores que embarguen los bienes muebles afectados en fideicomiso cuando no estén en poder del fiduciario y hará discutible la procedencia de la tercería excluyente de dominio que el fiduciario interponga, con lo que se hace también por eso insegura la eficacia de esos fideicomisos como instrumentos de garantía.

La incertidumbre no se queda ahí, sino que surge también la duda sobre qué pasa en el supuesto de que los bienes muebles que se fideicomiten, queden en poder del fiduciario, pero sin que el fideicomiso sea inscrito en el registro, ¿es oponible a terceros ateniéndonos a lo dispuesto por el artículo 389 (antes 354), o no lo es, de acuerdo con lo que debe entenderse de lo prescrito en el numeral 410?

Independientemente de la contraposición entre los dos preceptos que se han señalado, los legisladores, al producir las reformas olvidaron o ignoraban las características propias de los títulos de crédito, que también son bienes muebles, entre las que está comprendida la de *incorporación*, que consiste en que el derecho que se consigna en el título, desde el punto de vista jurídico, está materialmente incorporado al mismo, por lo que para transmitirlo, es indispensable la entrega física del documento al adquirente. Tratándose pues de títulos de crédito, salvo la excepción que implica la intervención del Indeval, no se pueden transmitir ni en fideicomiso ni en ninguna otra forma, si no es mediante su entrega material al fiduciario o a quien los adquiera por cualquier otro concepto, y por lo tanto resulta inaplicable para todos los efectos el artículo 414 en su remisión al 346 de la Ley Cambiaria, en cuanto está en flagrante contradicción con el régimen propio de los títulos de crédito que el mismo ordenamiento contiene.

Pero donde lo inconsecuente de la disposición que se comenta, llega al límite de lo absurdo es si se pretende aplicarla al dinero en efectivo o a divisas que también pueden ser materia de fideicomiso, pues en ese supuesto, pese a lo que diga el precepto y aunque se pacte lo contrario, no habrá fideicomiso ni dicha operación será oponible a terceros, si los efectos de que se trata no quedan en poder del fiduciario.

En este orden de ideas, en el supuesto de que los bienes hayan quedado en poder del fiduciario desde el momento mismo en que se celebró el contrato de fideicomiso, pero el fideicomitente deudor se niegue a hacer pago del crédito garantizado, ¿podrá el fiduciario llevar a cabo, sin más, la venta de los bienes, aplicando el artículo 1414 bis 4 del Código de Comercio o aun así será necesario que se demande judicialmente dicho pago conforme a lo prescrito en el 1414 bis 7 del mismo ordenamiento? Esta es una duda más que puede dar lugar a opiniones encontradas y a conflictos de orden legal, cualquiera que sea el sentido en que se proceda.

Lo anteriormente expresado demuestra que los autores de las reformas no tenían clara conciencia de los alcances, efectos y posibilidades del fideicomiso de garantía, en cuanto a los diversos elementos que pueden constituir su materia, ignorancia que queda confirmada con el hecho de que en la exposición de motivos y en el dictamen de las comisiones unidas se dice “que el fideicomiso de garantía permitirá a los deudores otorgar en garantía, el mismo tipo de bienes señalados para la prenda

sin transmisión de posesión, pero incluyendo además bienes inmuebles”, es decir, que los redactores de ambos documentos nunca se enteraron de que, desde que se promulgó en los años veinte, la primera ley que reguló el fideicomiso y con mayor incidencia a partir de la ley en vigor, se ha utilizado con profusión el de garantía, al grado de que es uno de los renglones más importantes de la actividad fiduciaria; es más, según los investigadores de la materia, los primeros fideicomisos que se contrataron en México, fueron precisamente de garantía y han tenido indistintamente como objeto lo mismo bienes muebles que inmuebles, por lo tanto, el que nuestros legisladores den a entender que ellos inventaron esas posibilidades, equivale a sostener que también inventaron el agua tibia.

Ya que de contradicciones se habla en este apartado, es oportuno señalar también, en la que incurre el artículo 398 que se refiere a aquellos fideicomisos que sean utilizados para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores y en el que se establece que aquel cuya obligación a su favor haya quedado extinguida, estará obligado a notificárselo a la institución fiduciaria, “dentro de los 10 días siguientes a que esto ocurra”, pero dos líneas más abajo dice que “la notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba el pago”. A cuál, se pregunta, de las dos referencias al plazo tendrá que atenderse el acreedor con el que haya quedado cumplida la obligación. Determinarlo con precisión tiene especial trascendencia porque el fideicomisario que no entregue oportunamente la notificación a que se alude, se hace acreedor al pago de los daños y perjuicios que con ello le ocasione al fideicomitente. Ante la duda, para evitar riesgos, quizá lo aconsejable será que se atenga al plazo más corto.

3. Multiplicación en las formas de garantizar obligaciones con bienes muebles

Al haberse regulado el fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, en la misma forma y términos, y con iguales efectos que tiene “la prenda sin desplazamiento de posesión”, a grado tal que conforme al artículo 414, muchos de los preceptos que regulan la prenda son también aplicables al fideicomiso de garantía, vinieron a quedar establecidos en el mismo ordenamiento, de manera innecesaria y sin justificación alguna,

dos formas iguales, paralelas, aunque con distinto nombre, de garantizar obligaciones con bienes muebles, complicando así sin ninguna utilidad práctica, tanto la normatividad propia del fideicomiso, como la figura misma de la prenda.

Como consecuencia de estas desconcertantes innovaciones, si es que con buena voluntad así podemos llamarlas, resulta que ahora coexisten seis distintas formas de garantizar obligaciones con bienes muebles: cinco con prenda, de las cuales tres son sin desplazamiento de posesión y dos con fideicomiso, a saber: la prenda que regula el Código Civil (artículos 2856 a 2892); las reguladas por la Ley Cambiaria (artículos 334 a 345) de los créditos refaccionarios y de habilitación o avío (artículo 66, fracciones III y IV), para la adquisición de bienes de consumo duradero (artículo 69), la ahora denominada “prenda sin desplazamiento de posesión” (artículo 346), además del fideicomiso sobre muebles previsto en el capítulo correspondiente de la propia Ley Cambiaria (artículo 389) y la nueva forma de fideicomiso también para bienes muebles que se prevé en el artículo 402 del mismo ordenamiento, a lo que probablemente se agregue una ley uniforme para garantía prendaria que según se dice está en estudio con intervención de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Tal vez se haya considerado que así los interesados tendrán muchas formas a escoger para constituir garantías sobre bienes muebles, pero tal proliferación de fórmulas, por innecesaria, lo que hizo fue generar desconcierto, incertidumbre e inseguridad. Si los autores de las reformas confiaban plenamente en la utilidad y eficacia del nuevo tipo de prenda que dicen haber inventado, sin desplazamiento de posesión, no tenían para qué insertar en el mismo ordenamiento, otro procedimiento semejante, pero con distinta denominación como es el fideicomiso de garantía; lo procedente y aconsejable hubiera sido que se dejara establecida únicamente ese tipo de prenda, en caso de que, con razón o sin ella, así lo consideraran conveniente y al fideicomiso sobre bienes muebles se le hubiera conservado en la forma en que está regulado por el artículo 389 (antes 354), en lugar de haber tejido el torpe embrollo al que ahora se enfrenta la actividad fiduciaria.

4. *No a todos los fideicomisos de garantía puede serles aplicable la normatividad establecida*

El *Diccionario de la lengua española* atribuye como 3a. acepción del vocablo “obligación” el “*vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos*”. Luego entonces, si nos atenemos al significado de dicho término, se debe entender que las obligaciones pueden referirse al cumplimiento de muy diversos actos, como el de hacer o no hacer algo, es decir, a un hecho o a una abstención, a la entrega de bienes de la más diversa índole, no única y necesariamente al pago de un préstamo.

Ahora bien, si el fideicomiso de garantía es, conforme al artículo 395 de la ley reformada, aquel que se constituye “*con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago*” y son múltiples los tipos de obligaciones susceptibles de ser garantizadas con fideicomiso, pero esa definición por la amplitud con que está concebida, no delimita el tipo de obligaciones a que se refiere, se tiene que entender que las nuevas disposiciones serán aplicables a todos los fideicomisos que garanticen cualesquiera clase de obligaciones, lo cual hace evidente que los autores de las reformas y adiciones no estuvieron en aptitud de percibir, que para los fideicomisos que garanticen obligaciones que no sean precisamente crediticias, no les puede ser aplicable el régimen conformado por esas nuevas estipulaciones. En la defectuosa redacción del precepto se cometió el error de no dejar claro que lo que se intentaba era solamente referirse a aquellas obligaciones consistentes en pago de créditos, adeudos o préstamos de dinero, o dicho de otra manera, para aquellos fideicomisos que sustituyen, para efectos de garantía a la prenda o a la hipoteca.

Aun cuando es cierto que de los demás artículos de la adicionada sección segunda, se puede desprender que la misma se refiere a los fideicomisos que garantizan el pago de dinero, no es posible prever cuáles inconvenientes puedan presentarse en la práctica, porque en las nuevas disposiciones no se haya hecho de manera expresa la distinción sobre el tipo de obligaciones a que debería referirse la garantía y que en un momento dado haya un obligado a quien le convenga sostener la interpretación de que esas normas deben aplicarse a cualquier tipo de fidei-

comisos que se utilicen para garantizar compromisos, cualquiera que sea la naturaleza de los mismos.

Hubiera bastado para superar el inconveniente que se apunta haber consignado en el citado precepto, una definición más precisa del fideicomiso de garantía que se pretendía regular con las nuevas disposiciones, con un texto como el siguiente: “*El fideicomiso de garantía, para los efectos de lo estipulado en esta sección, es el que se constituye con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación crediticia y su preferencia en el pago*”.

5. Regulación inadecuada de los procedimientos de ejecución

Una de las ventajas evidentes y que hasta ahora más se le acreditaban al fideicomiso, como instrumento para garantizar el cumplimiento de obligaciones de pago, en relación con otros instrumentos jurídicos que la ley tiene establecidos para el mismo propósito, consistía en que bastaba que el fideicomitente deudor al ser requerido, no demostrara haber hecho pago del crédito garantizado o no lo cubriera dentro del plazo, a partir del requerimiento que se hubiera pactado al efecto, para que la institución fiduciaria en cumplimiento de las obligaciones contraídas con las partes en el contrato respectivo, procediera a efectuar la venta de los bienes fideicomitados, sin necesidad de juicio previo ni de autorización judicial y con el producto obtenido hiciera pago al acreedor fideicomisario, hasta donde alcanzara, del crédito respectivo, procedimiento cuya validez jurídica fue reiteradamente reconocida por la jurisprudencia.⁷

En cambio, con las reformas y adiciones efectuadas al Código de Comercio, se hizo desaparecer esa inapreciable ventaja que en la práctica reportaba el fideicomiso para efectos de garantía, pues conforme a la posible interpretación del artículo 1414 bis 4 de dicho ordenamiento, la venta de los bienes sólo puede llevarse ahora a cabo hasta que sea entregada la posesión de los mismos por el deudor, pero si ésta no se produce, entonces habrá que seguir un procedimiento judicial en el que se le demande (artículos 1414 bis 7 y 1414 bis 8), no sólo la entrega del bien fideicomitado, sino también el pago del crédito.

7 Véase nota 5 en este mismo trabajo.

Es cierto que prevalecía una circunstancia que había constituido, por decirlo de alguna manera, el “talón de Aquiles” del fideicomiso de garantía, consistente en que si el fideicomitente deudor, aparte de incumplir con el pago, se negaba a efectuar la entrega del inmueble fideicomitado, imposibilitando o cuando menos dificultando así la venta del mismo, prevista para el caso de incumplimiento, el fiduciario y/o el acreedor se veían constreñidos a recurrir a los tribunales para exigir la entrega, pero aunque fuera únicamente para ese efecto, se retrasaba por mucho tiempo el hecho de lograr que se hiciera efectiva la garantía.

Al parecer, con las nuevas disposiciones se pretendía resolver el problema antes apuntando, pero se procedió de tal manera que el mecanismo que se estableció vino a ser contraproducente, pues se trastocó el sistema; ahora resulta que si el deudor no entrega los bienes voluntariamente, hay que demandarle judicialmente no sólo dicha entrega sino también el pago del crédito, siendo que, como se ha dicho, antes de las reformas, para lo único que se hacía necesario recurrir al juicio era para reclamar la posesión de los bienes y no para demandar, en su caso, el cumplimiento de la obligación garantizada.

Esto significa, que pretendiendo facilitarle las cosas a los bancos, que al parecer era únicamente a ellos a los que los autores de las reformas pretendían beneficiar, como se desprende de la exposición de motivos y de los argumentos difundidos con anterioridad, por los interesados en que se produjeran las reformas, paradójicamente, se las vinieron a complicar; pero lo más censurable es que no sólo a ellos, sino también a las personas ajenas a los mencionados bancos, que pretendan utilizar los servicios fiduciarios para efectos de garantía.

Tratándose del fideicomiso, los cambios o adiciones efectuados a la ley en este aspecto, sólo hubieran tenido resultados útiles y beneficiosos, en la medida en que se limitaran a establecer un procedimiento sumárisimo, lo suficientemente expedito y ágil por el que se constriñera al fideicomitente remiso a efectuar la entrega aludida de los bienes, mediante los medios coercitivos que se consideraran idóneos, pero sin que tuviera que dirimirse la legitimidad del cobro que se pretendiera obtener del crédito, salvo que fuera el deudor el que demandara como actor, por cualquier motivo que se estimara justificado, la improcedencia de dicho cobro, para que en tal supuesto, fuera el juez quien oyendo al deudor y al acreedor, resolviera lo conducente también mediante un procedi-

miento lo más ágil posible, que podría ser como el que establecen las nuevas disposiciones, que se incluyeron en el Código de Comercio, pero sólo para tal supuesto.

6. *El caso del concurso o quiebra del deudor*

El artículo 351 concebido para la prenda sin transmisión de posesión, pero al que el artículo 414 hace remisión para disponer su aplicación también al fideicomiso de garantía, dice que los bienes “que existan en la masa podrán ser ejecutados por el acreedor (*sic*) (quizá deba entenderse que por el fiduciario si se trata de fideicomiso), mediante la acción que corresponda conforme a la ley de la materia, ante el juez concursal”.

El por demás confuso texto de este precepto contiene varias menciones que no resultan fácilmente comprensibles: en primer lugar, es inexplicable que puedan estar en la masa del concurso bienes que no pertenecen al concursado sino que están en propiedad fiduciaria de la institución y en segundo lugar queda en el limbo qué se quiere decir con “la acción que corresponda” y cuál la ley de la materia a la que se refiere dicho artículo, a lo que hay que agregar el absurdo de que se establezca en tal supuesto, que la ejecución deba hacerse *ante* el juez concursal, pues eso destruye el privilegio que, conforme a los precedentes establecidos por la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, tenían las instituciones fiduciarias de proceder a la venta de los bienes, sin intervención judicial, lo que ha implicado otro evidente retroceso en la operación fiduciaria.⁸

Además, por la forma ambigua en que está utilizada la preposición *ante*, no queda suficientemente claro si lo que se quiere decir es, atendiendo a la acepción que le atribuye el diccionario a ese vocablo, que la “ejecución” deba llevarse a cabo por el fiduciario, *en presencia* del juez concursal o si éste último es el que debe realizarla. Salta también la duda sobre si es legalmente factible, conforme al nuevo ordenamiento,

⁸ “De conformidad con lo preceptuado en los artículos 346 y 351 a 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la fiduciaria es la propietaria de los bienes que recibe en fideicomiso, dueña sólo en la medida en que precisa serlo para cumplir con los fines de dicho negocio jurídico y por lo tanto, los bienes afectos a tal fin NO QUEDAN SUJETOS DEL JUICIO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS de la fideicomitente” (5o. Tribunal Colegiado del 1er. Circuito. Precedente: Amparo en Revisión 85/88. Banca Serfín, S. N. C. Febrero 18 de 1988.) Esta tesis fue producida respecto de la suspensión de pagos, procedimiento que en aquel entonces estaba previsto por la ley, pero por analogía es igualmente aplicable al procedimiento concursal.

que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan convenir que se lleve a cabo la ejecución de dicha venta sin la injerencia del juez, tomando en cuenta que la intervención de éste no tiene justificación alguna.

Pero hay otra consideración adicional: si lo que pretende la ley es que la venta la lleve a cabo la autoridad judicial, ya no estaremos en presencia de un fideicomiso, conforme al concepto que del mismo da el artículo 381 de la Ley Cambiaria, el cual queda transgredido, puesto que de acuerdo con éste, uno de los elementos esenciales del fideicomiso, como son sus fines, deben ser cumplidos precisamente por el fiduciario; si se establece que quien los debe cumplir sea un tercero, así sea una autoridad, ya no estaremos en presencia de un fideicomiso, aunque indebidamente se le llame así, sino de un acto jurídico distinto, con todas las consecuencia que eso pueda significar.

En esa estipulación, se está siguiendo lo que se ha convertido en una tendencia equivocada, copiada del lenguaje procesal, haciéndose un uso inadecuado del término *ejecutar*, pues se le toma como sinónimo de vender o subastar refiriéndose a los bienes fideicomitidos, ignorando que en un fideicomiso de garantía lo que debe entenderse por *ejecutar* es el hecho de que el fiduciario dé cumplimiento a los fines, que pueden ser muy diversos, señalados por el fideicomitente para el fideicomiso, es decir que realice todos los actos precisos y concretos que la institución, de acuerdo con las instrucciones dadas en el contrato, debe llevar a cabo con los bienes fideicomitidos. Tratándose de los de garantía, es cierto que uno de los fines a ejecutar por el fiduciario puede ser que éste, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, proceda a la venta o remate de los bienes para que con su producto se haga pago al acreedor fideicomisario, del crédito garantizado, pero otro de los fines consiste en que haga reversión de dichos bienes al fideicomitente, en el supuesto de que éste haya cumplido con el pago del adeudo; al efectuar tal reversión, el fiduciario también estará realizando un acto de ejecución del fideicomiso, es decir, cumpliendo con las obligaciones que contrajo en el contrato.

7. *Reconocimiento de que el fideicomiso es traslativo de propiedad*

La doctrina bien informada, la jurisprudencia y la práctica fiduciaria siempre han reconocido que el fideicomiso es traslativo de dominio, es decir que, al constituirse, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad, fiduciaria, pero propiedad al fin,⁹ de los bienes que son materia del mismo. Es cierto que esa firme convicción se ha adquirido por aplicación de los principios de la hermenéutica jurídica, es decir por una interpretación lógica y técnica, del conjunto de disposiciones legales, tanto adjetivas como sustantivas que, dentro de nuestro sistema, tienen relación con la figura, pero sin que existiera una norma que así lo estableciera textualmente, omisión que había dado lugar a que personas menos enteradas o reacias a desprenderse de los principios del derecho tradicional, pusieran en tela de juicio esa característica esencial del fideicomiso. Era pues aconsejable, para evitar incertidumbres, que la ley de la materia en vigor lo dijera de manera expresa, como lo hacen las leyes de otros países, pero la forma desatinada en que este aspecto se resolvió en las nuevas disposiciones, resultó contraproducente: si el texto del actual artículo 381 de la Ley Cambiaria, que encierra el concepto de fideicomiso, no hace reconocimiento textual de esa característica y en cambio el artículo 395 del mismo ordenamiento sí la establece en forma expresa, pero refiriéndola exclusivamente al fideicomiso de garantía, obliga a interpretar que únicamente éste es traslativo de dominio y que todos los demás no lo son, viniendo a robustecer con ello el falso

⁹ Son numerosas las tesis que así lo reconocen entre las cuales se pueden citar las siguientes: "El fideicomiso es un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de una parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos realice un fin lícito que la propia persona señala en el contrato respectivo..." (Tribunal Colegiado de Circuito, *S. J. F.*, 8a. época, t. XII, julio, p. 216. Precedente: Amparo en Revisión 2/93, Jorge Beer Lexer, febrero 18 de 1993). "En el fideicomiso de garantía, la parte fiduciaria es la encargada de recibir el patrimonio fiduciario, la cual además ejerce las facultades de dominio para el debido cumplimiento de los fines del fideicomiso" (1er. Tribunal de Circuito en Materia Administrativa del 3er. Circuito, *S. J. F.*, 8a. época, t. X, octubre, p. 339). "Al ser el fideicomiso un contrato, mediante el cual una persona transfiere a una institución fiduciaria, parte de sus bienes, para la realización de un fin lícito que la propia persona señala en el contrato respectivo, es claro que el titular de los bienes o derechos transferidos es la institución fiduciaria" (1er. Tribunal Colegiado del 5o. Circuito, *S. J. F.*, 8a. época, t. IV., 2a. parte, p. 258. Precedentes: Amparos en Revisión 30/89. Las Conchas, S. A. de C. V., julio 10 de 1989. 170/89. Banco de México, S. N. C., febrero 11 de 1989. 175/89. Banco de México, S. N. C., noviembre 9 de 1988).

criterio que por ahí circula, de que en general en el fideicomiso no existe transmisibilidad. La irracional discriminación apuntada contribuye también a romper la necesaria unidad que debe tener el concepto del fideicomiso.

Es difícil predecir las consecuencias que vaya a tener en la práctica esta incongruencia, así como anticipar cuál pueda ser la interpretación que vayan a dar los tribunales a esta discrepante normativa, pero mientras tanto, queda en el aire esa situación confusa que afecta tanto al fideicomiso de garantía como al fideicomiso en general.

Si los redactores de las reformas hubieran sido personas familiarizadas con la operación fiduciaria y hubieran tenido la recta intención de perfeccionar o cuando menos hacer más claro el estatuto legal del fideicomiso, podrían haber optado por modificar el artículo 381 actual (antes 346) para dejar definitivamente establecido que en todo fideicomiso se transmite al fiduciario la propiedad de los bienes que son materia del mismo, lo que habrían logrado dándole, por ejemplo, la siguiente redacción: “*El fideicomiso es un contrato por el cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes que destina a un fin lícito determinado, cuyo cumplimiento le encomienda.*”

La modificación que se propone hubiera servido además para dejar definitivamente establecido que el fideicomiso es un contrato y no un acto unilateral como algunos sostienen, y además el simple concepto del fideicomiso que da el precepto se hubiera convertido en una auténtica definición.

8. *En términos generales, es falso que las nuevas disposiciones sean de aplicación optativa*

En las consideraciones hechas en el dictamen de las comisiones de Hacienda y Crédito Público y de Comercio de la Cámara de Diputados, sobre la iniciativa con proyecto de decreto, se dice que “*se preserva el régimen legal vigente en materia de garantías reales, toda vez que se dejaría a los contratantes en libertad de elegir de entre la legislación actual y la que se propone en esta iniciativa, para garantizar los contratos de crédito...*”; sin embargo, si bien pudo ser esa la intención, quedó en eso, en mera intención, pues tal aseveración no correspondió a la realidad, no se consignó ni siquiera en la exposición de motivos y en ninguna parte del texto de las reformas y adiciones que vinieron a

regular el fideicomiso de garantía, se deja a las partes tal libertad de elección, ni existe mención alguna que la haga siquiera suponer; por el contrario, salvo unos cuantos preceptos cuya aplicación es opcional, todo el resto del articulado debe interpretarse como de obligatoria observancia cuando se trate del fideicomiso de garantía, es decir, que las partes no están en libertad de pactarlo conforme a las disposiciones en vigor anteriores a la reforma, sino que en lo fundamental deberán aplicar las nuevas disposiciones. No puede entenderse de otra manera el artículo segundo transitorio, cuando estipula que “*los fideicomisos de garantía constituidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente decreto, seguirán sujetos a las disposiciones que les resulten aplicables al momento de su contratación*”, lo que a *contrario sensu* tiene que interpretarse en el sentido de que todos los que se constituyan con posterioridad deberán serlo conforme a los términos de las nuevas disposiciones. Esto es una imposición indebida por lo arbitrario, en cuanto rompe con los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación.

9. *Estipulaciones innecesarias por redundantes*

La mayor parte de las disposiciones contenidas en el proyecto, respecto al fideicomiso, salen sobrando por innecesarias, unas porque ya estaban y siguen estando contenidas en las normas que se hallaban en vigor, por lo que constituyen repeticiones inútiles; tal es el caso del artículo 396 que dice que podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios, cualquier persona física o moral, y que los primeros deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica, así como la posibilidad de que el fideicomitente designe varios fideicomisarios (artículos 396 y 397), todo lo cual estaba y está dicho también por los artículos 383 y 384 (antes 348 y 349 respectivamente) del mismo ordenamiento.¹⁰ Otro tanto puede decirse de lo que se establece en el primer párrafo del artículo 411 cuyo contenido

¹⁰ “Artículo 383. ...El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso... Artículo 397. ...El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios... Artículo 384. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica... Artículo 396. ...Los fideicomitentes, además, deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica.

ya está consignado en el 391 *in fine* de la misma ley, y además establecido en el artículo 80, segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito.

Como lo hizo notar en los debates el diputado Arturo Saiz Calderón, con justificada razón, el artículo 85 bis, último párrafo, que se adicionó a la Ley de Instituciones de Crédito vuelve a atribuir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las facultades para fijar los capitales mínimos de las instituciones auxiliares de crédito que pueden actuar como fiduciarias, estipulación innecesaria puesto que dicha dependencia ya las tenía asignadas en el artículo 80. fracción I de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

El artículo 414 hace remisión a diversos preceptos que regulan la prenda sin transmisión de posesión, para que sean aplicados al fideicomiso de garantía, no obstante que en la sección correspondiente a esta figura, se consignan disposiciones idénticas, cayendo en una serie de redundancias innecesarias. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 409 respecto del 375; del 412 en relación con el 379; del 413 igual al 380, etcétera.

Y en ese terreno de las remisiones, la que hace el artículo 414 al 347, resulta inoperante por inútil, pues la excepción que este último numeral establece para que un contrato de prenda no sea considerado mercantil por estar celebrado entre personas físicas que no sean comerciantes, nunca podrá ser aplicable a los fideicomisos, puesto que no puede presentarse en éstos tal posibilidad, ya que de las partes que intervienen en ellos, cuando menos el fiduciario, siempre tiene el carácter de comerciante.

Se podrá decir que el hecho de que determinadas disposiciones se repitan una o más veces en un mismo texto legal o que sea innecesaria la inserción de otras, no afecta ni perjudica el interés de nadie, es cierto, pero por su carencia de justificación, demuestra falta de oficio de quienes lo redactaron, evidencia el desaseo con que fue elaborado el ordenamiento y deja en entredicho la autoridad técnica de sus autores, pues cuando menos tiene que suponerse que desconocían con precisión el ordenamiento que estaban reformando. El diputado Saiz Calderón, a quien antes se hizo referencia, en su intervención señaló una serie de errores de los que dijo evidencian una falta total de atención al elaborar el dictamen, consecuencia de legislar al vapor. Mencionó como botón de mues-

tra, que el artículo 85 bis que se adicionó a la Ley de Instituciones de Crédito se refiere a las fracciones II a la V del artículo 398 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, a pesar de que ese artículo no tiene tales fracciones.

Para subrayar el descuido generalizado con que se manipularon estas reformas, cabe mencionar que el citado legislador solicitó que se regresara el dictamen a las comisiones con el fin de que fueran corregidos los errores que había señalado, proposición que no sólo fue rechazada sino que los preceptos observados fueron aprobados con todo y ser evidente que estaban equivocados, tal es el caso del mencionado artículo 85 bis que a pesar de la errata observada, sin eliminar ésta, aparece inserto en la publicación que del decreto se hizo en el *Diario Oficial de la Federación*; eso revela que existía en la asamblea el deliberado e irresponsable propósito de desestimar cualquier objeción que se hiciera al dictamen, así estuviera plenamente justificada.

Aparecen normas que no tienen ninguna utilidad, porque las partes han estado siempre en aptitud legal de pactarlas contractualmente, sí lo consideran conveniente, sin que para ello se requiriera que estuvieran previstas expresamente en la ley, conforme al ya referido principio de autonomía de la voluntad.

Es pertinente hacer notar que en lo que se refiere al primer párrafo de ese mismo precepto, al permitir que el fideicomisario pueda ser designado en un acto posterior a aquel en que se constituye, de primera intención parecería que concuerda con el artículo 382 (antes 347) en cuanto que éste dispone que el fideicomiso será válido aunque se establezca sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado; sin embargo, tal congruencia resulta sólo aparente, porque es obvio que dichos preceptos aluden a supuestos diferentes: el artículo 382 se refiere a aquellos casos en que el fideicomiso se establece en favor de personas o grupos de personas indeterminadas, como es el caso en que se estatuye, por ejemplo, que los bienes se apliquen por el fiduciario en beneficio de personas discapacitadas o menesterosas o en favor de “los niños de la calle”, sin individualizarlos, es decir que se destinen en general a fines de beneficencia, al sostenimiento de un museo, para que se lleve a cabo la construcción de un monumento, o para realizar obras en provecho de la colectividad, dicho así en forma abstracta; en todos esos casos el fideicomiso será válido como lo disponía

ya y lo sigue disponiendo dicho precepto; pero en el caso del primer párrafo del artículo 397, en cuanto éste se refiere al fideicomiso de garantía, por elemental sentido común, no puede surtir efectos mientras no quede precisada y debidamente identificada la persona del fideicomisario, es decir aquella a favor de la cual se constituye tal garantía, para que pueda cumplirse con lo ordenado tanto por el artículo 381 como por el 382 que exigen, como elemento esencial, la presencia de un fin lícito y determinado y no podrá decirse que el fin está determinado en un fideicomiso de garantía si no están precisados ni el crédito que se garantiza ni el titular del mismo. La consecuencia del fideicomiso constituido en esas condiciones, si fuera dable pactarlo en esa forma, no podrá surtir efectos sino hasta en tanto sea designado el fideicomisario y precisado el crédito que se garantiza, pues de lo contrario carecerá de eficacia ante los terceros y daría motivo para que se considerara que se está utilizando como instrumento para defraudar acreedores.

10. *Confusión por la multiplicidad de regulaciones sobre fideicomiso*

Con las nuevas normas, se acumularon tres distintos regímenes para el fideicomiso: el tradicional que contenían las disposiciones originales de la Ley Cambiaria; el establecido en el 383 (antes 348) de la propia ley, reformado en mayo de 1996, destinado a aplicarse a los fideicomisos que sirvan como instrumento de pago, y el contenido en el decreto de reformas y adiciones que aquí se comenta para los de garantía. Esto origina sendos tratamientos distintos para los fideicomisos: en los de garantía, la fiduciaria podrá ser también fideicomisaria (artículo 400); en los que sirvan de instrumento de pago, también, pero siempre que se satisfagan otras condiciones, como la de que en el contrato sea designada una fiduciaria sustituta para el caso de que se produzca un conflicto de intereses (artículo 383, último párrafo) y por último, todos los demás fideicomisos, que si se constituyen a favor de la propia institución fiduciaria serán nulos, conforme al mismo precepto.

Resulta difícil encontrar las razones para este confuso entramado normativo, que ha producido ya natural desconcierto tanto entre los operadores de crédito como en aquellos que atienden la actividad fiduciaria de las instituciones bancarias, quienes ante la dificultad para entender la maraña que se ha creado, y los inconvenientes y riesgos a los que

pueden enfrentarse con su aplicación, la mayor parte, salvo alguna que participó en la gestación de dichas reformas, han rechazado su aplicación, pues han considerado que además de ser difíciles de entender por su nula claridad, están plagadas de desaciertos que no las hacen fácticas y sí peligrosa su utilización, a grado tal que, como ya se ha mencionado, la mayoría han decidido a partir de la publicación del decreto mantener en suspenso la aceptación de fideicomisos de garantía.

Ese desconcierto sin precedentes, que se ha producido con las reformas en los medios bancarios que tienen que ver con la materia, es de tales proporciones, que se han designado grupos de trabajo para, previo estudio, determinar la posibilidad de interpretarlas y el margen de aplicabilidad que puedan tener las mismas, si es que lo tienen, y asimismo se han organizado seminarios o ciclos de conferencias con la intervención de expositores supuestamente calificados, sin que, cuando menos hasta la fecha, se haya logrado que se produzcan consensos o conclusiones suficientemente convincentes para inducir a las entidades bancarias a operar los fideicomisos a que se alude.

11. *Incongruencias respecto a la propiedad fiduciaria*

Resulta inconcebible desde el punto de vista tanto lógico como jurídico, que a pesar de que el fiduciario es el propietario de los bienes, el fideicomitente que dejó de serlo, por habérselos transmitido al primero en fideicomiso, pueda disponer de ellos e inclusive enajenarlos (artículo 402). La magnitud de esta incongruencia es una razón más para hacer al fideicomiso nugatorio como forma de garantía, y viene a ser otro elemento negativo que contribuye a desquiciar el concepto del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria que el propio cuerpo legal le está atribuyendo, precisamente al de garantía.

Lo anterior produce otra consecuencia en el terreno operativo: el fiduciario, de acuerdo con lo que dispone el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, está obligado a registrar en las cuentas de orden de su contabilidad, el valor de los bienes que ha recibido en fideicomiso, pero si el fideicomitente los conserva en su poder y tiene la posibilidad de estar disponiendo de ellos, el resultado será que, salvo el registro inicial que se realice al momento de la celebración del contrato respectivo, nunca esa contabilidad arrojará datos verídicos porque lo que hoy está en el patrimonio del fideicomiso, al día siguiente puede no estarlo,

por haber dispuesto total o parcialmente del mismo el fideicomitente, sin que el fiduciario haya estado en condiciones de tener conocimiento oportuno de las alteraciones en el monto del patrimonio del que es titular; esto significa que los registros contables del fiduciario nunca serán veraces pues jamás sabrá con precisión qué es lo que en realidad tiene en propiedad fiduciaria.

12. *Arbitraria atribución de los riesgos en el caso de pérdida de los bienes*

El artículo 404, en su primer párrafo, establece que los riesgos de pérdida de los bienes fideicomitados correrán por cuenta de la parte que esté en posesión de los mismos, estableciendo así en forma arbitraria, ilógica y carente de toda justificación una responsabilidad a cargo del tercero que, en su caso, haya estado dispuesto a asumir la posesión de dichos bienes, como lo permite (también indebidamente como se ha comentado en el apartado II de esta nota), el primer párrafo del artículo 346 por remisión del 414 y la misma consideración cabría hacer, si fuera el fiduciario el que asumiera la posesión, aun cuando dicho precepto parece excluirlo de esa posibilidad, cosa también inadmisibles si tomamos en cuenta que es quien tiene la propiedad.

13. *Dificultades para el ejercicio de la acción persecutoria sobre los bienes fideicomitados*

La falta de precisión en la identificación de los bienes que se afectan en garantía de un crédito, significa, como la experiencia lo ha demostrado de manera reiterada, en el caso de la prenda que se constituye para garantizar créditos refaccionarios y de habilitación o avío o los que se otorgan para la adquisición de bienes de consumo duradero, un obstáculo frecuentemente insalvable para hacerla valer, por la dificultad que implica para el ejercicio de la acción persecutoria; inconveniente que se acrecienta si se aplica el artículo 354 por la remisión que hace el 408 de la ley que se comenta, porque permite lo que llama identificación “en forma genérica”, determinación que viola además la exigencia de certeza que impone el artículo 381 en cuanto a los bienes que son materia del fideicomiso, requisito cuya razón de ser es que la institución, en cuanto dueña fiduciaria de los bienes fideicomitados, y tener, por lo tanto,

un derecho real sobre ellos, debe saber con precisión cuáles son éstos, es decir, de qué es realmente propietaria, para poder estar en condiciones de ejercer, en un momento dado, sobre ellos, las acciones que le corresponden y a que se obligó en el contrato respectivo.

No se tuvo tampoco conciencia de que la indeterminación de los bienes que son materia del fideicomiso, imposibilita a los fiduciarios para cumplir debidamente con la obligación a su cargo a que se hizo referencia en el apartado XI, de registrar en cuentas de orden los bienes que reciben en fideicomiso, lo cual sólo es factible si se conoce el valor de los mismos, cosa que no será posible si éstos no están determinados. Además, contradice lo preceptuado por el artículo 381 según el cual, los bienes deben ser ciertos y no pueden tenerse por ciertos cuando no han sido debidamente identificados.

La dificultad para el ejercicio de la acción persecutoria se agudiza por el hecho de que la restitución de los bienes de quien los haya adquirido, sólo puede exigírsele cuando se demuestre que ha actuado de mala fe, y las condiciones que el artículo 373, aplicable por remisión, impone, para que el adquirente merezca tal calificativo, son de tal manera subjetivas que resultan de imposible o cuando menos de muy difícil comprobación.

La única manera de evitar que por esta razón resulte comprometida la eficacia de la garantía, cuando se trate de bienes muebles, será que en los contratos que se celebren no se acepte que los bienes queden en poder del deudor fideicomitente ni que éste quede facultado para disponer de los mismos mientras estén afectados en fideicomiso.

14. *Contradicción entre el propósito de las reformas y lo estipulado en éstas*

Una de las justificaciones que se propalaron, para los cambios efectuados en el nuevo ordenamiento, era, según se decía, lograr la máxima recuperación posible de los créditos que otorgara la banca, pero es evidente que no resultó compatible con ese afán, el hecho de que, para desconcierto de quienes lo leen, el artículo 412 establezca con carácter irrenunciable la obligación para las partes de estipular en los contratos, que en caso de que el producto de la venta de los bienes fideicomitados no alcance para cubrir el total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir el faltante y extinguido el

derecho del acreedor para exigirlo. El hecho de que se admita asimismo la posibilidad de que los bienes fideicomitidos sean embargados por créditos laborales a pesar de que han salido del patrimonio del deudor fideicomitente, o sea el patrón (artículo 367 aplicable por remisión del 414), significa una amenaza que produce inseguridad jurídica para el acreedor y que es una de las muchas causas que limitan la eficacia del fideicomiso como instrumento de garantía.

Esas sorprendentes liberalidades han suscitado la duda de si obedecieron a una generosa determinación de los banqueros, entendiendo por tales a los dueños de los bancos, si fue una determinación que de *motu proprio* decidieron tomar los autores de las nuevas disposiciones ateniéndose a que no eran sus intereses personales los que se afectaban o si fue una manera de ponerle un toque demagógico a las reformas para seducir a los grupos radicales del congreso y evitar su oposición al decreto; si fue esto último, el plan fracasó, ya que como suele decirse en términos coloquiales: la cabra no tascó la zanahoria, pues esos grupos votaron en contra.

Cualquiera que haya sido la motivación, lo que resulta injustificado y arbitrario es que la norma les sea también aplicable a acreedores que no sean bancos y que utilicen el fideicomiso para que les sean garantizados créditos otorgados a terceros. Los promotores y autores iniciales de la iniciativa, a pesar de ser personas, según se dice, vinculadas a la banca, olvidaron o ignoraban que el fideicomiso es una figura que fue concebida fundamentalmente para que fuera un servicio que prestaran los bancos al público en general, independientemente de que a ellos también les fuera dable utilizarlo para que se les garantizaran créditos a su favor, siempre a condición de que fuera otra institución la que actuara como fiduciaria.

Otro de los desaciertos más notables, para el que no se encuentra razonable explicación, es que si un acreedor, tratándose o no de una institución de crédito, que está en aptitud de optar por otros instrumentos legales para que le sea garantizado un crédito, escoge para ese propósito la figura del fideicomiso, se le castigue haciendo que su acción de cobro prescriba en un plazo de tres años (artículo 409), más breve que los que establece el Código Civil (artículos 1159 y 1162), y que además, si con la venta de los bienes no alcanza a cubrirse su crédito, se extinga su derecho a cobrar la diferencia, teniendo que darse por pagado de la to-

talidad del adeudo. Tales sanciones dan como resultado obvio que el fideicomiso haya dejado de ser recomendable como medio para garantizar obligaciones, y que los acreedores renuncien a utilizarlo para tal propósito, con lo que desaparecerá la demanda de ese servicio, en perjuicio de las áreas fiduciarias de las propias instituciones de crédito que lo prestan, a las que dizque se trató de beneficiar.

Igual reflexión cabe hacer sobre el hecho de que el artículo 403 no establezca, como sería lo debido, que en caso de que el importe que el fiduciario reciba de la aseguradora al ocurrir un siniestro sobre los bienes fideicomitidos sea una suma menor al crédito garantizado, el fideicomisario acreedor tenga derecho a ejercitar las acciones correspondientes para obtener el pago del saldo que haya quedado insoluto.

Las consecuencias de esas consideraciones que “el legislador” quiso tener con los fideicomitentes deudores, a final de cuentas no repercute propiamente en los intereses personales de los banqueros, sino en los de los usuarios, depositantes e inversionistas a los que pertenecen los fondos con los que operan dichas instituciones; así es que si lo que los autores quisieron hacer fue favorecer a cierto sector de la colectividad, lo que lograron fue poner de alguna manera en riesgo, los recursos que el público tiene depositados en los bancos, propiciando que se llegue a un efecto semejante al del satanizado “Fobaproa”.

Siguiendo con los bancos, “el legislador” los hizo destinatarios de otro flaco favor, como fue provocar que se redujera, casi a cero, cuando menos hasta ahora, la demanda de los servicios fiduciarios que proporcionan para efectos de garantía, con la consecuente pérdida de los beneficios que obtenían con la prestación de ese tipo de servicio.

15. *Confusión en el concepto de fideicomiso de garantía*

En el apartado IV de esta nota se expresaron las razones por las cuales debe considerarse desacertada la definición que se dio en el artículo 395 del fideicomiso de garantía, pero es de advertir que el concepto del mismo no se integra sólo con dicha definición, sino que para ese efecto se está obligado a tomar en consideración lo expresado en el segundo párrafo del artículo 401, que refiriéndose a los bienes y derechos dados en fideicomiso dice que “se considerarán afectos al fin de garantizar *obligaciones contraídas por el fideicomitente*”, de donde se desprende que, interpretado literalmente dicho precepto, si el fideicomiso se cons-

tituye por el fideicomitente para garantizar obligaciones que no hayan sido contraídas por él sino por un tercero, es decir, obligaciones ajenas, como suele ocurrir, entonces ya no estaremos en presencia del fideicomiso de garantía a que se refiere el nuevo ordenamiento, y por lo tanto no le serán aplicables ninguna de las disposiciones que lo conforman. Pueden ser muchas las razones que se aduzcan para sostener un criterio diferente, pero la interpretación literal no puede ser otra que la que se ha mencionado y en eso se tiene un motivo más de confusión y otro germen de posibles conflictos en la aplicación de la ley, en los términos en que quedó adicionada.

16. *Las reformas y adiciones a la ley de instituciones de crédito y al código de comercio*

Las reformas y adiciones que se efectuaron a los ordenamientos señalados en este rubro, también hicieron su propio aporte para conformar el desbarajuste que campea ahora en todo el sistema regulatorio del fideicomiso, es decir, prestaron también su contribución al caos.

El artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito dice actualmente, después de su modificación, que “si en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones”, no se conviene el procedimiento, “se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio *a petición del fiduciario*”. El texto del precepto es idéntico al que tenía antes de ser modificado, a excepción hecha de la supresión que se le hizo de su segundo párrafo y de que la disparatada remisión que antes hacía al artículo 341 (relativo a la prenda) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para efectos de la venta de los bienes, ahora la hace al mencionado título tercero bis, que se adicionó al libro quinto del Código de Comercio; pero sigue estableciendo, como antes, que la aplicación se hará “*a petición del fiduciario*”, sólo que ahora eso no es posible, porque el legislador no se dio cuenta de que, con las reformas, se había alterado la situación.

El precepto nunca ha sido suficientemente explícito ni acertado como sería lo deseable, pues no ha dicho el para qué del procedimiento que se debe convenir. Antes de la reforma siempre se dio por supuesto que aludía al que había de seguirse sólo para la venta de los bienes, en caso de incumplimiento del deudor. Era lógico que así se coligiera porque

entonces no era de ninguna manera necesario demandar judicialmente el pago del crédito garantizado con el fideicomiso, sino solamente la entrega de los bienes (inmuebles) cuando había resistencia del fideicomitente deudor para efectuarla, pero ahora que se requiere demandar ambas cosas, tendrá que convenirse el procedimiento necesario para el ejercicio de las dos acciones, y en ese supuesto ya no es jurídicamente posible que los procedimientos previstos ahora por el Código de Comercio para tales efectos puedan ser hechos valer por el fiduciario como lo pretende el artículo 83, habida cuenta que se trata de dos acciones distintas, para efectos distintos, que corresponden a diversos sujetos: la del cobro del crédito perteneciente al fideicomisario que es el acreedor del mismo, mientras que la entrega del bien, esa si le corresponde demandarla a su dueño que es el fiduciario y sólo a él. Dicho de otra manera, el fideicomisario acreedor no está legitimado para reclamar la entrega del bien, puesto que no es el propietario y la institución no lo está para exigir el pago del crédito, porque no es ella la acreedora. Estamos pues en presencia de un embrollo más de los que son tan pródigas las nuevas disposiciones.

Por la misma razón de que no se requería demandar judicialmente el pago del crédito, la práctica seguida era que las partes sólo pactaban libremente el procedimiento que debería seguirse por el fiduciario para la venta de los bienes, en caso de incumplimiento del deudor, pero de acuerdo con los textos ahora vigentes, se supone que deberán convenir también, en su caso, el procedimiento judicial, conforme al cual se ha de reclamar el pago del crédito, con lo que surge una nueva incógnita: ¿Las partes serán libres de pactar ese procedimiento como lo juzguen conveniente o bien, habrán de hacerlo cumpliendo con los requisitos establecidos por los artículos 1051 a 1053 del propio Código Mercantil? Si este último fuera el caso, quiere decir que convengan o no las partes un procedimiento convencional, de cualquier manera se les ha suprimido el arbitrio de que disfrutaban, pues si pactan dicho procedimiento, tienen que atenerse a las restricciones que establece el código en los artículos antes citados, y si no lo pactan habrán de sujetarse a lo que dispone el mencionado título tercero bis del mismo ordenamiento.

17. *Más discrepancias entre los propósitos y los efectos de las reformas*

Los que intervinieron en el proceso que condujo a las reformas, desde los que prohicieron la idea hasta los que emitieron el decreto que las contiene, pasando por los que lo aprobaron sin mayor meditación, navegaron en un mundo de fantasía. Para corroborarlo, basta con hacer un cotejo entre lo que esgrimieron, desde sus inicios, como propósitos a lograr con las reformas y los resultados reales de éstas.

Ejecución expedita y ágil de las garantías. En el dictamen de las comisiones unidas de Hacienda y Crédito Público y Comercio, en la exposición de motivos, y en las intervenciones de algunos diputados inclinados a la aprobación del decreto, se hicieron valer como virtudes del mismo, que iban a evitarse los procedimientos prolongados y onerosos para hacer efectivas las garantías, mismas que se iban a poder ejecutar en forma expedita, puesto que se agilizarían los procesos y se evitaría el uso de medios dilatorios, permitiendo la solución pronta de los conflictos que eventualmente pudieran surgir, ya que la justicia se haría ágil y expedita, a todo lo cual contribuiría el hecho de que las resoluciones que dictaran los jueces en el procedimiento previsto para demandar el pago del crédito y la entrega de los bienes sólo serían recurribles en el efecto devolutivo.¹¹

Lamentablemente, tan optimista panorama es del todo falso, los efectos son precisamente al contrario, como puede deducirse de las siguientes consideraciones.

Si conforme al decreto, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, es forzoso ahora promover juicio no sólo para demandar la entrega de los bienes, sino también el pago del crédito garantizado, es decir que para que el fiduciario pueda dar cumplimiento a lo que se obligó con las partes en el contrato tiene que obtener la decisión favorable de la autoridad judicial, no se requiere elucubrar demasiado para concluir que el procedimiento no se simplifica ni agiliza sino que por el contrario se complica y necesariamente requerirá más tiempo para obtener, en su caso, el pago del crédito.

Sólo quien no tenga la más ligera noción de lo que son las prácticas procesales puede sostener que se hará más expedita la administración

¹¹ Código de Comercio, artículo 1414 bis 20.

de la justicia por el hecho de que las resoluciones que se dicten en los juicios respectivos, únicamente puedan ser recurribles en el efecto devolutivo; se desconoce que el afectado contará, no obstante, con diversos medios para impedir la ejecución que le sea contraria y prolongar la duración del conflicto. Hacemos caso omiso de la imputación hecha por el diputado Ramón María Nava de que esta limitante procesal “viola el principio de equidad y desnaturaliza la teoría del procedimiento”.

Las actuaciones procesales supuestamente ágiles que consignan los artículos 1414 bis 7 y 1414 bis 8 del Código de Comercio están previstas para cuando las acciones para el cobro del crédito y la entrega de los bienes las ejerciten como actores el fiduciario y/o el fideicomisario acreedor, pero en la práctica los medios dilatorios a que suelen recurrir los deudores para eludir o cuando menos diferir el pago de los créditos, consisten en ejercitar, ellos como actores, anticipándose a cualquier requerimiento o intento de cobro, diversas acciones tendentes a impedir la actuación del fiduciario y/o del acreedor, y para ese efecto no está previsto que estén obligados a ajustarse al procedimiento especial previsto por las disposiciones antes invocadas, por lo que utilizarán los procedimientos ordinarios que regula el propio Código de Comercio, salvo que en el contrato respectivo se haya previsto convencionalmente, para tales supuestos, un procedimiento para la tramitación del juicio respectivo, en cuyo caso tendrá que darse cumplimiento a los requisitos que exigen los artículos 1051 a 1053 del propio Código de Comercio. Por las razones expuestas, ya no resultan tan eficaces las nuevas disposiciones para expeditar la administración de justicia como ilusoriamente se pretende, ni se evita como se supone la interposición de recursos dilatorios.

Conclusión: el procedimiento se hizo más complicado y como consecuencia se hará más dilatado su desahogo.

La creación de dos nuevas figuras jurídicas. No faltó entre los legisladores que se encargaron de presentar la iniciativa ante la cámara, quien sostuviera, con cierto dejo de satisfacción, que se habían creado dos nuevas figuras jurídicas: la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía. Confundieron las cosas, situación muy explicable entre quienes no conocen la materia. No se inventó nada. El fideicomiso de garantía siempre ha existido desde que la figura fue adoptada por nuestra legislación; una cosa es que en el decreto se le haya impuesto una regulación específica, y otra muy distinta que se haya dado naci-

miento a una nueva figura. Es más, los primeros fideicomisos que se constituyeron desde los años veinte, al amparo de la primera ley que los reguló que fue, como ya se mencionó antes, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de agosto de 1926, y después, conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de junio de 1932, actualmente en vigor, fueron precisamente de garantía y por cierto a favor de las propias instituciones que actuaban como fiduciarias, lo que originó que al año siguiente se adicionara el entonces artículo 348 (ahora 383) con el párrafo cuarto para declarar nulos, con toda razón, los fideicomisos que se constituyeran a favor de la misma institución fiduciaria.

Aunque el tema de la prenda sin transmisión de posesión es ajeno al propósito de este análisis, no está por demás hacer notar que tampoco es una figura nueva, no la inventaron nuestros recientes legisladores, como ellos con conmovedora inocencia creyeron; siempre ha estado prevista como forma de garantía en los contratos de habilitación o avío y refaccionarios, así como para los créditos que se conceden para la adquisición de bienes de consumo duradero, según ha sido establecido en las diversas leyes que sucesivamente han regulado las funciones de las instituciones de crédito.

Pretensión de claridad. En el dictamen producido por las comisiones se adujo la necesidad de que el proceso fuera “claro y comprensivo para aquellas personas que son destinatarias del mismo”, pero independientemente de que esa pudo haber sido la pretensión, no se atinó sobre la forma adecuada para lograrlo, pues el resultado ha sido también diametralmente distinto; ya se han dado a conocer en anteriores apartados, las dificultades a que se están enfrentando las áreas fiduciarias y los propios departamentos jurídicos de las instituciones de crédito, así como los bufetes de abogados, para poder descifrar ese galimatías que es el multireferido decreto, pese a los grupos de trabajo creados para su estudio, seminarios, ciclos de conferencias y reuniones de consulta que han sido organizadas al efecto.

El diputado Bernardo Bátiz, al calificar las nuevas disposiciones, habló “de los recovecos de estas complicadas y especializadas leyes, que solamente unos cuantos abogados van a poder manejar y entender bien, por supuesto de los grandes despachos”, pero por lo visto el citado legislador se quedó corto en su vaticinio, porque cuando menos hasta la

fecha no se sabe que se haya podido producir una interpretación atendible de este embrollado decreto, que todo tiene menos claridad y congruencia; priva un justificado temor sobre los riesgos que puede acarrear su aplicación y cuál podrá ser la interpretación que vaya a dársele en los tribunales, todo lo cual ha dado entre otros resultados, como ya se ha mencionado reiteradamente, que la mayor parte de las instituciones, si no es que todas, se han abstenido de aceptar el desempeño de este tipo de fideicomisos.

Reactivación del crédito. Entre las ilusiones que se forjaron los banqueros, engañados por quienes los asesoraron y elaboraron el proyecto de decreto, estaba la arraigada idea de que con la promulgación de las nuevas disposiciones se contribuiría a la reactivación del mercado crediticio de nuestro país, creencia que hicieron suya, por obvio desconocimiento, los grupos parlamentarios utilizados como conducto para efectuar la presentación de la iniciativa, aunque hay que reconocer que hubo excepciones, como la del diputado Carlos Antonio Heredia, que negaron la posibilidad de que se obtuviera ese resultado, y éstos fueron los que acertaron, pues en los casi cinco meses que han transcurrido desde que se publicó el decreto, no sólo no se han observado barruntos siquiera de que se haya producido la esperada reactivación del crédito, sino que por el contrario, como se ha dicho insistentemente, tanto los bancos como personas y entidades ajenas a la actividad bancaria han mostrado marcada resistencia a otorgar créditos mediante la garantía de fideicomisos.

Búsqueda de equilibrio entre acreedores y deudores. No queda claro a quien se trató de engañar al afirmarse reiteradamente en los diversos estadios del proceso legislativo, que se iba a lograr un sano equilibrio entre los derechos y obligaciones de los deudores y de los acreedores, para que aquéllos no se vieran perjudicados por las excesivas condiciones que les impusieran estos últimos, es decir que no se vieran vulnerados los derechos de ambas partes ni disminuidas sus obligaciones.

Ni haciendo un gran esfuerzo se logra entender la ingenua creencia de que se puede obtener una adecuada protección de los derechos de los deudores, para que éstos no se vean perjudicados en sus intereses y que asimismo se asegure ese sano equilibrio a que se alude en los derechos y obligaciones entre deudores y acreedores, dejando a los primeros en manos de las instituciones acreedoras, al permitir que éstas últimas sean al mismo tiempo fiduciarias y fideicomisarias.

No puede tampoco hablarse de equilibrio ni de equidad, si se decide, como lo hace el artículo 412, con carácter irrevocable además, que si al ejecutar la venta de los bienes, el precio obtenido no alcanza a cubrir el valor del crédito, el acreedor está obligado a darse por pagado con lo que se obtenga, perdiendo el derecho a reclamar el saldo que quede insoluto, pero en cambio, que si se obtiene una suma mayor al monto adeudado, el sobrante obtenido debe entregársele al deudor.

Al reducirle al acreedor el lapso en que prescriben sus derechos al cobro del crédito, es obvio que se están vulnerando los que le otorgan a ese respecto otros ordenamientos legales, con lo cual también queda desmentida la idea de equilibrio y equidad.

Resulta pues que el pretendido equilibrio luce en el nuevo ordenamiento como una auténtica falacia, salvo que se considere que al prescribir fórmulas que acaban por lesionar los intereses de ambos, tanto de los prestadores como de los usuarios del crédito, es una manera de alcanzar la equidad, en cuanto tanto unos como los otros resultan igualmente perjudicados.

18. *La función legislativa*

Para nadie es desconocida la trascendencia que tiene la función legislativa, consistente en la elaboración de las leyes o normas que han de regir sobre las más variadas materias o actividades en el seno de una colectividad, así como regular y controlar adecuadamente las conductas de los individuos que la integran; labor que debe estar siempre encaminada a que esas leyes y las reformas o derogaciones que se lleven a cabo de las ya existentes, tengan como resultado la debida integración y perfeccionamiento del orden jurídico imperante, dentro de un marco de absoluta congruencia.

Por tales razones, uno de los atributos fundamentales que ha de tener toda persona o entidad que intervenga, en cualquier forma, en un proceso legislativo, será el de contar con el conocimiento más completo posible sobre la materia en que pretenda legislar, y si no lo tiene, asesorarse de quien lo tenga.

Cuando se hace referencia a quienes crean los ordenamientos legales, generalmente se les engloba en la expresión un tanto abstracta, por lo imprecisa, de “el legislador”, lo que haría pensar que se trata de la actuación de una sola persona u organismo, pero en la realidad, por lo

general, es una sucesión de individuos y/o entidades la que interviene a lo largo del proceso generador de cualquier cuerpo normativo.

Puede suponerse que esa múltiple presencia de participantes permite que en el proceso creativo de una ley, se vayan sumando los conocimientos o experiencias de cada uno de los protagonistas que en él participan, con lo que se logra que el ordenamiento resultante, suficientemente meditado, se aproxime en la mayor medida posible a lo perfecto. Sin embargo, frecuentemente suele ocurrir que la realidad sea distinta y que quienes realizan ese proceso, desde los que lo inician hasta los que lo terminan, carezcan de dominio sobre la materia o procedan con poco o ningún conocimiento, con lo cual acaban por generarse consecuencias funestas.

Los resultados obtenidos obligan a concluir que eso último fue precisamente el caso del absurdo decreto que se ha venido comentando en esta nota. Como un mero ejemplo de la forma ligera y desaprensiva en que se actuó, basta con examinar lo que aconteció en el seno de la Cámara de Senadores, que no fue notoriamente distinto a lo que sucedió en la de representantes.

El día 28 de abril del año en curso fue presentado a la Cámara de Diputados el dictamen sobre la iniciativa con proyecto de decreto que se viene comentando, misma fecha en que fue aprobado y turnado a la Cámara de Senadores, a donde llegó el día siguiente 29 de abril y ese mismo día las comisiones unidas de Hacienda y Crédito Público y de Estudios Legislativos elaboraron su dictamen; fue presentado a consideración del Senado y se aprobó por mayoría, para lo cual bastó una sola lectura. Todo en un solo día. Había prisa, pues se trataba, nada menos, que de la salvación de la banca.

Ante la premura con que se estaba procediendo, la senadora Rosa Albina Garabito, con el respaldo de los también senadores Jorge Calderón y Héctor Sánchez López, presentó una moción suspensiva, aduciendo que era obvio y evidente que los miembros del senado no habían “tenido el tiempo necesario para hacer el análisis suficiente de una minuta tan importante” y que no encontrándose en condiciones de discutirla, sería tanto como que dicho cuerpo legislativo “aceptara legislar al vapor” lo cual, dijo, es “una práctica que tiene que empezar a quedar en el pasado”. Con esa moción los citados senadores decían pretender que se llevara a cabo el estudio y análisis del decreto con mayor dete-

nimiento y que se recogieran las observaciones de los diversos sectores de la sociedad que involucraba el proyecto. Pese a las justificadas razones esgrimidas, la moción fue rechazada por una mayoría que enseguida procedió a su aprobación.

No deja de ser sintomático además de encomiable que, como lo hizo notar la senadora Garabito en su intervención, no obstante que el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional había sido uno de los que habían hecho la presentación de la iniciativa en la Cámara de Diputados, cuando la misma se puso a consideración de ésta, 26 de sus diputados votaron en contra.

Debe reconocérsele a dicha legisladora su firme reclamo, del todo justificado, de que la iniciativa requería ser analizada, discutida, mejorada, perfeccionada por los senadores, pues adujo: “Estamos abdicando de nuestra responsabilidad para legislar, al aceptar al vapor una minuta que apenas nos llegó esta mañana”. Al leer en el diario de los debates, el contenido de esta intervención, puede no estarse de acuerdo con todos los puntos de vista expuestos por la senadora, pero su pretensión de que la iniciativa fuera estudiada con más cuidado, es incuestionable que tenía plena justificación.

El senador Jorge Calderón se hizo eco de la protesta formulada por su colega, haciendo notar también la premura, la falta de reflexión y de madurez con la que se estaba dictaminando y se intentaba aprobar el proyecto de decreto de modificaciones propuesto.

No se descarta la posibilidad de que las razones esgrimidas por los senadores a que se ha hecho referencia, hayan obedecido a razones meramente políticas, sin tener conciencia de las de índole técnica o jurídica, pero lo que expusieron resulta profundamente revelador de la irreflexión, inmadurez y carencia de sentido de responsabilidad con que se procedió a lo largo de todo el proceso generador del decreto que aquí se ha comentado y del que desde luego no se puede decir que sea una excepción sobre la forma en que se acostumbra proceder en nuestros órganos legislativos, donde han abundado los fiascos, principalmente en todos aquellos casos en que, por cualquier motivo, se ha tocado la materia del fideicomiso, de los cuales ya se podría integrar una antología.

19. *Consideraciones finales*

Por todas las razones expuestas, podemos concluir que el decreto materia de este análisis es un acto condenable y absolutamente negativo de parte de quienes lo promovieron, aprobaron y emitieron, que daña gravemente una de las instituciones jurídicas más importantes y útiles que se hayan producido en muchos lustros en nuestro sistema legal. Ha afectado además seriamente los intereses de los prestadores y de los usuarios de crédito.

En medio de las reacciones que se han producido en diversos sectores, ha llegado a especularse sobre la posibilidad de que a la mayor brevedad posible se busque la manera de derogar las reformas respecto del fideicomiso contenidas en el decreto.

La idea es digna de tomarse en consideración, en cuanto se hace absolutamente necesario restaurar el daño que el decreto ha causado a la figura del fideicomiso, lo que permitiría además modificar aquello que realmente amerite ser modificado, para que su regulación resulte más clara y comprensible para beneficio tanto de los que demandan como de quienes prestan ese servicio.