

LA QUIEBRA DE LA BANCA Y LA REGULACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN MÉXICO

E. Arcelia QUINTANA ADRIANO*

RESUMEN: El anterior régimen legal sobre garantías, presentaba rasgos de poca creatividad ante el mundo cambiante del comercio. A partir de las reformas, del 23 de mayo de 2000, al Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito, se incorporaron dos nuevas figuras para la constitución de garantías, *prenda sin transmisión de posesión* y *fideicomiso en garantía*. Además se establecieron nuevos procedimientos para la *ejecución de las garantías otorgadas* los cuales permiten *ejecutar la correspondiente garantía en forma expedita* a manera de que se facilite el costo de los créditos y el proceso de otorgamiento.

ABSTRACT: *The characteristics of the previous laws on guarantees were not very creative given the changing world of business. After the May 23, 2000 reforms to the Code of Commerce, the General Law of Credit Instruments and Operations and the Law of Credit Institutions, two new concepts were incorporated in order to constitute guarantees, the lien without transferring possession and guaranty trust. Furthermore, new procedures were established for the execution of the granted guarantees which permit the expedited execution of the corresponding guarantee in order to facilitate the cost of the credits and the credit approval process.*

* Profesora titular por oposición de derecho mercantil, derecho económico e historia del pensamiento económico en la licenciatura y posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora titular por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigaciones de CONACYT.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como *objetivo* analizar el nuevo marco jurídico relacionado con una posible *quiebra de la banca y la regulación de las garantías en México*, atendiendo principalmente a los procedimientos previstos para el caso de que ocurriera una eventual crisis financiera, cuya consecuencia sería la quiebra de una institución de crédito, las autoridades que intervendrían y las funciones jurisdiccionales correspondientes para la tramitación del concurso mercantil, con la *finalidad* de llegar a establecer que, en México, el ordenamiento legal en este tipo de conflictos nace para corregir lo inmanejable que resultó hacer efectivas las garantías en la crisis financiera originada en 1994, con motivo de los choques externos e internos de las plataformas económicas de diversos países. Además, en este trabajo se hace hincapié en la importancia del incumplimiento generalizado de las obligaciones contraídas con la banca por parte de los deudores que afectó a todos los que se vincularon con ella, así como en la respectiva *regulación de las garantías* en razón de la función de aumentar objetivamente las expectativas de satisfacer una obligación principal.

Las crisis bancarias tienen su origen en distintos factores, que concurren en forma simultánea, que en muchas ocasiones se deben a la inadecuada aplicación del marco normativo del sistema financiero, lo que conduce a una fragilidad creciente del mismo.

En México, frente al tamaño del impacto financiero sufrido en 1994, el gobierno federal, a través de las autoridades correspondientes, inició una serie de medidas de apoyo al sistema bancario en aras de contrarrestar los estragos de los primeros efectos de las crisis financieras, tales como el establecimiento de una ventanilla de liquidez en dólares para los bancos comerciales con la finalidad de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en moneda extranjera a través de la cual se dio liquidez inmediata de divisas mediante préstamos, se implementaron Programas de Capitalización Temporal (Procapte), a efecto de que los bancos dispusieran de un plazo para captar capital y pagar su deuda, así como sendas reformas legales que permitían una mayor participación extranjera en los bancos nacionales y una adquisición de cartera a tra-

vés del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa),¹ ya que ésta no podía ser llevada a cabo debido a la endeble regulación jurídica sobre las garantías crediticias.

A pesar de las múltiples recomendaciones señaladas por organismos como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), no se pudo controlar con éxito la crisis financiera mexicana, pues se prefirió rescatar la banca en vez de que ésta asumiera su responsabilidad en la medida de los riesgos tomados.

Además, las autoridades financieras, mediante el fondeo a los bancos que fue respaldado con pagarés garantizados por el gobierno federal, permitieron que se continuara extendiendo el crédito a los prestatarios de alto riesgo, aun cuando existía quiebra técnica de diversas instituciones, debido al incumplimiento generalizado de pago que afectó a todos los sectores de la economía.

Frente a ello, el gobierno mexicano optó por realizar trece intervenciones y no declarar una sola quiebra,² a la vez que los esfuerzos de los bancos por recuperar créditos vencidos fueron mínimos; y así fue, en gran medida, porque la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (LQSP) sirvió de pretexto a los bancos para no emprender las acciones judiciales y recuperar los créditos vencidos; además de la falta de decisión política del gobierno que fue un factor decisivo para inhibir la solución de fondo al problema financiero.

Como consecuencia de lo anterior se publicó la Ley de Concursos Mercantiles (LCM),³ que abroga la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943. Entre otros cambios sustanciales, adecua el procedimiento concursal para el caso de los concesionarios públicos, las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares del crédito.⁴

Los procedimientos concursales son novedosos, pues intentan armonizar el concurso de estas instituciones con las disposiciones especiales

1 Del Villar, Rafael *et al.*, “Experiencia internacional en la resolución de crisis bancarias”, *Trabajos de investigación del Banco de México*, México, www.banxico.org.mx, diciembre de 1997, p. 73.

2 Ebrard Casaubón, Marcelo, “Fobaproa: la oportunidad perdida”, *Fobaproa e IPAB el acuerdo que no debió ser*, México, Océano, 1999, p. 40.

3 *Diario Oficial* del 12 de mayo de 2000.

4 Véase exposición de motivos de la LCM.

que las rigen y establecer la debida participación de las entidades que las autorizan regulan y supervisan.⁵

En cuanto al régimen legal mexicano sobre garantías, el ordenamiento legal sustituye los requisitos sumamente complejos que existían para la constitución, el perfeccionamiento y la ejecución de los diferentes tipos de garantías, estableciendo dos nuevas figuras que vienen a reforzar el sector crediticio: la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía, toda vez que se busca crear un vínculo obligatorio donde el acreedor pueda tener asegurado o reforzado su crédito, pues trae aparejado el elemento *patrimonial* para el caso de que el deudor no quiera o no pueda cumplir la obligación principal.

II. GENERALIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO

Mantener la solvencia y la estabilidad del sistema financiero son las dos grandes responsabilidades que enfrenta cualquier país del mundo. La fragilidad del sistema financiero representa, sin duda alguna, un obstáculo para cualquier nación que desea salir del estancamiento económico.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)⁶ ha elaborado estudios interesantes sobre el fenómeno denominado “fragilidad financiera”, que define como “un deterioro en el balance de los bancos como resultado de la mala calidad de los activos y de una rentabilidad en declive”.⁷ Tal descripción parece referirse a buena

⁵ *Idem.*

⁶ La OCDE tiene sus raíces en 1948, en la Organización para la Cooperación Económica Europea que tuvo el objetivo de administrar el Plan Marshall para la reconstrucción europea. En 1960, el Plan Marshall había cumplido su cometido y los países miembros acordaron invitar a Estados Unidos y Canadá en la creación de una organización que coordinara las políticas entre los países occidentales. La nueva organización recibió el nombre de Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos; su sede se encuentra en París. La OCDE es una organización intergubernamental que reúne a los países miembros para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países miembros. La OCDE es el mayor productor mundial de publicaciones en economía y asuntos sociales con más de 500 títulos por año, más documentos de trabajo y otros productos. <http://www.rtn.net.mx/ocde/ocde.html>.

⁷ La fragilidad financiera puede ser de carácter *coyuntural* o *estructural*. La primera tiene que ver con el fenómeno del ciclo económico. Durante el periodo de auge o expansión económica, el crédito crece en forma fácil; cuando la situación se revierte y la demanda baja, las utilidades se comprimen y varias empresas entran en cartera vencida. La segunda, es decir, la fragilidad de carácter *estructural* se refiere a diversos factores que han afectado en forma negativa a la banca

parte de los sistemas financieros de las naciones industriales, aunque presenta distintas notas características de un país a otro.

Tradicionalmente las autoridades han perseguido dos objetivos principales en los sistemas financieros:

- Mantener la estabilidad y la confianza en las instituciones, lo que se llamaría prevención de riesgos sistemáticos,⁸ y
- La necesidad de asegurar mercados financieros eficientes en los que operen las fuerzas de la competencia, es decir, la promoción de la eficiencia sistemática.⁹

La política que predominó en el mundo hasta la década de los setenta y, específicamente, en México hasta los ochenta, fue la de mantener la estabilidad y la confianza en el sistema financiero, situación que no fue posible sostener en virtud de que a principios de los ochenta se presentó en la economía mexicana una crisis financiera cíclica de sobreacumulación.

1. *Causas que originan las crisis*

Las crisis financieras implican un problema de sostenibilidad en el largo plazo, debido al creciente déficit del sector público, para ser financiada mediante expansiones monetarias inorgánicas, lo que conduce a agudos procesos de desestabilización micro y macroeconómica;¹⁰ por

durante varios años. Suárez Dávila, Francisco, “Liberación, regulación y supervisión del sistema bancario mexicano”, *Comercio Exterior*, México, vol. 44, núm. 12, diciembre de 1999, pp. 1049 y 1050.

8 En la *estabilidad* se parte de la preocupación de que la competencia sin freno produce distorsiones y debilita la solvencia de las instituciones. Los mecanismos que se emplean para conseguir esos objetivos son: intervenir los precios, en particular fijando reglas de tasa de interés y comisiones, así como normas de orientación del crédito; imponer límites al rango de actividades que puedan realizar las instituciones, es decir, su grado de especialización, por ejemplo la banca, valores o seguros; determinar la relación que pueda existir entre la banca y las empresas comerciales e industriales, y establecer la participación de las entidades extranjeras. *Ibidem*, p. 1050.

9 El principal factor para promover la eficiencia es el fomento de la competencia; sin embargo, actualmente se presentan reglas sobre la adecuación de capital y la apropiada diversificación de riesgos, advirtiéndose algunas tendencias dirigidas a reformar y modificar la calidad de la regulación o francamente hacia la regulación. *Idem*.

10 Véase Sequeira G., Luz Elena, “El 2000 y las crisis financieras en América Latina”, *El observador económico*, [http:// www.elobservadoreconomico.com.ni/107/crisis.htm](http://www.elobservadoreconomico.com.ni/107/crisis.htm).

lo que, es posible ubicar aquí el origen de las mismas tomando en consideración los siguientes aspectos:

- a) Choques externos;
- b) Programas de estabilización;
- c) Desregulación del sector financiero y apertura de cuenta de capitales;
- d) El seguro sobre depósitos, y
- e) La inestabilidad y las fallas de los mercados financieros.

A. *Choques externos*

Las crisis bancarias tienen su origen en cambios bruscos en los términos de intercambio y en las tasas de interés internacionales; de esta manera, las crisis se gestan durante el periodo en que el país vive un enfrentamiento positivo en los aspectos relacionados con el intercambio y las tasas de interés internacionales, o bien, en sus condiciones internas. Estas circunstancias favorecen a la economía, inducen una fuerte entrada de capitales y una rápida expansión del crédito interno. El auge económico que resulta de ello se encuentra financiado fácilmente mediante el endeudamiento con el exterior, pues el país cuenta con un amplio acceso al mercado internacional de capitales. El aumento en el precio de los activos ocasionan burbujas especulativas,¹¹ que a su vez alimentan la demanda de crédito, ya que estos activos sirven como garantía para la obtención de nuevos créditos.¹²

En el marco de referencia, el sistema financiero se vuelve vulnerable a posibles movimientos adversos en los términos de intercambio y en las tasas de interés internacionales. Así, cuando el entorno internacional se deteriora, la situación interna se revierte y se observan las siguientes condiciones:

- Fuga de capitales;
- Se presiona el tipo de cambio;

¹¹ La burbuja especulativa eleva artificialmente la demanda de crédito de la economía, lo cual tiende a aumentar la tasa de interés interna y a reducir la disponibilidad de financiamiento de actividades más productivas Del Villar, Rafael *et al.*, *op. cit.*, nota 1, p. 11.

¹² *Ibidem*, pp. 6 y ss.

- Las tasas de interés internas aumentan incluso más que proporcionalmente que las internacionales;
- Se rompe la burbuja especulativa;

La reducción en el valor de las *garantías bancarias*, aunada a las altas tasas de interés internas, tiene como consecuencia una caída en la actividad económica que afecta la capacidad de pago de la deuda por parte de empresas y personas físicas, lo que produce un *aumento fuerte de la cartera vencida de los bancos y se reduce, e incluso se elimina su capital, estallando así la crisis bancaria*.¹³

B. Programas de estabilización

Otro factor que puede dar origen a las crisis financieras es, sin duda alguna, la implantación de programas de estabilización que se traducen en una mejora inicial en las expectativas de los agentes y en una mayor actividad económica; pese a ello, cuando no logran reducir suficientemente las tasas de interés internas, se mantiene un diferencial con el exterior ajustado por riesgo de devaluación relativamente elevado que incentiva las entradas de capitales y el *endeudamiento externo de los bancos*. En principio, las entradas de capitales permiten financiar fácilmente el déficit de cuenta corriente; pese a ello, el aumento en el gasto privado, que en ocasiones llega a ser muy pronunciado, aunado a las políticas macroeconómicas que por lo general son procíclicas, hacen que el déficit en cuenta corriente crezca rápidamente.¹⁴

Cuando las expectativas se revierten y el déficit de la cuenta corriente se torna difícil de financiar, se generan fuertes presiones sobre el tipo de cambio y la tasa de interés interna se incrementa de manera brusca. El referido aumento ocasiona una caída en la actividad económica que se magnifica cuando el tipo de cambio se devalúa, lo que ocasiona la severidad de la *crisis bancaria*, ya que viene aparejada de una contracción de la actividad económica, porque los bancos, al haber acumulado un mayor número de pasivos con el exterior, presentan pérdidas adicio-

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 7.

nales por el aumento en el valor de los mismos y enfrentan problemas para refinanciar dichos pasivos.¹⁵

C. Desregulación del sector financiero

Las crisis bancarias pueden tener su origen en programas de cambio estructural del sector financiero. Una de las principales medidas de desregulación del sector financiero es la eliminación de controles a las tasas de interés, con el fin de promover una intermediación financiera más eficiente.

La desregulación de las tasas de interés y la apertura de cuenta de capitales, por una parte permiten una canalización más eficiente del ahorro dirigida a actividades productivas que han contribuido al desarrollo económico; además facilitan a los bancos para incursionar en nuevos mercados, lo que generalmente se refleja en carteras de crédito más riesgosas;¹⁶ por otra parte, la desregulación permite un excesivo endeudamiento externo y un desarrollo acelerado de la cartera de los bancos.

Algunos países¹⁷ han contado con un marco regulatorio inadecuado e insuficiente, pues los requisitos de capitalización han resultado insuficientes en razón del alto nivel de riesgo de las instituciones bancarias; pues no habían impedido ni sancionado actividades poco claras realizadas por los bancos, situaciones que ocasionan que las crisis tengan mayores consecuencias.

Por tanto, la desregulación financiera, cuando es acompañada por un marco inadecuado e insuficientemente desarrollado, así como por una

15 En lo que respecta a Latinoamérica, este tipo de crisis bancaria lo ha vivido Venezuela y Brasil; en los países de Europa del este, Hungría a raíz de la fuerte contracción del gasto público, a finales de los ochenta para estabilizar la inflación y la política monetaria relativamente restrictiva implantada a principios de los noventa, trajeron como consecuencia el aumento de las tasas de interés internas, lo que provocó una fuerte entrada de capitales. Por ello, en 1992 hubo un fuerte crecimiento crediticio que deterioró la calidad de la cartera de los bancos. En Polonia se adoptó el Programa de Transformación Económica en enero de 1990, que incluyó la eliminación de controles de precios y la apertura comercial. Esta política trajo fuertes problemas financieros para las empresas paraestatales y en consecuencia para los bancos. *Ibidem*, pp. 7 y 8.

16 *Ibidem*, p. 8.

17 Un marco regulatorio incompleto se observa prácticamente en Argentina en el periodo de 1980 a 1982; en Venezuela, la mala administración bancaria y la excesiva concentración crediticia, ante una supervisión inadecuada, generaron carteras excesivamente riesgosas, a tal grado que una proporción de los recursos fue canalizada a empresas asociadas con los propios bancos, así como en Tailandia. *Ibidem*, pp. 8 y 9.

supervisión débil, contribuye al deterioro de los activos bancarios y a la existencia de las *crisis bancarias*.

Otro aspecto importante a considerar es que los reguladores y administradores de los bancos carecen de experiencia para operar en el nuevo entorno desregulado, lo que representa un factor importante para aumentar la vulnerabilidad del sistema financiero.¹⁸

Por otro lado, las *crisis bancarias* también han sido producto de que los nuevos dueños de los bancos, que surgen del proceso de privatización, realizan operaciones altamente riesgosas e inclusive fraudulentas; un claro ejemplo, es el caso de la banca mexicana en el año de 1994,¹⁹ situación que por segunda ocasión vuelve a colocar en crisis al sistema bancario mexicano.

D. *El seguro sobre depósitos*

La desregulación financiera generalmente ocurre en un contexto donde existe una garantía gubernamental implícita o explícita de protección a los depósitos bancarios,²⁰ que induce a bancos subcapitalizados a captar depósitos y a destinar estos recursos a actividades altamente riesgosas y poco productivas.²¹ De esta forma, la garantía constituye un factor importante que distorsiona las decisiones de los bancos, genera ineficiencias y aumenta el costo de las *crisis bancarias*.

18 Un ejemplo, es el caso de Estonia, en donde predominaron bancos comerciales sin experiencia, sin el capital requerido y sin conocimientos técnicos suficientes. En Hungría y Polonia las autoridades han hecho un esfuerzo para captar inversión extranjera al sector bancario, con el fin de suplir las carencias en capital humano y de tecnología, *idem*.

19 En México, en 1994, la inexperiencia de los nuevos banqueros y la inexistencia de información crediticia sobre los agentes originaron que los bancos tomaran decisiones equivocadas sobre el otorgamiento de créditos. En Argentina, en el año de 1995, se considera que la inexistencia de sociedades de información crediticia, hasta 1996, dificultó a los bancos la adecuada selección de sujetos de crédito. El incremento en el monto de la cartera vencida en 1991 a 1994 se atribuye en parte a la inexistencia de esta información. Una situación similar la vivió España, los Países Bálticos, Hungría y Polonia. *Idem*.

20 En aquellos casos en que los seguros de depósitos es explícito, las primas que los bancos devengan o proporcionan al seguro no reflejan completamente los riesgos que este cubre, por lo que el subsidio al financiamiento de actividades riesgosas no se elimina. Además, esta clase de garantías reduce el incentivo de los depositantes a evaluar y vigilar el correcto funcionamiento y por ende la actividad financiera de los bancos. *Ibidem*, p. 10.

21 En esta situación se encontró Argentina en 1980 a 1982, ya que existía un seguro de depósito explícito que generó incentivos dañinos a los bancos. Otro ejemplo de seguro son el FOGADE de Venezuela, el Fobaproa de México, el FPA de Filipinas y el Corfo de Chile, *idem*.

E. La inestabilidad y fallas de los mercados financieros

La volatilidad de los precios de los activos financieros ha generado crisis bancarias en aquellos casos en que los bancos se encuentran excesivamente expuestos a cambios en los precios de dichos activos como son el tipo de cambio, el precio de los bienes raíces y el precio de las acciones que tienen una fuerte incidencia en el sistema bancario.²²

Frecuentemente, se observa que el estallido de las *crisis bancarias*²³ se encuentra asociado al rompimiento de burbujas especulativas en el mercado de acciones y de bienes raíces. El sistema financiero nutre la burbuja al canalizar montos importantes de recursos hacia los mercados, cuyos activos sirven de garantía para nuevos préstamos. Por lo general, la burbuja especulativa eleva artificialmente la demanda de crédito de la economía, lo cual tiende a aumentar la tasa de interés interna y a reducir la disponibilidad de financiamiento de actividades más productivas.

Una vez que han sido planteadas las causas, que dan origen a las *crisis financieras*, en lo que han coincidido los estudiosos del tema,²⁴ conviene recordar que el sistema financiero refleja la situación económica general de cualquier país; la solidez de las instituciones incide en la recuperación y el desarrollo. En este contexto, la cartera vencida se considera uno de los problemas más importantes que se busca resolver, pues, constituye un requisito previo para la recuperación económica.

Los grandes conglomerados bancarios y la proliferación de muchas instituciones especializadas requieren la consolidación, regulación y armonización de las reglas del sistema financiero; además deben precisar con claridad en cuáles áreas tiene responsabilidad la autoridad cuando se han gestado y manifestado crisis financieras en momentos coyunturales como las acaecidas en México en la década de los ochenta²⁵ y los

²² *Ibidem*, p. 10.

²³ Con la finalidad de evitar las *crisis bancarias*, "es necesario reconocer que aumentos bruscos en el precio de los activos no justificados en los fundamentos de la economía tienden a aumentar y a hacer más vulnerable el sistema financiero. Al romperse la burbuja, cae el valor de las garantías bancarias y se reduce el incentivo de pago de los deudores, especialmente si el valor de dichas garantías cae por debajo del valor de la deuda. Ante el deterioro del valor de las garantías, la cartera vencida de los bancos aumenta rápidamente". *Ibidem*, p. 11.

²⁴ *Ibidem*, pp. 6 y ss.

²⁵ Las autoridades financieras, el 10 de septiembre de 1982, decretaron la nacionalización de la banca y la aplicación de controles cambiarios con el fin de frenar la salida de capitales. Los bancos privados mexicanos acumulaban pasivos en moneda extranjera superiores al 40% de su

noventa;²⁶ toda vez que ante los estrechos márgenes de maniobra que se imponían al Estado para solventarlas, lo llevaron a implantar medidas radicales buscando combatir los desequilibrios estructurales y procurando resolver las contradicciones acumuladas en la economía.²⁷

Por lo anterior, la crisis bancaria de 1994 en México presentó diversos casos de insolvencia de los bancos, cuyos accionistas no tenían la capacidad de aportar recursos necesarios para capitalizarlos y hacer frente a sus obligaciones con los ahorradores. Las nuevas tasas de interés bancario no contribuyeron a revaluar el peso, pero incrementaron drásticamente las carteras vencidas, elevando el costo del refinanciamiento de los pasivos en moneda extranjera hasta en mil puntos base y profundizaron *el quiebre técnico de la banca*. Ante este panorama de contundente inestabilidad, los inversionistas institucionales no retornaron al mercado local sino hasta después de haber transcurrido muchos meses, ante lo cual el gobierno mexicano *rescató los bancos a través de la compra de cartera vencida*.

III. EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO

El sistema bancario mexicano es el resultado de una larga experiencia a través de la cual se fueron estructurando diversas organizaciones que

captación total; la fuga de capitales era inevitable y se enfrentaba la necesidad de futuras disposiciones de divisas, incluyendo los fondos obtenidos a través del FMI y de los bancos extranjeros, para enfrentar el servicio de la deuda externa, tanto pública como privada. Girón González Alicia, “Inestabilidad y fragilidad financiera del peso mexicano”, *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, México, vol. 32, núm. 124, enero-marzo de 2001, pp. 41.

26 A partir de 1994, se fueron presentando diversos casos de insolvencia de los bancos, cuyos accionistas no tenían la capacidad de aportar los recursos necesarios para capitalizarlos y hacer frente a sus obligaciones con los ahorradores. En efecto, la crisis financiera de 1994 estalló cuando los bancos de depósito, ya reprivatizados, acumulaban pasivos en moneda extranjera por encima de los cuarenta mil millones de dólares, sin tener contrapartidas en activos en moneda extranjera, con el agravante de que cerca de un 50% eran pasivos de corto plazo. Otro problema lo representaba los vencimientos de deuda contratadas por el banco de desarrollo. Suárez Dávila, Francisco, *op. cit.*, nota 7, pp. 1054 y 1055.

27 Para ampliar el tema puede consultarse Quintana Adriano, E. Arcelia, *Aspectos legales y económicos del rescate bancario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 12-268. También véase Quintana Adriano, E. Arcelia, “El síndico y el desistimiento de las acciones a favor de la quiebra”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 104, mayo-agosto de 2002, pp. 559-588.

se ajustaron a las necesidades cambiantes de cada una de las etapas sociales que vivimos a través de nuestra historia.²⁸

En las últimas décadas el sistema financiero mexicano ha enfrentado tres cambios importantes:

- La transición de la banca pública a la privada; lo que significó cambios de administración y, por consiguiente, de enfoques, políticas y hasta de personas; además debieron absorberse los precios pagados;
- La transformación de un sistema regulado en forma tradicional a otro liberalizado y con creciente competencia;
- El cambio de un sistema nacional cerrado en cuanto a bancos y empresas a uno abierto a la competencia de productos y servicios financieros.²⁹

En la búsqueda de un sistema financiero más competitivo, México emprendió una transformación basada en la desregulación de los mercados financieros; la modernización del marco legal del propio sistema, la desincorporación de la banca comercial, la apertura del sistema mediante la autorización de nuevos intermediarios nacionales y extranjeros, así como el mejoramiento de la regulación prudencial y de la supervisión. Además, el país cuenta con la autonomía del Banco de México, el cual representa una pieza muy importante en la orientación del sistema financiero mexicano, respaldado con un fondo de protección y seguro bancario, cuyos elevados volúmenes de ahorro provienen del periodo de la nacionalización que se incrementan por la prima de riesgo aportada por la banca.

Así, el sistema financiero mexicano se organiza a través de la *Rectoría*³⁰ *Financiera del Estado*³¹ que distingue dos grandes campos, el de

²⁸ Cfr. Quintana Adriano, E. Arcelia, *Las cédulas hipotecarias rurales*, tesis profesional, UNAM, 1969, p. 1.

²⁹ Suárez Dávila, Francisco, *op. cit.*, nota 7, p. 1051.

³⁰ “Dentro de las responsabilidades que tiene el presidente de la República (Poder Ejecutivo) cabe la de ejercer la rectoría económica del país, con el único y exclusivo objetivo de conseguir para los mexicanos la justa distribución del ingreso y la riqueza; así como fomentar las fuentes de empleo, entre otras actividades tendentes a lograr el objetivo”. Quintana Adriano, E. Arcelia, *Derechos de los usuarios de la banca*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, colección Nuestros Derechos, p. 5.

³¹ “El Estado ejercerá la Rectoría del Sistema Bancario Mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una política económica soberana, fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una

las *autoridades* que se encuentra integrado con las actividades que desarrolla el gobierno federal, por mandato constitucional, y el de las *instituciones financieras*.

Las *autoridades* en el actual Sistema Financiero Mexicano³² son: la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP),³³ Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV),³⁴ Banco de México (BM),³⁵ Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Conduusef),³⁶ y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB).³⁷

amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio sistema, con apego a sanas prácticas y usos bancarios". Artículo 4o. de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC).

32 Para mayor amplitud del tema, véase Quintana Adriano, E. Arcelia, *op. cit.*, nota 30, pp. 3 y ss.

33 La SHCP es un organismo centralizado de la administración pública federal de México. Su competencia se localiza en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y tiene como facultades en materia bancaria proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar con la participación de los grupos sociales interesados el mismo; planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende la Banca Nacional de Desarrollo y demás Instituciones encargadas de prestar el servicio de Banca y Crédito.

34 La CNBV tiene como objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. Además, este órgano cuenta con atribuciones para fungir como órgano de consulta del gobierno federal en materia financiera para autorizar la constitución y operación de las entidades financieras, así como determinar el capital mínimo de las entidades financieras; para ordenar la suspensión de las mismas; intervenir administrativa o gerencialmente a las entidades sobre las cuales la Comisión ejerza facultades de supervisión, con el objeto de suspender, normalizar o resolver las operaciones que pongan en peligro su solvencia, estabilidad o liquidez, o aquellas violatorias de las leyes que las regulan o de las disposiciones de carácter general que de ellas deriven. Véase *Diario Oficial* del 28 de abril de 1995.

35 El BM es una persona de derecho público con carácter autónomo. Una de sus finalidades es proveer a la economía del país de moneda nacional, procurando la estabilidad del poder adquisitivo de ésta, así como promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos.

36 La Conduusef es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios. Este organismo tiene como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus deficiencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos. Al mismo tiempo se le faculta para actuar como conciliador entre las instituciones financieras y los usuarios, con el objeto de proteger los intereses de los mismos. Para mayor amplitud del tema puede consultarse. Véase Quintana Adriano, E. Arcelia, *Aspectos legales y económicos del rescate bancario*, *cit.*, nota 27, pp. 89-91.

37 El IPAB es un organismo descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto es el de proporcionar a las instituciones de banca múltiple un sistema para la protección del ahorro bancario que garantice el pago, a través de la asunción de las obligaciones a cargo de dichas instituciones en forma subsidiaria y limitada,

Las *entidades financieras* tienen como función transferir los recursos financieros de las entidades o personas superavitarias a los sujetos demandantes del crédito y están integradas de conformidad con el artículo 3o. de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (LCNBV)³⁸ por las siguientes figuras:

- Sociedades Controladoras de Grupos Financieros;
- Instituciones de Crédito;
- Casas de Bolsa;
- Especialistas Bursátiles;
- Bolsas de Valores;
- Sociedades de Inversión;
- Sociedades Operadoras de Sociedades de Inversión;
- Sociedades Distribuidoras de Acciones de Sociedades de Inversión;
- Almacenes Generales de Depósito;
- Uniones de Crédito;
- Arrendadoras Financieras;
- Empresas de Factoraje Financiero;
- Sociedades de Ahorro y Préstamo;
- Casas de Cambio;
- Sociedades Financieras de Objeto Limitado;
- Instituciones para el Depósito de Valores;
- Contrapartes Centrales;
- Instituciones Calificadoras de Valores;
- Sociedades de Información Crediticia;
- Personas que operen con el Carácter de Entidad de Ahorro y Crédito Popular;
- Otras Instituciones y Fideicomisos Públicos que realicen actividades financieras y respecto de las cuales la Comisión ejerza facultades de supervisión.

al tiempo que administra los programas de saneamiento financiero en beneficio de los ahorradores y usuarios de la banca, salvaguardando en todo tiempo el sistema nacional de pagos.

Para el IPAB, la emisión de los bonos de protección al ahorro es un elemento fundamental en su estrategia de consolidación del sistema financiero en el mediano plazo. Véase Ley de Protección al Ahorro Bancario publicada en el *Diario Oficial* el 19 de enero de 1999.

³⁸ Publicada en el *Diario Oficial* el 28 de abril de 1995 y en vigor a partir del 1o. de mayo del mismo año.

Las instituciones de crédito, por su parte, se conforman por la banca múltiple, banca de desarrollo y por aquellas organizaciones que auxilian en las operaciones crediticias.³⁹

En el caso del concurso de las instituciones de crédito, sólo podrá ser demandado el concurso mercantil por la CNBV y el IPAB. De ser aceptada la demanda de concurso mercantil, se inicia la etapa de quiebra.

Las instituciones crediticias se encuentran inmersas en un profundo proceso de reestructuración, toda vez que en la actualidad, con el afán de hacer más eficiente la banca y mejorar sus procedimientos administrativos, se fusionan y forman alianzas estratégicas con bancos extranjeros; sin embargo, es difícil esperar una reactivación significativa del crédito interno en tanto no se reestructuren a fondo los créditos morosos y se superen las dificultades que representan las carteras vencidas.

Por ello, la experiencia de las crisis financieras confirman la necesidad de revisar y, en su caso, mejorar los esfuerzos de supervisión y regulación de las entidades financieras, estableciendo disposiciones normativas de carácter prudencial encaminadas a preservar la liquidez, solvencia, seguridad, confianza y honradez de las entidades financieras y las bancarias;⁴⁰ sin olvidar la protección que requiere el valor de una empresa en déficit, en el caso particular del sector bancario, para preservar su operación y los empleos que genera a fin de conservar el equilibrio entre el comerciante y sus acreedores, mediante un procedimiento escrito, rápido y equitativo que permita fortalecer la seguridad y convicción jurídica de todos los involucrados en caso de presentarse el concurso mercantil.

En el marco de referencia, en materia concursal, México ha iniciado una nueva etapa a partir de la promulgación de la Ley de Concursos

39 Existen comentarios doctrinales que establecen que el sistema bancario en México se encuentra regido por las instituciones de crédito y por las autoridades de inspección y vigilancia. Así, parte de la supervisión al sistema financiero se realiza a través de visitas de inspección, verificación de operaciones y auditorías de registros y sistemas en las instalaciones o equipos automatizados de las entidades financieras para comprobar el estado en que se encuentran estas últimas. La vigilancia se lleva a cabo por medio del análisis de información económica y financiera que las entidades están obligadas a enviar periódicamente a la Comisión, a fin de medir posibles efectos en las mismas y en el sistema financiero en su conjunto. La prevención y corrección se llevará a cabo mediante el establecimiento de programas de cumplimiento forzoso para las entidades financieras, tendentes a eliminar irregularidades. Véase Quintana Adriano, E. Arcelia, *Aspectos legales y económicos del rescate bancario*, cit., nota 27, pp. 83, 84 y 116. También puede consultarse el artículo 4o., fracciones XVII, XIX y XXVII de la LCNBV.

40 Artículo 274 de la LCBV.

Mercantiles⁴¹ y la abrogación de la antigua Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos,⁴² toda vez que los analistas financieros y los dueños del capital consideraron que una reforma en materia de *garantías y concursos* reactivaría el crédito en nuestro país; es decir, se daría certidumbre al crédito y su eventual recuperación, creando un marco jurídico propicio y notoriamente adecuado para la *reasignación eficiente* de recursos.

IV. EL CONCURSO MERCANTIL EN LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO

En México, las instituciones de crédito son reguladas por distintos ordenamientos jurídicos, entre los que se encuentran, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la Ley Orgánica del Banco de México y su Reglamento; la legislación mercantil; la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (LCNBV); la Ley de Concursos Mercantiles, los Usos y Prácticas Bancarias Mercantiles, pero principalmente por la Ley de Instituciones de Crédito (LIC),⁴³ la cual tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito,⁴⁴ la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público, y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario.

Sí se considera que la piedra angular, en el desarrollo económico de los estados modernos, se encuentra en la fuerza del crédito; sin éste no es posible concebir el tráfico comercial. Por ello, es con la fuerza del crédito, plasmado en los contratos, como pueden comprarse, producirse

41 *Op. cit.*, nota 3.

42 Artículo segundo transitorio de la Ley de Concursos Mercantiles, se abroga la Ley de Quiebras y de Suspensión de pagos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 20 de abril de 1943, y se derogan o modifican todas las demás disposiciones legales que se opongan a lo dispuesto en esta ley.

43 *Diario Oficial de la Federación* del 18 de julio de 1990.

44 Se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. No se consideran operaciones de banca y crédito aquellas que, en el ejercicio de las actividades que les sean propias, celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito que se encuentren debidamente autorizados conforme a los ordenamientos legales aplicables. Dichos intermediarios en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques. Artículo 2o. de la LIC.

y venderse todos los efectos y servicios del comercio. Así, la falta de cumplimiento de un deudor a sus obligaciones, siempre es grave; pero cuando se trata de una empresa comercial, sea persona física o moral, es desastroso por la incidencia o repercusión tan importante para muchas otras empresas, pues el cierre de una negociación significa siempre la pérdida de una fuente de empleo.⁴⁵

En la quiebra⁴⁶ existen distintos intereses que reclaman la protección de la ley, como son: el interés legítimo de los acreedores, el propio interés del quebrado en cuanto a su honor, sí la quiebra no es culpable, a la pérdida de la posición y administración, realización y distribución de los que fueron sus bienes y a las deudas que quedan definitivamente en descubierto.⁴⁷

La quiebra de un comerciante es un estado excepcional en el orden jurídico mexicano. Por ello, en esta materia se han presentado cambios sustanciales relacionados con el procedimiento,⁴⁸ toda vez que se pretende con la nueva LCM hacer un procedimiento más expedito y sobre todo gozar de un espíritu renovador, a fin de orientar a conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago.

La LCM⁴⁹ tiene como objetivo *conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago pongan en*

45 Quintana Adriano, E. Arcelia, "Garantías en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos", *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 22, enero-abril de 1997, pp. 35 y 36.

46 "La quiebra es el estado jurídico al que se llega por sentencia judicial. Es un juicio judicial y atractivo, un procedimiento jurídico-administrativo de ejecución forzosa al que se somete un comerciante cuando no puede satisfacer sus deudas, durante el cual se conjunta la masa activa del deudor común para liquidar la masa pasiva con base en la graduación y prelación legítima de los créditos reconocidos y aprobados judicialmente". Quintana Adriano, E. Arcelia, *Derecho mercantil*, México, McGraw-Hill, 1997, colección Panorama del Derecho Mexicano, p. 51.

47 Quintana Adriano, E. Arcelia, *op. cit.*, nota 45, p. 35.

48 Las empresas se someten a un procedimiento cuando cesan en el pago de sus obligaciones, las sociedades mercantiles en liquidación y las sociedades irregulares. Véase, Quintana Adriano, E. Arcelia, *op. cit.*, nota 46, p. 51.

49 El concurso mercantil con el contenido actual que le da la ciencia jurídica es el resultado de una evolución a través del tiempo. Los autores la ubican en Roma, a través de la *manus injectio*, que era una acción a favor de los acreedores, para hacer valer sus derechos frente a los deudores y se ejercitaba cuando éstos no querían cumplir con una condena judicial, o con una obligación reconocida ante una autoridad judicial, o bien, reembolsar a su fiador, lo que este tenía que pagar por cuenta del deudor. En estas circunstancias, el acreedor podía llevar al deudor ante el pretor y recitar ante él la fórmula específica reconviniéndole con ciertos términos, que según señalan algunos autores, incluían el sujetar al deudor por el cuello, y si el que ejercitaba la acción cumplía correc-

riesgo la viabilidad de las mismas y de sus correlativas con las que tengan negocios, es decir, se busca proteger a la empresa para preservar su operación y los empleos que genera, a fin de conservar el equilibrio entre el comerciante y sus acreedores, mediante un procedimiento escrito, claro, rápido y equitativo, que fortalezca la seguridad y convicción jurídica de todos los involucrados dentro del propio concurso mercantil.

El procedimiento del concurso mercantil *consta de dos etapas sucesivas*, denominadas *conciliación y quiebra*.⁵⁰ En la primera, se busca la conservación de la empresa del comerciante, mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos;⁵¹ en la segunda, la quiebra tiene como finalidad la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de sus bienes que la integran para el pago de los acreedores reconocidos.⁵²

*Supuestos del concurso mercantil.*⁵³ Deben existir dos supuestos para concursar a un comerciante cuando incumpla de manera general en el pago de sus obligaciones:

a) Que el comerciante solicite su declaración de concurso mercantil cuando sus obligaciones tengan por lo menos treinta días de haber vencido, representen el 35% o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante, o bien, cuando no tenga activos suficientes para hacer frente cuando menos al 80% de sus obligaciones al día de la demanda, y/o

b) Que cualquier acreedor o el Ministerio Público demande la declaración de concurso mercantil cuando existan los mencionados supuestos.

*Presunción de incumplimiento.*⁵⁴ La inexistencia o insuficiencia de bienes hace presumir el estado de insolvencia, así como también cuando el comerciante deja de liquidar sus obligaciones a dos o más acreedores distintos; no deje frente a la administración de la empresa a alguien que

tamente las formalidades, el pretor pronunciaba la palabra *Addico*, te lo atribuyo, lo que le daba derecho al acreedor a llevar al deudor a su cárcel privada. Margadant, Guillermo, *Derecho romano*, México, Esfinge, 1960, p. 144.

50 Artículo 2o. de la LCM.

51 Artículo 3o. de la LCM. El término conciliación proviene del latín *conciliatio*, -onis a su vez de *conciliare*, acción y efecto de conciliar o poner de acuerdo. En la etapa de conciliación, el fin es la preservación de las empresas y de sus fuentes de trabajo.

52 En la etapa de quiebra se pagan los créditos por la cuantía que permita el producto de la venta del activo.

53 Artículos 9o. y 10 de la LCM.

54 Artículos 11 y 12 de la LCM.

pueda cumplir con sus obligaciones; cierre de los locales de su empresa; acuda a prácticas ruinosas, fradulentas, ficticias y otras que puedan ser análogas.

*El procedimiento de declaración de concurso mercantil*⁵⁵

La competencia para conocer de los concursos mercantiles la tiene el *juez de distrito o del fuero común*, con jurisdicción del lugar donde el comerciante *tenga su domicilio* y este último es, en principio el *social*; y en caso de irrealidad del mismo, se tendrá como tal el *lugar donde se ubica la administración principal de la empresa*. Además, si un juez durante la tramitación de un juicio mercantil advierte que el comerciante se ubica en los supuesto de ley, lo hará del conocimiento del Ministerio Público para que *éste, en su caso, demande la declaración del concurso*.⁵⁶ Es decir, el juzgador nunca solicita al Ministerio Público que demande el concurso, sino más bien, le da a conocer la existencia de los supuestos previstos en la disposición normativa para que el aludido Ministerio Público atento a la facultad que le concede la norma; la cual se desprende de la frase “*en su caso*” *ejercita la acción mediante la presentación de la demanda*.

Por lo anterior, cualquier juez, sea de distrito o del fuero común, pueden declarar su competencia, atento a la jurisdicción concurrente que contempla la fracción I del artículo 104 constitucional, pues ambos se encuentran en aptitud de atender controversias derivadas de la aplicación de leyes federales, como ocurre en el caso de la legislación mercantil. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México toda vez que conforme al precepto citado, donde se prevé la jurisdicción concurrente, cuando sólo se afectan intereses particulares y en la controversia se deben aplicar leyes federales, a elección de la parte actora se surte la competencia a favor de un tribunal local o de un fuero federal.⁵⁷

55 Artículos 17 y 18 de la LCM.

56 Artículos 9o., 10 y 11 de la LCM.

57 Véase “Competencia concurrente, tratándose de una sociedad nacional de crédito o de una empresa estatal mayoritaria”, *Semanario Judicial de la Federación*, I, Segunda Parte 1, enero-junio de 1988 p. 172. También véase “Sociedad nacional de crédito, competencia concurrente en los asuntos en que es parte una, cuando solo se afectan intereses de particulares”, *Semanario Judicial de la Federación*, tercera Sala, t. IV, parte SCJN, Apéndice de 1995, p. 250.

Las excepciones que se presenten, de naturaleza procesal, incluyendo las de incompetencia del juez y de falta de personalidad, no suspenderán el procedimiento; y tampoco se suspenderá el procedimiento de declaración de concurso mercantil por la interposición y trámite de recursos en contra de las resoluciones que al efecto dicte el juez. Con esto se evitó que el juicio se prolongue en perjuicio de los acreedores.

Otro aspecto sobresaliente del procedimiento de declaración del concurso, se presenta en cuanto hace referencia que en *caso de solicitud es suficiente ubicar al comerciante dentro de uno solo de los supuestos* de las fracciones I y II del artículo 10; es decir:

...I. De aquellas obligaciones vencidas, que tengan por lo menos treinta días de haber vencido, representen el treinta y cinco por ciento o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o la solicitud de concurso; y II. Cuando el comerciante no tenga activos para hacer frente a cuando menos el ochenta por ciento de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda...”.

En tanto que tratándose del caso de demanda deben demostrarse los dos supuestos mencionados con antelación.

Ahora bien, la demanda de concurso mercantil deberá ser firmada por quien la promueva y contener: 1. Nombre del Tribunal ante el cual se promueve, 2. Nombre completo y domicilio del demandante, 3. Nombre, denominación o razón social y el domicilio del comerciante demandado incluyendo, cuando se conozca el de sus diversas oficinas, plantas fabriles, almacenes o bodegas, 4. Los hechos que motiven la petición, narrándolos brevemente con claridad y precisión, 5. Los fundamentos de derecho, y 6. La solicitud de que se declare al comerciante en concurso mercantil.

Cuando un acreedor presente la demanda, deberá de acompañarla con la prueba documental que demuestre que tiene tal calidad, así como el documento en que conste de manera fehaciente que se ha otorgado la garantía de pago de los honorarios del visitador.⁵⁸ En caso de que el acreedor no tenga a su disposición el documento en el que demuestre la prueba documental o el documento en el que conste la garantía de pago de honorarios del visitador, entonces deberá señalar el archivo o

⁵⁸ Artículos 23, fracción II, y 24 de la LCM.

lugar en que se encuentran los originales, para que antes de darle trámite a la demanda a costa del demandante el juez mande expedir copias de ellos.⁵⁹

A. *Garantía*⁶⁰ para iniciar un juicio de concurso

Una vez admitida la demanda por el juez, debe el demandante haber garantizado los honorarios del visitador o deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes al auto admisorio de la demanda, por un monto equivalente a mil quinientos días de salario mínimo. En caso de que no se garanticen los honorarios en el tiempo señalado, el auto admisorio de la demanda o solicitud, dejará de surtir efectos. Se encuentra exceptuado el Ministerio Público de la presentación de esta garantía, en caso de que él haya sido quien demande.⁶¹

B. *Medidas precautorias*

Las medidas precautorias que dicte el juez de la causa se registrarán por lo dispuesto en el Código de Comercio (Cco).⁶²

Al dictar las providencias precautorias, el juez debe evitar que se ponga en riesgo la viabilidad de la empresa con motivo de la demanda o de otras que se presenten durante la visita, con el fin de salvaguardar el interés público.⁶³

El visitador podrá solicitar al juez en el transcurso de la visita la adopción, modificación o levantamiento de las providencias precautorias⁶⁴ siguientes:

- La prohibición de pagos de obligaciones vencidas con anterioridad a la fecha de admisión de la solicitud o demanda de concurso mercantil;

⁵⁹ Artículo 23, fracción III de la LCM.

⁶⁰ La garantía es cualquier medio para asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía puede obtenerse con dos tipos de medios, los *personales o reales*. Más concretamente, el vínculo obligatorio puede ser reforzado con la constitución de una nueva obligación (asumida por un tercero); o bien, con la *constitución de un derecho particular sobre una cosa determinada*. Véase Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993, t. II, p. 395.

⁶¹ Artículo 24 LCM.

⁶² Artículos 1168 al 1193 del Cco.

⁶³ Artículo 26 de la LCM.

⁶⁴ Artículo 37 de la LCM.

- La suspensión de todo procedimiento de ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante;
- La prohibición al Comerciante de realizar operaciones de enajenación o gravamen de los bienes principales de su empresa;
- El aseguramiento de bienes;
- La intervención de la caja;
- La prohibición de realizar transferencias de recursos o valores a favor de terceros.
- La orden de arraigar al comerciante para el solo efecto de que no pueda separarse del lugar de su domicilio sin dejar, mediante mandato, apoderado suficientemente instruido y expensado. Cuando quien haya sido arraigado demuestre haber dado cumplimiento a lo anterior, el juez levantará el arraigo.
- Cualesquiera otras de naturaleza análoga.⁶⁵

Cabe señalar que el juez podrá dictar las providencias que estime necesarias, esto una vez que haya recibido la solicitud, o bien, de oficio; además de ser el propio juez quien las levante.

C. *Recepción de la demanda*

Al recibir la demanda, el juez citará al comerciante, a quien se le concede un término de *nueve días* para contestarla; transcurrido este término, al día siguiente, el juez declarará precluido su derecho, presumiéndose como ciertos los hechos demandados para declarar el concurso mercantil, y el juez declarará en sentencia el concurso mercantil dentro de los *cinco días* siguientes.⁶⁶

D. *Contestación de la demanda*

Al día siguiente de haberse recibido la contestación o, en su caso, de haberse presumido ciertos los hechos, se dará vista al demandante para que en un plazo de tres días manifieste lo que a su derecho convenga.

En la contestación de la demanda se admitirá la prueba documental y la opinión de expertos; ésta deberá ser acompañada de la información

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Artículo 26 de la LCM.

y documentos necesarios que sirvan para acreditar la experiencia y conocimientos técnicos de cada uno de los expertos que se mencionen. Con la contestación que se dé a la demanda, el comerciante tendrá la posibilidad de ofrecer en adición a las pruebas mencionadas en el párrafo anterior, aquellas que directamente puedan desvirtuar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, pudiendo el juez ordenar el desahogo de las que considere convenientes, teniendo presente que el desahogo de todas ellas no podrá exceder de un término de treinta días.⁶⁷

E. *Visita de verificación*

Una vez admitida la demanda, se deberá remitir copia de la misma al Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles,⁶⁸ ordenándose que designe un visitador dentro de los cinco días siguientes a que reciba dicha comunicación. Del mismo modo, se remitirá una copia para conocimiento de las autoridades fiscales competentes para los efectos que resulten procedentes, girándose de inmediato los oficios respectivos.⁶⁹

A más tardar al día siguiente de la designación del visitador, el Instituto lo deberá informar al juez y al visitador designado. El visitador, dentro de los cinco días que sigan al de su designación, comunicará al juez el nombre de las personas que lo auxiliarán para el desempeño de sus funciones sin que persona alguna no designada pueda actuar en la visita. Al día siguiente de que conozca de dichas designaciones, el juez dictará acuerdo dándolas a conocer a los interesados,⁷⁰ y ordenará la visita.⁷¹

Por su parte, el juez deberá expresar en el auto correspondiente lo siguiente:

⁶⁷ Artículo 27 de la LCM.

⁶⁸ El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM) fue creado por disposición de la LCM, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo del año 2000. Es un órgano auxiliar con autonomía técnica operativa, cuya principal finalidad es la de autorizar el registro de las personas que acrediten cubrir los requisitos necesarios para realizar las funciones de visitador, conciliador o síndico, quienes apoyan la justicia en materia concursal en los aspectos técnicos involucrados en los procedimientos de concurso mercantil.

⁶⁹ Artículo 29 de la LCM.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Artículo 31 de la LCM.

- Nombre del visitador y sus auxiliares;
- Lugar en que se efectuará la visita;
- Libros, registros y demás documentos sobre los que versará la visita, y el periodo que abarque.

El auto en el que se ordene la visita tendrá efectos de mandamiento al comerciante para que permita la realización de la visita.

El visitador deberá *practicar la visita* en el domicilio del comerciante, *dentro de los cinco días siguientes* a aquél en que se dicte la orden de visita, identificándose antes de que comience la visita.

La visita tendrá por objeto *dictaminar si existe incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones*, en caso de ser así, deberá el visitador sugerir al juez que adopte, modifique o levante las providencias precautorias necesarias para proteger la masa y los derechos de los acreedores.

En caso de que el visitador no se presente en el domicilio del comerciante dentro de los cinco días señalados, el juez de oficio o los acreedores que hayan demandado por conducto del juez, podrán solicitar al Instituto la designación de un visitador sustituto. Una vez nombrado el visitador sustituto, el Instituto lo hará saber al juez para que modifique la orden de visita.⁷²

Si el visitador se presenta en el domicilio del comerciante y no encuentra al comerciante o su representante, dejará citatorio con la persona que se encuentre en dicho lugar para que lo espere a la hora que señale del día siguiente. Al no encontrarse persona con quien se entienda la visita, se solicitará al juez para que, previa inspección que practique el secretario de acuerdos del juzgado concursal, se prevenga al comerciante para que, de insistir en su omisión, se proceda a declarar el concurso mercantil.⁷³

En la visita que se efectúe, el comerciante y su personal estarán obligados a colaborar con el visitador y sus auxiliares; en caso contrario, el juez podrá imponer las medidas de apremio que considere pertinentes, apercibiendo al comerciante que de no colaborar se le declarará en concurso mercantil.⁷⁴

72 Artículo 32 de la LCM.

73 Artículo 33 de la LCM.

74 Artículo 35 de la LCM.

La visita concluirá con el levantamiento de un acta, en la que se dará constancia en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por el visitador y sus auxiliares relativos al objeto de la visita. En la referida acta el comerciante deberá hacer mención de los elementos probatorios que se encuentren en su posesión.⁷⁵

Una vez que el visitador concluya el acta de visita deberá rendir, en un término de quince días naturales contados a partir de la fecha de inicio de la vista, un dictamen razonado y circunstanciado tomando en consideración los hechos planteados en la demanda y en la contestación, anexando al mismo, el acta de visita.⁷⁶ El visitador podrá, por causa justificada, pedir una prórroga, que no excederá de quince días naturales, para presentar su dictamen.

Un día después de la presentación del dictamen, el juez lo dará a conocer al comerciante, a sus acreedores y al Ministerio Público, para que dentro de un *plazo común de diez días presenten sus alegatos por escrito*, y para los demás efectos previstos en esta Ley.⁷⁷ Transcurrido el término *el juez deberá dictar sentencia declarando el concurso mercantil dentro de los cinco días siguientes*; sin embargo, es factible que se niegue dicha declaración, ordenando que las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la misma.⁷⁸

Desde que se dicte la sentencia de concurso mercantil y hasta que termine la etapa de conciliación, no se puede ejecutar ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del comerciante.⁷⁹

A partir de la sentencia de concurso mercantil y hasta la terminación del plazo para la etapa de conciliación, se suspenderán los procedimientos administrativos de ejecución de los créditos fiscales. Las autoridades fiscales competentes podrán continuar los actos necesarios para la determinación y aseguramiento de los créditos fiscales a cargo del comerciante.⁸⁰

La sentencia del concurso mercantil que declare a un comerciante en quiebra implicará la remoción inmediata sin necesidad de mandamiento judicial adicional del comerciante en la administración de su empresa,

75 Artículo 36 de la LCM.

76 Artículo 40 de la LCM.

77 Artículo 41 de la LCM.

78 Artículo 48 de la LCM.

79 Artículo 65 de la LCM.

80 *Idem.*

en la que será sustituido por el síndico,⁸¹ quien procederá a la enajenación de los bienes o derechos que integran la masa, procurando el mayor producto posible por su enajenación.⁸²

La enajenación de los bienes se realizará a través de subasta pública, dentro de un plazo no menor a diez días naturales ni mayor de noventa días naturales a partir de la fecha en que se publique por primera vez la convocatoria.⁸³

V. LA REGULACIÓN DE GARANTÍAS

En materia de protección del crédito, existe un avance importante hacia nuevos esquemas de *garantías* disponibles para la tutela del crédito, desde las fórmulas tradicionales hasta las concepciones novedosas de éstas, es decir, el derecho real de prenda sin transmisión de posesión, hipoteca y fideicomiso de garantía.

La estabilidad de la economía, aparejada con el proceso que han sufrido los bancos, ha impulsado a las instituciones bancarias a celebrar con sus clientes relaciones más consistentes y estables, dentro del marco en el que se gestan y desarrollan las diversas operaciones mediante las cuales se presenta la asistencia crediticia.

En México existe una marcada predisposición a conceder créditos sólo a favor de aquellas personas que se encuentran en condiciones de otorgar bienes inmuebles en garantía o el aval de una persona que cuente con dichos bienes; mientras que los acreedores muestran resistencia a tomar garantías sobre bienes muebles por diversas razones, entre las que destacan: una legislación inadecuada, la necesidad por razones legales o de riesgo de que el bien dado se entregue al acreedor, y al hecho de que los procedimientos para la recuperación y ejecución de las garantías⁸⁴ son lentos y costosos. Por ello, las modalidades tradicionales de contratación sucesiva y variada se han tornado antifuncionales y onerosas en

81 Artículo 178 de la LCM.

82 Artículo 197 de la LCM.

83 Artículo 198 de la LCM.

84 El vocablo *garantía* apunta a la idea de *seguridad*, es decir, se pretende garantizar la obligación o el crédito simplemente para dotarlo de mayor seguridad y en interés del acreedor. Véase Amorós Guardiola, M., "La garantía patrimonial y sus formas", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXIV, núm. 5, mayo de 1972, p. 565.

relación con la constitución de *garantías singulares* propiamente dichas, para cada una de las operaciones concertadas.

En el marco de referencia, el *régimen legal mexicano sobre garantías*, inspirado en teorías surgidas en el siglo XVIII, establecía diversos requisitos para la constitución, el perfeccionamiento y la ejecución de los distintos tipos de garantías,⁸⁵ tales como la fianza, el aval, la hipoteca y la prenda tradicionales, en donde existía un anquilosamiento y muy poca creatividad por parte de los legisladores para adecuar el régimen de garantías al cambiante mundo del comercio. Por ello, a partir de 1994, el aludido ordenamiento legal intenta transformarse, buscando resolver la innegable dificultad que resultaba la ejecución de las garantías.

Así, gracias a la evolución natural que reviste la ciencia del derecho mercantil, el ordenamiento legal mexicano requirió contar con otras figuras jurídicas que permitieran agilizar el cumplimiento de operaciones mercantiles, concretamente, respecto de ciertos actos de comercio adaptados al contexto económico y comercial de las actuales operaciones financieras, a fin de evitar cualquier limitación, tanto por lo que respecta a los sujetos que pueden otorgar ciertos tipos de crédito, como también en cuanto a las clases de bienes muebles susceptibles de ofrecerse en garantía.

Por lo anterior, mediante Decreto de fecha 23 de mayo de 2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Cco, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) y de la LIC, incorporándose dos nuevas figuras para la constitución de garantías denominadas *prenda sin transmisión de posesión* y *fideicomiso de garantía*; además de establecerse nuevos procedimientos para la *ejecución de las garantías otorgadas* con el fin de asegurar al acreedor que en caso de incumplimiento del deudor y después de cumplir con todos los requisitos que se esta-

85 Véase, Exposición de motivos del proyecto de la Ley Federal de Garantías de Crédito presentada ante el Congreso de la Unión el 7 de abril de 1999. Sin embargo, no fue aprobada, y en su lugar fue presentada una diversa exposición de motivos de fecha 8 de diciembre del mismo año. El referido documento establecía que, “los deudores podrán ofrecer en garantía bienes muebles que obren en su patrimonio al recibir el crédito, los que adquieran en el futuro, los que sean producto de procesos de fabricación o transformación e incluso los que reciban como producto de su venta. También podrán ser ofrecidos en garantía todos los bienes que utilicen en la realización de su actividad preponderante o sólo parte de ellos. En el primer caso, conservarán la propiedad de adquirir nuevos bienes y darlos en garantía a la persona que les proporcione los recursos necesarios para adquirir tales bienes y, de esta manera, aumentar su capacidad de producción, situación que en el régimen actual no se presenta”.

blezcan, se pueda *ejecutar la correspondiente garantía de forma expedita*, repercutiendo de manera favorable en el costo de los créditos y su correspondiente proceso de otorgamiento.

1. La prenda sin transmisión de posesión

El contrato de *prenda*⁸⁶ busca *garantizar el cumplimiento de una obligación, constituyéndose a favor del acreedor un derecho real.*⁸⁷ Así, el deudor *entrega la cosa al acreedor* y le confiere el derecho de hacerse pagar sobre ella; dicho en otras palabras, el bien mueble propiedad del deudor o de un tercero *garantiza el cumplimiento de una obligación*, por cuya virtud el *acreedor puede obtener, con preferencia de otros acreedores, la satisfacción del adeudo con el importe de la venta de dicho bien.*

Con la finalidad de hacer más eficiente el régimen de garantías, la legislación mercantil incorpora en México una nueva modalidad de prenda denominada sin transmisión de la posesión, publicada en el *Diario Oficial* el día 23 de mayo de 2000, que constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; además esta modalidad permite al deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente es po-

⁸⁶ Prenda, del latín, *pignora*, plural de *pignus-oris*, prenda, caución, garantía. En su sentido original, significa objeto que se da en garantía. El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua define a la prenda, en su acepción jurídica, como la cosa mueble que se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación.

El contrato de prenda reviste dos características importantes, la primera consiste en que por virtud del contrato de prenda no se transfiere al acreedor la propiedad del bien; la segunda, que la cláusula que autoriza al acreedor a obtener el pago del adeudo, con el importe de la venta del bien; es un elemento esencial al contrato de que se trata.

⁸⁷ La naturaleza de la prenda es contractual, toda vez que mediante la prenda el deudor o un tercero entrega al acreedor una cosa mueble, confiriéndole el derecho de hacerse pagar sobre ella con preferencia sobre los otros acreedores si no se le satisface el crédito. Véase artículo 2856 del Código Civil Federal (CCF). Al ser un contrato, la *voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos*; así lo ha sostenido la SCJN toda vez que, “los contratantes tienen la facultad de poner todas las cláusulas que crean convenientes, es evidente que para poder determinar los derechos y obligaciones que se derivan de todo contrato, *es necesario atender, ante todo, a la voluntad manifiesta de las partes*, que es la suprema ley de los contratos; salvo cuando las estipulaciones sean contrarias a la moral o al orden público”. Tesis “CONTRATOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Pleno, t. XVI, p. 817. También véase “CONTRATOS. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ES LA LEY SUPREMA DE LOS CONTRATOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Pleno, t. XX, p. 243.

sible pactar que el acreedor o un tercero detenten la posesión material de los bienes pignorados,⁸⁸ además de comprender toda clase de derechos y bienes muebles.⁸⁹

Así, la característica esencial de la prenda sin transmisión de posesión consiste en la posibilidad de *otorgar en garantía todo tipo de bienes muebles que obren en el patrimonio del deudor*, o bien, *los que resulten de los procesos de producción e inclusive los derivados de la venta de dichos bienes, sobre los cuales el deudor conservará la posesión*, lo cual permitirá que el deudor pueda dar en garantía “*todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante, en cuyo caso estos podrán identificarse en forma genérica*”.⁹⁰

Al mismo tiempo, en el contrato de prenda sin transmisión de posesión, el importe de la garantía podrá ser una cantidad *determinada al momento de la constitución de la garantía o determinable al momento de su ejecución*, a la cual, adicionalmente, se le pueden incluir los intereses ordinarios y moratorios estipulados en el contrato respectivo y los gastos incurridos en el proceso de ejecución.⁹¹

En caso de que el deudor se encuentre facultado para hacer pagos parciales, la garantía se reducirá desde luego y de manera proporcional con respecto de los pagos realizados: si ésta recae sobre varios objetos o éstos son cómodamente divisibles en razón de su naturaleza jurídica, sin reducir su valor y siempre que los derechos del acreedor sean debidamente garantizados.⁹²

En el marco de referencia también fue reformado el Cco, donde se adicionó el Título Tercero Bis, denominado “De los Procedimientos de Ejecución de la Prenda sin Transmisión de Posesión y del Fideicomiso en Garantía”, el cual quedó dividido en un procedimiento extrajudicial, y en otro de estricto derecho o judicial.

Mediante el *procedimiento extrajudicial* se tramita el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas, siempre que no existan controversias en cuanto a

88 Artículo 346 de la LGTOC.

89 Artículo 353 de la LGTOC.

90 Artículo 354 de la LGTOC.

91 Artículo 348 de la LGTOC.

92 Artículo 349 de la LGTOC.

la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados.⁹³

Mediante el *procedimiento de estricto derecho o judicial*, se tramitará todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito cierto, líquido, exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que la garantía se haya otorgado mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía.⁹⁴

Procedimiento de ejecución

Como ya quedó precisado, la prenda constituye una obligación accesorio de otra principal, pero su nota distintiva preponderante es que implica la entrega real o *virtual* de un bien mueble, respecto del cual el acreedor prendario puede obtener con la intervención de la autoridad judicial, con vista al interesado, la venta de la cosa para satisfacer un crédito.

De lo anterior, resulta inherente que en el contrato de prenda, una vez vencida la obligación principal, el acreedor solicite judicialmente la venta de los bienes dados en prenda, siempre que el deudor no comparezca a oponerse pagando o desvirtuando la procedencia de la venta por no configurarse el supuesto fundamental relativo a que la obligación principal esté vencida.

Antes de la reforma de mayo de 2000, el artículo 341 de la LGTOC establecía que una vez vencida la obligación garantizada, el acreedor podía pedir al juez la venta de los bienes o títulos dados en garantía, para lo cual el deudor contaba con un término de *tres días* para oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo; a raíz de la aludida reforma se modificó el citado precepto, ampliándose el *plazo a quince días* contados a partir de la petición del acreedor para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez resolverá en un plazo no mayor a quince días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta.

En efecto, del análisis literal que se desprende del citado precepto, en el procedimiento de venta de la prenda mercantil el deudor tiene quince días para comparecer a oponerse vía defensas y excepciones a

⁹³ Artículo 1414 Bis del CCo.

⁹⁴ Artículo 1414 Bis 7 del CCo.

fin de demostrar la improcedencia de la misma, con lo cual se regulan algunos aspectos procesales que anteriormente no se contemplaban de manera expresa. Al mismo tiempo, si se toma en consideración que toda acción ejercitada en juicio presupone la reunión de elementos indispensables para su procedencia que el órgano jurisdiccional está obligado a estudiar incluso de oficio, como lo ha sostenido la SCJN en México,⁹⁵ resulta necesario que el acreedor prendario acredite de manera fehaciente ante el juez que la obligación principal garantizada está vencida; es decir, que el plazo se ha cumplido y por tanto, puede ser exigible.

En el marco de referencia, en las controversias que se susciten con motivo de la prenda con transmisión de posesión, se estará a lo dispuesto en el CCo.⁹⁶ El importe de la garantía podrá ser una cantidad determinada al momento de la constitución de la misma o determinable al momento de su ejecución.⁹⁷

En caso de que el deudor se encuentre sujeto a un proceso concursal, los créditos a su cargo garantizados mediante prenda sin transmisión de posesión serán exigibles desde la fecha de declaración y seguirán devengando los intereses ordinarios estipulados hasta donde alcance la respectiva garantía.⁹⁸

En caso de concurso o quiebra del deudor, los bienes objeto de prenda sin transmisión de posesión que existan en la masa, podrán ser ejecutados por el acreedor prendario mediante la acción que corresponda conforme a la ley de la materia ante el juez concursal quien decretará sin mayor trámite la ejecución solicitada.⁹⁹ Por ello, la acción de separación procederá cuando los bienes se encuentren en posesión del comerciante des-

95 Véase “Acción. Estudio oficioso de su improcedencia”. La improcedencia de la acción, por falta de alguno de sus elementos, puede ser estudiada por el juzgador, aun de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público. *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, febrero de 1994, p. 251. También véase “Acción ejercitada por el vencimiento anticipado de un contrato de crédito por incumplimiento en los pagos convenidos. el señalamiento de la fecha de incumplimiento es un elemento de la misma”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, Tesis VI, 30. C. 75 C., enero de 2001, p. 1672. También véase “Acción ejercida con base en el vencimiento anticipado de un contrato de crédito por incumplimiento de los pagos parciales convenidos. es improcedente si no se especifica en la demanda la fecha en que se incurrió en incumplimiento”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, Tesis VI. 30. C. 74. C., enero de 2001, p. 1672.

96 Artículos 1049 y 1050 del Cco.

97 Artículo 348 de la LGTOC.

98 Artículo 350 de la LGTOC.

99 Artículo 351 de la LGTOC.

de el momento de la declaración del concurso mercantil,¹⁰⁰ además, siempre que los bienes separables hubieren sido dados en prenda a terceros de buena fe, el acreedor prendario podrá oponerse a la entrega mientras no se le pague la obligación garantizada y los accesorios a que tenga derecho.¹⁰¹

Por otro lado, el acreedor se encontrará obligado a liberar la prenda, cuando se encuentre pagado íntegramente el crédito principal, los intereses y los demás accesorios de la deuda, a cuyo efecto se seguirá las mismas formalidades empleadas para su constitución.¹⁰²

En el contrato de prenda no se transfiere al acreedor propiamente dicho ni la propiedad ni la posesión. Es pertinente señalar que la *constitución de la prenda implica un desmembramiento del derecho de propiedad; toda vez que el deudor al entregar el bien en prenda en forma real o virtual, ya no puede disponer válidamente del mismo puesto que con él garantiza el cumplimiento de una obligación, dándole al acreedor la certeza y la facultad para que solicite a la autoridad judicial¹⁰³ la venta del bien, a fin de recuperar provisionalmente su crédito que equivale al cumplimiento cabal del deudor respecto de la obligación principal garantizada.*

La ciencia del derecho mercantil es ágil y evoluciona de acuerdo con las necesidades del tráfico comercial. En la actualidad se celebran muchos contratos de crédito que contienen como *garantía la prenda* que no es propiamente un acto privativo sino que, exclusivamente, representa una garantía de la obligación principal convenida por las partes para asegurar el pago de ésta.

100 Artículo 72 de la LCM.

101 Artículo 72, fracción VI de la LCM.

102 Artículo 364 de la LGTOC.

103 La autorización o resolución del juez que ordena la venta del bien es una resolución de carácter declarativo y no constitutivo; mientras que con la orden de venta, el juez expresamente reconoce, declara y constata que existe un derecho del acreedor preconstituido, relativo a una obligación principal vencida que se está garantizada por un bien dado en prenda. Así, el juez debe constatar: 1. La existencia de una obligación principal vencida, 2. La existencia de la prenda, 3. La legitimación en la causa del promovente y, en su caso, la personalidad de quien lo hace en representación del acreedor.

2. La hipoteca¹⁰⁴

Entre las garantías reales se encuentra la *hipoteca*,¹⁰⁵ como uno de los tipos que mejor satisfacen las exigencias operativas dentro de las actuales relaciones comerciales. Esta figura jurídica representa un verdadero “parteaguas” en virtud de que el inmueble hipotecado queda *afectado en garantía de todas las obligaciones presentes o futuras que el deudor contraiga dentro de un plazo y hasta un monto determinado, evitando de esta forma la constitución sucesiva de nuevos gravámenes.*

La *especialidad de la hipoteca*,¹⁰⁶ cuyo requisito esencial es que debe recaer sobre un bien¹⁰⁷ determinado, no debe entenderse constituida de manera genérica sobre todos los bienes del deudor, sino sólo sobre aquellos que expresamente se graven; además, por una suma de dinero cierta y determinada, es decir, la cantidad por la cual responde el inmueble hipotecado. Por ello, el derecho real de hipoteca, como toda garantía, es accesorio del crédito que garantiza.

La hipoteca puede comprender todos los bienes del deudor, si éstos se gravan, expresamente, sin que por este motivo se quiera hacer referencia a una hipoteca general. Al responder el deudor con todos sus bienes, no se violenta el principio de *especialidad de la hipoteca*, pues aunque sólo se hipotequen algunos bienes, con ellos se estaría cumpliendo con el principio referido.

Independientemente de lo anterior, los demás bienes no hipotecados también pueden ser embargados para el pago de la deuda, con la diferencia de que sobre tales *bienes no hipotecados el acreedor no tiene preferencia alguna y debe ser considerado como un acreedor común.*

104 La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular el derecho de ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley. Véase el artículo 2893 del CCF.

105 Es un contrato que asegura el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos. Su naturaleza es accesorio; su carácter es indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto de los bienes gravados. Es accesorio, por tanto, extinguida la obligación principal, también se extingue. Por ejemplo, se celebra un contrato de crédito y se otorga una garantía hipotecaria, se paga el crédito y se extingue la hipoteca.

106 Artículo 2895 del CCF.

107 El CCF, al no exigir de manera expresa que la hipoteca recaiga sobre un bien inmueble, sino sobre bienes que pueden ser muebles, no pretendió eliminar el elemento de que la hipoteca recaiga sobre los primeros, sino más bien dejar abierta la posibilidad de que la hipoteca pueda incluir también algunos casos especiales de hipotecas constituidas sobre bienes muebles.

La hipoteca sólo puede transmitirse con el crédito que garantiza y siempre a favor del cesionario de éste. Además, la transmisión del crédito y de la hipoteca no significa que operen simultáneamente a favor del cesionario, sino que exclusivamente la hipoteca sólo puede transmitirse con el crédito que garantiza.

Otra característica prevista en la norma mexicana es que la hipoteca puede recaer no sólo sobre bienes inmuebles, sino también sobre muebles, tal como ocurre en las siguientes disposiciones:

A. *Ley de Instituciones de Crédito*

Reconoce las *hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito* sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, que deberá comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los *elementos materiales, bienes muebles o inmuebles* afectos a la explotación, considerados en su unidad.¹⁰⁸

B. *La Ley de Navegación (LN)*¹⁰⁹

Esta Ley señala que podrá constituirse hipoteca de una embarcación o artefacto naval construido o en proceso de construcción por el propietario mediante contrato. La hipoteca marítima se extiende al flete, si así se pacta.¹¹⁰ El gravamen real de hipoteca tendrá preferencia sobre cualquier otro crédito que pudiera gravar a la embarcación o artefacto naval.¹¹¹ El propietario de la embarcación o artefacto naval hipotecado no podrá gravarlo sin consentimiento expreso del acreedor hipotecario.¹¹²

108 Artículo 76 de la LIC. "...Podrán comprender además el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario...".

109 La Ley de Navegación (LN), publicada en el *Diario Oficial* del 4 de enero de 1994. Esta Ley abroga la Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

110 Artículo 90 de la LN. El orden de inscripción en el Registro Público Marítimo Nacional determinará el grado de preferencia de las hipotecas. La cancelación de la inscripción de una hipoteca sólo podrá ser hecha por voluntad expresa de las partes o por resolución judicial.

111 Artículo 91 de la LN.

112 Artículo 93 de la LN.

La acción hipotecaria prescribe en tres años, contados a partir del vencimiento del crédito que garantiza.¹¹³

Los contratos de hipoteca sobre embarcaciones y artefactos navales mexicanos deben inscribirse en el Registro Público Marítimo Nacional, toda vez que de no registrarse, sólo surtirá efectos entre los contratantes, no frente a terceros.¹¹⁴

Al momento de hacerse exigible la obligación garantizada con la hipoteca, el acreedor hipotecario tienen derecho a reclamar judicialmente la cosa hipotecada, venderla y ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley,¹¹⁵ toda vez que se ha incumplido con la obligación pactada. Así, cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en *juicio ejecutivo mercantil*,¹¹⁶ *ordinario*, o *el que en su caso corresponda*,¹¹⁷ *conservando la garantía real y su preferencia aun cuando los bienes gravados se señalan para la práctica de la ejecución*.¹¹⁸

La hipoteca se extingue por vía de consecuencia al extinguirse la obligación principal a la que sirve de garantía; sin embargo, la hipoteca puede subsistir a pesar de que se extinga el crédito, expresamente cuando se hace cesión de créditos¹¹⁹ y nace un nuevo crédito, siempre y

113 Artículo 94 de la LN.

114 Artículo 14 de la LN. No requerirán de inscripción los actos y documentos relacionados con las embarcaciones menores y artefactos navales que establezca el reglamento respectivo.

115 Artículo 2893 del CCF.

116 La SCJN ha sostenido que el *juicio ejecutivo mercantil* procede cuando la demanda trae aparejada ejecución. Así cuando el crédito otorgado por una institución de crédito tenga garantía real, dicho ente podrá ejercitar sus acciones en el juicio ejecutivo mercantil, sólo respecto del demandado o demandados que tengan la calidad de acreditados, mutuarios u obligados solidarios. “Vía ejecutiva mercantil. Es improcedente su ejercicio en contra del garante hipotecario cuando no tiene a la vez el carácter de acreditado mutuario u obligado solidario (artículos 68 y 72 de la Ley de Instituciones de Crédito)”. Contradicción de tesis 40/2001-PS y tesis de jurisprudencia 5/2002, Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de 6 de febrero de 2002, unanimidad de cuatro votos, *Semanario Judicial de la Federación*.

117 Sí se considera que el documento base de la acción es la escritura de hipoteca, la vía procedente sería la sumaria civil y no propiamente la vía ejecutiva mercantil. Aunque en realidad queda a opción del acreedor optar por la vía sumaria civil hipotecaria o el juicio ejecutivo mercantil.

118 Artículo 72 de la LIC.

119 Véase artículo 2926 del CCF que establece: “El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2917, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro. Si la hipoteca se ha constituido para garantizar las obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito”.

cuando se haya hecho reserva de la garantía hipotecaria, situación que en México resulta frecuente a raíz de la firma del Tratado de Libre Comercio (TLCAN);¹²⁰ toda vez que los bancos extranjeros al estar comprando “carteras vencidas”, adquieren la deuda y le prestan al deudor hipotecario para que pague al banco acreedor, con el respectivo asiento en la escritura correspondiente.¹²¹

3. *El fideicomiso en garantía*¹²²

Sin duda alguna, el fideicomiso en garantía ha venido a sustituir con gran ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. A partir de la reforma *del año 2000 se incorpora la figura del fideicomiso de garantía mediante el cual el fi-*

¹²⁰ Véase capítulo XIV: Servicios Financieros, artículos 1401 al 1403. El 1o. de enero de 1994 entró en vigor el TLCAN, entre México, Estados Unidos y Canadá. El TLCAN es un conjunto de reglas para fomentar el intercambio y los flujos de inversión entre los tres países, mediante la eliminación paulatina de los aranceles o impuestos que pagan los productos para entrar a otro país; el establecimiento de normas que deben ser respetadas por los productores de los tres países, y los mecanismos para resolver las diferencias que puedan surgir. El TLCAN tiene como objetivos: *a.* integrar una región en donde el comercio de bienes y servicios y las corrientes de inversión sea más intenso, expedito y ordenado para beneficio de los consumidores e inversionistas; *b.* eliminar las barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; *c.* incrementar las oportunidades de inversión; *d.* proteger la propiedad intelectual; *e.* establecer procedimientos efectivos para la aplicación del tratado y la solución de controversias; *f.* fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral. [http:// www. Nafta-sec-alena.org/spanish/index.htm](http://www.Nafta-sec-alena.org/spanish/index.htm)

¹²¹ El TLCAN abrió las puertas a la inversión extranjera, pero protegió a los banqueros mexicanos. Autorizó a los bancos extranjeros una expansión gradual en el mercado mexicano, estipulando que si entre 2000-2004 los bancos de Estados Unidos y Canadá llegaban a obtener más de 25% del mercado mexicano, nuestro país podría congelar durante tres años ese nivel de participación. Después de la crisis, se abrió el sector del capital extranjero con el fin de recapitalizar la banca. Pero ningún inversionista extranjero hubiera comprometido recursos en bancos que estaban quebrados o a punto de quebrar. La compra de cartera vencida con pagarés del Fobaproa constituyó el incentivo para atraer capital extranjero.

¹²² Existen diversas corrientes de opinión para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, las que se pueden agrupar en tres teorías principales: 1. Teoría del mandato, 2. Teoría del patrimonio de afectación, 3. Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad. La teoría del derecho de propiedad se encuentra reconocida por nuestra legislación al disponer que por virtud del negocio fiduciario, el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes derechos y obligaciones al fiduciario, quien no los fusiona con su patrimonio propio, sino que integra una masa patrimonial independiente sobre la que ejerce la titularidad, con el único objeto de realizar los fines establecidos al negocio fiduciario. Véase Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, México, Porrúa, 1976, pp. 85-122 y también véase Batiza, Rodolfo, *El fideicomiso*, 4a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 159-214.

deicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago;¹²³ a diferencia del fideicomiso donde exclusivamente se destinan ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Tradicionalmente, el fideicomiso es un acto entre vivos o por testamento, en virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encaminado a una institución financiera para la realización de un fin. Así, la relación fiduciaria es de naturaleza contractual, según lo dispuesto por el artículo 407 de la LTOC, en el cual pueden establecerse derechos y obligaciones para las tres partes contratantes o alguna de ellas; sea el fiduciario,¹²⁴ fideicomitente¹²⁵ y fideicomisario.¹²⁶

En México, esta figura se encuentra regulada en la LGTOC como un *contrato mercantil*, en virtud de que pueden fungir como fiduciarios de los fideicomisos de garantía, las instituciones de crédito, de seguros, de fianzas, las sociedades financieras de objeto limitado y los almacenes generales de depósito;¹²⁷ sin embargo, se considera que nadie puede afectar en fideicomiso un bien, sino exclusivamente el dueño del mismo, a fin de garantizar un crédito; por tanto, basta la simple declaración unilateral de voluntad que estipule los términos en que queda afectado ese bien, manifestando las partes su voluntad, al convenir y pactar en un acto jurídico generador de múltiples relaciones. En ese orden de ideas, sí bien es cierto que, concurren las voluntades para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, también lo es que el artículo 407 de la LGTOC comete una clara aberración jurídica al establecer que el fideicomiso es un contrato, pues en realidad el fideicomiso por su origen o causa reviste el carácter de un negocio jurídico consensual, al ser su-

123 Artículo 395 de la LGTOC.

124 El fiduciario es la institución de crédito que tiene concesión de la SHCP, para actual como tal.

125 El fideicomitente es la persona titular de los bienes o derechos que trasmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y, desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.

126 El fideicomisario es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

127 Artículo 399 de la LGTOC.

ficiente una sola voluntad para que se perfeccione y se generen efectos dentro del campo de los derechos reales.¹²⁸

Así, la institución fiduciaria pasa a ser propietaria o titular fiduciario de los bienes y al extinguirse el fideicomiso,¹²⁹ los bienes a él destinados que permanezcan en poder de dicha fiduciaria podrán ser devueltos por ella al fideicomitente. En ese supuesto, tratándose de bienes inmuebles o derechos reales sobre éstos, es necesario que la propia fiduciaria haga el asiento relativo en el documento en que conste la constitución del fideicomiso y su inscripción en el Registro de la Propiedad.¹³⁰

La ley concede a la institución fiduciaria todos los derechos y acciones que requiera para el cumplimiento del fideicomiso, por lo que tiene todos y cada uno de los derechos del propietario, es decir, administrar, arrendar, hipotecar e inclusive llega a vender la cosa cuando sea necesario con el fin de llegar a cumplir con el fideicomiso.

Por tanto, la institución fiduciaria puede realizar los actos de dominio que le permitan alcanzar los fines del fideicomiso,¹³¹ puede ostentarse y actuar frente a terceros como propietario del bien o los bienes¹³² fideicomitados, e incluso defender dicho patrimonio;¹³³ sin embargo, esta pro-

128 Para mayor amplitud del tema, véase Quintana Adriano, E. Arcelia, capítulo VI, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

129 Artículo 393 de la LGTOC.

130 *Idem*, se establece que “extinguido el fideicomiso los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél se hubiere inscrito”.

131 Artículo 391 de la LGTOC.

132 La SCJN ha establecido que “...Los bienes que se den en fideicomiso, se consideran afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros...” Fideicomiso, crédito afectado en. Comprende también la garantía hipotecaria y personal que se constituyó para concederlo. *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, Tesis III. 3o. C. 93 C, mayo de 1999, p. 1016.

133 El patrimonio fideicomitado se constituye como una universalidad de bienes y derechos que se destinan por la fideicomitente a un fin lícito, determinado y posible, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria, quien detenta la titularidad de este conjunto de bienes, con todos los derechos, acciones, obligaciones y facultades, que supone la ejecución del fideicomiso, y con las limitaciones que se establecen en el propio fideicomiso, conforme al artículo 391 de la LGTOC.

propiedad *es también limitada*, puesto que el propietario se encuentra restringido o sujeto como tal, a fin de apearse exclusivamente a los fines del fideicomiso.

En la legislación mexicana, el fiduciario tiene una propiedad, la cual no tiene los elementos característicos de la *propiedad tradicional*, sino más bien, se considera una propiedad *temporal, dominical o limitada*,¹³⁴ restringida a los fines para los cuales se haya creado el fideicomiso.¹³⁵ Además, el fideicomiso constituido en fraude de acreedores podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados, otorgándoseles el ejercicio de la acción pauliana.¹³⁶

En efecto, la afectación de bienes que se destinan en fideicomiso puede ser impugnada por aquellos a quienes eventualmente dicha afectación pudiera causar perjuicios, por ejemplo, el caso de la masa de acreedores del comerciante deudor, a quienes la disminución del patrimonio del concursado pudiera representar una pérdida. Así la LCM, establece¹³⁷ distintas hipótesis de actos llevados a cabo por el deudor común y que pudieran ocasionar perjuicios a sus acreedores.

Actualmente, en México el fideicomiso en garantía permite a los deudores otorgar en garantía bienes muebles e inmuebles; por ello, una característica específica de este tipo de fideicomisos, se traduce en la posibilidad de constituir un nuevo fideicomiso para garantizar obligaciones

¹³⁴ El derecho de propiedad del fiduciario no se parece al derecho de propiedad normal puesto que el fiduciario tiene obligaciones frente al fideicomisario o el fideicomitente, por lo que cuando ejercita ese derecho, no lo hace de manera personal, sino más bien en cumplimiento de una obligación previamente pactada.

¹³⁵ En el fideicomiso mexicano se distinguen los siguientes elementos: *a)* la existencia de un patrimonio o bienes, *b)* que dichos bienes se destinan a un fin lícito y determinado, *c)* que intervienen en dicho acto distintas personas, como son el fideicomitente, el fideicomisario y la institución fiduciaria.

¹³⁶ Artículo 386 de la LGTOC. La acción pauliana tiene por objeto declarar nulos los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores. Para el ejercicio de tal acción debe considerarse que es necesario distinguir entre negocios jurídicos onerosos y gratuitos; sin embargo, los requisitos comunes para el ejercicio de tal acción son que el negocio haya sido celebrado por el deudor o su representante; que no se trate de un acto material ya que éste puede ser rescindido o anulado; que debe ser causa de insolvencia del deudor y que el crédito en virtud del cual se intenta la acción ha de ser anterior al negocio. Véase Muñoz, Luis, *El fideicomiso*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1980, pp. 751-753.

¹³⁷ Véase los artículos 112 a 119, del título tercero, capítulo VI: "De los actos en fraude de acreedores" en la LCM.

simultáneas o sucesivas del deudor,¹³⁸ lo cual representa una ventaja significativa para éste, en virtud de que no es necesario constituir un fideicomiso para cada acreedor que, en un momento dado, pudiese tener el deudor. Además el incluir el patrimonio fideicomitado dentro de la masa concursal, se realiza con el fin de evitar el fraude de acreedores y proteger los intereses de éstos, evitando que el deudor afecte su patrimonio para disminuir sus activos. De esta forma la masa fideicomitada sale del patrimonio del fideicomitente y no se integra al de las partes que intervienen en él, es decir, se constituye un patrimonio separado y autónomo de los contratantes.

En efecto, el fideicomiso en garantía puede tener uno o más acreedores como beneficiarios; los cuales podrán gozar de la garantía en forma conjunta, alternada, consecutiva o sucesiva, o funcionar rotativamente; los créditos garantizados podrán ser previos a la celebración del mismo, simultáneos o posteriores, y la garantía ofrecida y prestada podrá o no dar preferencia al pago del crédito de algún beneficiario, siempre sin perjuicio de los derechos de los acreedores garantizados en primer término, quienes a su vez podrán ceder su prioridad a otros beneficiarios.¹³⁹

A. *El procedimiento en el fideicomiso en garantía*

Mediante el *procedimiento extrajudicial*, como ya se indicó, se tramita el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas, siempre y cuando no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados.¹⁴⁰

El *valor de los bienes objeto de las garantías otorgadas* se calculará por el dictamen que proporcione el perito que las partes designen para tal efecto desde la celebración del contrato o en fechas posterior, o bien, por cualquier otro procedimiento que convengan las partes por escrito.

Dentro del fideicomiso de garantía, las dos clases de actos que realiza el fiduciario son los de administración y de dominio, encontrándose los

¹³⁸ Artículo 398 de la LGTOC.

¹³⁹ Cfr. Ormaeche, Carolina, "La utilización del contrato de fideicomiso con fines de garantía", *Revista Notarial*, Buenos Aires, núm. 936, 2001, p. 463.

¹⁴⁰ Artículo 1414 bis, fracciones I y II del Cco.

segundos condicionados al supuesto de incumplimiento por parte del fideicomitente de la obligación principal.

Por lo anterior, ante el referido incumplimiento el fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes, a lo cual se requerirá al fideicomitente mediante *fedatario público*¹⁴¹ *de pago y entrega material del bien*¹⁴² *dado en garantía a fin de iniciar el procedimiento tendente a satisfacer el crédito pendiente*.¹⁴³

En el caso de que el fiduciario no pueda obtener la posesión de los bienes,¹⁴⁴ se seguirá el procedimiento de ejecución forzosa.¹⁴⁵ Se dará aviso de continuación del procedimiento de ejecución en el cual se informará al fideicomitente que ha perdido su derecho. Al mismo tiempo, una vez obtenido el avalúo del bien,¹⁴⁶ se convocará para la celebración de subasta pública, la cual deberá cumplir con los requisitos propios de la convocatoria de almoneda pública;¹⁴⁷ además se notificará al deudor, con cinco días hábiles de antelación el aviso de venta de los bienes,¹⁴⁸ en caso de que no exista contestación se procederá a la transmisión de la propiedad del bien a favor del postor ganador en la subasta pública.¹⁴⁹

No obstante lo anteriormente señalado, el sistema bancario mexicano se desenvuelve en términos de ciertos indicadores. Por ello, sí bien es cierto que se ha avanzado en la mejoría del marco regulatorio, aún queda mucho por demostrar en relación a la utilidad de los nuevos procedimientos de quiebra y el ejercicio de la nueva regulación de garantías de crédito, en virtud de que todavía enfrentan altos costos legales, lentitud

141 El fedatario público deberá levantar el acta correspondiente, así como el inventario pormenorizado de los bienes. Artículo 1414 bis 3 del Cco.

142 Artículo 1414 bis 8 del Cco.

143 El Cco no establece término alguno; sin embargo, por supletoriedad en la materia se aplica el término general para la contestación de la demanda que es de nueve días.

144 Si el deudor no hiciere entrega de los bienes previstos en la diligencia, el juez procederá a hacer efectivo el medio de apremio decretado y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su resolución. Artículo 1414 bis 9 del Cco.

145 Artículo 1414 bis 5 del Cco.

146 Artículo 1414 bis del Cco.

147 La venta a elección del acreedor o fiduciario, y se podrá realizar ante el juez que conozca del juicio o fedatario público, mediante la notificación personal al deudor el día y la hora en que se efectuará la venta de los bienes.

148 Artículo 1414 bis 17, fracción II, inciso *b* del Cco.

149 Efectuada "...la venta de los bienes, si el precio de venta de los mismos fuere superior al monto del adeudo, el acreedor procederá a entregar el remanente que corresponda al deudor en un plazo no mayor de cinco días, una vez que se haya deducido el monto del crédito otorgado...". Artículo 1414 bis 17, fracción II, inciso *c* del Cco.

en los procedimientos y una deficiente obligación a cumplirlas. De esta forma sería necesario que las propias autoridades incrementaran los recursos disponibles para las autoridades judiciales y consideraran la opción de crear tribunales mercantiles independientes con competencia para resolver controversias relacionadas con el sector financiero.

VI. CONCLUSIÓN

1. Las reformas que en materia de crédito ha tenido la legislación mexicana pretenden fortalecer las garantías, expresamente las de prenda sin transmisión de la posesión y el fideicomiso en garantía, mediante un procedimiento de realización de los bienes muebles e inmuebles que aseguren al deudor, tanto su derecho de defensa como la conservación del valor de los bienes transmitidos en garantía, así como asegurar al beneficiario cobrar su crédito en una forma rápida, y extrajudicialmente.

2. En México, la ciencia del derecho mercantil actualmente cuenta con figuras jurídicas que permiten en materia de garantías, expresamente la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía, y agilizar el cumplimiento de operaciones mercantiles, respecto de ciertos actos de comercio dentro del contexto económico y comercial, en el que se desenvuelven las actuales operaciones financieras, y de acuerdo con las exigencias de las necesidades del tráfico comercial moderno.

3. En la Ley de Concursos Mercantiles se le da al comerciante la posibilidad de conservar la empresa, mediante el convenio que suscriba con sus acreedores, evitando de esta forma que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago pongan en riesgo no solamente a aquélla, sino a las demás empresas con las que mantenga una relación de negocios; sin embargo, es importante destacar que la actual Ley guarda una notoria desventaja al concursado, quien incluso puede ser removido de la administración, si así lo considera y solicita el conciliador.

4. El procedimiento contemplado en la Ley de Concursos Mercantiles busca ser más expedito, claro y equitativo, en el que se plasme un espíritu renovador tendente a conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago, fortaleciendo con ello la seguridad y convicción jurídica de todos los involucrados en el concurso mercantil.

5. Mediante la prenda sin transmisión de la posesión, el derecho real que se constituye sobre derechos muebles busca garantizar el cumpli-

miento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes por lo que no se transfiere la aludida posesión, ni la facultad de disposición del bien, beneficiando de esta manera al deudor, quien podrá continuar realizando su actividad con el bien otorgado en garantía, a fin de cumplir con la obligación principal contraída. Sin olvidar, que la posesión, desposeimiento y venta de la prenda son efectos propios de esta garantía, pues son los presupuestos jurídicos que le dan efectividad al proporcionar comodidad y eficacia a la figura en el tráfico comercial, misma que resulta ser de las más sencillas y de mejores costos en el mercado.

6. En México, el derecho real de hipoteca se considera como toda garantía, accesoria del crédito que garantiza, por tanto, no se concibe su existencia, sino es para garantizar un determinado crédito. Así, en toda hipoteca se exige inexcusablemente un crédito con carácter de accesorio y sólo puede transmitirse junto con el crédito del que forma parte. Además, es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado. Dentro de sus requisitos se encuentran la determinación del importe en moneda nacional o extranjera que se garantiza, el plazo dentro del cual se deberá cumplir la obligación, así como la determinación de los bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, de tal modo que el acreedor pueda enajenarlos en el caso de que la obligación sea vencida y no se satisfaga oportunamente.

7. El fideicomiso de garantía puede ser considerado como la figura más ventajosa sobre las tradicionales garantías de prenda, hipoteca y fianza, beneficiando en forma mediata los mercados, y en forma inmediata las empresas; toda vez que con él se pretende agilizar el otorgamiento de los créditos permitiendo alcanzar el aprovechamiento máximo del valor de realización de los bienes, lo que amplía notablemente la posibilidad del crédito, alivia los efectos de las crisis financieras de las empresas, y posibilita un mejor y mayor acceso a recursos financieros para deudores de riesgo.

8. El fideicomiso constituye una garantía *autoliquidable*, de bajo costo instrumental que permite considerarlo una herramienta indispensable del crédito, pues en sentido contrario a las garantías reales de la hipoteca y la prenda que necesitan para su aplicación estructural el mundo de las

cosas, dejando fuera de la posibilidad el ofrecimiento en garantía de otros bienes, que no son cosas, tales como los derechos, créditos y todo aquello que revista un contenido patrimonial susceptibles de tener un valor.

9. El ordenamiento legal mexicano contempla al fideicomiso como un acto jurídico de disposición cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación que puede combinarse con un negocio jurídico de gestión patrimonial y administración de los bienes fideicomitados. El procedimiento utilizado con esta garantía resuelve los conflictos de manera más rápida para recuperar la inversión del acreedor, a más bajo costo y más segura para preservar el valor de los bienes del deudor, toda vez que una garantía autoliquidable tiene preferencia sobre otra de resultados lentos y onerosos.

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

AMOROS GUARDIOLA, M., “La garantía patrimonial y sus formas”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXIV, núm. 5, mayo de 1972.

BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso*, 4a. ed., México, Porrúa, 1980.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993, t. II.

EBRARD CASAUBÓN, Marcelo, “Fobaproa: la oportunidad perdida”, *Fobaproa e IPAB; el acuerdo que no debió ser*, México, Océano, 1999.

GIRÓN GONZÁLEZ, Alicia, “Inestabilidad y fragilidad financiera del peso mexicano”, *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, México, vol. 32, núm. 124, enero-marzo de 2001.

MARGADANT, Guillermo, *Derecho romano*, México, Esfinge, 1960.

MUÑOZ, Luis, *El fideicomiso*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1980.

ORMAECHE, Carolina, “La utilización del contrato de fideicomiso con fines de garantía”, *Revista Notarial*, Buenos Aires, núm. 936, 2001.

QUINTANA ADRIANO, E. Arcelia, *Aspectos legales y económicos del rescate bancario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

———, “Derechos de los usuarios de la banca”, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, colección Nuestros Derecho, 2000.

- , *Derecho mercantil, Panorama del derecho mexicano*, México, McGraw-Hill, 1997.
- , “El síndico y el desistimiento de las acciones a favor de la quiebra”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 104, mayo-agosto de 2002.
- , “Garantías en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 22, enero-abril de 1997.
- , *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , *Las cédulas hipotecarias rurales*, tesis profesional, UNAM 1969.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992.
- SUÁREZ DÁVILA, Francisco, “Liberación, regulación y supervisión del sistema bancario mexicano”, *Comercio Exterior*, México, vol. 44, núm. 12, diciembre de 1999.
- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, México, Porrúa, 1976.

Internet

- SEQUEIRA G., Luz Elena, “El 2000 y las crisis financieras en América Latina”, *El observador económico*, <http://www.elobservadoreconomico.com.ni/107/crisis.htm>
- VILLAR, Rafael del *et al.*, “Experiencia internacional en la resolución de crisis bancarias”, *Trabajos de investigación del Banco de México*, México, www.banxico.org.mx, diciembre de 1997.
- <http://www.Nafta-sec-alena.org/spanish/index.htm>
- <http://www.rtn.net.mx/ocde/ocde.html>

Legislación

Código Civil Federal.

Exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles.

Exposición de motivos del proyecto de la Ley Federal de Garantías de Crédito presentada ante el Congreso de la Unión el 7 de abril de 1999.

Ley de Concursos Mercantiles.
 Ley de Instituciones de Crédito.
 Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
 Ley de Navegación.
 Ley de Protección al Ahorro Bancario.
 Ley General de Instituciones de Crédito.
 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Jurisprudencia

- “Acción ejercida con base en el vencimiento anticipado de un contrato de crédito por incumplimiento de los pagos parciales convenidos. Es improcedente si no se especifica en la demanda la fecha en que se incurrió en incumplimiento”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, tesis VI. 3o. C. 74. C, enero de 2001.
- “Acción ejercitada por el vencimiento anticipado de un contrato de crédito por incumplimiento en los pagos convenidos. El señalamiento de la fecha de incumplimiento es un elemento de la misma”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, tesis VI. 3o. C.75 C, enero de 2001.
- “Competencia concurrente, tratándose de una sociedad nacional de crédito o de una empresa estatal mayoritaria”, *Semanario Judicial de la Federación*, I, Segunda Parte 1, enero-junio de 1988.
- “Contratos. La voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos”, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Pleno, t. XX.
- “Contratos”, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Pleno, t. XVI.
- “Fideicomiso, crédito afectado en. Comprende también la garantía hipotecaria y personal que se constituyó para concederlo”. *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, tesis III. 3o. C. 93 C, mayo de 1999.
- “Fideicomiso. No es causa de nulidad el hecho de que en el intervengan dos instituciones de crédito que integran el mismo grupo financiero”, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, t. III, 3o., C, 102C., diciembre de 1999.
- “Sociedad nacional de crédito, competencia concurrente en los asuntos en que es parte una, cuando solo se afectan intereses de particulares”,

tercera Sala, Tomo IV, parte SCJN, Apéndice de 1995 *Semanario Judicial de la Federación*.

“Vía ejecutiva mercantil. Es improcedente su ejercicio en contra del garante hipotecario cuando no tiene a la vez el carácter de acreditado mutuario u obligado solidario (artículos 68 Y 72 de la Ley de Instituciones de Crédito)”. Contradicción de tesis 40/2001-PS y tesis de jurisprudencia 5/2002, Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de seis de febrero de dos mil dos, unanimidad de cuatro votos, *Semanario Judicial de la Federación*.

Amparo Directo 3778/56 Jorge Negrete Moreno; SJF, sexta época, cuarta parte, volumen III, p. 153. En forma clara la ley establece la posibilidad de constituir un derecho en un título de crédito sobre un derecho para fines de garantía.