

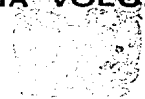
2 ef.
220



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DE LA UNILATERALIDAD DEL
FIDEICOMISO CONSTITUIDO MEDIANTE
DISPOSICION DE ULTIMA VOLUNTAD**



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROMAN ESPINOSA AVILA

MAESTRO:

LIC. FERNANDO OJESTO MARTINEZ PORCAYO

MEXICO, D. F.

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

PAGINA

INTRODUCCION

I

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

I.- Antecedentes extranjeros	1
A. En el Derecho Romano	1
B. En el Derecho Anglo-sajón	7
C. El trust y su evolución	16
1. Naturaleza jurídica del trust	30
2. Personas que intervienen en el trust	33
a) Objeto del trust	39
b) Clasificación del trust	39
c) Evolución del trust	42
II.- Los antecedentes en el Derecho Mexicano	47
A. El proyecto de Limantour	51
B. El proyecto Creel	55
C. Ley general de instituciones de crédito y - establecimientos bancarios de 1924	56
D. El proyecto de Vera Estañol	59
E. Ley de bancos de fideicomiso de 1926	61
F. Ley general de instituciones de crédito y - establecimientos bancarios de 1926	66
G. Ley general de instituciones de crédito 1932	68

	PAGINA
H. Ley general de títulos y operaciones de -- crédito de 1932	72
I. Ley general de instituciones de crédito y -- organizaciones auxiliares de 1941	77
J. Decreto que establece la nacionalización de la banca privada de 1o. y 2 de Septiembre -- de 1982	83
K. Decreto mediate el cual se dispone que las instituciones de crédito que se enumeran -- operen con el carácter de instituciones na- cionales de crédito de 5 de Septiembre 1982	87
L. Ley reglamentaria del servicio público de -- banca y crédito de 1982	88
M. Ley reglamentaria del servicio público de -- banca y crédito de 1984	90

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

I.- Concepto legal de fideicomiso	97
II.- Naturaleza jurídica del fideicomiso	105
A. La teoría del mandato	107
B. La teoría del patrimonio de afectación	115
C. La teoría del desdoblamiento del Derecho de propiedad	126

D. El fideicomiso como una transmisión de De-- recho al fiduciario	132
1. Teoría de Joaquín Rodríguez y Rodríguez	133
2. Teoría de Jorge Serrano Trasviña	135
E. El fideicomiso como una operación bancaria	137
F. El fideicomiso como negocio fiduciario	141
G. El fideicomiso como declaración unilateral de voluntad	150
H. El fideicomiso como contrato	154
III.- El fideicomiso comparado con otras figuras jurídicas	167
A. Fideicomiso y mandato	168
B. Fideicomiso y depósito	172
C. El fideicomiso y la estipulación a favor de de terceros	175
D. El fideicomiso y la constitución de socie-- dades	177
E. El fideicomiso y la fundación de asistencia privada	178
F. El fideicomiso y el patrimonio de familia	180
G. El fideicomiso y el usufructo	182
H. El fideicomiso, la Hipoteca y la prenda	184
IV.- Los elementos del fideicomiso	186
A. El fideicomitente	187

PAGINA

1. Personas que pueden ser fideicomitentes	188
2. Derechos y facultades del fideicomitente	196
B. El Objeto del fideicomiso	203
C. El fin del fideicomiso	206
D. La forma del fideicomiso	208
E. El fiduciario	210
1. Personas que pueden ser fiduciarios	211
2. Personas que pueden designar fiduciario, en nuestro Derecho	215
3. Obligaciones del fiduciario	220
4. Derechos del fiduciario	229
5. Prohibiciones al fiduciario	231
F. El fideicomisario	234
1. Personas que pueden ser designadas fi--- deicomisarios	234
2. Derechos del fideicomisario	238
3. Obligaciones del fideicomisario	250
V.- Clasificación de los fideicomisos	252
1. Fideicomisos privados y fideicomisos públi- cos	253
2. Fideicomisos traslativos	255
3. Fideicomisos de garantía	256
4. Fideicomisos de administración	258
5. Fideicomisos de inversión	260

6. Fideicomisos revocables y fideicomisos --- irrevocables	260
7. Fideicomisos onerosos y gratuitos	261
8. Fideicomisos condicionales	261
9. Fideicomisos de herencia	261
VI.- Prohibiciones y nulidades del fideicomiso	262
VII.- La extinción del fideicomiso	262
CAPITULO III.	
NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO	
I.- Definición de testamento según nuestra legis- lación	273
II.- Características del Testamento	275
III.- Capacidad para hacer testamento	281
IV.- Las instituciones de heredero, legatario y - albacea	289
V.- Modalidades de las disposiciones testamenta- rias	300
VI.- Forma de los testamentos	308
A. Testamento público abierto	309
B. Testamento público cerrado	312
C. Testamento ológrafo	315
D. Testamento privado	317
E. Testamento militar	320

F. Testamento marítimo	321
G. Testamento hecho en país extranjero	322
VII.- Nulidad, revocación y caducidad de los testamentos	324
A. Nulidad de los testamentos	324
B. Revocación de los testamentos	325
C. Caducidad de los testamentos	326

CAPITULO IV

ESTUDIO DE LA UNILATERALIDAD DEL FIDEICOMISO CONSTITUIDO MEDIANTE DISPOSICION DE ULTIMA VOLUNTAD

Introducción	228

I.- La unilateralidad del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad	330
A. El fideicomiso constituido mediante testamento	347
B. El fideicomiso constituido mediante acto -- entre vivos, en el que el fideicomitente -- afecta ciertos bienes o derechos para ser -- transmitidos al fideicomisario después de -- su muerte	355

II.- La ejecución del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad; designación y aceptación o no de la institución --	

	PAGINA
fiduciaria que ejecute dicho fideicomiso	362
A. La designación de la institución fiduciaria	362
B. La aceptación o no de la institución fidu-- ciaria	367
C. La ejecución del fideicomiso	374
CONCLUSIONES	380
BIBLIOGRAFIA	389

INTRODUCCION

El fideicomiso es una institución jurídica de reciente aparición en nuestro Derecho, por lo que se han venido difundiendo la práctica de operaciones de dicha figura, hasta alcanzar gran auge en la primera mitad de la década de los setenta, sin embargo en la actualidad, debido a que el mismo ha sido gravado por las leyes tributarias, han disminuido la operación de fideicomisos privados cuyo objeto son bienes inmuebles, subsistiendo en cierta forma los que se refieren a bienes muebles y derechos, así como los fideicomisos públicos.

No obstante lo anterior, considero que la institución jurídica del fideicomiso es un reto para la construcción - doctrinal, debido a que nuestro legislador lo ha regulado de una forma superficial, dándole matices que lo alejan del funcionamiento de su antecesor el trust angloamericano, por lo que este estudio, va justamente a analizar algunos aspectos que el legislador no aclaró y que he estimado de suma importancia para lograr con ello un mejor conocimiento de nuestro fideicomiso.

Nuestra legislación ha regulado la constitución de fideicomiso mediante testamento, mismo que en la práctica bancaria se constituye mediante acto entre vivos, en el que el

II

patrimonio fideicomitido se trasmite al fideicomisario a la muerte del fideicomitente, por lo que en el presente trabajo se analizará si el fideicomiso así constituido es realmente un fideicomiso testamentario como se le ha denominado, o en su caso se señalará cual es el verdadero fideicomiso testamentario.

Por otra parte, al no existir un pronunciamiento de nuestra legislación sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, cognotados autores se han avocado al estudio de la misma, motivando el surgimiento de diversas teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica; de dichas teorías, dos de ellas han sido consideradas como las más acertadas, mismas que se enfrentan entre sí, por un lado la que considera al fideicomiso como contrato y por el otro la que lo considera como una declaración unilateral de voluntad (motivo de este estudio).

Por ello, la presente tesis pretende efectuar un estudio de la unilateralidad del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad, tomando como bases los términos en que ha sido regulado el fideicomiso por nuestra legislación, por ser éste el medio más apropiado a mi juicio para defender la teoría de la declaración unilateral de voluntad, que trata de explicar la naturaleza jurídica de dicho acto jurídico.

III

A su vez, el desarrollo del presente trabajo aspira a lograr establecer si basta la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente para constituir el fideicomiso y con ello darle vida jurídica, o bien, si se requiere de otras manifestaciones de voluntad para ello, y así, a la postre concluir que el fideicomiso testamentario es un acto jurídico constituido mediante la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, naturaleza jurídica, que será la misma para el fideicomiso constituido mediante acto entre vivos.

Si este trabajo logra aportar argumentos en favor de la teoría de la declaración unilateral de voluntad, que pretende explicar como se ha señalado la naturaleza jurídica del fideicomiso, habrá cumplido su propósito. Aún y cuando no se ha elaborado una teoría diferente a las ya existentes y que no se haya aportado algo nuevo en torno a la complicada estructura del fideicomiso, estimo que, por lo menos, se muestra en forma práctica y elemental, lo que es el fideicomiso, como se constituye, para que sirve, como funciona, - cuales son sus obstáculos y limitaciones, y lo más significativo: lo que se ha expresado en torno a su naturaleza jurídica.

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

I.- ANTECEDENTES EXTRANJEROS.

A. EN EL DERECHO ROMANO.

El doctor Guillermo F. Margadant, señala que "Lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del Derecho Romano, sino más bien una transformación del trust anglosajón, introducido en México, a través de Panamá, en 1924. En 1932, el fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle, y se considera actualmente como la dedicación de ciertos bienes a un fin lícito determinado, cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria expresamente autorizada para figurar como tal". (1)

No obstante lo anterior es conveniente hacer un breve resumen de lo que se asemeja en el derecho romano al fideicomiso por lo menos fonéticamente.

Así tenemos, que el deseo de los testadores de imponer su voluntad sobre sus bienes más allá de su muerte, dió ori-

(1) Guillermo F. Margadant S., Derecho Romano, Octava Edición Editorial Esfinge, S. A., México 1978, pág. 504.

gen en Roma a la práctica de dos instituciones jurídicas - tendientes a eludir los escollos del rígido formalismo jurídico imperante, por un lado surgió en el campo del derecho hereditario, el fideicomiso y en el campo de las relaciones entre personas vivas el pacto fiduciario.

El primero tenía por objeto el evadir las numerosas incapacidades para heredar de las personas que carecían de la TESTAMENTI FACTIO PASIVA (libertos, pobres, hijos póstumos, esclavos mujeres, etc.).

Así pues el autor de la herencia transmitía mediante testamento una parte o la totalidad de sus bienes a una persona con capacidad para heredar encargándole que, a su vez, los transmitiese posteriormente a otra persona, de allí surgió el nombre de fideicomiso, el cual etimológicamente derivaba de las raíces latinas "FIDES" (fidelidad, probidad lealtad, honor), y "COMMISSUM" (comisión, encargo secreto confidencia, encomienda), que unidas forman la palabra "FIDEI-COMMISSUM".

Señala Margadant (2) que la forma normal que tomó en el derecho romano era el del "fideicomiso mortis causa", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia y el

(2) Ibidem. pág. 501.

fiduciario un tercero.

Este fideicomiso se efectuaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la "ROMA FIDES" (buena fé) del fiduciario, la ausencia de la cual no tenía sanciones jurídicas.

Después de las guerras púnicas, con frecuencia los fiduciarios no cumplían en Roma con el fideicomiso, ya que el dinero valía más que la buena reputación y como la inejecución del encargo carecía de sanción jurídica alguna, en contra del fiduciario; provocando esta circunstancia que Augusto encargara a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos y desde Claudio, dos pretores especiales se encargaron de las cuestiones fideicomisarias.

Continúa afirmando Margadant (3) que en época de Vespasiano se introdujo el principio de la Lex Falcidia. En los fideicomisos (senado consulto Pagasiano), y que las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron al fideicomiso. En tiempos de Adriano, los peregrinos y las personas inciertas, incapaces de recibir herencia y legados, fueron declarados también incapaces de recibir fideicomisos.

(3) Guillermo F. Margadant S., Op. cit. pág. 502.

Y así poco a poco el fideicomiso perdió la elasticidad que lo distinguió del legado o de la herencia.

Asimismo, el fideicomiso tenía las siguientes ventajas:

Permitía por un lado que, algunas personas que carecían de la testamenti factio pasiva, pudieran recibir fideicomisos: así también permitía designar por anticipado al "fideicomisario", del fideicomisario; al igual que permitía, en materia de herencias o legados, la sustitución en el sentido de que el testador podía sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que murieran antes que él, o de que no pudieran o no quisieran aceptar la herencia.

La sustitución fideicomisaria en la época clásica se permitía por una generación, y por cuatro generaciones en tiempos de Justiano, y sin limitación de generaciones se admitía esta vinculación fideicomisaria, en la Edad Media, - siendo su manifestación, más conocida el famoso mayorazgo, empleado para evitar que importantes bienes salieran de una familia determinada.

Esta institución jurídica, consistía en el derecho del hijo mayor de suceder en los bienes dejados por su padre con la obligación de conservarlos en la familia perpetuamente

y entregarlos al próximo primogénito. (4)

Por lo que respecta al segundo, es decir el pacto fiduciario o fiducia, éste es un esquema jurídico, que como una forma primitiva de garantía real, influencia diversos contratos, como el de depósito, prenda, el comodato, el mandato, ya que de este negocio surgieron posteriormente éstos.

Mediante la fiducia una persona transfería a otra bienes de su propiedad a través de la mancipatio o la in jure cessio, con el fin de que el adquiriente, los empleará para un objeto determinado, se celebraba un pacto entre ambos en el cual este último se obligaba, bajo la fé de su palabra, a ejercer su derecho en la manera convenida y en forma transitoria, obligándose a devolver los bienes al cumplimiento del fin pactado.

(4) En México fue muy usada esa figura por las familias propietarias de grandes extensiones agrícolas, durante la colonia y fue usada también por instituciones eclesiásticas que ocultaban sus inmensas propiedades, titulándolas en favor de un prestanombre, quien a su vez las transmitía a sucesivos intermediarios de su misma condición. Dicha figura fue prohibida en la legislación liberal mexicana para completar su política de desamortización de los bienes del clero y facilitar la circulación de la riqueza.

El concepto fides comprende implícitamente el sometimiento a la palabra empeñada, es decir, la realización literal del compromiso contraído, llevándolo a cabo sin dolo y según relaciones leales y honestas. Apoyábase dicho concepto en una cualidad moral que atribuida a una persona, daba lugar a la confianza de otra, es decir la confianza del --transmitente en la palabra empeñada del adquiriente.

El pacto fiduciario que en un principio se encontraban desprovistos de sanción y su cumplimiento se sujetaba únicamente a la buena fé del adquiriente y en algunos casos a la facultad del enajenante de volver a recuperar la cosa, mediante la actio fiduciae (acción personal), más adelante fue protegido por una acción de carácter real, la actio serviana.

Se conocieron en Roma dos clases de FIDUCIA: la FIDUCIA CUM AMICO y la FIDUCIA CUM CREDITORE.

La primera, o sea la fiducia con amigo, es el negocio fiduciario por cuya virtud una persona transfiere por el --procedimiento de la MANCIPIATIO a otra persona denominada --accipiens, en quien deposita su confianza, la propiedad de una cosa para usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; para que una vez realizados reintegre con posterioridad, o bien, la entregue a un tercero. Como se

desprende de lo expuesto, esta figura jurídica, se identifica con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso.

Por lo que se refiere a la fiducia cum creditore tenía como fin proporcionar al acreedor (MANCIPIO ACCIPIENS) una garantía real, transmitiéndole la propiedad de una cosa por el deudor o en un tercero (MANCIPIO DANS) en consideración a él para responder del cumplimiento de una obligación, en tanto que mediante el pactum fiducie el acreedor se obliga a restituir la cosa al propietario, cuando la deuda fuese solventada. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla, es decir se consolidaba la propiedad en el acreedor si no se le pagaba la deuda garantizada.

Dichas figuras fueron sustituidas posteriormente por las del depósito, el comodato y la prenda, aunque el pacto fiduciario nunca desapareció de la práctica, debido a la amplitud de los fines que a través de él podían alcanzar, lo hacían de gran utilidad.

B. EN EL DERECHO ANGLO-SAJON.

Algunos autores consideran actualmente que el fideicomiso es de origen germano más bien que romano. SCOTT nos

señala que el origen lo encontramos en la institución germana del salman, donde se crea el oficio del TREUHANDER, cuya etimología deriva al TREUHAND, es decir "mano fiel" que era una suerte de trustee. Así la affiduciatum, la carta venditionis y la prenda comisorio de propiedad se asemejaba más a la venta con pacto de retro venta o sujeta a condición, que a la figura romántica del fideicomiso, ya que la transferencia de la propiedad se realizaba condicionada, dando por resultado una forma dominical imperfecta con todos los derechos y obligaciones que ese carácter comunica a los sujetos.

José M. Villagordoa Lozano, señala que en el Derecho germánico encontramos tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso: la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand en sus distintos aspectos y reglamentados por el antiguo y por el nuevo derecho. (5)

Villagordoa citando a Messina Giuseppe, señala que la prenda inmobiliaria constituía un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor, para fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta venditionis y al mismo tiempo se obligaba el propio acreedor, con una, contracarta a la restitución del primer documento y del in-

(5) José M. Villagordoa Lozano, Doctrina general del fideicomiso, Editorial Libros de México, 1976, pág. 14.

nueble transmitido, en caso de que el deudor puntualmente, cumpliera con su obligación. (6)

Esta figura jurídica tiene similitud con la fiducia cum creditore, empero al mismo tiempo se distingue de dicha institución romana, en que la prenda inmobiliaria del derecho germánico sólo se otorga a garantías que se constituyen sobre bienes inmuebles, como su nombre lo indica. Otra diferencia radica en el requisito formal de la entrega de la carta venditionis y de la contracarta que se acompaña a la entrega del inmueble que constituyen la garantía respectiva.

Mediante esta institución quien deseaba efectuar una donación inter vivos o post obitum, transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado manus fidelis a través de una carta venditionis. A su vez el manusfidelis inmediatamente después de dicha transmisión - usualmente el mismo día retransmitía al verdadero beneficiario, la cosa adquirida, reservando al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada para disfrutarla durante su vida.

Generalmente de entre personas que formaban parte del

(6) Messina Giuseppe, *Megozi fiduciari, Scritti Guirici*, Milano, 1948 Tomo I, pág. 139.

clero eran escogidas la persona que debía de desempeñar el cargo de manusfidelis, en virtud de que se requería una garantía de esta naturaleza, ya que la carta venditionis se otorgaba en términos amplios e ilimitados, de tal suerte que el manusfidelis podía disponer de las cosas transmitidas aún en provecho propio.

Por lo que se refiere a la otra figura jurídica del derecho germánico, el salman o treuhand, o sea las personas que desempeñaban el cargo de fiduciario. Al salman en el Derecho germánico se le ha definido como la persona intermedia que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo.

El salman del antiguo derecho se distingue esencialmente del salman del nuevo derecho germánico. En el derecho antiguo, el salman es el fiduciario que recibe sus facultades del enajenante y a su vez se obliga frente a él en forma solemne, para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos. En el derecho moderno, es típico que el salman sea fiduciario del adquirente y no del enajenante, por lo que de aquel recibe sus poderes jurídicos, los demás elementos de la relación no sufrieron alteración alguna y su principal función está orientada para reforzar el derecho del adquirente definitivo. (7)

(7) Ibidem, pág. 151.

Por otra parte según algunos autores el fideicomiso - llegó a Inglaterra procedente de Alemania a través del canal inglés. Se tiene conocimiento de un fideicomiso hacia el año 1066, pero no eran sino convenios entre caballeros: de tal suerte que si a una persona se le dejaba una propiedad para que la administrara en beneficio de una tercera - persona, y aquella no llevaba a cabo las instrucciones, no había medio de hacérselas cumplir.

A mediados del siglo XV, Enrique VIII, se dió cuenta de la forma en que eran administrados estos fideicomisos y procedió a reglamentarlos para que los fiduciarios obraran correctamente.

Por el año de 1550, el fideicomiso fue motivo de numerosos fraudes además de que se utilizaban generalmente para ocultar algo que una persona no debía hacer.

Asímismo, una institución religiosa, un monasterio o una iglesia, no podían poseer títulos sobre un bien raíz y en virtud de necesitar la iglesia de propiedades, procedió a traspasarlas a un fiduciario para que este las conservase en beneficio de la iglesia. Se estima que los franciscanos fueron los primeros fideicomitentes.

En Inglaterra durante la guerra de las Rosas, entre las

casas de Lancaster y la casa de York, un soldado ponía sus propiedades en manos de un fiduciario antes de ir a la guerra; haciendo ésto, sus propiedades no podían ser confiscadas por el enemigo, en caso de que éste resultase vencido.

Esto se hizo durante algunos años hasta que el Parlamento intervino y le dió fin. De 1400 a 1535 el fideicomiso se empleo para engañar al gobierno y ayudar a la iglesia, entre 1535 y 1635 se dice que una tercera parte de los bienes raíces en la Gran Bretaña estaban comprometidas en fideicomisos, no llamado así entonces sino "usos". Fue por ésto que el Parlamento aprobó en el año de 1535, a reiteradas instancias de Enrique VIII, la Ley de "Estatuto de Usos". (8)

Es importante hacer mención de los Tribunales de Equidad y de Derecho Común de los Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra, ya que su función es relevante en los antecedentes del trust.

Los tribunales de Common Law se establecieron en Inglaterra a raíz de la invasión Normanda, pero ya existía autoridades judiciales que impartían justicia; que era el Rey,

- (8) Stephenson Gilbert T., Primer cónclave sobre fideicomisos, Editorial Asociación de Banqueros de México, D. F., 1943 Pág. 6.

quien en la segunda mitad del siglo XIII delegó parcialmente su facultad jurisdiccional en tres tribunales: Kings Bench, Common Bench y el Exchequer, los que en conjunto formaron los tribunales del Common Law.

Posteriormente el Rey también delegó su función de juzgar en el canciller y esto ocasionó una fuerte lucha entre los tribunales de la Cancillería y del Common Law por la supremacía.

Así se decretó la supremacía de la Cancillería sobre los tribunales de Common Law, especialmente en lo relativo al derecho de acción y ejecución de las sentencias.

Desde el siglo XVII hasta mediados del siglo XIX, ambos sistemas de tribunales convivieron en relativa buena armonía hasta que en Inglaterra se fue gestando un movimiento de unificación de los mismo que culminó con la promulgación de las leyes de 1873 y 1875, por las que se confió a un sólo tribunal la administración de la justicia en sus dos formas: justicia otorgada conforme a las reglas de la equidad y la otorgada conforme a las reglas del Derecho Común. Esta reforma hecha en Inglaterra fue seguida en los Estados Unidos, unificándose los tribunales de Equidad y los de Derecho común.

Por lo que los Estados Unidos de Norteamérica heredaron de la antigua Inglaterra su sistema jurídico y con él, el "trust", pero su desenvolvimiento y funciones son notablemente distintos aunque en su estructura, el trust inglés y el trust norteamericano se asemejan. Este no sufre el largo proceso histórico de gestación y depuración puesto que el negocio inglés es adaptado ya en considerable grado de evolución y en consecuencia, juega más libre de lastre histórico.

La vida del "trust" americano está intimamente vinculada con el crecimiento industrial y financiero del país; las grandes empresas aseguradoras, lo acogen, después las instituciones bancarias y en general ha sido un útil instrumento jurídico para las grandes operaciones financieras, especialmente para las de sentido monopolístico.

La industria americana desarrollada sobre la base de unidades de proporciones extraordinarias ha ocurrido con frecuencia en la técnica del "trust" para formar grandes empresas o monopolios, ya sea para buscar una fusión de empresas industriales, ya sea para aminorar la competencia; para distribuir los mercados, entre los diferentes productores, para integrar monopolios verticales o para sostener precios remuneradores de la producción.

En el año de 1818 se estableció el primer fideicomiso o mejor dicho el primer departamento fiduciario, la Massa-

chusetts Hospital Life Insurance Co.; Cuatro años más tarde lo hizo también la Farmer's Insurance And Loan Co. Pero el incremento de las compañías fiduciarias o de los departamentos fiduciarios de las instituciones bancarias empieza realmente después de la guerra de Secesión y alcanza proporciones de primera magnitud en la práctica bancaria y financiera de los Estados Unidos a fines del siglo pasado y en los años del presente siglo.

Por su extraordinaria importancia en la vida jurídica y económica norteamericana conviene hacer breve referencia a cuatro formas del fideicomiso utilizadas para establecer un manejo de bienes de significación corporativa y que en esa virtud, desempeñan funciones análogas a las de las sociedades mercantiles entre nosotros.

En el trust de inversión (investment trust), varias personas aportan bienes para constituir un fondo común cuyo manejo se confía a un "trust company".

En el Trust de voto, "voting Trust", un grupo de accionistas participantes en una empresa encomienda a una compañía fiduciaria representarlos en común. De esta manera consolidan una mayoría de votos que imprime su voluntad a la marcha de las empresas en forma más o menos permanente. Por este medio la "trust company" llega a controlar numerosas

empresas y se constituyen en una institución dirigente de la economía privada.

El "trust" creado con francos fines de monopolio (holding trust), se constituye cuando una compañía fiduciaria, recibe aportaciones de personas individuales o colectivas dedicadas a actividades similares y manejando empresas distintas, para la realización de un fin económico común.

Por último el "trust" creado con fines de garantía, al cual recurrió el sistema ferroviario para superar el estado de postración financiera en el que cayó a fines del siglo pasado. Se emite un empréstito poniéndose a la venta bonos o certificados que están garantizados con los bienes de la Empresa emisora que ésta entrega a una compañía fiduciaria para que con su producto se pagen los intereses y se redima paulatinamente la emisión.

En conclusión, podemos decir que el trust norteamericano y su forma típica, es un negocio del derecho bancario, por el cual una institución de crédito maneja bienes que no son suyos, para beneficio de otra persona. Podemos también considerar al trust en su forma estadounidense como el antecedente más cercano de nuestro fideicomiso.

C. EL TRUST Y SU EVOLUCION.

El trust es el producto de un largo proceso evolutivo

y las normas que lo regulan y que en su conjunto forma un cuerpo jurídico, fueron inducidas poco a poco por los jueces de los tribunales de equidad ingleses y de circunstancias de hechos existentes en los casos que se les presentaban para su resolución. Sin embargo, fueron también resultado del proceso deductivo que partía de la aplicación de principios éticos de equidad, hasta entonces fuera del campo del derecho positivo, a la situación legal creada por ésta, es decir, por el Common Law.

Por lo que la utilización del use traje como resultado también el nacimiento y florecimiento de todo un sistema de impartición de justicia que se le conoce con el nombre de Sistema de Justicia de Equidad.

En Inglaterra ha existido un doble sistema de jurisprudencia para la administración de justicia a través del reino. Las dos partes que integran este sistema fueron llamadas Equidad (Equity) y Derecho Común (Common Law).

El derecho común fue administrado en Inglaterra por todas las Cortes del Real Tribunal de Justicia y por los Juzgados de Primera Instancia, de donde proviene su denominación de las Cortes del Derecho Común (Common Law). Este Derecho tuvo por finalidad dar justicia a todos. Sólo que fue sumamente rígido, formal y sólo contaba con disposiciones elementales, suficientes para la condición de la gente ru-

ral en la época feudal, pero a la postre obsoletas a las necesidades de una nación dedicada a la industria y al comercio.

Según José M. Villagordoa Lozano, los juicios del Derecho Común sólo perseguían tres objetivos hasta el siglo pasado que son: 1) restituir la posesión de propiedad personal; (2) remediar, concediendo la recuperación de la propiedad; (3) sentenciar la recuperación de los daños o perjuicios, en caso de incumplimiento del contrato. (9)

A consecuencia de sus procesos rígidos, así como a las inflexibles formalidades del Derecho Común, surgió la necesidad de un sistema supletorio de jurisprudencia. Por lo que el Rey, como Jefe del Estado, y por lo tanto considerado como la "fuente de la Justicia", tuvo la obligación en conciencia de dar a sus súbditos que lo solicitaran el debido resarcimiento por daños y perjuicios causados con motivo de las relaciones con sus semejantes, quien en ejercicio de su poder y a través de su soberana autoridad restablecía los derechos de sus súbditos, si el sistema legal establecido por medio de las cortes no podía dar solución al conflicto..

Posteriormente al crecer el reino y al venir guerras,

(9) Op. cit., pág. 17.

el Rey y su consejo se ocuparon de asuntos urgentes de Estado, por lo que el soberano trasladó las peticiones de justicia a su canciller, "el guardián de su conciencia", para su consideración y decisión.

La Cancillería como Tribunal de equidad tuvo su auge aproximado de seis siglos en Inglaterra y desapareció en - 1275. Durante ese período la cancillería actuó como tribunal de conciencia fundamentalmente inspirado en el anhelo de aplicar la justicia al caso concreto, cuando la rigidez del Common Law no preveía muchas situaciones. El use y posteriormente el Trust constituyeron la más frecuente razón de que los ciudadanos acudieron a la cancillería para demandar justicia en equidad, ya que ambas instituciones no estaban definidas por el Common Law y las obligaciones derivadas de las mismas eran las más de las veces morales y verbales. Es así como las dos instituciones se fueron perfilando a través de los siglos y como el use y el trust constituyeron la gran creación jurisprudencial del derecho de equidad. (10)

La equidad (equity) se define como el sistema de jurisprudencia, basado en buena razón, buena conciencia e introducida y desarrollado por los cancilleres de Inglaterra, por

(10) Fomento Cultural de la Organización Somex. AC. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, pág. 16 y 17.

autoridad del rey y con asentimiento del parlamento, para hacer justicia donde era denegada por el Derecho Común (Common Law) o para hacer una justicia más perfecta que la que podría hacerse a través del Derecho Común (Common Law). (11)

Así pues el trust antes de convertirse en la figura que se conoce actualmente, como ya indicábamos, tuvo que atravesar por varias etapas.

Scott divide, para efectos didácticos, el estudio histórico del use y el trust en Inglaterra en cuatro períodos: el primero abarca la época medieval a partir del siglo XII hasta el siglo XIV; el segundo que es el desarrollo progresivo del use, abarca desde el siglo XIV hasta el siglo XV y comprende la promulgación del Estatute Of Uses (1536); el tercer período va de 1536 hasta aproximadamente 1650 y el cuarto desde este año hasta nuestros días. (12)

(11) Library of American Law and Practice, American Technical Society, Vol. VIII. Equity, Equity Procedure, Trust, Trustees, Prerogative Writs, Chicago, 1912, pág. 14 a 18 y 20.

(12) Scott Austin Wakeman, The Law of Trust, Third Edition Little Brown and Co., Boston-Toronto, 1967, Vol. 1, pág. 10 y 11.

El nacimiento y evolución de esta institución se remonta posiblemente al siglo XIII y su origen va íntimamente ligado al "Use" que apareció en Inglaterra como consecuencia de la costumbre medieval de entregar los bienes, principalmente inmuebles mediante "enfeudación", o sea, la transmisión del dominio a una persona (Feoffee To Uses) para que los administrara en beneficio de otra (cestui que uses).

El use estaba formado de una relación jurídica mediante la cual una persona (feoffee to use) era revestida, según la Common Law, de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otras personas (cestui que use). Por ejemplo, en caso de que se quisiera atribuir el goce de un inmueble a A, se podía obtener este resultado mediante un acto de feoffment que invistiera a B del derecho de propiedad legal del inmueble, pero to use, es decir, en beneficio de A. La Livery of seisin o verificación de la investidura era hecha a B, quien se consideraba vested en el inmueble de la legal estate, o sea de la facultad de acudir a un tribunal de derecho común, para defender la titularidad de los bienes transmitidos. A tenía el goce - efectivo del inmueble sin encontrarse constreñido al cumplimiento de las obligaciones inherentes a la propiedad transmitida. (13)

(13) José M. Villagordoa Lozano, Op. cit., pág. 16.

Rodolfo Batiza citando a Maitland, señala que este autor afirma que el trust moderno, se desarrolló del antiguo uso que consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o cestui que uso. La palabra uso, señala dicho jurista, es un término curioso que podría decirse ha equivocado su propio origen: pudiera pensarse que proviene del latín usus, pero en realidad, deriva de opus y desde tiempos remotos en los siglos VII y VIII como puede comprobarse en documentos jurídicos lombardos y francos, encontramos en el latín bárbaro o vulgar "ad opus" como equivalente a "en su representación". La expresión conviértese en el francés arcaico en al oes, ues, que en la pronunciación inglesa se confunden con use, permaneciendo ad opus en el latín escrito. (14)

Así mismo Rodolfo Batiza citando a Keeton, dice que este autor señala que el terrateniente inglés, ponía sus tierras "en uso" para lograr diferentes objetivos, ya fueran lícitos, pero que el orden jurídico no reconocía, o francamente fraudulentos, y que requerían una interpósita persona. En la primera categoría caía la práctica de hacer testamento vía de uso surgida en virtud de que el derecho regulador del régimen de las tierras, estimando la tenencia feudal (14) Maitland, F.W., Equity A course of lectures, Revised and Annotated by John Brunyate. Cambridge Univertisty Pres, 1949, pág. 23.

dal como una relación personal, desautorizaba las transmisiones testamentarias, situación que subsiste hasta que se promulga la Ley de Testamentos (ESTATUTE OF WILLS), en 1540. Conforme al Common Law, por otra parte, el marido no podía legalmente transmitir bienes a la esposa, prohibición que se eludía "enfeudando" (enfeoffing) a otras personas que, a su vez, enfeudarían a favor de ambos cónyuges, quienes así "poseerían para sí mismos y sus herederos". Entre las prácticas fraudulentas contábanse las transmisiones en uso para defraudar acreedores y para burlar acciones reivindicatorias. La tercera categoría, considerada por Keeton como ocupando una posición intermedia entre las dos extremas indicadas, comprendía los casos de evasión a las Leyes de manos muertas, que venían a hacer posible la donación de tierras a las fundaciones eclesiásticas, en especial la orden franciscana, que por su voto de pobreza estaba impedida de adquirir la propiedad, más no así de recibir su provecho económico. (15)

En 1217, el Parlamento Británico promulgó al estatuto de manos muertas, por lo que se prohibió a las corporaciones religiosas el derecho a ser propietarios de tierras. Posteriormente el Parlamento legisló para impedir que los usos sirvieran a propósitos contrarios al orden público, por lo

(15) Keeton, George W., "The Law of Trusts", Sir Isaac Pitman y Sons, Ltd. Ninth Edition, Londo. 1968, pág. 21.

que en 1375, prohíbe las transmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reserva el uso de la cosa. En el año de 1377, el Parlamento promulgó una ley que sancionaba con nulidad los actos por los que el despojante de tierras las transfería a personas prominentes o desconocidas, para su propio uso, dificultando con ello la restitución al verdadero dueño. En 1391 se amplía la aplicación de la Ley de manos muertas, por la que se decretaba la confiscación de tierras transferidas a corporaciones religiosas, para evitar la situación en que la transferencia se hiciera al uso de esas corporaciones.

Estas prácticas originaron como ya hemos señalado anteriormente incontables e inconvenientes abusos y como resultado, en el año de 1535, Enrique VIII promulgó la Ley de - Uses (statute of Uses), la cual establecía, que quien gozaba de un use sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. Esto fue "ejecutar el uso" es decir, darle efectos legales de plena propiedad. (16)

La aplicación de esta Ley no logró su objetivo, sino por el contrario vino a fomentar la práctica del use, solo que con un nuevo nombre; y así surgió el "trust" con la inesperada fuerza que le dió el derecho de equidad.

(16) José M. Villagordoa Lozano. Op. cit., pág. 25.

La aplicación de la Ley sobre usos se limitó, quedando fuera de su órbita de aplicación los siguientes casos:

- a) No tuvo aplicación cuando el use se refería únicamente a bienes muebles.
- b) Tampoco fueron materia de esta Ley, los use que implicaban una labor positiva y de administración que debía realizar el feoffee to use, quien tenía el deber activo de llevarlas a efecto. Estos uses activos recibían el nombre de trust.
- c) Asimismo, escaparon de la Ley referida, los usos que se constituía sobre otro uso anterior, es decir, aquellos que se constituían en cadena y que los autores anglosajones llamaron use limited upon a use. En estos casos la ley sobre usos ejecutaba el primero celebrado en tiempo, transmitiendo la propiedad absoluta al primer cestui que use, quien a su vez se designaba feoffee to use en el segundo; en relación con este último la ley no era aplicable en vista de que un use no podía limitar a otra, pues si se ejecutaba el segundo las consecuencias de la ejecución del primero se declaraban nulas. Para evitar estas consecuencias los tribunales de derecho común decidieron negarle validez al segundo use. Pero en cambio las cortes de equidad determinaron

que "si bien la persona favorecida con el primer uso era la propietaria legal, la beneficiada con el segundo seguía siendo, como antaño, la dueña en equidad o titular de un derecho que resultaba a su favor por el segundo use". (17)

En relación con bienes muebles, tales como lease hold, no era posible hablar de "seisin" o propiedad inmobiliaria, además de que los bienes muebles susceptibles de transmitirse por testamento o en forma verbal, no habían caído dentro del régimen de los uses y por lo que respecta a los derechos de crédito, su transmisión era ilícita a la luz del derecho estricto, lo cual vino a determinar que los bienes muebles no hubieran quedado dentro de la esfera de aplicación de la Ley.

Así pues, se sostuvo que la Ley no era aplicable a los llamados Uses Activos; por ejemplo cuando el Feoffee tenía instrucciones de permitir al "Cestui que Uses" el cobro de frutos y rentas, en el caso del use pasivo, si quedaba ejecutado, pero cuando el feoffee tenía la obligación de hacer los cobros y entregar los productos al Cestui, se resolvía que el título legal subsistía en aquel; asimismo, en 1556, se reconocía que a pesar de la Ley, se hacía posible la se-

(17) José M. Villagordoa Lozano, Op. cit., pág. 26.

paración entre los derechos legales y los de equity por estimarse que el use no había sido ejecutado en los casos en que se constituía sobre derechos sujetos a un término y conocidos por LEASEHOLDS. Estrictamente interpretada la ley no podía afectar estos derechos, reputados como de naturaleza mueble, pues se aludía a la hipótesis en que una persona estuviera en "seiscd" (posesión dominical) para el uso de otra.

Había una tercera situación en que el desdoblamiento entre los derechos legal y de equidad seguía siendo factible, consistente en la peculiar situación de un uso constituido sobre otro uso, o sea cuando una cosa se transmitía a una persona para el uso de otra, para el uso de una tercera. Por efecto de la ley de usos, la primera adquiría el título legal, careciendo la segunda de todo derecho. Sin embargo, en el célebre caso TYRREL, fallado en 1557, se decidió que aún cuando el primer uso quedaba ejecutado, el segundo escapaba a la aplicación de la ley. Durante mucho tiempo, dice SCOTT, se ha venido acostunbrando menospreciar el criterio de los jueces que intervinieron en ese negocio, atribuyéndoles la responsabilidad del absurdo de que la aplicación de la ley pudiera evadirse mediante la añadidura de tres palabras al instrumento de transmisión. (18) Es -

(18) Scott Austin Wakeman, Op. cit., pág. 22.

cierto, comenta Scott, que la ley podía eludirse en esa forma, pero Ames ha demostrado que la culpa no recae en los jueces que decidieron el caso *tyrrel* sino en los propios -cancilleres que, con anterioridad habían sostenido el principio de que un uso adolecía de nulidad absoluta por ser -aquél "repugnante" a éste. El segundo uso, que los jueces de Common Law consideraron como no ejecutando, fue posteriormente considerado como trust por los cancilleres. (19)

Las diversas situaciones antes descritas, que la ley de uses no cubría y el auge creciente de la riqueza mobiliaria, hicieron inevitable que los cancilleres vinieran a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos uses, conocidos más tarde con el nombre de trust.

Durante la Edad Media, las leyes contra las manos muertas (*statutes of mormain*) prohíben las donaciones de bienes inmuebles a los conventos e iglesias y para eludir estas leyes, el clero inglés ideó el procedimiento de que estas donaciones en vez de ser directas por ser ilegales, se hiciesen a un tercero, pero en provecho del establecimiento religioso que se quería beneficiar: "TO THE USE".

(19) Ames James Barr: "The origin of Uses and trust", Harvard Law Review, Vol. XXI. 1907-1908, pág. 32.

En este período, los uses consistieron en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del Feoffee o del prestanombre.

En el siglo XVII rige el principio de que la equidad sigue al derecho estricto y recibió mayor auge debido a la influencia de Lord Nottingham, canceller durante los años 1673 1682. Dicho principio influyó para que el derecho del trusts fuera progresivamente sistematizado y que ha la pos- tre fuera más difícil la evasión de normas legales por las partes.

Scott considera que la antigua filosofía de los uses, desarrollada por la intervención de los cancilleres durante el siglo XV y hecha más sutil y complicada por los tribunales de Common Law en el siglo siguiente, dió paso a una nueva filosofía del trust basada sobre las concepciones más - claras del orden público y de la naturaleza de los fines del derecho. Por lo que Lord Mansfield señala, que no fué sino, hasa que el Gran Sello fue encomendado a Lord Nottingham cuando realmente los trusts existieron sobre verdaderas bases, partiendo de simples principios y de cierta colaboración del legislador, surgiendo así, mediante la evolución del trust, un sistema jurídico uniforme, racional y noble.

Por lo que en el siglo XIX, la institución jurídica del

trust había alcanzado gran desarrollo como tal, y a su evolución natural sólo restaba solucionar cuestiones de detalle.

El cambio de mayor trascendencia es el surgimiento del suministro de servicios técnicos especializados, con la aparición del trustee institucional.

Cabe señalar que existe en la vida jurídica anglosajona una tendencia creciente a hacer del trust un negocio regulado y sistematizado por el derecho, más que una situación en la cual un sujeto es protegido por los tribunales de equidad, aplicando normas equitativas.

1.- Naturaleza Jurídica del Trust.

La convicción de los autores anglosajones está prácticamente unificada en cuanto a que la peculiar naturaleza jurídica del trust es resultado del hecho histórico de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto y los tribunales de equidad existían como entidades separadas independientes. El trust, al menos como se conoce en la actualidad, afirma Scott, jamás se hubiera desarrollado de no haber sido por tal circunstancia, que vino a determinar diferencias esenciales de procedimientos: la sentencia recaída en

un juicio de derecho estricto crea y declara derechos en el actor; el derecho de equidad, en cambio, impone deberes en el demandado, de ahí la máxima "la equidad actúa sobre la persona", de la cual provino la situación especial de que una persona a la que correspondía el título legal en bienes determinados pudiera, no obstante, ser constreñida a ejercitar sus derechos en beneficio de otra. Si las cosas hubieran quedado ahí, nada de extraordinario tendría el trust: - más los tribunales de equidad fueron más allá de la simple imposición de deberes u obligaciones personales a quien tenía el título sobre la cosa y confirieron en favor del beneficiario un derecho sobre la misma, protegiéndole en su goce. La resultante, dice este autor, ha sido algo único: una forma dual del derecho de propiedad en que, de una parte, está el trustes a quien corresponde el título legal, de otra el beneficiario, quien tiene la propiedad de equidad. (20)

A este respecto José M. Villagordoa nos da a conocer la definición del Restatement of the Law of Trusts, que al

(20) Keeton, G.W.: "An Introduction to Equity", p. 55. --
 "Ashburner's Principles of Equity". Second Edition by
 Denis Browne Butterworth y Co. Ltd. Lond. 1933, pág.
 5.

efecto transcribe Jorge Serrano (21) diciéndonos que "un - trust" es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona - que crea el trust (settlor)".

Jorge Serrano, nos explica el concepto de relación fiduciaria en el trust, ya que en virtud de ella "el beneficiario está obligado a depositar en su entera confianza en el trustee -fiduciario-, en virtud de la relación tan estrecha e íntima que une a ambas partes y porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero. En cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria el Restatement asiente que el fiduciario está generalmente obligado a no delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se encomendó al constituir el trust; con lo que manifiesta que si el trustee fue seña-

(21) Serrano Trasviña, Jorge: Aportación al Fideicomiso México, 1950, pp. 88 y 89. Roberto Molina Pasquel, en su obra los Derechos del Fideicomisario, traduce el Restatement of the Law on Trusts como Reformulación del Derecho sobre Trusts o Declaración del Derecho sobre Trusts. Pág. 306.

lado en virtud de la confianza que se supone entre las partes tiene la obligación de desempeñar su oficio". (22)

El trust según Lepaulle: "es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público". (23)

En relación a esta definición nos reservamos su análisis para hacerla en su oportunidad en el siguiente capítulo.

2.- Personas que intervienen en el Trust.

José M. Villagordoa Lozano (24) analiza la figura del trust estableciendo que: generalmente son tres las personas que interviene en el trust y estas son:

(22) Serrano Trasviña, Jorge: ob. cit., pág. 89.

(23) Pierre Lepaulle: Tratado teórico y práctico de los trusts en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional, Primera Edición, Ed. Porrúa, S. A. México 1975, pág. 23 y 24.

(24) Op. cit., pág. 29 y sig.

SETTLOR.- Es el creador del trust, el que da el encargo de confianza, y es también llamado creador o trustor.

Al menos que se reserve el derecho de revocar el trust, o modificarlo, esta persona generalmente desaparece al constituir el trust. Asimismo puede reservarse el derecho de dirigir al TRUSTEE en tratándose de inversiones, así como de los actos que éste efectúe y que a su juicio estime pertinente.

Puede ser Settlor cualquier persona que tenga la capacidad de otorgar testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales y en fin que sea sui juris.

TRUSTEE.- Es el propietario administrador, en quien se deposita la confianza y realiza el encargo confiado, puede ser una persona física o moral.

Esta persona en razón del trust, se convierte en el titular legal del bien o derecho que se afecta en trust y para tener esta calidad no sólo es necesario tener capacidad de gozar de los bienes y derechos, sino también la capacidad de ejercitar tales derechos.

Cabe mencionar que el Settlor bien puede válidamente nombrar a cualquiera como TRUSTEE, aunque con algunas excep-

ciones como en el caso del Estado el cual no puede ser Trustee en virtud de que no puede ser demandado.

Puede reunirse la calidad de Settlor y Trustee en una misma persona, cuando el Settlor se nombra así mismo TRUSTEE, bastando para ello tan sólo, que tenga la suficiente capacidad para transmitir los bienes o derechos materia del Trust, a un tercero. En esta circunstancia al crearse el patrimonio del trust no existe transmisión de bienes o derechos, sino solamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del Settlor Trustee.

Por el contrario no puede coincidir los caracteres de TRUSTEE y beneficiario en el mismo TRUST.

La falta de designación del TRUSTEE a cargo del SETTLOR no traerá como consecuencia la invalidez del trust, en virtud de que la designación de Trustee la efectuará el tribunal competente de acuerdo con el principio que dice: "La equidad no permitirá que un trust se fustre por la falta de TRUSTEE".

Dicho principio es aplicable también en el caso de que el cargo no sea aceptado, ya sea por falta de capacidad o bien de voluntad para desempeñarlo, esta declinación no trae aparejada responsabilidad alguna en razón de que nadie esta

obligado a aceptar. Así también es necesario señalar que el Trustee no puede aceptar sólo en parte el trust, sino por el contrario la aceptación debe ser total.

La aceptación o rechazo efectuada por el Trustee puede ser expreso o tácito, y una vez aceptado el cargo tendrá - efectos retroactivos al momento de creación del trust; por otra parte una vez efectuada la aceptación, no podrá rechazar el cargo, salvo que quede relevado de dicho cargo por renuncia o destitución. Por lo que respecta a la renuncia señala el PESTAMENT que solo podrá presentarla el trustee ante el tribunal competente o bien en la forma y términos precisados en el acta constitutiva. Por otra parte también es aceptada la renuncia efectuada con consentimiento de los beneficiarios, siempre y cuando todos tengan capacidad para ello; ya que si no la tuviesen, el Trustee no podrá renunciar por este medio.

Por lo que hace a la destitución del Trustee, sólo podrá decretarla o declararla un tribunal competente o la persona señalada por el acta constitutiva, siendo causales de ello las siguientes: por falta de capacidad para administrar el Trust o porque el Trustee cometa una violación del deber encomendado, ya sea por abuso, prevaricación o por falta a su deber al desempeñar el cargo; o porque se rehuse a exhibir la fianza necesaria o a rendir cuentas; por la comisión

de un delito: por incapacidad por negarse a cooperar con los COTRUSTEES y ser esta causa de una demora en la ejecución del Trust.

Por lo que respecta, a las facultades y obligaciones del TRUSTEE, podemos mencionar las siguientes:

- a) Debe cuidar el negocio y defenderlo contra todo tipo de ataques provenientes de tercero, del beneficiario e inclusive del SETTLOR, de tal suerte que si en ejercicio de este deber el trustee recurre a la vía judicial, deberá proseguir el procedimiento en todas sus instancias hasta la consecución del mismo.
- b) Tiene el deber de tomar posesión inmediata de los bienes fideicomitidos, salvo pacto en contrario en el acto constitutivo.
- c) Debe registrar los bienes fideicomitidos a partir del momento de tomar posesión del cargo, haciendo constar la existencia del trust, así como el carácter que se le otorga.
- d) Está obligado a cuidar la seguridad de los bienes fideicomitidos; para la cual, deberá pagar los impuestos, derechos o intereses de cualquier clase que graven el

patrimonio del trust; así como asegurar los bienes inmuebles.

- e) Le está prohibida la fusión de los bienes afectos al trust con los suyos.
- d) En tratándose de inversiones, el trustee puede acudir a un consejo técnico, lo cual no lo libra de la obligación de obrar prudentemente, en cuyo caso no se exime de responsabilidad.

CESTUI QUE TRUST.- Es el beneficiario quien posee el derecho de propiedad conforme al fuero de equidad y puede reivindicar la cosa y tiene la facultad para exigir en equidad la realización del trust en provecho propio.

Puede ser beneficiario de un trust, cualquier persona que tenga capacidad para adquirir la propiedad legal de bienes o derechos. Cabe señalar que los legalmente incapacitados, como menores de edad o enajenados mentales, pueden ser beneficiarios de un trust.

El cestui puede ejercitar su derecho que le confiere el trust mediante un recurso en equidad contra el TRUSTEE, y no necesariamente debe proceder en el Derecho Común, donde él podría hacerlo así, excepto en los casos de vencimiento

del plazo del fideicomiso, o de falta de rendición de cuentas al CESTUI, por parte del trustee.

Se ha dicho que sería nulo el trust que no contara con CESTUI capaz de reclamar al TRUSTEE el cumplimiento de los fines para el cual fue constituido.

Así también, el SETTLOR puede constituirse asimismo en beneficiario único o en uno de los designados en el trust.

a) OBJETO DEL TRUST.

Sostiene la doctrina anglosajona que, por definición, no puede constituirse trust sin "bienes específicos" que constituyan su objeto. Así también admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, o derecho que tenga algún valor y sean transferibles, legales o de equidad, salvo prohibición legal expresa, son susceptibles de ser objeto de TRUST.

b) CLASIFICACION DEL TRUST.

Atendiendo a la forma en que nace el trust, se puede intentar clasificarlo en la siguiente forma:

Express Trust.— Trust que nace por acto de las partes.

Implied Trust.— Trust que nace por ministerio de Ley.

Según el interés que se persigue, los Express Trust se divide en:

- Private Express Trust.— Son los que tienen como beneficiarios a personas específicamente señaladas.
- Public Express Trust.— Son los que interesan a la sociedad en general o a un sector considerable de la misma.
- Charitable Trust.— Son los que se constituyen para la realización de una finalidad o propósito específico, pero que no se ha creado para beneficio de una persona o personas determinadas.

Según los efectos, los Express Trust se dividen en:

- Testamentary Trust.— Cuando los efectos del Trust están supeditados a la muerte de su creador.
- Living Trust.— Cuando los efectos del trust comienzan simultáneamente a su creación.
- Executed Trust.— Es aquel que después de haber sido

definitivamente declarado en el acto constitutivo, no exige para producir sus efectos, ningún acto posterior.

- **Executory Trust.**- Es aquel que para producir sus efectos, está subordinado a un acto adicional que debe realizarse para la constitución del Trust.

Los Implied Trust se dividen en:

- **Resulting Trust.**- Cuando alcanzado el propósito para el cual se creó el trust, y aún existe patrimonio sobrante, éste se conserva para el Settlor.

Cuando se usa el Trust en garantía de pago y exista un remanente, éste se conservará para devolverlo al Settlor.

- **Constructive Trust.**- Es un remedio de carácter procesal creado por los tribunales Angloamericanos para impedir el enriquecimiento ilícito. Cuando los tribunales se cercioran de que el detentador de una propiedad se enriquecería injustamente si se le permitiera usar el bien en litigio, crean un Constructive Trust, en tanto se precisa quien es el titular del derecho.

Este es sólo un intento de clasificación general, ya

que existen una gran variedad de trusts, ya que los propósitos para los que pueden ser creados, son ilimitados y pueden ser aplicados y han sido utilizados como un método legal para efectuar muchos y diferentes propósitos, lo cual nos revela su gran flexibilidad, su utilidad y extenso campo de aprovechamiento.

c) EVOLUCION DEL TRUST.

El Dr. Scott relata que el profesor Maitland está acostumbrado a decir a sus alumnos, que el éxito más sobresaliente de los Ingleses en el campo de la Jurisprudencia, ha sido el desarrollo del siglo a siglo de la idea del trust y añade que ningún otro sistema de derecho tiene una institución jurídica para hacer disposiciones de bienes que sea tan adaptable como éste.

El trust es aplicable para toda clase de propósitos, se puede crear para cualquier fin que no esté prohibido por la ley o no sea contrario al orden público, los derechos del fiduciario o trustee son los que el creador del trust impone y los derechos de los beneficiarios son los que se confieren a ellos.

Si se pregunta uno para qué sirve el "trust", dice Lapaulle (25) puede casi responderse: "para todo". Es más in-

dispensable que el tē para la vida inglesa o el "base-ball" para la vida americana.

Es pertinente destacar que la idea de conferir a empresas no necesariamente instituciones de crédito, la facultad de administrar trusts, se desarrolló simultáneamente en los Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra durante el siglo XIX. Para el Derecho Anglosajón, no hay en rigor relación entre los negocios bancarios y los que ocasiona la administración de un trust. En los Estados Unidos, las primeras corporaciones fiduciarias fueron las compañías de seguros y la primera institución de este tipo que se dedicó a negocios de trust, fue la Massachusetts Hospital Life Insurance Co., fue constituida en 1818, pero efectuó negocios de trust sin autorización legal durante cinco años y hasta 1823, obtuvo autorización para dedicarse a esta actividad en virtud de una reforma a la ley. Posteriormente, se proliferaron a tal grado que en 1898 existían setenta y tres compañías y para 1939, había más de dos mil ochocientas. (25)

(25) Pierre Lepaulle, ob. cit., pág. 9.

(26) Patton Rufford G.: Los Sistemas de Trust en los países americanos de Derecho Civil. Los trusts en los Estados Unidos y el Canadá. Estudio publicado en la memoria de la tercera conferencia de la federación interamericana de abogados, México, D. F. 1945, Tomo II, pág. 296.

"En la Unión de Sudáfrica, en 1834 se creó la primera corporación que se dedicó al negocio del trust.

"Australia abrió su primera institución de este tipo en 1878, Nueva Zelandia en 1881, Canadá en 1882, Rodesia del Sur en 1895 e Inglaterra y Gales en 1904. es de sorprenderse que estos dos últimos países no tuviesen corporaciones que se dedicasen a estas operaciones, no obstante que Inglaterra tenía la institución desde la conquista Normanda.

"Por el año de 1830, un grupo de abogados se percataron de que en relación con el ejercicio de la profesión requerían de una corporación que tuviese la continuidad de existencia que estas poseen; de tal suete que en 1830 constituyeron una sociedad como auxiliar en la administración de bienes y de trusts, que se denominó "Solicitor's Trust Company", misma que realizó gran cantidad de negocios y que a la postre se vió envuelta en dificultades y fue traspasada en 1904 al Royal Exchange, la cual es una de las más grandes Compañías en el mundo de seguros sobre la vida. Cuatro años más tarde en 1903, el Estado inició la realización de operaciones de Trust, abriendo una oficina pública de trust. - Hasta este momento los bancos aún no aparecían en escena, pero entre los años de 1909 y 1911 los depositantes de los bancos de Inglaterra, exigieron a los mismos efectuar negocios de trust.

"En 1907 Irlanda inició sus negocios de trust, lo hace en 1917. Los Estados Malayos iniciaron sus ciones en 1924 y la India Británica y Ceylán en 1929.

"Perrine en su obra "Business Trust", afirma que la idea original de las Corporaciones para manejar Trust, vino de la India. El antecedente que da es el siguiente: Por el año de 1700, cuando el Imperio Británico tomaba posesión de la India Británica a través de la East Indies Company y los súbditos del imperio morían en esa guerra dejando bienes que necesitaban de atención, establecieron una oficina conocida con el nombre de Registro Eclesiástico para el arreglo de esos bienes y durante setenta y cinco años fue una corporación única, que continuaba aún cuando el individuo muriese.

"Por su parte Kong Kong inició sus operaciones de Trust en 1934, las Islas Bahamas en 1935 y las Bermudas en -- 1936". (27)

La idea de que la facultad para administrar trust podía ser conferida a corporaciones, se desarrolló tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos durante el siglo XIX.

(27) Stephenson Gilbert T.: Trusts Business in Common Law Countries. Págs. 545 y 589.

Posiblemente por el desarrollo de la idea de los fiduciarios corporativos en los Estados Unidos, no ha habido - ningún movimiento tendiente a encomendar la administración de los trust a un funcionario público.

En Nueva Zelanda se nombró un fiduciario público desde el año de 1272 y en Inglaterra lo hay desde 1902.

El fiduciario público inglés, es una corporación única con sucesión perpetua autorizada para aceptar trusts constituidos intervivos o por testamento, para servir como tutor, para administrar los bienes de personas fallecidas y para prestar otros servicios fiduciarios. Tiene el derecho de cobrar determinados honorarios por sus servicios, los que cubren el costo del servicio prestado. Cualquier falta al cumplimiento del trust cometido por él, la pérdida se repondrá de los fondos públicos.

En general, son ahora las corporaciones las que se especializan en este tipo de trabajo y cuando los individuos, personas físicas actúan como Trustees, generalmente lo hacen subordinados a otro trabajo que constituya su actividad principal.

El papel del Trustee o fiduciario a diferencia de los países anglosajones en que puede ser desempeñado por perso-

na física o moral, en los países Hispano Americanos como Bolivia, Chile, Perú, Colombia y México, se encomienda exclusivamente a los bancos no en general, sino solamente a aquellos que hayan sido autorizados para actuar como tales. Este aspecto de la ley ha sido criticado y defendido en el sentido de que la limitación tiene el efecto de asegurar la debida ejecución de los fideicomisos por un fiduciario que posea solvencia y capacidad adecuadas. Estos son atributos de las instituciones de crédito y además su rectitud está vigilada por el control oficial de la Comisión Nacional Bancaria, como es el caso de México. Sin embargo, la única razón valida para que las operaciones de fideicomiso sean encomendadas a instituciones de crédito autorizadas para actuar como fiduciarias, es el hecho de encontrarse establecido así en nuestro Derecho Positivo, ya que de otra forma no existe otra razón convincente para que una corporación privada, con comprobada capacidad y solvencia y sujeta a una inspección especial gubernamental, no pueda ser autorizada para desempeñar la función de fiduciaria.

II.- LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO.

En la Historia del Derecho Mexicano, no encontramos antecedentes del fideicomiso, por ende se concluye, que esta es una institución jurídica extranjera, que ha sido incorporada a nuestro derecho. Siendo su antecedente inmediato el

trust Anglo-americano.

La primera utilización del trust en México fue al iniciarse el presente siglo, con una anticipación de alrededor de veinticinco años a la adopción legislativa del fideicomiso en México, habíase utilizado para nuestro país una variedad de trust de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles de 29 de abril de 1909, permitieron que el trust deed, aun cuando otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas. Considerábase que esta variedad de trust, descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca. (28)

A decir de Velasco, Emilio (29) también existía el decreto de 29 de noviembre de 1897 relativo a obligaciones o bonos de empresas ferrocarrileras, de minas y obras públicas, y sociedades anónimas o en comandita por acciones. Una de sus disposiciones indicaba que las obligaciones emitidas

(28) Batiza, Rodolfo: El Fideicomiso teoría y práctica, segunda edición, Asociación de Banqueros de México, México 1973, pág. 83 y 84.

(29) Autor citado por Batiza, Rodolfo, Ibidem, pág. 84.

en el extranjero por sociedades o empresas establecidas en la República no producirían en ella efecto alguno legal, a menos que la emisión se hubiere hecho con sujeción al propio decreto.

En este mismo sentido se pronuncia la tratadista O. Rabasa quien dice: "Pero el antecedente más notable de la aplicación del trust o fideicomiso anglosamericano con efectos jurídicos en México es indudablemente el caso de la constitución de Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio subsecuente para financiarla mediante la deuda contraída por los mismos ferrocarriles, con garantía de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso sobre todos sus bienes y derechos, aún los ubicados dentro del país. Así pues, en la consolidación y fusión de los Ferrocarriles de México mediante emisión de bonos colocados en el extranjero, por vez primera se emplea expresamente el trust o fideicomiso angloamericano celebrado el 29 de febrero de 1908 por el gobierno y las mismas empresas ferrocarrileras de México con instituciones fiduciarias norteamericanas, que surte sus efectos dentro del país, gravando bienes raíces y muebles ubicados en él, a favor de los fiduciarios, como acreedores hipotecarios, y en beneficio de los tenedores de las obligaciones emitidas". (30)

- (30) Rabasa, Oscar: El Derecho Angloamericano. Estudio Expositivo y comparado del Common Law, Fondo de Cultura Económica, México 1944, p. 448 y ss. citado por Batiza, R. op. cit., pág. 84.

Rabasa continúa señalando, en México, el fideicomiso romano en su forma antieconómica de substitución fideicomisaria que producía la vinculación a perpetuidad de la propiedad, en manos de diversos herederos sucesivos, realmente nunca ha tenido existencia jurídica ni antes ni después de la Independencia. Las Cortes Españolas, por decreto de 27 de septiembre de 1820, suprimieron los mayorazgos, fideicomisos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes muebles o inmuebles, los cuales se declararon libres de tales limitaciones y prohibieron que en lo sucesivo se constituyera ninguna de dichas instituciones ni vinculación alguna sobre cualquier clase de bienes o derechos sin que se vedara directa o indirectamente su enajenación. Esta ley española publicada en la obra de Dublan y Lozano como vigente en México, por haberse dictado en época en que el país estaba sujeto aún a la legislación de la Madre Patria, abolió pues, desde el año de 1820, de nuestro medio legal, el fideicomiso gradual o familiar, y los códigos civiles, desde el primero de 1870, hasta los actuales, que, siendo ya la Nación independiente, sustituyeron en la República a los caducos ordenamientos españoles, han proscrito también las instituciones (debe decir substituciones) fideicomisarias, último vestigio del primitivo derecho romano puro. Así — pues, la institución del fideicomiso, sea en su aspecto romano o en su forma anglosajona, no figuró en el sistema de leyes de México sino hasta el año de 1926, cuando aparece

por vez primera en la Ley General de Instituciones de Crédito, el fideicomiso de tipo angloamericano. (31)

Por las razones antes expuestas, en el Código Civil de 1870 quedaron prohibidas en forma definitiva cualquiera de las substituciones fideicomisarias de tipo romano. Igual criterio adoptó el Código Civil de 1924.

Por lo que respecta al Código Civil de 1928, actualmente en vigor, expresamente prohíbe todas las substituciones fideicomisarias, incluyendo la ejemplar y la pupilar aceptadas en los Códigos anteriores, reconociendo la llamada vulgar.

A.- EL PROYECTO DE LIMANTOUR.

El 21 de noviembre de 1905, siendo Secretario de Hacienda, Don José Y. Limantour, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa en que se facultaba al Ejecutivo para que expidiera una ley, por cuya virtud puedan constituirse en la República Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios. (32)

(31) Rabasa, Oscar: Idibem, pág. 441. y ss. citado por Villagordoa. J. op. cit. pág. 46.

(32) Batiza, Rodolfo: op. cit. pág. 84.

A esta iniciativa se le llamó: "Proyecto Linantour", y su autor fue el Lic. Vera Estañol.

En la exposición de motivos de este proyecto de ley se indicaba la necesidad de que se establecieron en nuestro país, compañías fideicomisarias (trust companies), cabe señalar que este término con el cual se denominó a esta institución dentro del proyecto, era erróneo, al llamarlas "fideicomisarias" y no fiduciarias, como debería haber sido lo correcto, continuaba diciendo la exposición de motivos por la falta de tales organizaciones especiales para el desarrollo y desenvolvimiento de los negocios comerciales. Asimismo se agregaba que, la función genuina de estas instituciones es siempre la misma: interponer la mediación del fideicomiso para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y en términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto que tiene por objeto el beneficio de las partes o de un tercero. Esta función puede desempeñarse, como constantemente es desempeñada, por individuos particulares, sin embargo ... desde el momento en que se trata de instituciones especiales que sistemáticamente sirvan de intermediarios del crédito se hace necesaria una reglamentación especial, cuyo objeto es la garantía y proyección de los intereses que a esas instituciones se confían. Así también expresaba, que las relaciones estrechas cada vez más, que se están estableciendo

entre nuevas vida comercial y la de los Estados Unidos de América; la alfluencia de Capitales de este último país hacia el nuestro para desarrollar toda clase de empresas. ... han acabado de hacer sentir al Poder Público la necesidad de incorporar en nuestra legislación la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta entre nuestros vecinos del norte y en otros países ... concluye la exposición de motivos diciendo que, la secretaría a mi cargo ha estudiado las bases que se consignan en el adjunto proyecto de ley y que de merecer la sanción del Poder Legislativo permitirán al Gobierno expedir un decreto autorizando la creación de compañías fideicomisarias, que bajo una rigurosa inspección oficial, podrán prestar importantísimos servicios al público.

Dicho proyecto contaba con ocho artículos, mismo que, definía a esta institución como el encargo, hecho al fideicomisario, por virtud de contrato hecho entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero; o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato, o que fueran consecuencia legal del mismo.

Además establecía que, el fideicomiso importará un de-

recho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La Ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.

Al igual que indicaba que esta institución para considerarse legalmente constituida requería cumplir con los requisitos que señale la ley además, de ser autorizadas por la Secretaría de Hacienda. Asimismo establecía que la ley fijaría los términos en que garantizarían el cumplimiento de sus funciones, como los principios conforme a los cuales serían inspeccionadas por dicha Secretaría, previa la exención y privilegios especiales en materia de impuestos, y finalmente en su último numeral, se facultaba al Ejecutivo para modificar la legislación civil, mercantil y de procedimientos, en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias.

En cuanto a la suerte que corrió este proyecto, a pesar de que se dió cuenta de él, en la sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fue enviado y de que se turnó a las comisiones unidas. Primera de Justicia y Segunda de Hacienda, nunca llegó a discutirse y por lo tanto, tampoco a aprobarse, tal vez por razones políticas de esa época, no obstante lo anterior, cabe señalar que se constituyó en el primer antecedente, aunque meramente teórico, de esta ins-

titución en nuestro país, al igual que el primer intento en el mundo de adaptar el trust a un sistema jurídico derivado del Derecho Romano.

B.- EL PROYECTO CREEL.

Al atravesar el país por la crisis de la Revolución, prácticamente se detuvo la evolución legislativa del objeto de nuestro estudio y fue hasta 1924, siete años después de establecida la Constitución de 1917, cuando la Primera Convención Bancaria celebrada en la capital de la República en el mes de febrero, se presentó otro proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y ahorro, cuyo autor fue don Enrique C. Creel. (33)

El señor Creel manifestó que en la República se había iniciado la constitución de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros y que, creía conveniente dar algunos informes acerca del funcionamiento de estas compañías (Trust And Saving Banks) en los Estados Unidos, mencionando, más que a los textos de la ley, la práctica norteamericana de esta institución, por él estudiada por más de nueve años durante su estancia en Estados Unidos de Norteamérica. Señalando

(33) Fomento Cultural de la Organización Somex, A. C.: Ob. cit. pág. 30.

además que, la principal operación celebrada por esos bancos, era la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etcétera; así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

El citado proyecto mediante diecisiete bases se proponía facultar al Ejecutivo de la Unión para que pudiera expedir la ley general por la cual se regularía dichas instituciones, como lo es, en lo referente al capital con que debían contar, su objeto y en general las clases de operaciones que podría efectuar.

Cabe mencionar que, este proyecto corregía la terminología del anterior al emplear la denominación "Compañías - bancarias de fideicomisos y ahorro, por la de "instituciones fideicomisarias".

Este proyecto corrió con idéntica suerte que el anterior, quedando tan sólo como otro antecedente histórico de la institución en cuestión.

C.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

Fue dictada el 24 de diciembre de 1924 y publicada en

el Diario Oficial el 16 de enero de 1925.

Esta ley, constituye el primer ordenamiento positivo mexicano que hace mención a la institución del fideicomiso en forma expresa, y por ende se convierte también en el primer esfuerzo serio para implantar el fideicomiso en México.

El Código Civil de 1870 y posteriormente el de 1884, se refería solo al fideicomiso para prohibir las substituciones fideicomisarias que habían venido autorizando la Legislación Española vigente durante la colonia y a principios del siglo XIX, como modalidad testamentaria sancionada desde las Siete Partidas. Pero dicha institución sólo guarda con el fideicomiso moderno, la semejanza genérica de los negocios de fiducia.

Con el desarrollo y auge de los bancos de emisión en los primeros años de este siglo, y por la observación directa del crecimiento de la Banca Noreamericana, nuestro país vio la necesidad de ampliar su sistema bancario en el cual se había llegado a considerar (Proyecto de la Ley Bancaria de 1897) la conveniencia de autorizar en el país, el establecimiento de las compañías de fideicomiso, instituciones que el público mexicano confundía con los Bancos de Ahorro, quizá porque aunque se trataba de operaciones diversas, eran practicadas por una misma institución que llevaba en su nom-

bre los primeros vocablos.

En este ordenamiento legal se introdujo en la terminología mercantil mexicana, el concepto de Banco de Fideicomiso, reputándolas como instituciones de crédito para todos los efectos legales, ello de conformidad con su artículo 5o. fracción VII; además les supeditaba a la concesión especial que otorgaba el Ejecutivo de la Unión, según artículo 7o.; mismos que debían tener un capital mínimo de \$1'000,000.00 en el Distrito Federal y \$500,000.00 en los Estados y territorios (art. 12, fracc. II, inc. E); las concesiones tenían una vigencia máxima de treinta años (art. 15).

Esta ley regulaba en su capítulo VII en dos artículos a los bancos de fideicomiso, en el cual en su artículo 73 señalaba la función mínima de los Bancos de Fideicomiso al decir "que éstos sirven a los intereses del público en varias formas, principalmente administrando los capitales que se les confiere e interviniendo en representación común de suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios"; y por último en su artículo 74 aludía a la posterior expedición de una ley que normaría sus actividades, por lo que, se encomendó poco después, a la Comisión Permanente de la Comisión Nacional Bancaria un estudio, la cual presentó un proyecto a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mismo que fue aprobado posteriormente como la Ley de Bancos de fideicomiso.

de 1926.

D.- PROYECTO DE VERA ESTAÑOL.

El Licenciado Jorge Vera Estañol también preparó un - Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, presentado a la Secretaría de Hacienda a mediados de marzo de 1926. (34)

Este proyecto incurrió como su antecesor de 1905 en un error, al utilizar el término "fideicomisario" que nos hace pensar en el beneficiario del fideicomiso, en lugar de la institución o compañía como se le denominó en aquella época y que en la actualidad diríamos fiduciaria.

El Proyecto en cuestión en su Capítulo II se refería a las "operaciones fideicomisarias", mismas que describía de la siguiente forma:

I.- En el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de algunos o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos los de-

(34) Batiza, Rodolfo: ob. cit. pág. 89 y 90.

rechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato o que sean su consecuencia legal;

II.- En el encargo que, por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos - respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos (art. 10).

Los actos, operaciones o contratos que la sociedad podría ser autorizada a celebrar como "fideicomisaria", consistían en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los objetos del fideicomiso y, en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre bienes (art. 12). Podían ser objeto del fideicomiso los bienes inmuebles y derechos reales, cualesquiera clase de valores créditos, títulos, papeles, dinero efectivo y bienes muebles en general y cualesquiera derechos, excepto aquellos que, conforme a la ley, no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecieran (art. 13). Entre los fines para los cuales podía crearse un fideicomiso, salvo las limitaciones legales, se enumeraban la venta, adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso; el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos; la

administración, explotación o aprovechamiento de esos bienes y la entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de sus frutos o productos; la entrega de una renta o pensión fija o variable, la acumulación de rentas o productos de bienes de cualquier especie y, en general, la ejecución de cualquier prestación lícita de hecho o de cosa, a favor de cualquier persona (art. 14).

Asimismo, este proyecto establecía que todos los derechos y obligaciones del fideicomisario se regirían por las cláusulas del acto constitutivo, en cuanto no fueran contrarios a los preceptos legales y, en defecto de aquellas y éstos, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, especialmente las referentes al contrato de mandato (art. 23). Además señalaba que cuando la compañía tuviera en su poder, real o virtualmente, alguna cosa para efectos de un fideicomiso, podía ejercer todas las acciones reales y personales necesarias para la guarda y conservación de la cosa o para la ejecución de los actos que requieren su cumplimiento, salvo las limitaciones establecidas en el acto constitutivo (art. 21).

Cabe mencionar que, este proyecto nunca fue aprobado, sin embargo influyó en la legislación posterior.

E.- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.

Fue dictada el 30 de junio de 1926, y publicada en el

Diario Oficial el 17 de julio del mismo año.

Esta Ley, compuesta de 86 artículos, misma que se dividía en cinco capítulos que son: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento, y disposiciones generales.

Esta ley vino a constituir la reglamentación especial a la que la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 hacía referencia en su artículo 74, para la regulación de esta institución.

La Ley contenía una Exposición de motivos en la que se advierte influencia de las ideas de Alfaro y Creel, indicaba que en la Ley General de Instituciones de Crédito de 24 de diciembre de 1924 quedaron mencionados los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para los efectos legales, aunque no se hizo desde luego su reglamentación, sino que se previno que habrían de regirse por una ley especial. Agregaba que los expresados bancos se consideraron como un necesario complemento del sistema bancario nacional, pero tratándose de institución nueva en el país, se prefirió -- aplazar su reglamentación tomando el tiempo necesario para hacer un estudio detenido de sus bases. La institución del fideicomiso es nueva en México y, en consecuencia, la ley

relativa importa la legalización de una institución jurídica moderna que, especialmente en los países anglosajones, se practica hace largo tiempo y ha producido fecundos resultados. Aclaraba que el nombre de fideicomiso, aceptado por la nueva ley como el que se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido, pues el nuevo fideicomiso es una institución distinta de las anteriores y muy en particular del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada en la ley constituye, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adicionadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho, especialmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas. (35)

Esta clase de bancos tenía como principal objeto la celebración de las operaciones por cuenta ajena en favor de tercero autorizadas por la ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe, como se desprende de su artículo 1o.; para su funcionamiento estaban supeditados a la concesión estatal, tal como se puede apreciar en su artículo 2o., esta ley en su numeral 5o. prohibía que los bancos y compañías del extranjero tuvieran agencias o sucursales cuyo objeto fuera la práctica de operaciones de fideicomiso. (35) Batiza, Rodolfo: Ibidem, Pág. 93 y 94.

La ley en cuestion definia al fideicomiso en su articulo 6o. como: "un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con caracter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos segun la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario"; asimismo establecia que el fideicomiso solo podia constituirse para un fin lícito (art. 7o.); prohibia los fideicomisos secretos y los constituidos a titulo gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente a favor de incapaces de heredar o recibir legados (art. 8o. y 9o.); el fideicomiso podia ser constituido mediante escritura pública, documento privado o testamento (art. 11); en cuanto a los bienes entregados para la ejecucion del fideicomiso establecia que se considerarían salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuera necesario, declarándose inembargables (art. 12); así también señalaba que podia ser objeto del fideicomiso bienes muebles y derechos reales, así como cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero efectivo, bienes muebles en general y cualesquier derecho, excepto los que conforme a la ley no pudieran ser ejercitados sino directa o individualmente por su dueño, segun su primer párrafo del artículo 13; por lo que hace al fideicomiso constituido sobre inmuebles debia inscribirse en la seccion de la propiedad del Registro Público si hubiera traslacion de dominio o en la de hipotecas, en caso contrario,

mediante la presentación del documento de aceptación del - banco, de acuerdo con los párrafos segundo y tercero del numeral antes citado; por lo que respecta a las acciones y derechos que podía ejercitar el banco fiduciario señala los inherentes al dominio aún cuando no se expresaran en el título constitutivo del fideicomiso, pero no podría enajenarlos, gravarlos ni pignorarlos, a menos de tener facultad - expresa o de ser ello indispensable para la ejecución del fideicomiso (art. 14); como causales de extinción del fideicomiso señala las siguientes:

- I. Por el cumplimiento de su objeto;
- II. Por hacerse éste imposible;
- III. Por no cumplirse la condición suspensiva de que dependiera, dentro de los veinte años siguientes a su constitución;
- IV. Por cumplirse la condición resolutoria; y
- V. Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario (art. 18).

Para el desempeño de las funciones de los bancos de fideicomiso establecía en su artículo 36, que, ejercerían sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la ley, a sus escrituras - constitutivas y estatutos, con el derecho de delegarlos en apoderados; los bancos serían responsables de la gestión de

representantes y apoderados.

F.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

Fue dictada el 31 de agosto de 1926 y publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre del mismo año.

Esta ley abrogó la Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio del mismo año, e incorporó a ésta los artículos referentes al fideicomiso (97 a 150).

Desde el aspecto doctrinal, estas leyes (ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926 y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto del mismo año) siguieron fundamentalmente la doctrina planteada por el Jurista ALFARO, cuando en sus artículos 6 y 102 respectivamente, establece que "el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos - según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario". (36)

(36) José M. Villagordoa Lozano: Op. cit. Pág. 49.

Señala Villagordoa que, este precepto sigue los lineamientos del concepto elaborado por Alfaro, con la única diferencia, que en estas leyes dice que los bienes se entregan y en cambio el jurista panameño nos dice que se transmiten.

Esta Ley en el artículo 3o., reiteró la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en nuestro país.

En su artículo 5o. fracción V. considera a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito; para su constitución y funcionamiento es necesario la obtención de la concesión emitida por el Ejecutivo de la Unión (art. 6o.); concesión esta que en ningún caso excedería de treinta años, contados a partir del 24 de diciembre de 1924, de acuerdo con lo establecido en su artículo 14.

Los artículos 97 a 101 regulaba el objeto y constitución de los Bancos de fideicomiso; por su parte los artículos 102 al 150, definía al fideicomiso, así como establecía la forma de organización y funcionamiento del mismo, así como el tipo de operaciones que podía efectuar, al igual que señalaba las causas de extinción.

Dada la similitud existente entre esta Ley en cuestión

y la Ley de Banco de Fideicomiso, consideramos que no es necesario abundar más en ello, por lo que nos remitimos al análisis de la ley precedente.

G.- LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.

Se expidió el 28 de junio de 1932 y fue publicada en el Diario Oficial el 29 del mismo mes y año.

Esta ley en su exposición de motivos señalaba que "La Ley de 1926, introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un grande desarrollo; pero desgraciadamente la Ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de títulos y operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestaciones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la Ley actualmente en vi-

gor concibe obscuramente como un mandato irrevocable. Seguía señalando el legislador que Destruye, pues, la nueva Ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros.

Esta Ley señala como instituciones de crédito a las sociedades mexicanas que tengan por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de determinadas operaciones, entre las que señala la de actuar como fiduciarias (art. 1o. fracc. II, inc. e). Para el establecimiento de instituciones de crédito señalaba la Ley que se requería de concesión del Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Art. 3o. párrafo 1o.); asimismo señalaba este artículo en su segundo párrafo que cuando una institución de crédito tuviere autorización para efectuar varias operaciones permitidas por la Ley en cuestión, cada una de estas operaciones deberían ser practicadas por un departamento especial. Asimismo esta Ley en su artículo 5o. prohibía a las sucursales de bancos o de instituciones de crédito del extranjero, a actuar como instituciones fiduciarias, aunque contaran con la concesión del Gobierno Federal para actuar en nuestro país.

Las Sociedades y los departamentos autorizados al efecto, para actuar como fiduciarias, podían además efectuar las siguientes actividades de acuerdo a esta Ley; intervenir en

la emisión de toda clase de títulos de crédito; garantizando la autenticidad de los títulos mismos o de las firmas de los otorgantes y la identidad de éstos; encargándose de que las garantías, en su caso, queden debidamente constituidas; cuidando de que las inversiones de los fondos procedentes de la emisión se haga en los términos pactados; recibiendo los pagos o exhibiciones de los suscriptores; actuando como representantes comunes de los tenedores de los títulos; haciendo el servicio de caja o tesorería de las instituciones respectivas; tomando a su cargo el llevar los libros de registros correspondientes y representando en juntas o asambleas a los accionistas, acreedores u obligacionistas (art. 90, fracc. I); de desempeñar el cargo de comisarios o miembros del Consejo de Vigilancia de Sociedades, aunque no pertenezcan a ellas (fracc. II); desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias (fracc. III); recibir en depósito, en administración o en garantía por cuenta de terceros, toda clase de bienes, títulos o valores (fracc. IV); desempeñar los cargos de albacea, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia (fracc. V); administrar toda clase de bienes que no sean fincas rústicas, y aceptar y desempeñar toda clase de mandatos y comisiones (fracc. VI); encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza pro-

batoria que las leyes asignan a los hechos por corredores titulados o peritos (fracc. VII).

Señala esta Ley que para desempeñar su cargo la instituciones fiduciarias, ejercerán sus facultades, por medio de uno o más funcionarios que designen especialmente al efecto, pudiendo la Comisión Nacional Bancaria, en todo tiempo, vetar la designación de funcionarios que la institución hubiere hecho o bien pedir la remoción de dichos funcionarios (Art. 92 fracc. I).

Establece esta Ley como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso: El hecho de que el beneficiario se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso; el hecho de que el fideicomitente, sus causahabientes o el beneficiario en su caso, se niegue a pagar, las compensaciones estipuladas a favor de las instituciones fiduciarias; o el hecho de que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir esas compensaciones y; el hecho de que la institución fiduciaria se niegue a rendir las cuentas de su gestión o sea declarada por sentencia ejecutoria culpable de las pérdidas o menoscabo que los bienes dados en fideicomiso sufran o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave (art. 95).

Esta Ley determina que las instituciones fiduciarias serán civilmente responsables por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, la malversación de los bienes dados en fideicomiso o de sus productos y el abandono culpable de esos bienes, lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda a los gerentes y demás funcionarios de la institución fiduciaria (Art. 96).

H.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932

Poco menos de un mes de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, se dicta la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de fecha 26 de agosto de 1932, publicada en el Diario Oficial del 27 del mismo mes y año, en vigor desde el 15 de septiembre de dicho año. Esta Ley, vigente en nuestros días, regula la institución "Del Fideicomiso" como institución sustantiva, en el Capítulo V del Título Segundo denominado "De las operaciones de Crédito" (Art. 346 a 359).

Los Motivos de la Ley hacen la advertencia de que aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de instituciones jurídicas extrañas, reglamenta el fideicomiso porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado y porque su implantación soli-

da en México, dentro de los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Indicaba que corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva ley conservaba, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, agregaba, pueden ser cumplidos aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construídas y, en cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación. (37)

En esta Ley, la naturaleza del fideicomiso se estableció siguiendo la teoría dominante de esa época, sustentada por el autor francés Pierre Lepaulle, al señalar que, en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos

(37) Batiza, Rodolfo: ob. cit. pág. 99 y 100.

bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria (Art. 346); - asimismo señala que, el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado (Art. 347); en cuanto a las personas que puedan ser fideicomisarias señala que, pueden ser las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica; así también se establece que, el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios; empero dispone expresamente que, es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario (Art. 348). En cuanto a las personas que pueden ser fideicomitentes indica que, solo pueden ser las físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y en algunos casos las autoridades judiciales o administrativas competentes (Art. 349); por lo que se refiere a las instituciones fiduciarias, prevé que, sólo pueden ser aquellas expresamente autorizadas para ello conforme a la actual Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banco y Crédito, y si la institución fiduciaria no se designa al momento de constituir el fideicomiso señala la Ley que, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, así también podrán ser designadas varias - instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente

desempeñen el fideicomiso (Art. 350).

Esta Ley, establece que, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular (Art. 351).

Por lo que hace a la constitución del fideicomiso, éste puede ser por acto entre vivos o por testamento, además esta deberá siempre constar por escrito (Art. 352). Si el objeto del fideicomiso recae en un bien inmueble deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar donde se encuentren citos dichos bienes (Art. - 353).

En relación con los derechos que tiene el fideicomisario, la Ley en cuestión indica que, además de los que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso tendrá el derecho de exigir el cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, ya sea, sigue señalando la ley, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del - acto constitutivo o de la ley le correspondan, e incluso - continúa señalando la ley, cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso (Art.

355).

En cuanto a la institución fiduciaria, ésta tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, así también está obligada a cumplir con dicho fideicomiso y sólo podrá excusarse o renunciar por causas graves a juicio de juez de primera instancia (Art. 356).

Como causales de extinción del fideicomiso señala los siguientes:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse éste imposible;
- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al consti-

tuir el fideicomiso; y

VII. En el caso del párrafo final del artículo 350 (Art. - 357).

Asímismo esta Ley dispone que, quedan prohibidos, los fideicomisos secretos, aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente por muerte del anterior y aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, salvo aquellos en los cuales el fin del fideicomiso sean el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro (Art. 359).

Cabe señalar que en virtud de que esta Ley está aún vigente en la actualidad, no abundaremos más de ella aquí, ya que será objeto de estudio a lo largo de la presente tesis, no obstante lo anterior hemos querido dejar constancia de lo más trascendente de ésta Ley, aún y cuando es vaga en muchos aspectos y, que a lo largo de la presente se irán mencionando.

I.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Fue promulgada el 3 de mayo de 1941, y publicada en el Diario Oficial del 31 del mismo mes y año, la cual entró en vigor el 2 de junio de dicho año, y vino a abrogar la Ley

General de Instituciones de Crédito de 1932.

En la exposición de motivos de esta Ley se puntualizó: "El capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que pueden resultar propios de estas instituciones, y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato o comisión, cuando en la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas, no resulten indicaciones suficientemente precisas. Sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados, de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones".

Esta Ley señala como instituciones u organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las constituidas con participación del Gobierno Federal, o en las cuales éste se reserva el derecho de nombrar la mayoría del consejo de administración o de la junta directiva o de aprobar o vetar los acuerdos que la asamblea o el consejo adopten (Art. 1o., -

3er. párrafo).

Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito prescribe esta ley que se requiere concesión del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público oyendo la opinión sigue señalando la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la del Banco de México; además establece que dichas concesiones, son por su propia naturaleza intransmisibles y se referirán a uno o más de las operaciones de banca y - crédito, entre las que encuentran las fiduciarias (Art. 2o.).

En su artículo 8o. se establece que, solamente podrán disfrutar de concesión las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo o variable, organizadas con arreglo a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Este ordenamiento jurídico, en su capítulo VI de Título II, regula las operaciones fiduciarias. Por lo que en su artículo 44 preveé que, las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten de "concesión" para llevar a cabo operaciones fiduciarias estarán autorizadas en los términos de esta ley para: practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; para intervenir en la emisión de toda - clase de Títulos de Crédito, para actuar como representantes

comunes de los tenedores de títulos, a los socios, accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas, para desempeñar el cargo de comisario o miembro del consejo de vigilancia de sociedades, para desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias; para desempeñar los cargos de albacea, executor especial, interventos, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia; para administrar toda clase de bienes inmuebles; para encargarse de hacer avalúos; para emitir certificados de vivienda a que se refiere el artículo 228 a bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sobre inmuebles afectos en fideicomiso; para recibir en depósito, administración o garantía por cuenta de terceros, toda clase de bienes, muebles, títulos o valores; y concluye este precepto diciendo que y, en general, para llevar a cabo cualquier clase de negocios de fideicomiso.

En su artículo 45, esta ley establece que, la actividad de las instituciones fiduciarias se someterá a las siguientes reglas:

Deberán contar con el capital mínimo que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público - determina asimismo sus responsabilidades señalando que el importe de las -

responsabilidades contraídas no podrá exceder de treinta veces el capital pagado y reservas de capital; asimismo sigue señalando este numeral que, estas instituciones desempeñarán su cometido así como ejercitarán sus facultades mediante uno o más funcionarios, mismos que serán designados al efecto, y de cuyos actos responderán directa e ilimitadamente dichas instituciones, todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente, además, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, queda facultada para vetar la designación de dichos funcionarios, e inclusive, acordar que se proceda a la remoción de los mismos, y estos funcionarios para acreditar su personalidad bastará la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por el consejo, o bien, el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria; por otra parte se prevé que los fideicomitentes puedan designar un comité técnico o de distribución de fondos, así como dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, en esta último caso se señala que se requerirá el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere. De tal suerte que dichas instituciones que obren ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad, según esta disposición; se establece también, la obligación a cargo de dichas instituciones, de dar aviso al beneficiario en el término de cuarenta y ocho ho-

ras siguientes al cobro de toda percepción por concepto de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en el cumplimiento de sus cometidos; por otro lado preceptúa este artículo también que, solo la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros podrá solicitar toda clase de información en relación con esta clase de operaciones, por lo que, la violación de este secreto constituirá a cargo de estas instituciones en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes; en cuanto a las facultades que tendrá la institución fiduciaria señala este precepto que, serán las que expresamente se hayan consignado conforme a la ley en el acto constitutivo del fideicomiso, mandato o comisión, o en sus modificaciones; por otra parte dispone este artículo en cuestión que, la institución fiduciaria responderá civilmente, con su capital, reservas y beneficios no distribuidos, por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o en la ley, por la malversación de los bienes dados en fideicomiso o de sus frutos o productos, o por los demás hechos que impliquen culpa en el cumplimiento de los cometidos aceptados por ella; sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda a los gerentes y demás funcionarios de la institución que ejecuten los actos o incurran en el abandono culpable de que nazca la responsabilidad y la de los

gerentes, directores o miembros del consejo de administración que autoricen actos o den lugar a ellos por su negligencia grave; por lo que se refiere al personal que estas instituciones utilicen directa o exclusivamente para el desempeño de mandatos o comisiones o la realización del fideicomiso, determina este precepto que, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se consideran al servicio del mandante o comite o del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, sigue señalando este artículo que, cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercitarán contra la institución fiduciaria.

De conformidad con el artículo 45 bis, será, el Banco de México quien estará facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, comisionistas o mandatarias.

Esta Ley fue abolida por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, de fecha 27 de diciembre de 1984, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985 y en vigor al día siguiente de su publicación.

J.- DECRETO QUE ESTABLECE LA NACIONALIZACION DE LA BANCA PRIVADA DEL 1o. Y 2 DE SEPTIEMBRE DE 1982.

Este decreto de fecha primero de septiembre de 1982 se

publicó en el Diario Oficial de la Federación los días 1o. y 2 del mismo mes y año, entró en vigor el día de su publicación.

Tiene importancia, en razón de que en nuestro sistema jurídico actual, la actividad fiduciaria esta reservada, - única y exclusivamente a las instituciones de crédito, constituidas con el carácter de sociedad nacional de crédito.

En la exposición de motivos de esta Ley se puntualizó: Que el servicio público de la banca y del crédito se había venido concesionando por parte del Ejecutivo Federal, a través de contratos administrativos, en personas morales constituidas en forma de sociedades anónimas, con el objeto de que colaboraran en la atención del servicio que el Gobierno no podía proporcionar integralmente;

Que la concesión, por su propia naturaleza, es temporal, - pues sólo puede subsistir mientras el Estado, por razones económicas, administrativas o sociales, no se pueda hacer cargo directamente de la prestación del servicio público; además sigue señalando - Que los empresarios privados a los que se les había concesionado el servicio de la banca y del crédito en general han obtenido con creces ganancias de la explotación del servicio, continúa señalando el Ejecutivo Federal que, en los momentos actuales, la administración -

pública cuenta con los elementos y experiencia suficientes para hacerse cargo de la prestación integral del servicio público de la banca y del crédito, considerando que los fondos provienen del pueblo mexicano, inversionista y ahorrador, a quien es preciso facilitar el acceso al crédito; asimismo expresa también, - Que la crisis económica por la que actualmente atraviesa México y que, en buena parte, se ha agravado por la falta de control directo de todo el sistema crediticio, fuerzan igualmente a la expropiación, para el mantenimiento de la paz pública y adoptar las medidas necesarias para corregir trastornos interiores, con motivo de la aplicación de una política de crédito que lesiona los intereses de la comunidad;

Que con apoyo en la legislación bancaria, el Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, - realizará las acciones necesarias para la debida organización y funcionamiento del nuevo esquema del servicio crediticio, para que no exista ninguna afectación en la prestación del mismo, y conserven sin menoscabo alguno sus actuales derechos tanto los empleados bancarios, como los usuarios del servicio y los acreedores de las instituciones;

Por último señala que, la medida que toma el Gobierno Federal tiene por objeto facilitar salir de la crisis económica por la que atraviesa la Nación y, sobre todo, para asegurar

un desarrollo económico que nos permite, con eficiencia y equidad, alcanzar las metas que ha señalado en los planes de desarrollo. Por lo anterior se expide este decreto:

El cual en su artículo primero establece que, por causas de utilidad pública se expropián a favor de la Nación las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones que tengan en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles, en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito.

En su artículo segundo, se prevé que el Ejecutivo Federal, pagará la indemnización correspondiente en un plazo que no excederá de diez años.

Asimismo el artículo tercero preceptúa, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en su caso el Banco de México, con la interención que corresponda a las Secretarías de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y de Comercio, tomarán posesión inmediata a las instituciones crediticias expropiadas y de los bienes que las integran, sustituyendo

a los actuales órganos de administración y directivos.

El artículo sexto dispone que, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público vigilará conforme a sus atribuciones que se mantenga convenientemente el servicio público de banca y crédito el que continuará prestándose por las mismas estructuras administrativas que se transformarán en entidades de la administración pública federal y que tendran la titularidad de las concesiones, sin ninguna variación.

K.- DECRETO MEDIANTE EL CUAL SE DISPONE QUE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO QUE SE ENUMERAN OPEREN CON EL CARACTER DE INSTITUCIONES NACIONALES DE CREDITO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1982.

Este decreto, de fecha 6 de septiembre de 1982, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, así como su entrada en vigor en el mismo día de la fecha de expedición.

Mediante este decreto en su artículo primero, se establece que, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con auxilio del Comité Técnico Consultivo, proveerá las acciones conducentes a efecto de que las instituciones de crédito que se enumeran en seguida, que fueron expropiadas a favor de la Nación por decreto de fecha 10. de septiembre de 1982, operen con el carácter de instituciones nacionales de crédito.

dito.

Así también se preveé en su artículo segundo que, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con el auxilio del Comité Técnico Consultivo, propondrá oportunamente a consideración del Ejecutivo Federal la transformación de las instituciones mencionadas en el artículo anterior, a efecto de que se constituyan como organismos públicos descentralizados.

Cabe señalar, que se ha hecho mención de este decreto en virtud de que, en la actualidad conforme a nuestra legislación, sólo las instituciones nacionales de crédito son las únicas autorizadas para fungir como instituciones fiduciarias; al igual que, para seguir con una continuidad lógica en el proceso evolutivo de nuestra legislación en materia de fideicomiso.

L.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1982.

Esta Ley, se expide el 30 de diciembre de 1982, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día siguiente de su expedición, entró en vigor el día 1o. de enero de 1983.

A raíz de la Nacionalización de la Banca Privada, se promulga esta Ley, que es de orden público y tiene por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito, según el artículo primero; este servicio será prestado por - instituciones de crédito constituidas como sociedades nacionales de crédito, de acuerdo al artículo 2o., asimismo a estas sociedades, les será aplicables, en lo conducente y en cuanto no se oponga a la presente ley, las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, así lo dispone el artículo 3o., así - también se autoriza a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para interpretar, a efectos administrativos los preceptos de esta Ley, de conformidad con el artículo 6o.; esta Ley define a las sociedades nacionales de crédito, como instituciones de derecho público creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de esta Ley y tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio, como lo establece el artículo 7o.; dichas sociedades tendrán duración indefinida y domicilio en el territorio de la República, pudiendo establecer sucursales, agencias o cualquiera otra clase de oficinas, y nombrar corresponsales, así lo dispone el artículo 8o.; estas sociedades contarán con un capital representado por certificados de aportación patrimonial, mismos que deberán ser nominativos, los cuales serán títulos de crédito y se regirán por las disposiciones aplicables de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, todo ello de -

acuerdo al artículo 9o.; cabe señalar que esta Ley prevé que por ningún motivo podrán participar en el capital de dichas sociedades, personas físicas o morales extranjeras, ni sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión absoluta de extranjeros; según el artículo 11, se establece así mismo que, el Gobierno Federal, en su carácter de titular de las acciones representativas del capital social de las instituciones de crédito motivo de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal publicados en el Diario Oficial de la Federación el 1o. y 6 de septiembre de 1982, que establecieron la nacionalización de la banca privada y la operación de esas instituciones como nacionales de crédito, tomará las medidas conducentes a efecto de que esas sociedades se transformen en sociedades nacionales de crédito de las previstas en esta Ley, en un plazo no mayor de ciento ochenta días a partir de su entrada en vigor, según artículo 2o. - transitorio; por último es necesario mencionar que en su artículo 4o. transitorio establece que, se continuará aplicando a las organizaciones auxiliares de crédito el régimen previsto para ellas en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

M.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1984.

Esta Ley, de fecha 27 de diciembre de 1984, se publicó

en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985, en vigor a partir del día siguiente de su publicación.

La Ley en cuestión, que se encuentra en vigor en la actualidad, abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941; así como la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982.

Esta Ley, a semejanza de la anterior establece que es de orden público, misma que tiene por objeto reglamentar - los términos en que el Estado presta el servicio público de banca y crédito, según artículo 1o.; sigue señalando la Ley en estudio que dicho servicio será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedad nacional de crédito, así lo preveé en su artículo 2o.; preceptúa esta Ley en su artículo 5o. que, en las operaciones y servicios bancarios, las instituciones de banca múltiple se regirán por esta Ley, por la Ley Orgánica - del Banco de México, y en su defecto, en el orden siguiente por:

I. La Legislación Mercantil;

II. Los usos y prácticas bancarias y mercantiles; y

III. El Código Civil para el Distrito Federal.

Define esta Ley a las sociedades nacionales de crédito como instituciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, mismas que tendrán duración indefinida y domicilio en territorio nacional, así como serán creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la presente Ley, Artículo 9o. En cuanto al capital social de dichas sociedades estará representado por títulos de crédito que se registrarán por las disposiciones aplicables de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dichos títulos se denominarán certificados de aportación patrimonial, los cuales deberán ser nominativos y se dividirán en dos series "A" y "B", así lo determina el artículo 11. El Director General de dichas sociedades tendrá a cargo la administración de la institución, la representación legal de ésta y el ejercicio de sus funciones incluyendo las de delegado fiduciario general, de conformidad con el artículo 24, además este precepto establece que, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros podrá acordar que se proceda a la remoción o suspensión de los delegados fiduciarios y servidores públicos que pueden obligar con su firma a la institución, con excepción del director general, cuando considere que tales personas no cuenten con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, oyendo previamente al interesado.

Por lo que respecta a la forma de acreditar la personalidad de los delegados fiduciarios, dispone el artículo 25, bastará la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por parte del consejo directivo, o el testimonio del poder general otorgado por la institución, aún cuando en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o el negocio en que ostente la representación.

El artículo 30 dispone que, las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes
XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ... Las operaciones fiduciarias serán desempeñadas y ejercitarán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios, según primer párrafo del artículo 61; sigue estableciendo dicho numeral, que la institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, en la Ley.- Además de que prevé. En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité, - técnico, dar las reglas, para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

En cuanto a las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, se realizarán en los términos de las disposiciones de esta ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de las disposiciones de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público oyendo la opinión del Banco de México y la Comisión Nacional de Valores, con vista a - procurar el desarrollo ordenado del mercado de valores, dice esta ley en su artículo 62.

En relación al personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formarán parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso, según lo previsto en el artículo 63.

Por lo que respecta a los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario, para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones, según lo dispuesto en el artículo 64.

Quando la institución de crédito, al ser requerida, no

rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria, así lo preceptúa el primer párrafo del artículo 65.

En cuanto a las acciones para pedir cuentas, sigue señalando este numeral, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir dicha remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción, y en el caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así lo establece el artículo 65.

Cuando se trata de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o sea

más de 30 años, así lo dispone el artículo 66.

En virtud de que esta Ley se encuentra vigente en la actualidad, aquí sólo hemos querido dejar asentado lo más relevante de esta Ley, ya que a lo largo de la presente tesis la estaremos empleando, por lo que nos reservamos su análisis para hacerlo a lo largo de la presente tesis.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

I.- CONCEPTO LEGAL DE FIDEICOMISO.

Visto ya desde los antecedentes extranjeros, así como el nacimiento y desarrollo actual del fideicomiso en nuestra legislación, pasaremos ahora a estudiar el capítulo referente a la naturaleza jurídica del fideicomiso.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 actualmente vigente, establece en su artículo 346: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Una de las pocas cuestiones en que parece que todos los autores están de acuerdo, es que el fideicomiso está regulado en la Ley mexicana con excesiva vaguedad; sin embargo al analizar este precepto, se puede apreciar que, es el fideicomitente quien destina los bienes o derechos a un fin lícito determinado, mismo que deberá señalar el objeto del fideicomiso en forma explícita, claro, y que el mismo sea conocido, de tal suerte que sea posible juzgar sobre la licitud o ilicitud de dicho fin.

Asímismo se puede afirmar que con dicho texto el legislador aceptaba y quizo que se aceptara el fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin.

Congruente con lo antes dicho sobre el numeral en cuestión Rodolfo Batiza (1), nos dice que, es una versión algo modificada de lo que había anunciado la Exposición de Motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito al decir: "Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin", concepto que aparece con más claridad, - continúa expresando dicho autor-, en el artículo 351, párrafo segundo, de la expresada Ley, al señalar, "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, ...". Para reforzar lo anterior y prosiguiendo con ese mismo orden de ideas, cabe hacer mención que, el artículo 349 establece que: "Sólo pueden ser fideicomitantes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes que el fideicomiso implica, ..." Como podemos ver también habla de - afectación este precepto.

(1) Rodolfo Batiza: Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, Pág. 30 y sig.

Asimismo este autor nos indica que, el hecho de que la Ley actual utilice el verbo destinar, mismo que substituye al de entregar usado en las Leyes de 1925, las cuales conceptuaban al fideicomiso como "mandato irrevocable", tomado a su vez del Proyecto Alfaro, plantea de inmediato el problema de si hay o no una transmisión de bienes en el fideicomiso.

Sigue expresando este jurista que, Alfaro había explicado claramente que el encargo conferido al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podrá ser ejecutado, o sea, el de transmitirle los bienes objeto del fideicomiso. Los romanos lograban ésto, aclaraba, mediante la institución de heredero, y los sajones lo consiguen haciendo al trustee - propietario titular, mientras consideran al fideicomisario como "propietario real". Por lo que respecta a la transmisión de bienes nos dice Batiza que prosigue diciendo este autor, "si éstos no pasan de una persona a otra y permanecen en poder de su dueño, no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplir el propósito del fideicomiso".

Asimismo también señala Batiza que, Lepaulle en su obra "La Naturaleza del Trust", estima que el sujeto de derecho encargado de realizar la "afectación" es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación,

ya que señala, en el trust un propietario, el settlor, transmite determinados bienes, total o parcialmente, a un tercero llamado trustee, único designado como propietario" de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro. No obstante lo anterior, Batiza considera que, pese a que la idea de afectación incorporada en los artículos 346 y 351 de la Ley de referencia proviene de Lepaulle, no se reconoce en esos preceptos lo que este autor admitía en forma explícita.

Por lo antes expresado Batiza, afirma que, la deficiencia técnica en el concepto del fideicomiso señalado por la Ley, es resultado de la mutilación que se hizo de mecanismo esencial a la institución, al privársele de su efecto traslativo de dominio.

Así también la mayoría de los tratadistas que han estudiado la figura jurídica del fideicomiso, coinciden en afirmar que se ha querido ver el efecto traslativo de dominio en la segunda parte del artículo 252 de la Ley en cuestión, el cual señala que: "La Constitución del fideicomiso debería siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. - A este respecto Batiza continúa diciendo que-, la recta interpretación lo restringe a una cuestión

sólo de forma: o sea, si la constitución de un fideicomiso debe otorgarse en instrumento privado o en escritura pública, según la cuantía de los bienes que se den (no que se transmitan), en fideicomiso.

Por su parte la Suprema Corte, señala Batiza, ha dicho que; en el primer amparo que resolvió en 1937 en materia de fideicomiso, sostuvo que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador". (2) Pero que, sin embargo, -continúa diciendo este autor que-, a partir de 1948, la Suprema Corte ha admitido en una serie de ejecutorias, que ya constituyen jurisprudencia. (3) El efecto traslativo de dominio del fideicomiso, restituyendo así al concepto legal el elemento esencial del que fue privado.

- (2) En el amparo administrativo en revisión Núm. 210 de 1937 Sec. 2a., Cía Limitada del Ferrocarril Mexicano, Semanario Judicial de la Federación, T. LII, Vol. 3º, págs. 2317-2325.
- (3) Mexicana de Fideicomiso, S.A., amparo civil en revisión Núm. 4298 de 1949, Sem. Jud. de la Fed., T. CIII, Vol. 2, págs. 1768-1773; Financiera de Construcciones, S.A., amparo civil en revisión Núm. 4572 de 1948, Sem. Jud. de la Fed., T. CV, Vol. 3, págs. 2047-2057, Acosta Sierra Francisco, amparo civil directo Núm. 6160 de 1954, fallado al 27 de abril 1955, pendiente de publicación; Debora Mojarro José Refugio, amparo civil directo No. 171 de 1965, Sem. Jud. de la Fed. T. CXXVI, Cuarta Parte, pág. 21 presidente Quinta Epoca, T. CXVII, pág. 1083, Galindo Galarza Jesús, amparo civil directo Núm. 1355 de 1967, Sem. Jud. de la Fed. T. CXXXV, Cuarta Parte, pág. 77.

El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, empero, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad, la que se efectúa, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compra-venta, la permuta, o la donación. En el fideicomiso, por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una "Propiedad Fiduciaria", es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Por su parte Lepaulle expresaba que el trustee es un "singular" propietario, ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión, y la Suprema Corte afirmó que el Fiduciario adquiere un "dominio restringido" (4).

Es inevitable concluir que, al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal, no sólo se reglamentó una institución jurídica nueva, sino que se importó junto con ella, pese a la renuncia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo derecho real (y de crédito) con caracteres propios.

(4) Rodolfo Batiza: Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Pág. 33.

según se trata del fiduciario o del fideicomisario. Estos derechos corresponden imperfectamente a la doble propiedad en el trust (legal y de equidad), en que se inspiraron Alfaro y Lepaulle, los dos autores a quienes se recurrió para estructurar legalmente al fideicomiso en México (5).

Por otra parte, al establecer el numeral en cuestión - que: "... el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado.", podemos afirmar que es uno de los aciertos del legislador de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1922, fue dar a los fines que podían entrar en el fin del fideicomiso una amplitud casi ilimitada. Ya que tan sólo dos características, las cuales son plenamente justificadas, impusieron al fin del fideicomiso, y estos son:

- a) Licitud, y
- b) Determinación.

Por lo cual, de acuerdo con esta amplia visión cualquier objetivo o conjunto determinado de objetivos pueden encuadrar en el fin del fideicomiso. Nada de lo que es humano le es ajeno al fideicomiso, excepto la ilicitud. De tal suerte que, ésta formidable amplitud, es lo que le da

(5) Ibidem, Pág. 34.

a la figura jurídica del fideicomiso tan extraordinaria gama de opciones prácticas de aplicación.

Por último, al disponer el artículo 346 de la Ley en estudio que: "..... encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Cabe hacer mención que, la ejecución del fideicomiso es una función que sólo puede ser realizada por una institución de crédito que disfrutaba anteriormente de concesión del Gobierno Federal para efectuar operaciones fiduciarias, de conformidad con lo que establece el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual textualmente preceptúa que "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito". En relación a lo que señala este precepto cabe aclarar que, las Instituciones de Crédito a que se refiere el numeral citado, deberá estar constituida con el carácter de sociedad nacional de crédito, tal como lo establece el artículo 2o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, vigente en la actualidad y, misma que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, el cual establece que: El Servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito. Además de que la referida Ley vigente en su artículo 30, dispone que "Las instituciones

de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: entre las que se encuentra la que es objeto de este estudio. "XV.- Practicar las Operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.".

Por lo antes expuesto podemos decir que, en nuestro sistema jurídico la actividad fiduciaria está reservada única y exclusivamente a las instituciones nacionales de crédito, por lo cual sólo estas serán las encargadas de realizar el fin del fideicomiso.

II.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

La naturaleza jurídica del fideicomiso ha sido objeto de estudio en un sin número de trabajos. Razón por la cual sólo pretendemos dejar constancia aquí de aquellas teorías que de una u otra forma han influido tanto en la doctrina, como en nuestra legislación.

A este precepto Rodrigo Vázquez Arminio (6) expresa que

-
- (6) Rodrigo Vázquez Arminio: Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus principales aplicaciones prácticas. Librería de Manuel Porrúa, S.A., conferencia pronunciada el 6 de julio de 1964 en el Salón de Actos del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, pág. 11 y sig.

"Ante la adopción de la institución anglosajona del Trust, la doctrina latinoamericana iniciada por el Dr. Ricardo J. Alfaro y aceptada en nuestra Ley bancaria de 1926, resolvió que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter -irrevocable, -Continúa señalando que-, posteriormente, cuando la doctrina siguió el pensamiento de Pierre Lepaulle, -llegó a la conclusión de que se trataba de un patrimonio de afectación. Esta teoría trascendió a nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, -sigue señalando este autor que-, más adelante surge la teoría de Remo -Franceschelli quien concluye su estudio del Trust asimilado al sistema jurídico de ascendencia romana, como un desdoblamiento de la propiedad no ya al trust sino al fideicomiso, aceptando el doble régimen de la equity y del common law, -por último indica que-, finalmente y como resultado del desarrollo del fideicomiso en nuestra práctica bancaria, se llega a su completa asimilación dentro de nuestro pensamiento jurídico y se estudia ya como una operación desvinculada totalmente de sus antecedentes, al confirmarse que en el fideicomiso se transmiten al fiduciario los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del mismo para que, a través del ejercicio de tales derechos, se cumplan los fines que el fideicomitente señala expresamente. Esta teoría es admitida por nuestra Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

De conformidad con lo anterior, trataremos de exponer las diversas teorías en torno al estudio de este tema, siguiendo el orden de ideas de Rodrigo Vázquez Arminio.

A) La Teoría del Mandato.

Esta teoría señala que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Según el primero y más distinguido exponente de esta teoría, el Dr. Ricardo J. Alfaro (7), quien asimiló antes que nadie el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana como el nuestro. De tal manera que nuestra legislación, basándose en esta teoría, seis años más tarde a la publicación del primer trabajo de Alfaro en torno a este tema, admitió dentro de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 y posteriormente en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Banca-

(7) Alfaro, Ricardo J., Adaptación del Trust del derecho anglosajón al Derecho Civil. Cursos Monográficos. Vol. I. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. La Habana, Cuba, 1943 págs. 41 y 42. Obra citada por Rodrigo Vázquez Arminio ob. cit., pág. 13.

rios del mismo año, el fideicomiso como una institución nueva siguiendo los lineamientos de este autor.

Rodrigo Vázquez Arminio (8), al referirse a la teoría de Alfaro, señala que, para fundar su teoría este autor expresa que: "..... se han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del Trust Inglés. Pero si se les compara cuidadosamente se hechará de ver que todas coinciden en un elemento esencial: que tanto el fiduciario como el - trustee inglés es siempre una persona que ejercita un encargo o comisión que le ha sido dado por otra persona para beneficio de un tercero".

Continúa diciendo Alfaro que: "En el antiguo fideicomiso romano se habilitaba al fiduciario para desempeñar su encargo instituyéndolo heredero. En el trust anglosajón se habilitaba invistiéndolo con el título legal sobre los bienes. De consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el trust lo que hacen el fiduciario y el trustee es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente y si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la - institución de derecho civil que tiene más estrecha semejan-

(8) Ob. cit. pág. 12 y sig.

za con el trust, puede ser y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario".

No obstante lo anterior, el autor de esta teoría señala: "Pero ¿Es el concepto de mandato suficiente por si solo para caracterizar el trust? Evidentemente que no, porque si así fuera, los fines del trust podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así. Las razones son obvias".

"El mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocado por él en cualquier tiempo, - nos dice el autor en cuestión -. Esto basta para evidenciar que el mandato ordinario de los Códigos civiles sería del todo ineficaz para afrontar las situaciones que se arreglan por medio del trust. Es de la esencia del trust el ser irrevocable, como lo es de las donaciones inter vivos. Ciertamente que el derecho común reconoce la existencia o posibilidad de trust revocables, pero para la mentalidad latina estos casos no son sino la excepción que confirma la regla.

"Ahora bien, - prosigue en la exposición de su teoría este tratadista en estudio -, si por una parte se hallaba que el mandato era la institución más análoga al trust, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust por el hecho de ser revocable ¿qué

figura surgió ante la mente como la más apropiada para presentar ante la mentalidad latina, la institución extraña del trust? Pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable, de una comisión o encargo suigeneris, especial, nuevo, un encargo que el mandante no pudiese desahacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto del encargo. Sólo así se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria y con la obligación de cumplir con las disposiciones del Trust".

Al ser severamente y no sin razón criticada la teoría de Alfaro en su aspecto original, el autor efectuó con posterioridad su reajuste en el que reitera los lineamientos directrices de aquella.

En torno a este reajuste, Jorge Alfredo Domínguez Martínez (9), expresa que el autor en estudio, "Ratifica la eficacia sólo parcial del mandato para definir al fideicomiso. Para justificar su actitud de haberlo caracterizado como mandato irrevocable, da respuesta a las réplicas en el sentido de que si bien esta formulada, aisladamente considerada, puede ser blanco de críticas, cualquier debilidad que tuviere, se fortalece con la frase en virtud del cual se transmiten ciertos bienes".

(9) Jorge A. Domínguez Martínez: El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 147.

Continúa señalando el citado autor, que Alfaro critica a su vez, haber calificado al fideicomiso como una afectación, según actitud de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en virtud de que "en primer lugar, el término afectación ni es lenguaje técnico de la jurisprudencia civil, ni es buen castellano en el sentido en que se usa. En el lenguaje corriente, afectación es la acción y efecto de -afectar; y este verbo, según la academia y según Escribhe, significa empeñar, hipotecar una casa mueble o inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación. Ahora bien, si afectación es la acción y efecto de afectar, y afectar es gravar, afectación viene a ser propiamente sinónimo de gravamen. Por consiguiente, cuando se expresa que el fideicomiso es una afectación patrimonial a un fin lo que se está diciendo es que el fideicomiso consiste en el gravamen de un patrimonio para un fin". Todo lo cual es inexacto - para Alfaro, pues el fideicomiso no es un gravamen, sino una transmisión de bienes".

Sigue diciendo el tratadista que de fideicomiso sugirió originalmente, señalando los elementos siguientes en su constitución.

- 1.- La transmisión del patrimonio;
- 2.- La destinación que se da al patrimonio;
- 3.- El encargo que se debe ejecutar; además de la men-

ción a los tres sujetos del fideicomiso: el fideicomitente (que hace la transmisión del fideicomiso), el fiduciario - (quien recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación), y el fideicomisario (el que va a gozar del beneficio). Alfaro considera más adelante que "aclarada así la definición, ella nos lleva como de la mano a la consecuencia, inevitable de que la esencia del fideicomiso está en la transmisión del patrimonio, porque esa transmisión es la que normalmente engendra el derecho de dominio del fiduciario". (10)

Respecto a la teoría vertida por Alfaro, Jorge A. Domínguez Martínez (11), hace el siguiente comentario: "Además de que como lo anota Molina Pasquel existen numerosas diferencias entre la regulación de las funciones del mandatario y la situación que a ese respecto guarda el fiduciario, como puede ser por ejemplo que el primero debe consultar al mandante y segundo no al fideicomitente, que el mandatario puede sustituir, no así el fiduciario, etc., todo lo cual está sujeto a los lineamientos rectores tanto legislativos como particulares, para poner de manifiesto que el fideicomiso no es un mandato, habrán de observarse paralelamente las es-

(10) Ricardo J. Alfaro: El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al Trust del Derecho Inglés. Panamá, 1920. Obra citada por Jorge A. Domínguez Martínez, ob.cit. Pág. 147 y sig.

(11) Jorge A. Domínguez Martínez: ob. cit. pág. 148 y sig.

estructuras de ambas instituciones".

En esas condiciones, -prosigue su comentario-, con tener en cuenta que la afectación o transmisión de que son -objeto los bienes fideicomitidos y sin que lo sean aquellos sobre los que recaerán los actos objeto del mandato, es suficiente para determinar que si bien no es ésta la única diferencia entre el primero y el segundo si que es suficiente para determinar que ambas figuras son diversas desde sus comienzos.

En torno a lo anterior, el autor en cuestión haciendo referencia a Arrechea Alvarez señala que este autor dice -que: "en el mandato no hay afectación, el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario. El patrimonio fideicomido en cambio, por estar afectado, forma una masa separada del patrimonio del fideicomitente. Los bienes afectos en fideicomiso están sujetos a un régimen -nuevo, el cual es diferente al producto por el mandato; la situación que el fideicomiso crea para los bienes fideicomitidos discrepa bastante de la del mandato".

Villagordoa Lozano en relación con lo anterior comenta lo siguiente: "Cuando decimos que el fiduciario o trustee desempeña un encargo, no lo decimos como si fuera el mandatario del fideicomitente (settlor), sino el desempeño de di-

cho cargo consiste en que el fiduciario ejerce los derechos que se le transmiten para la realización de los fines del fideicomiso. En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implique este acto jurídico. Las transmisiones de derechos que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario. En el curso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derecho en el patrimonio del mandatario". (12)

Asimismo Domínguez Martínez continúa su comentario expresando que: "..... otra diferencia entre ambas figuras es que el mandante, no obstante haber sido aceptado el mandato por el mandatario, puede realizar los actos encargados a éste, situación que se descarta de plano en el fideicomiso, pues por su otorgamiento, el fideicomitente pierde el derecho a ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por él mismo.

Concluye su comentario a la teoría en estudio Domínguez Martínez expresando que: "La teoría del fideicomiso mandato, -como él lo ha denominado-, no es del todo desacertada, en

(12) José M. Villagordoa Lozano: ob. cit. pág. 99 y sig.

virtud de que dice que: "... debe reconocerse un punto común en ambas instituciones, o sea, la situación jurídica que en un momento dado pueden encontrarse mandatario y fiduciario. Es evidente, -finaliza indicando que-, éste obra en nombre propio más por cuenta ajena, debido a las limitaciones en su dominio respecto de los bienes dados en fideicomiso, situación análoga a la de aquél, pues en todo caso aún cuando obre en su propio nombre deberá observar las instrucciones del mandante".

B) La Teoría del Patrimonio de Afectación.

Rodrigo Vázquez Arminio dice que: "Antes de analizar esta teoría respecto del fideicomiso y para su mejor comprensión, previamente debemos referirnos a ella en su aspecto general dentro del derecho".

Por lo cual haciendo referencia a Francisco Ferrara, quien en su obra "Teoría de las Personas Jurídicas", expone la teoría de Brinz, mismo que parte de la división de los patrimonios en dos categorías: patrimonios de personas y patrimonios impersonales, llamados también afectos a un fin o patrimonio de destino. Los primeros son aquellos que pertenecen a un sujeto de derecho. Los segundos, carecen de dueño, pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozando de garantías jurídicas especiales;

estos últimos patrimonios tienen derechos, pero no son de alguien sino de algo, es decir, del patrimonio mismo. (13)

En torno a lo anterior, Villagordoa Lozano expresa que Bekker, autor alemán, acepta la teoría de Brinz, pero, introduce los términos de patrimonio dependiente y patrimonio independiente. La primera denominación se refiere a los patrimonios destinados a un fin concreto, que pertenecen a una persona y forman parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía; corresponde a la segunda a los patrimonios de destino, que carecen de sujeto. (14)

A decir de Jorge A. Domínguez Martínez, respecto de esta teoría dice que: "Como lo afirman Molina Pasquel, Batiza, Serrano Trasviña, Villagordoa Lozano y Vázquez Arminio: la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito está inspirada en materia de fideicomiso en las ideas sustentadas por Lepaulle respecto del Trust como patrimonio de afectación, además tales ideas tienen un prosélito en la doctrina nacional representada por Landerreche Obregón. (15)

(13) Ferrara Francisco: Teoría de las Personas Jurídicas. Editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 12, obra citada por Rodrigo Vázquez Arminio, ob. cit. pág. 15.

(14) Ibidem, Pág. 145.

(15) Jorge A. Domínguez Martínez; ob. cit. pág. 151.

Acto seguido, Domínguez Martínez, se refiere a los puntos de vista tanto del autor francés como del mexicano, aunque dice este autor en cita que, no obstante que los del primero sean en torno al trust y no al fideicomiso, pero que a la postre, las opiniones expresadas por dicho tratadista fueron determinantes para el legislador de 1932, al elaborar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por lo anteriormente dicho, pasaremos ahora a citar la teoría de Pierre Lepaulle (16), quien para determinar la Naturaleza del Trust, principia analizando las dos teorías -- prevaleciendo en su época, por lo que al referirse a la primera teoría, o sea, la teoría del derecho personal de "cestui que trust", que señala que: "la esencia del "trust" es un derecho personal del "cestui que trust" respecto del -- "trustee", un vínculo obligatorio que liga a ambos".

A lo anterior, el Autor en cuestión, efectúa la siguiente observación: "todo el derecho de los "trust" podría explicarse considerando que el "cestui que trust" es esencialmente un acreedor del "trustee". Este último es único propietario, obra en relación con terceros, adquiere derechos y está sujeto a obligaciones, administra los bienes; en último análisis, lo que el beneficiario tiene es un crédi-

(16) Pierre Lepaulle; ob. cit. pág. 17 y sig.

to contra el "trustee" cuyo objeto y modalidades quedan determinados por el acto constitutivo del "trust".

Además señala: "que el "cestui", cuando lo hay, tenga derechos de crédito, es indudable, pero que tales derechos constituyan la esencia, todo el misterio de la institución, es evidentemente falso".

Ya que continúa diciendo, "un" Trust puede no estar - constituido en favor de sujetos de derecho; queda definitivamente establecido aun cuando el "Settlor" haya omitido designar un "trustee".

Por lo demás, -prosigue indicando este tratadista que-, "no puede decirse que el "trustee" sólo exista en relación con los terceros, puesto que, por una parte, la "res" no es prenda de sus acreedores y no forma parte de su patrimonio, y por otra, un "trust" queda válidamente constituido aún en caso de no haberse designado ningún "Trustee".

Por las razones antes expuestas concluye este autor - que esta teoría, "es superficial y falsa".

Por lo que respecta a la segunda teoría, es decir, la que sostiene que: "El trust es una división del derecho de propiedad entre el "cestui" y el "trustee"; es la creación

en el beneficiario, de un derecho real principal, de un verdadero derecho de propiedad, en un sentido restringido, puesto que no abarca el derecho de administrar; pero favorecido en otro sentido, puesto que da a su titular todas las ventajas de la propiedad, sin imponerle ni las cargas ni las responsabilidades".

A esta teoría también la califica como inadmisibles, ya que expresa que: "¿Cómo podría el derecho del "cestui" ser en su esencia un derecho real, cuando la "res" puede ser un derecho personal? ¿Derecho real sobre un derecho personal? ¡que logaqué!".

Además, -concluye afirmando que "para que haya una división del derecho de propiedad, necesariamente se requieren dos sujetos de derecho", -ya que nos dice-, "pues no es posible definir la esencia de una institución como una serie de relaciones entre tres personas, cuando ninguna de ellas es esencial para que exista. En efecto, -señala-, el "settlor" jamás existe en el "constructive trust"; el "trustee" puede no haber sido designado, sin que tal omisión perjudique ni la existencia ni la validez del "trust"; en cuanto al beneficiario, no existe en numerosos "trust".

En este orden de ideas, señala como elementos esenciales para la formación y vida del "trust" los siguientes: un

patrimonio determinado y una afectación. Por lo cual expresa "si la necesidad de un patrimonio y de una afectación son las condiciones esenciales para la creación y la vida del "trust" no podemos escapar a esta conclusión: el trust es un patrimonio afectado".

Finaliza Lepaulle la exposición de su teoría, definiendo al trust de la siguiente manera: "el trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público".

A la expresada definición le hace la siguiente crítica: "¿Cómo es posible desasociar las nociones de personalidad y de patrimonio, puesto que tradicionalmente se define el patrimonio en función de la personalidad?". A este argumento, -señala-, puede darse tres respuestas, que son:

"a) Es inexacto que el derecho anglosajón haya definido el patrimonio de este modo; ni siquiera ha pensado jamás en unir estas nociones.

b) La disociación es actualmente un hecho casi consumado en la doctrina francesa que abandona cada vez más la teoría tradicional.

c) El derecho positivo contiene gran número de instituciones que son patrimoniales sin ser personas morales: fundaciones, fiducia, bienes del ausente después de haberse - dado la suposición, sucesiones vacantes o aceptadas a beneficio de inventario, masa de una quiebra sociedad de hecho, etc."

Juan Landerreche Obregón (17), autor mexicano que sostiene su posición en términos similares a los expresados - por Pierre Lepaulle, sólo que refiriéndose éste al fideicomiso mexicano; en torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso señala que: "La transferencia de dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación, -sigue señalando este - tratadista-, se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante a la del usufructo en que se separaran el derecho de usufructo y la nuda propiedad: En el - fideicomiso, -continúa expresando-, hay una separación del derecho de aprovechamiento de los bienes por una parte, aprovechamiento que se destina al fin del fideicomiso sin que haya una persona titular de dicho derecho y, por la otra, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones refe-

(17) Juan Landerreche Obregón, *Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano*, México, Jus. 1942, pág. 13.

rentes a los mismos bienes, facultad que se atribuye al - fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso".

Asímismo, señala que: "Los efectos de la afectación - fiduciaria son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes - afectados. Respecto a estos bienes no se pueden ejercitar sino los derechos y acciones que al fin del fideicomiso se refieran, salvo los adquiridos con anterioridad a la construcción de éste por el fideicomisario o por terceros. (Art. 351, párrafo segundo L. G. T. O. C. y 45, fracción III, - L. I. C.)".

A esta teoría se le han hecho las siguientes críticas:

Rodrigo Vázquez Arminio (18) dice que: "Rechazamos la teoría del patrimonio sin titular porque no podemos admitir la existencia de derechos sin titular. Como dice García - Maynez en su Introducción al Estudio del Derecho: "todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción del deber encuéntrase ligada inseparablemente al concepto de personas; entre ellos hay una relación del mismo tipo -

(18) Rodrigo Vázquez Arminio; ob. cit. pág. 16 y 17.

que la existente entre las ideas de sustancia y atributo". (19)

"Por otra parte, -prosigue señalando-, la distinción establecida por Brinz entre patrimonios de personas y patrimonio de afectación, o destinados a un fin, -continúa García Maynez-, es enteramente artificial, y no constituye una verdadera posición. En primer lugar, debemos advertir que los patrimonios personales son también destinados a la consecuencia de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de destino. En todo caso, lo correcto sería dividirlo en patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no tienen una finalidad determinada. En segundo término, hay que tener presente que la circunstancia de que ciertos patrimonios se encuentran destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho. La historia revela la existencia de numerosas instituciones de índole jurídica, en la que el patrimonio personal se encuentra destinado a un cierto fin, dentro del patrimonio general de una persona. Es decir, se trata de patrimonios que tienen autonomía y forman parte del patrimonio general del sujeto. Son patrimonios de afectación y, sin embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos".

(19) Eduardo García Maynes, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1944, Pág. 272, obra citada por Rodrigo Vázquez Arminio, ob. cit. pág. 17.

El autor en cita, tampoco está de acuerdo con Lepaulle, cuando este afirma que, "el trustee", o fiduciario en nuestro derecho, es un simple medio para lograr la afectación de los bienes que se realiza en el trust o fideicomiso. Por el contrario, es el titular de esos derechos para poder obtener la consecución de los fines propios de esta operación".

Por último concluye diciendo a este respecto que: "El derecho de propiedad no se debe entender como contradictorio del concepto de afectación de bienes; debe considerarse como un derecho que, en múltiples casos, se transmite al - trustee, o fiduciario, para lograr la realización de las - finalidades propuestas en el trust o fideicomiso".

Jorge Domínguez Martínez, citando a Araujo Valdivia, agrega a esta crítica lo siguiente: "Sostener la existencia de patrimonios sin titular, sería admitir el absurdo de que" algo distinto a las personas realizará las finalidades jurídico-económicas de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden y como si pudiese tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyen". (20)

(20) Araujo Valdivia, Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, 1a. ed. Puebla, 1965, pág. 468. obra citada por Jorge A. Domínguez Martínez, ob. cit. pág. -- 155.

José M. Villagordón Lozano, ante también su comentario en torno a la teoría objeto de estudio; por lo que respecta a lo expresado por Lepaulle, el comentario lo efectúa en términos similares a los hechos por Vázquez Arminio y - Jorge Domínguez Martínez, y por lo que hace a lo señalado por Landerreche Obregón, éste comenta lo siguiente: "..... no estamos de acuerdo con ella en vista de que en nuestro derecho no pueden existir patrimonios sin titular; en consecuencia, no podemos explicarnos el fideicomiso como un - patrimonio sin sujeto".

Prosigue su comentario, indicando que: "tampoco es posible que aceptemos la existencia de un nuevo derecho real dentro de nuestro régimen jurídico, que se pueda crear a - través del fideicomiso como afirma Landerreche cuando explica que en el fideicomiso ocurre una desmembración del derecho de propiedad, toda vez que, ..., en esta operación no sólo se pueden afectar bienes, sino derechos personales y consecuentemente sería un absurdo admitir que se creará un derecho real sobre derechos de crédito, de carácter esencialmente personal, -y finaliza su comentario señalando que- "A la negativa que sostiene Landerreche acerca de la titularidad del fiduciario, sobre el patrimonio fideicomitado, - fundamentándola en el hecho de que el fiduciario no puede disponer en su propio provecho de tales bienes y derechos, debemos contestar, que dichas limitaciones se establecen co-

mo modalidades que afectan la naturaleza misma de cada derecho, puesto que el fiduciario siempre será titular en beneficio del fideicomisario, quien tiene un derecho personal para exigir a dicho fiduciario el cumplimiento de su cometido en provecho del mismo fideicomisario". (21)

C) La Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad.

En virtud de esta teoría, se obtiene dos titulares - acerca de un determinado bien; uno de los titulares, el fiduciario, tiene la titularidad jurídica y el fideicomisario, la titularidad de carácter económico.

Esta teoría tiene su principal exponente en la persona de Remo Franceschelli, autor italiano que se avoca a la tarea de estudiar el trust inglés tratándolo de asimilar a los sistemas jurídicos derivados del Derecho Romano.

Rodrigo Vázquez Armonio, citando a Remo Franceschelli (22) señala que este autor en su estudio, dedica concreta-

(21) José M. Villagordoa Lozano, ob. cit. ág. 107 y sig.

(22) Remo Franceschelli, II Trust nel Diritto Inglese. Cedam Padova. 1935. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. - Pág. 23; obra citada por Vázquez Arminio, ob. cit. pág. 18 y sig.

mente su atención a la protección del beneficio en el trust dentro del sistema jurídico inglés y dice: que "..... para realizar en forma más completa el fin relativo a la protección del beneficiario para dar vida a un sistema, que entre los juristas continentales puede parecer muy curioso y extraño, en el derecho inglés que llega al desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos derechos de propiedad contemporáneos, cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto".

Sigue diciendo el autor en cuestión: "Ahora bien, para regresar a aquel desdoblamiento del que habíamos partido, diremos que él se atribuye a dos sujetos diversos, al fiduciario (o trustee) por un lado y al beneficiario (cestui que trust) por otro lado, y además se les otorga una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitida (in trust), al primero un señorío legal (legal estate) y al segundo un señorío equitativo (equitable estate)".

Reiterando su teoría, agrega este autor que: "el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa en la siguiente forma: en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust)".

Prosigue el tratadista italiano expresando: "El contenido del derecho de propiedad, que como hemos visto contiene dos categorías de facultades, que son la de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con las tendencias predominantes, al trustee y al cestui que trust, respectivamente".

Villagordoa Lozano, haciendo también referencia de - Franceschelli, dice que concluye este tratadista, sistematizando su pensamiento en cinco reglas que a continuación insertamos:

"1.- Siempre que por un hecho o por un evento cualquiera o por cualquier manifestación de voluntad, se constituya un trust, el contenido normal del derecho de propiedad sobre la cosa que es objeto de él se divide en dos partes: trust ownership (configurado como un legal estate) por un lado y beneficial ownership (configurado como un equitable estate) por el otro lado, cada uno atribuido a un sujeto diferente.

"A la inversa se puede decir:

"2.- Cuando se reúnen ambos derechos en un mismo sujeto, el trust queda extinguido.

"Es decir.

"3.- Cada vez que "el legal estate" se atribuye a un sujeto y la "equitable ownership" a otro, estaremos en presencia de un trust.

"En fin.

"4.- Cada vez que la trust ownership y la beneficial ownership en principio separadas, se reúnen en las mismas manos, el fideicomiso concluye.

"La trust ownership y la beneficial ownership así desdobladas, son independientes la una de la otra respecto de los actos de disposición o de destino, que puedan ejecutar los sujetos titulares de cada uno de esos derechos.

"La transmisión posterior de cualquiera de esos derechos a un tercero, no cambia la naturaleza de los mismos en relación con sus titulares originarios.

"Los corolarios 2. y 4. nos permiten, por último, obtener otra regla general de importancia:

"5.- Cada vez que la legal estate y el equitable estate estén investidos en sujetos diversos, el legal owner, -

ésto es, el titular de la legal ownership, es siempre trustee en beneficio del equitable estate, es decir, del titular de la equitable ownership". (23)

Por su parte Jorge A. Domínguez Martínez (24), citando a Lizardi Albarran, señala que este autor dice que: "el derecho atribuible al fiduciario, surge por la ostentación que de propietario tiene ante los terceros, la cual consiste en el poder de decisión que respecto a los bienes fideicomitidos tiene dicho sujeto; además, se trata de un derecho - temporal cuyo fundamento es el fin a realizar y carece para su titular de todo valor económico".

El autor en cita caracteriza al derecho real de que es titular el fideicomisario, como aquel que tiene un contenido económico con validez erga omnes, que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso al grado de poder confundirles y porque si bien no obstante es el fiduciario el que en forma directa ejerce el dominio sobre los bienes objeto de la relación, el fideicomisario puede, en los casos legalmente establecidos, perseguirlos y aun reivindicarlos para ser restituidos al fondo del fideicomiso.

(23) Ibidem, pág. 34, obra citada por José M. Villagordoa Lozano, ob. cit. pág. 109 y sig.

(24) Jorge A. Domínguez Martínez, ob. cit. pág. 156 y sig.

"En resumen, -concluye Lizardi Albarrén diciendo que-, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y el del fideicomisario, por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines objeto de la operación.

Los derechos a que nos hemos venido refiriendo tienen por su relación entre sí y por su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario, reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición".

A esta teoría se le ha formulado la siguiente crítica: Por lo que hace a Rodrigo Vázquez Arminio (25), nos dice - que, "Es muy loable el esfuerzo de Franceschelli que trata de explicar la naturaleza jurídica de la institución anglosajona del Trust y, probablemente en esos regímenes de derecho la explicación sea correcta pero, por lo que toca a la asimilación de ella, como quiere este autor, a los siste-

(25) Rodrigo Vázquez Arminio, ob. cit. pág. 19.

mas jurídicos de ascendencia romana, entre los cuales se cuenta el nuestro, y por lo que se refiere al fideicomiso es totalmente inaceptable la teoría".

"No puede admitirse, -señala este tratadista-, una explicación tomando como base el desdoblamiento de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro. El sistema de derecho inglés se desarrolla en un doble orden jurídico: el derecho común y el derecho de equidad; ambos órdenes son contemporáneos, de tal manera, que pueden coexistir dos titulares diferentes acerca de un mismo derecho.

Concluye su crítica el autor en cuestión expresando - que: "No ocurre lo mismo en los regímenes jurídicos de ascendencia latina, donde el orden jurídico es único dentro del mismo, respecto de un derecho, sólo se pueda reconocer a un titular; la existencia de cualquier otro titular respecto del mismo derecho tiene que ser posterior y con un título derivado del anterior".

D) El fideicomiso como una Transmisión de Derecho al Fiduciario.

Mediante esta teoría se trata también de explicar la

Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, la cual debe tener como ángulo de observación la transmisión de derechos que tiene del fideicomitente al fiduciario.

Entre los tratadistas más destacados que explican la naturaleza jurídica del fideicomiso a través de esta teoría, tenemos a: Jorge Serrano Trasviña y Joaquín Rodríguez y Rodríguez, aunque cabe señalar que éste último autor analiza este tópico desde dos puntos de vista más, que son los siguientes: el fideicomiso puede ser contemplado como negocio fiduciario y como operación bancaria, pensamientos éstos que posteriormente haremos mención de ellos.

1.- Teoría de Joaquín Rodríguez y Rodríguez.

Rodrigo Vázquez Arminio (26) citando al autor cuyo pensamiento estamos exponiendo, señala que este tratadista dice que del artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se puede inferir que: "... el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes. (Inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles, o notificación, endoso, tradición, etc., cuando se trata de bienes —

(26) Ibidem, pág. 19 y sig.

muebles). Esta traslación de dominio produce afectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño". (27)

El dominio del fiduciario, según este autor, tiene las siguientes limitaciones".

"1.- Todas las facultades se ejercen en función del fin a realizar y no en interés del fiduciario.

"2.- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.

"3.- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites establecidos de antemano.

"4.- Los bienes deben volver al fideicomitente, con las excepciones que fija la Ley.

"Quiere decir todo ésto que los bienes dados en fidei-
comiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio -
(27) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Curso de Derecho Mercan-
til, Tomo II Librería de Porrúa Hnos. y Cía México, -
D. F., 1947, pág. 531; obra citada por Vázquez Arminio,
ob. cit. pág. 20.

separado, un patrimonio fin o de afectación. Bien entendido que un patrimonio separado o un patrimonio fin o de afectación no es patrimonio sin titular". (28)

2.- Teoría de Jorge Serrano Trasviña.

Jorge A. Domínguez Martínez haciendo referencia a Jorge Serrano Trasviña nos dice que este autor, comparte el pensamiento de Rodríguez y Rodríguez, asimismo estima que, la regulación en general de la L. G. T. O. C., por lo que respecta a el fideicomiso y especialmente fundándose en lo que establece los artículos 351 y 352, de este ordenamiento, - "Cabe afirmar que el fideicomiso supone un patrimonio de - afectación, con destino cierto y determinado". Más adelante agrega: "Hay que hacer constar, sin embargo, que tal patrimonio no carece de titular". Así también de conformidad - con el artículo 355 de la misma L. G. T. O. C., "la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo, -el fiduciario sigue diciendo este autor-, estará investido de todas las facultades que correspondan al propietario. - concluye señalando que-, el fiduciario, en síntesis, aparece

(28) Ibidem, pág. 534.

como tal, debe ser y es por tanto titular de los derechos fideicomitidos". (29)

En torno a la teoría expuesta el mismo Domínguez Martínez ha hecho el siguiente comentario que: "debe tenerse en consideración que si bien los bienes dados en fideicomiso se encuentran afectos a un fin determinado, aun cuando atinadamente se asiente que el titular de los mismos lo es la institución fiduciaria, no basta por sí mismo para explicar la naturaleza jurídica de aquel; ello lo prueba la posición de Rodríguez y Rodríguez, pues para abordar tal empresa y satisfacer su propósito, lo analiza, según lo anotamos en su oportunidad, desde varios ángulos, o sean, como negocio indirecto y fiduciario, como régimen de propiedad y como - operación bancaria. Concluye su comentario indicando que. Así, lo correcto es, como lo hace Ortiz Urquidí, (30) al - considerar al fideicomiso una afectación de bienes, pero sólo en cuanto a su naturaleza jurídico patrimonial, no genéricamente conceptuado. (31)

(29) Serrano Trasviña, Jorge: Aportación al Fideicomiso, México, D.F., 1950, pág. 331 y sig., obra citada por Jorge R. Domínguez Martínez, ob. cit. pág. 159.

(30) Voto particular en Análisis de Jurisprudencia, T. CXXX-III, Año XXXV, octubre, noviembre, diciembre de 1968, México, pág. 52.

(31) Jorge A. Domínguez Martínez, ob. cit. pág. 159 y sig.

Rodrigo Vázquez Arminio a este mismo respecto, comenta lo siguiente: "No estamos de acuerdo en designar esas limitaciones de la titularidad como una "propiedad fiduciaria", sino que el fiduciario es titular de pleno derecho de los bienes o derechos transmitidos. Ahora bien, todo derecho puede limitarse de conformidad con lo que se convenga en el contrato, siempre que esas limitaciones no lesionen intereses de carácter público que lo hagan contrario a las leyes de ese orden o de carácter prohibitivo y eso es lo que ocurre en el fideicomiso". (32)

E. El Fideicomiso como Operación Bancaria.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, como ya lo habíamos señalado también analiza el fideicomiso desde este punto de vista para lo cual "se funda para llegar a tal afirmación, en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; por esta misma virtud, el fideicomiso es un acto de comercio (art. 75 fracción XIV del Código de Comercio) y por estar considerado como una operación de crédito (art. 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), es también acto de comercio como operación de crédito. (33)

(32) Rodrigo Vázquez Arminio, ob. cit. pág. 21.

(33) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit. pág. 534.

Para concluir, cabe hacer mención de que el autor en cita, expresa una duda en relación a este particular, en el sentido de si el fideicomiso es una operación de crédito pasiva o más bien un servicio bancario, a lo que responde que la figura en cuestión encuadra mejor en el grupo de los servicios bancarios.

A lo expuesto por Rodríguez y Rodríguez, Domínguez Martínez ha efectuado el siguiente comentario; el carácter de institución bancaria que debe ostentar la fiduciaria, hace que Rodríguez y Rodríguez entienda parcialmente el fideicomiso como operación bancaria.

Empero esta caracterización se restringue sólo al aspecto formal del fideicomiso y no comprende el fondo del problema para que la concepción de dicha figura, como tal, tuviere cierto sentido.

La reglamentación como operación bancaria, aunado a ello su reglamentación como operación de crédito que lleva a cabo la L. T. C. C., es, según el mismo Rodríguez y Rodríguez lo anota, ver hasta que grado en realidad el fideicomiso es una operación de crédito.

____ Por lo que haciendo referencia a Cabanellas (34) dice - (34) Jorge A. Domínguez Martínez, ob. cit. pág. 161 y sig.

que entiende éste, por operación de crédito "aquella en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la confianza que inspira o en la solvencia de que goza", y considera a la operación bancaria como "cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene, ya como parte principal o accesoria".

Por ello, —prosigue diciendo en su comentario Domínguez Martínez—. Rodríguez y Rodríguez, precisamente después de hacer notar que todas las operaciones bancarias mencionadas por la L. G. I. C. D. A., ahora Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito tiene como denominador común que consisten en una serie de operaciones de crédito, caracteriza a estas últimas como las que implican "una -- transmisión actual de propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo -- después por el deudor". Termina definiendo a la operación bancaria como "toda aquella operación de crédito practicada por un banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares". Finaliza su cometido diciendo que por lo coherente y lógico de los razonamientos anteriores procede concluir, al ser el fideicomiso una operación bancaria en la que la obligación de la fiduciaria deba cumplirse con posterioridad a la celebración del negocio y además, por tener lugar dicha celebración pre-

ponderantemente con base en la confianza que la institución inspira debido a su solvencia económica, que es una operación de crédito.

En relación a lo que preceptúa el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual — textualmente establece que: "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito". Cabe hacer la aclaración en el sentido de que, las Instituciones de — Crédito a que se refiere la citada ley, deberán estar constituida con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito, tal como lo establece el artículo 2o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, actualmente en vigor y que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Asimismo, la Ley referida, actualmente e vigor en su artículo 30, dispone que: "Las instituciones de crédito solo podrán realizar las operaciones siguientes: —entre las que se encuentra la que es objeto de la presente tesis—, "..... XV.— Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ...".

Por lo antes expresado podemos afirmar que, en nuestro sistema jurídico la actividad fiduciaria está reservada única y exclusivamente a las instituciones nacionales de crédito.

to, por lo cual sólo éstas serán las encargadas de realizar el fin del fideicomiso.

A este respecto Luis Muñoz (35) citando a Lizardi Albarrán señala que: "La razón de esta restricción debe verse en la circunstancia de que la adaptación del trust anglosajón al derecho mexicano "implicaría, -dice Lizardi-, un cambio en nuestro régimen de propiedad, por lo que para evitar esta verdadera revolución, limitaron la función de fiduciario a las instituciones de crédito autorizadas".

F. El Fideicomiso como Negocio Fiduciario.

Con el objeto de tener un panorama, lo más claro posible, previamente expondremos en forma sucinta las diversas definiciones que han emitido algunos de los más cognotados autores, en torno al negocio fiduciario, así tenemos que:

Jorge A. Domínguez Martínez (36) a este respecto señala que: "La doctrina en general suele definir el negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a

(35) Luis Muñoz: El fideicomiso, Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1930, pág. 13.

(36) Domínguez Martínez, Jorge A., ob. cit. pág. 165.

otro, con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica".

Pugliatti (37) define como aquel "por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente, sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deban ser determinados", para Trabuchi (38): "Cuando la declaración de voluntad externa opera la transferencia de la titularidad del derecho, cuyo ejercicio tiene limitado por una declaración interna con lo que el causahabiente se obliga a ejercitar el derecho de una manera determinada y no diferente, nos hallamos ante la figura tradicional del negocio fiduciario"; en opinión de De Sousa Lima (39), señala que es: "aquel en el que se transmite una cosa o derecho a otro, para determinado fin, asumiendo el adquirente la obligación de destinarlos según aquel fin y satisfecho éste, devolverlos al transmitente";

(37) Pugliatti, Introducción al Estudio del Derecho Civil, trad. esp. a la 2a. ed. it. México 1943, pág. 259, obra citada por Jorge A. Domínguez Martínez, pág. 165.

(38) Trabuchi; Instituciones de Derecho Civil, trad. esp. T. I, Madrid, 1967, pág. 265.

(39) De Sousa Lima; Negócio Fiduciário, São Paulo, 1962, - pág. 170.

Barrera Graf (40) señala que por virtud del negocio fiduciario, "una persona transmite a otra cierto bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertidos a favor del transmitente"; y para Jordano Barca (41), "El negocio fiduciario consiste en la transmisión de una cosa para un fin de administración o garantía que no exige esta transmisión".

Asimismo, existe un grupo de autores que conceptúan al negocio fiduciario tomando como referencia a los medios empleados por los celebrantes para alcanzar los fines perseguidos. En este grupo se encuentran entre otros: Rodríguez y Rodríguez (42), quien estima que los negocios fiduciarios "Se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo"; y para Serrano Transviña (43), el negocio fiduciario es aquel constituido "En virtud de un contrato por el cual un derecho invierte el modo de su ejercicio, que se transforma de potestativo en - obligatorio".

(40) Barrera Graf; Estudios de Derecho Mercantil, 1a. ed., México 1958, pág. 317.

(41) El negocio Fiduciario, Barcelona, 1953, pág. 12.

(42) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, ob. cit. pág. 345.

(43) Serrano Transviña, Jorge; ob. cit. pág. 60.

Lo anterior, no obstante el diverso punto de vista desde el cual es analizado el concepto de negocio fiduciario por los dos últimos autores citados, en conclusión, la cuestión parece traducirse en términos similares a los anteriores.

Domínguez Martínez, respecto al tema en cuestión, señala que: "Una omisión de todos los conceptos anteriores es la relativa, a mencionar un aspecto de suma trascendencia en la celebración de cualquier negocio fiduciario: se trata de la confianza habida del enajenante para con el adquirente, de que éste cumplirá con la obligación adquirida", por lo que para este autor, por negocio fiduciario debe entenderse "aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero". (44)

Sentado lo anterior, pasaremos ahora a señalar la opinión emitida por José M. Villagordoá Lozano (45), quien es uno de los más destacados exponentes de esta teoría en estudio.

(44) Ob. cit. pág. 167.

(45) Ob. cit. pág. 129 y sig.

Este tratadista parte de la premisa de que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario, ya que este tipo de negocios, cuentan con las dos relaciones que conforman a este tipo de negocios, y que son: la relación real, con efectos erga omnes, se establece mediante la transmisión del fideicomitente al fiduciario, de la titularidad de los derechos, que constituirían la materia del fideicomiso.

Haciendo referencia de Joaquín Rodríguez y Rodríguez (46) señala que: "el fiduciario recibe esa titularidad y la ejercita destinando los bienes o derechos relativos a la - realización de los fines del fideicomiso, y no en su propio provecho. En estos términos surge la relación obligatoria, cuyos efectos son inter partes, -sigue diciendo-, ya que el ejercicio de los derechos transmitidos al fiduciario se convierte en una obligación a su cargo y a favor del fideicomisario, por ser dicho ejercicio, -prosigue señalando-, un requisito indispensable para la realización de los fines establecidos en el acto constitutivo correspondiente".

El autor en estudio señala que: "El concepto de titularidad lo definimos como la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o plu-

(46) Ob. cit. pág. 531.

ralidad de derechos dentro de una relación jurídica". (47)

Asimismo indica que el fideicomitente puede transmitir la propiedad de un bien inmueble, o únicamente el usufructo de dicho bien, reservándose la nuda propiedad. Así como - también no solo puede transmitir derechos reales, sino también cualquier especie de derechos personales, que se requieran para la realización de los fines del fideicomiso.

Por otra parte, los bienes y derechos transmitidos al fiduciario, no pasan a formar parte de su patrimonio, sino que por el contrario, se forma un patrimonio autónomo por cada fideicomiso que se constituya, de conformidad con el primer párrafo del artículo 60 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que establece que: "En las operaciones de fideicomiso, ... las instituciones - abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos".

Por otra parte, estos bienes y derechos deberán ser - destinados exclusivamente al fin de cada fideicomiso, sin (47) Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, S. A., 1950, Tomo II, Pág. 3823.

que se encuentren sujetos a las responsabilidades propias del fiduciario, sino solamente aquellas que correspondan a terceros ajenos a la constitución del fideicomiso, de conformidad con la Ley, máxime en tratándose de quiebra del fiduciario, los bienes y derechos que se les ha encomendado en fideicomiso no entran a ella, por encontrarse separados de su propio patrimonio.

Por lo que, las acciones tendientes a obtener la separación de los bienes y derechos dados en fideicomiso, de la quiebra del fiduciario, corresponden al fideicomitente y al fideicomisario, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Villagordoa Lozano señala que el patrimonio del fideicomiso no es un patrimonio sin titular, sino que esa titularidad corresponde, como ya dijimos, al fiduciario, en los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.

Lo anteriormente expuesto, el autor en cuestión lo fundamenta en el pensamiento de Francisco Ferrara, quien en torno a esto sustenta que: "las personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales, de las cuales cada una tiene un tratamiento y finalidad jurídica diferente; así como nace la figura del patrimonio separado, es decir, del pa-

rimonio jurídicamente distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones y deudas propias y además de ser completamente ajeno a las fluctuaciones y vicisitudes que gravan al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno - existe. El patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene otras relaciones con el patrimonio vecino, que la liga extrínsecamente de tener el mismo sujeto Los dos patrimonios tienen vida propia diferente y aún son capaces de tener mutuas relaciones jurídicas y solamente tienen un sujeto común. Pero el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes.

"En la integración de ciertos elementos patrimoniales bajo una unidad, el orden jurídico los mueve a un fin especial, sujetando dicho acervo patrimonial a un tratamiento unitario. El patrimonio separado es un patrimonio destinado a un fin. En estos casos, la Ley precisamente eleva el patrimonio a una universitas juris, es decir, a una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones, o sea una masa única que permanece idéntica no obstante el cambio de sus elementos y que además tiene una vida jurídica propia.

"para que el patrimonio forme un todo unitario, no bas-

ta una especial destinación". (43)

"El único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio autónomo es el relativo a la responsabilidad por deudas propias. El patrimonio autónomo es aquel que - tiene deudas, en el que se localizan las obligaciones y las responsabilidades que de él mismo nacen, y que no resisten los efectos de las obligaciones diferentes que graven el - resto del patrimonio del sujeto. En las manos de un mismo titular, se tienen dos esferas jurídicas separadas: el patrimonio general de la persona y otro centro patrimonial que tiene sus propios derechos y obligaciones". (49)

Por lo cual, cada fideicomiso, considerado como una - operación individual, tiene un patrimonio autónomo, independiente, cuya titularidad corresponda al fiduciario y que se diferencia de su patrimonio personal. Más aún, dicho patrimonio autónomo del fideicomiso, con sus propios derechos y obligaciones puede ser declarado en quiebra por los acreedores del mismo, sin que ésto implique la quiebra del fiduciario. (50)

(48) Ferrara Francisco, tratado de Diritto Civil Italiano, Roma 1921, pág. 875 y 876.

(49) Ibidem. Pág. 877.

(50) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. La separación pág. 209 obra citada por José M. Villagordoa, ob. cit. pág. 132.

Finalmente, Villagordoa, concluye afirmando que el fiduciario será titular de tantos patrimonios autónomos, como fideicomisos en los que intervenga.

Así una vez que ha precisado estos conceptos, considera Villagordoa Lozano, estar en posibilidad de dar una definición del fideicomiso creado por la legislación mexicana, -y dice que-: "El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario". (51)

G. El Fideicomiso como Declaración Unilateral de Voluntad.

Esta teoría es sustentada principalmente por Jorge A. Domínguez Martínez, quien principia la exposición de su teoría criticando las teorías más difundidas que pretendan explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que dice que, unas por no tener cabida en un sistema jurídico como el nuestro, otras por limitarse a estudiar sólo un aspecto de que desde cierto ángulo pueden ser observadas en relación con aquel, o bien, en su caso, por una falta de coincidencia (51) Domínguez Martínez, Jorge A.: ob. cit. pág. 127. ob. cit. pág. 132.

material del fideicomiso y las figuras de la que se considera que deriva la Naturaleza Jurídica del mismo, pero que lo cierto es que por una u otra razón, la opinión de este o de aquel autor es blanco de críticas por los demás. (52)

Prosigue diciendo este autor que: "se ha estudiado el problema relativo a la situación jurídica que guardan los bienes fideicomitidos sin hacer alusión al acto que origina esa situación, como sucede con la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, con la del patrimonio sin titular, o inclusive, con la de la transmisión de bienes de la que es titular la fiduciaria, o, por el contrario, se ha -partido no de la especie de acontecimiento jurídico, como puede ser acto o negocio jurídico, sino que, ignorando éstos, se pretende explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso ya recurriendo a una figura nominada, como acontece con el fideicomiso -mandato, o no tan específicamente con el fideicomiso- operación bancaria, presentando por ello debilidades más claras debido a que pretenden conceptualizarlo -partiendo de lo particular hacia lo general". (53)

Asimismo señala que teorías como la que considera al fideicomiso como negocio fiduciario, tienen un mayor número

(52) Domínguez Martínez, Jorge A. ob. cit. pág. 187.

(53) Ibidem. Pág. 187.

de seguidores y defensores, en comparación con otras, independientemente a que sean o no procedentes, ya que la posibilidad de que el problema se resuelva correctamente, o mejor dicho, -continúa expresando-, ésta parece ser la única adecuada, para no caer en terrenos que no permitan sostener y fundamentar las opiniones.

Para reforzar su opinión, indica lo siguiente: "Cuando se pretende explicar la compra venta, la donación o la renta vitalicia, no se dice que son una transmisión de propiedad, o temporal de uso o goce si la explicación es para el arrendamiento, sino que, correctamente, se principia por decir, en uno, en otro, o en cualquiera de los casos, que se trata de un contrato.

"La prenda, por su parte, se define bien como contrato, como derecho real, o bien, sirve asimismo para designar los bienes sobre los que éste recae, pero no como la situación que guardan los bienes.

"La hipoteca voluntaria es un derecho real que se constituye por contrato o por acto unilateral, pero no se afirma que sea una situación específica que guardan ciertos bienes. La misma situación se presenta con el testamento; es un acto jurídico en suspenso de los efectos que aquel pro-

ducirá cuando el testador fallezca". (54)

Por lo anteriormente asentado, el autor en cuestión, afirma que el fideicomiso es un negocio jurídico, como especie de los acontecimientos jurídicos voluntarios y en oposición a los actos jurídicos en sentido estricto. Además, la estructura del negocio jurídico es compleja, en cuanto se refiere a su constitución implica un negocio unilateral y respecto a su ejecución, es de naturaleza contractual; por ende, tomando en cuenta los elementos personales de ambos actos, -concluye afirmando que-, el fideicomiso "es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello". (55)

Cabe hacer notar que aquí sólo hemos pretendido referirnos a esta teoría como una más de las que han pretendido explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, y en su oportunidad en el cuarto y último capítulo abundare a este

(54) Ibidem, pág. 188.

(55) Ibidem, pág. 188.

respecto, de tal suerte que podamos cumplir con la finalidad de la presente tesis.

H. El Fideicomiso como Contrato.

Los coautores de la obra "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", (56) Editada por la organización Somex, en dicha obra consideran que: "el fideicomiso es un contrato", por lo cual para explicar su teoría parten de la siguiente premisa el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, -ya que dicen-, es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones. Además señalan que dentro de las especies de actos jurídicos, el Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, se define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos.

Para calificar el "fideicomiso mexicano" como contrato se basan en que es una relación jurídica entre dos o más -personas, puesto que dicen, siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; y esa relacion, conti- (56) Fomento Cultural de la Organización Somex, A. C. ob. cit. pág. 157 y sig.

núan diciendo, establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, señalan, "no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad".

En este orden de ideas pretenden fundamental su afirmación, haciendo un estudio por analogía, de como funciona el trust en Estados Unidos e Inglaterra, por ser el modelo tomado por el legislador mexicano, y además basados en las opiniones de los que consideran son los más eminentes tratadistas sobre este tópico en ambos países.

Por lo cual citando a Scott señalan que este autor dice que, el trust es una relación jurídica que tiene ciertas - características y agrega que: "Los autores de derecho y los tribunales han definido algunas veces al trust como una - cierta clase de derecho u obligación. Esa definición es demasiado estrecha. Es cierto que si se mira desde el punto de vista del trustee, hay derechos establecidos para él y en favor del beneficiario, pero el trust es una relación - jurídica compleja de la cual las obligaciones del trustee solo son una parte ... el trust es un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia, e incluye no sólo las obligaciones que el trustee tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del

trustee y el resto del mundo. Parece propio por lo tanto definir al trust ya sea como una relación que tiene ciertas características de definición o posiblemente como un instrumento jurídico o una institución legal que entraña esa relación". (57)

De lo anterior, los coautores en cuestión, estiman que Scott reconoce la necesidad de dos partes en el trust. El trustee (fiduciario) y el beneficiario, que pueden entenderse como fideicomitente o fideicomisario, en el derecho mexicano.

Al referirse a Sir Arthur Underhill señala que para éste autor el trust es: "una obligación de equidad que liga a una persona a quien se le designa trustee (fiduciario, para administrar una propiedad sobre la cual se le otorga control (y a la que se llama propiedad fiduciaria) en provecho de personas (a las que se designa beneficiario o cestuis que trust), pudiendo ser uno de ellos el propio trustee (fiduciario y cualquiera de ellos podrá darle fuerza legal al cumplimiento de la obligación". (58)

(57) Scott, op. cit. pág. 38.

(58) Underhill, op. cit. pág. 1.

A esta definición emitida por Underhill, señala que - aunque no se determina con precisión el concepto de trust como lo hace Scott, estiman que existe una relación jurídica entre partes, sobre una propiedad fiduciaria.

Asímismo hacen alusión a Bogert, quien define el trust como "una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de - equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de - otros", y añade con posterioridad que: "el interés en la - propiedad fiduciaria es la parte fundamental de la constitución del trust y el trust presupone una propiedad específica definida o definible, una propiedad definida que se transfiere al fiduciario y que debe conservar para su manejo o distribución.

"El Settlor (fideicomitente), en un trust, es la persona que intencionalmente origina que aquel exista, con cierta frecuencia es llamado truster (creador del fideicomiso o donante).

"El trustee fiduciario es la persona individual o artificial (corporación), que mantiene la propiedad en su poder, para el beneficio de otros.

"El beneficiario o cestui que trust (fideicomisario)

es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad. el fiduciario y puede ser en los trust privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tienen fines caritativos, puede ser el público o una clase sustancial del mismo". (59)

Tanto en el derecho inglés como en el norteamericano, la obligación del beneficiario es de equidad; tal como lo afirma Bogert, al decir que: "en casi todos los casos existen cuando menos tres partes conectadas con el trust, que son:

"El Settlor (fideicomitente) una entidad legal separada que actúa como trustee (fiduciario), una o más terceras personas que son los beneficiarios (fideicomisarios) y más adelante agrega: sin embargo, cuando el settlor (fideicomitente), se declara así mismo (fiduciario), ambas calidades recaen en una sola persona en cuyo caso un trust puede existir con sólo dos partes. Una persona no puede estar obligada consigo misma por lo cual no puede tener al mismo tiempo la calidad de settlor, trustee y único cestui. Las personas que intervengan en un trust, no pueden ser menos de —

(59) Bogert George Gleason, The Law of trusts an trustees. A treastice covering the Law Relating to trusts and allied Subjects affecting trusts Creation and administration, second Edition, West Publishing Co., S.T. Paul Minn, 1965, Vol. I, Secciones 2 a 8, pág. 6.

dos". (60)

Continúan diciendo los coautores en estudio que si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que encontramos identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del trust Inglés y norteamericano, cabe concluir que la docta opinión de los autores que hemos citado nos permiten afirmar que el trust es una relación jurídica establecida entre dos o más personas; en consecuencia, en México también existe esa relación, pues no puede haber fideicomiso únicamente con el fideicomitente, al igual que en el derecho norteamericano. Lo afirma contundentemente Bogert. En México cuando menos debe haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.

Por lo que reconocen que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes es de concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil bien sea al convenio, bien sea al contrato.

Por lo cual se incinan a pensar que se trata de un contrato, en virtud de que crea, declara y transmite derechos y obligaciones.

(60) Ibidem, pág. 6.

Para reforzar esta aceveración, señalan que es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, se utiliza el término contato del fideicomiso y en algunas ocasiones se usa la palabra convenio.

Siguiendo este orden de ideas estiman también que el uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la Ley, ya que señalan cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala que tipo de acto es, y que por lo que respecta al uso bancario es aplicables el principio establecido en el artículo 2o. fracción III de la referida Ley, que lo califican como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato.

Por otra parte también señalan que la intención del legislador fue la de concebir al fideicomiso como un contrato, de tal forma que para reforzar esta afirmación, citan lo expresado por el propio legislador, es decir, el autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de - 1932, señor licenciado Pablo Macedo (61), quien al comentar (61) Macedo Pablo, Estudio sobre el fideicomiso mexicano, en la traducción de la obra de Pierre Lepaulle, tratado teórico y práctico de los Trust, 1 ed., Editorial Porrúa SA, México 1975, P. XXX y XXXII

su intervención en la redacción de los mencionados preceptos, señalan que, en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, al expresar "se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes" y más adelante dice "en esta forma se evitaban las discusiones - existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario".

Asimismo, para tratar de corroborar su teoría, hacen mención del hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

Posteriormente citan algunos ejemplos de "contratos de fideicomiso" celebrados por el gobierno federal, con los que pretenden reiterar lo afirmado con antelación.

De esta forma se refieren entre otros ejemplos, a la Ley Orgánica de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, publicada en el Diario Oficial de la federación de 31 de diciembre de 1930, en la cual transcriben textualmente el artículo tercero transitorio de la referida Ley: "el fondo de habitaciones populares a que se refiere la Ley Orgáni-

ca que se abroga, en lo sucesivo se regirá de conformidad con el contrato de fideicomiso que celebre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente único del Gobierno Federal y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., como fiduciario".

Mencionan también que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias, ha reconocido la naturaleza del fideicomiso como contrato, citando los siguientes precedentes. Del Semanario Judicial de la Federación; tomo CVIII, página 1323, Sosa García Efraín, tomo CXIX, página 119 de 17 de febrero de 1954, Esparza de Sánchez Leonor, - también de la página 1183.

Por los razonamientos y disposiciones antes expuestos y comentados, concluyen que el fideicomiso es un contrato.

Por lo que opinan que el fideicomiso "es un instrumento legal mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, - que la propia persona señala en el contrato respectivo". - (52)

(62) Fomento Cultural de la Organización Somex, aA. C., ob. cit. pág. 166.

A la presente teoría se le puede hacer los siguientes comentarios:

No estamos de acuerdo con ellos, cuando señalan que el "fideicomiso mexicano es un contrato", en virtud de que se basan para sostener esta afirmación, diciendo que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; y que esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por ello, no pueden concebirllo como una manifestación unilateral de voluntad. De lo anterior, podemos manifestar que nuestro sistema jurídico, permite la constitución del fideicomiso sin que se designe a la institución fiduciaria, ya que la misma ley establece que cuando esto suceda, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes. Además la misma Ley considera válido el fideicomiso constituido sin designar fideicomisario, lo anterior de conformidad con los artículos 350, segundo párrafo y 317 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo anterior consideramos que en el momento de constitución del fideicomiso no existe necesariamente esa relación jurídica fideicomitente-fiduciario, ni fideicomitente-fideicomisario.

Ahora bien, la designación de la institución fiducia-

ria, efectuada por el fideicomitente, y la aceptación del cargo realizada por aquella, no constituye un solo negocio bilateral, ya que la designación es válida en virtud de que las sociedades nacionales de crédito, al prestar el servicio público de banca y crédito, sólo podrán excusarse de aceptar el cargo, cuando invoque alguna causa grave a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio, por lo que la aceptación del cargo de ésta es condición para la eficacia del fideicomiso, más no para la validez del mismo.

Así también, como señala Enilio Krieger, en su obra - "manual del Fideicomiso Mexicano", "si la designación de la institución y la aceptación del cargo hecho por ésta constituye un negocio bilateral de tipo contractual, esa misma naturaleza correspondería al nombramiento que hiciera el - fideicomisario y la aceptación del fiduciario y, lo que es absurdo e inadmisibles, la designación hecha por un juez y la aceptación de la institución nombrada constituirían una relación contractual". Por lo que consideramos, que en la etapa de constitución del fideicomiso hay una voluntad unilateral que es la del fideicomitente.

En cuanto a la aplicación de la Analogía del trust de Estados Unidos e Inglaterra, a nuestro fideicomiso, por lo que respecta a su funcionamiento por ser el modelo tomado

por nuestro legislador, además de las opiniones de los que consideran son los más eminentes tratadistas sobre este tema, en ambos países, podemos expresar que García Maynes señala que "La aplicación de la Analogía sólo puede justificarse cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a su caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro". (53)

Por lo que, estimamos que es absurdo efectuar dicha analogía en virtud de que, si bien es cierto que nuestro fideicomiso fue adoptado por nuestra legislación tomando como modelo el trust, no es menos cierto que dicha adaptación fue realizada por nuestro legislador, dándole matices que están lejos de funcionamiento del trust. Por ello, consideramos que no existe la misma razón para resolver el problema de la naturaleza jurídica del fideicomiso y del trust.

Por lo que respecta, al señalamiento que hacen en el sentido de considerar el fideicomiso como un contrato debido al uso bancario, en virtud de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señale que tipo de acto es, por lo cual consideran aplicable la fracción III del artículo 2o. de la misma Ley, nosotros, consideramos que la remisión

(53) García Maynes Eduardo; ob. cit. pág. 343.

que hace este artículo debe ser en sentido de que primero se estará a lo que disponga dicha Ley y dado que ésta, no señala que tipo de acto es el fideicomiso, debemos estar en segundo lugar a lo dispuesto por la legislación mercantil general, y en este sentido el Código de Comercio tampoco resuelve la problemática planteada, sin embargo señala en su artículo 2o.: "A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las de derecho común". De lo que se infiere que el siguiente ordenamiento a aplicar es el Código Civil para el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal, que tampoco señala cual es la naturaleza jurídica del fideicomiso. De tal suerte que habrá que buscar la naturaleza jurídica del fideicomiso atendiendo a la misma figura jurídica en cuanto a su regulación en la Ley como en su funcionamiento.

Ahora bien, aún y cuando en algunas leyes orgánicas de instituciones como el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, se haga mención de "contrato de fideicomiso", ésto no quiere decir que realmente ésta sea su naturaleza jurídica.

Por último, en cuanto a que la intención del legislador fue la de concebir al fideicomiso como un contrato, como señalan estos coautores, cabe señalar que al no casagrarlo ex-

presamente en ese sentido, es de concluirse que el contenido de la ley no puede ser otro que el que sus autores quisieron y pudieron expresar, por ello, la interpretación de la misma no puede consistir en un análisis de lo que el legislador habría querido plasmar.

III.- EL FIDEICOMISO COMPARADO CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS.

La comparación, es en el Derecho, un procedimiento que permite marcar semejanzas y diferencias para ubicar a la figura jurídica en estudio dentro del género próximo que le corresponde y obtener la diferencia específica que la identifica y la separa de las demás figuras del grupo. (Método Aristotélico de definición).

De tal suerte que, por un lado, vamos a comparar el fideicomiso con otras figuras típicas del derecho que entrañan un encargo, una misión, como el mandato, el depósito y, la estipulación a favor de tercero.

Por otra parte, compararemos el fideicomiso con otros negocios que dan origen a vinculaciones patrimoniales como la constitución de sociedades, el establecimiento de fundaciones de asistencia privada, la constitución del patrimonio familiar.

Finalmente, por cuanto se habla de que el fideicomiso es una forma especial de "desmembramiento de la propiedad", lo compararemos con las figuras del usufructo y por su función de garantía con la hipoteca y con la prenda.

A) Fideicomiso y Mandato.

Son dos figuras tan próximas, que incluso se ha llegado a confundirse y, asimismo como ya en su oportunidad lo hemos señalado, nuestro legislador, en 1924 y 1926, ha aceptado la tesis de que el fideicomiso es un "mandato irrevocable". No obstante, varias son las diferencias que se pueden señalar, después de estudiar la aparente similitud que, en esencia, radica en que ambas figuras suponen un encargo. Por lo cual nos limitamos a precisar sólo las más notables diferencias:

PRIMERA.— El mandato es un contrato entre mandante y mandatario; el fideicomiso es una afectación patrimonial que se crea por un acto unilateral del fideicomitente y se ejecuta por la actividad del fiduciario.

SEGUNDA.— El mandato es un acto que surte efectos entre vivos y cesa por la muerte del mandante o del mandatario. El fideicomiso por su parte, puede crearse por testamento y puede producir sus efectos más allá de la muerte del

fideicomitente o de la disolución del fiduciario original.

TERCERA.- El mandato no existe sin mandatario; el fideicomiso puede existir y ser válido aun sin la designación del fiduciario, aunque la presencia de éste es requisito para la ejecución del fideicomiso, por lo cual es condición para su eficacia.

CUARTA.- En el mandato puede actuar como mandatario cualquier persona con capacidad jurídica que tenga la confianza del mandante; por lo que se refiere al fideicomiso, como ya lo hemos precisado en nuestro sistema jurídico, sólo pueden actuar como institución fiduciaria, las instituciones de crédito, constituida como Sociedad Nacional de Crédito.

QUINTA.- El mandato puede ser general, en cuyo caso el apoderado puede realizar, en representación del mandante, todos los actos que no sean personalísimos e indelegables, o bien especial, en cuyo caso sólo puede el mandatario realizar los actos comprendidos en el objeto del mandato.

Mientras el fideicomiso es siempre, por su esencia, un negocio que confiere facultades limitadas al cumplimiento del fin determinado para el que fue constituido. De tal suerte que aún en los llamados "fideicomisos universales -

porque comprenden todos los bienes del fideicomitente, las facultades del fiduciario no son generales, sino especiales, aunque "tan amplias como en derecho fuere necesario" para el cumplimiento del fin señalado.

SEXTA.- En el mandato no hay afectación, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico, por lo cual el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario, ya que las transmisiones de derecho que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario, asimismo en el curso de la transmisión no hay ningún ingreso de derechos en el patrimonio del mandatario.

Por lo que respecta al fideicomiso, al patrimonio fideicomitado es transmitido por el fideicomitente al fiduciario y por estar afectado dicho patrimonio, forma una masa separada del patrimonio del fideicomitente, por lo mismo, los bienes afectos en fideicomiso están sujetos a un régimen nuevo, el cual es diferente al producido por el mandato, además de que no forman parte del patrimonio del fiduciario.

SEPTIMA.- Mientras que en el mandato, no obstante haber sido aceptado el mandato por el mandatario, el mandante puede realizar los actos encargados a éste.

En el fideicomiso esta situación no se presenta, pues por su otorgamiento, el fideicomitente pierde el derecho a ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por él mismo.

OCTAVA.- Por último, en cuanto a la forma de terminación del mandato y el fideicomiso, surge también otra diferencia más. Por un lado el artículo 2595 del Código Civil, establece como causas de terminación de esos contratos, la revocación del mandante; la renuncia del mandatario; la muerte o interdicción o declaración de ausencia del mandante o del mandatario.

Por otra parte, el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece como causas de extinción del fideicomiso la realización del fin o la circunstancia de que éste se vuelva imposible; la imposibilidad de realización de la condición suspensiva o el no realizarse ésta en el plazo estipulado o en un máximo de veinte años; por cumplimiento de la condición resolutoria; por convenio expresado entre fideicomitente y fideicomisario y por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya

reservado ese derecho o por la imposibilidad de designar - fiduciario.

Todas estas diferencias entre el fideicomiso y mandato nos llevan a la inevitable conclusión de que se trata de dos figuras jurídicas distintas pero que, dada la flexibilidad y adaptabilidad del fideicomiso, a través de esta figura pueden hoy cumplirse muchas funciones que antiguamente se cumplían a través del mandato, aún cuando éste no fuera el instrumento precisamente apropiado.

B) Fideicomiso y Depósito.

Ciertamente existe alguna semejanza entre el fideicomiso y el depósito, ya que cuando el primero se constituye por acto entre vivos sobre bienes determinados, existe una entrega de éstos hecha por el fideicomitente a favor del fiduciario y lo mismo ocurre en el depósito, el cual "es un contrato real por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla", siendo la semejanza que en ambos - casos existe entrega del bien; sin embargo, por el depósito únicamente se dá un cambio de posesión, puesto que el depositario debe custodiar el bien depositado, cuya propiedad no le corresponde, salvo el caso del depósito bancario de dinero, constituido de acuerdo con el artículo 267 de la - Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el negocio

produce el efecto traslativo de dominio del depositante al depositario, manteniendo éste la obligación de devolver no exactamene los mismos bienes depositados, sino otros tantos de la misma especie, salvo que el depósito se haya constituido en caja, saco o sobre cerrado. Ello se explica por la naturaleza esencialmente fungible del dinero.

En cambio, en el fideicomiso el fiduciario no solamente adquiere la posesión del bien fideicomitido, por medio de la entrega, sino también le corresponden otros derechos sobre el mismo. De esta diferencia surge la consecuencia de que el depositario no podrá transmitir en ningún momento la propiedad del objeto dado en depósito, el cual deberá - ser restituido a su propietario cuando terminen tal depósito, al fiduciario, teniendo diferentes derechos sobre los bienes, si está facultado para poder venderlos a un tercero, mientras que el depositario jamás podrá hacerlo por no tener más que la posesión derivada.

Asimismo se puede afirmar que dentro de la amplísima diversidad de fines del fideicomiso cabe el fin propio del depósito y que si dicho fideicomiso no llegado a suplantar al depósito en una gran medida es porque:

a) Para ciertos casos, el depósito, con la suma de deberes y responsabilidades del depositario, es la figura ade-

cuada para proteger convenientemente los intereses del depositante.

b) Porque las instituciones fiduciarias, cuya presencia en el fideicomiso es indispensable, no están organizadas para prestar, en forma profesional y masiva, servicios de depositaria y, en consecuencia, no han fomentado ni promovido los fideicomisos de simple depósito. Tal vez los que, en nuestra práctica más se acerca a ellos, son los fideicomisos de administración de títulos, valores.

c) Porque en México existen instituciones auxiliares de crédito especializadas en prestar profesionalmente y masivamente el servicio de depositaria. La existencia de los almacenes de depósito, que se organizan y funcionan de acuerdo con los artículos 3o., fracción I, 4o., 47, 50, y demás relativos de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, han impedido que el fideicomiso invada, a través de los "Certificados fiduciarios o de depósito" o de custodia, el campo del depósito, del certificado de depósito y del bono de prenda, títulos valores emitidos por ese tipo de instituciones auxiliares.

Es de comprenderse que la posible confusión que pudiera surgir respecto del fideicomiso y el depósito, es únicamente para el caso de que el primero tenga por objeto bienes

inmuebles. ya que si los bienes fideicomitidos fueren bienes muebles, no habría posibilidad alguna de confundir el fideicomiso con el depósito, ya que este último únicamente puede constituirse para custodiar bienes muebles.

C) El Fideicomiso y la Estipulación a Favor de Tercero.

En cuanto a la estipulación en favor de tercero, que es la otra figura contractual con la cual quiere equipararse al fideicomiso, convendría hacer las siguientes consideraciones.

Un contrato que contenga una estipulación en favor de tercero, concede a éste el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la prestación, estipulación que desde luego puede estar sujeta a una serie de condiciones y que podrá revocarse mientras el tercero no haya manifestado su aceptación y que, por lo tanto se considerará como no nacido. Esto es, que el punto de contacto entre el fideicomiso y la estipulación en favor de tercero, reside en el beneficio que a través de ambos puede concederse a favor de una persona que no intervino en la constitución de la obligación original, sin embargo, surgen diferencias notables, - como es el hecho de que el fideicomiso es una relación jurídica autónoma que surge independientemente.

Salta a la vista también, que en la estipulación no - hay afectación de bienes concretos a un fin determinado, es una obligación personal del prominente, cuyo cumplimiento puede ser reclamado tanto por el estipulante como por el - tercer beneficiario, pero no hay bienes específicos afectos a un fin determinado, tal es así, que cuando se estipula - por el promitente la obligación de dar un bien concreto, - esa obligación tendrá el carácter de personal, sin que trascienda hacia el objeto, ésto es, sin constituir un "derecho real" respecto de ese bien.

Pero, seguramente la distinción de más relevancia en este aspecto, es la de que el estipulante no tiene la obligación de ejecutar o cumplir la voluntad del prominente, a diferencia de que el fiduciario tiene la obligación de ejecutar la voluntad del fideicomitente, en los términos expresados en el acto constitutivo.

Por último, la estipulación a favor de tercero supone la existencia de éste, en tanto que el fideicomiso puede - constituirse a favor de los no nacidos y aún para finalidades del todo ajenas a personas concretas, ya que mientras que en la estipulación la fuente es el contrato celebrado entre promitente y estipulante, en el fideicomiso la fuente de la situación se genera por la declaración unilateral de voluntad contenida en el acto constitutivo.

D) El Fideicomiso y la Constitución de Sociedades.

Por lo que se refiere a estas figuras jurídicas existe un elemento común importante: la formación de un patrimonio autónomo que, en el caso de la sociedad, se destina al logro de los objetos sociales y en el caso del fideicomiso, a la realización del fin lícito y determinado señalado por el fideicomitente.

El "trust" en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica llegó a ser una forma para la constitución de empresas mercantiles, ya que la legislación no permitía a las sociedades ser propietarias de inmuebles. De esa manera la sociedad y el "Massachusetts Trust" fueron caminos paralelos para la creación de grandes empresas comerciales.

En nuestro país esa posibilidad del fideicomiso no ha sido explotada y las semejanzas entre sociedad y fideicomiso se limitan a la formación de un patrimonio de afectación.

De tal suerte que conviene señalar dos diferencias radicales: la sociedad surge en virtud de un contrato (circunstancia sobre la que no existe unanimidad de los teóricos) que, en algunos casos, como en el de la anónima, tiene que ser convenido entre un mínimo de cinco socios y la so-

ciudad goza de plena personalidad jurídica y, por lo tanto, es capaz de obligarse y actua, a través de sus órganos y - dentro del límite que le marca su estatuto social. En cambio, el fideicomiso, como lo hemos señalado, nace de un acto unilateral, del cual no surge una persona jurídica, por lo que todas las relaciones jurídicas referentes, a los - bienes que integran el patrimonio fideicomitido deben ser imputadas al fiduciario.

E) El Fideicomiso y la Fundación de Asistencia Privada.

Podemos también señalar que existen algunas semejanzas y desde luego distinciones, entre el fideicomiso y la fundación, como semejanzas podemos advertir, en primer término, que en ambos casos, se crea un patrimonio destinado a un fin lícito y determinado, mediante una declaración unilateral de voluntad del creador de la fundación o del fideicomiso, ya sea mediante testamento o por acto entre vivos, quien puede establecer las reglas de operación y administración de ambas figuras institucionales y aún puede designar quienes debe ocuparse de administrar el patrimonio (los patronos en el caso de la fundación, el fiduciario en el caso del fideicomiso).

Sin embargo, como diferencias encontramos las siguientes:

a) Por la constitución de una fundación se crea una - persona moral, la cual tiene personalidad jurídica; en cambio la constitución de un fideicomiso no significa de ninguna manera la creación de una persona jurídica.

b) La afectación de bienes que se llevan a cabo al - constituir una fundación, es exclusivamente para que se realicen actos de asistencia, ésto es, de ayuda, de socorro, de auxilio, de apoyo, de cooperación o, en última instancia, de favor, a diferencia del fideicomiso mediante el cual su ejecución puede implicar cualquier tipo de actos, siempre y cuando sean lícitos, entre otros los asistenciales.

c) En cuanto al tiempo, podríamos hacer notar que por regla general por lo que respecta al fideicomiso es limitado y es revocable, si el fideicomitente se ha reservado - esa facultad, mientras que la fundación también por regla general es indefinida y es forzosamente irrevocable.

d) Por otra parte, advertimos también que la persona moral que se constituya al establecerse una fundación, sólo afecta su patrimonio exclusivamente a los fines que debe - realizar; en cambio, comparando la misma con una institución fiduciaria, esta última será titular de múltiples patrimonios afectados a diversos fines, patrimonios que desde luego son distintos del suyo propio, porque en el fideico-

so se trata de una función profesional bancaria que se realiza masivamente.

e) Por otro lado podemos decir que, mientras los bienes que se afectan a una fundación deberán ser de propiedad privada, en el fideicomiso también podrán ser públicos: basta para ésto último tan sólo pensar en la enorme cantidad de fideicomisos que se constituyen anualmente por el Gobierno Federal en Instituciones Nacionales de Crédito.

F) El Fideicomiso y el Patrimonio de Familia.

Por medio de la Constitución del patrimonio de familia, quien tiene interés en asegurar la existencia más o menos permanente de un modesto patrimonio para satisfacer las necesidades esenciales de quienes dependen de él, tiene el derecho, mediante la manifestación hecha ante el Juez de su domicilio de constituir dicho patrimonio de familia exclusivamente sobre la casa habitación de la familia y, en algunos casos sobre una parcela cultivable.

De tal forma que una vez constituido el patrimonio de familia, previa aprobación judicial, los bienes que le integran quedan afectos a servir a los miembros de la familia, pues el cónyuge de quien lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimento, tienen el dere-

cho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afectada al patrimonio de familia. Estos bienes son inalienables y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno.

Constituido el referido patrimonio de familia, ésta - tiene obligación de habitar la casa y de cultivar la parcela y sólo la autoridad administrativa (municipal, dice, el Código Civil aplicable a una entidad donde no hay organización municipal) puede, por causa justa, autorizar que los bienes integrantes del patrimonio de familia se den en arrendamiento o aparcería.

Es conveniente señalar que, de acuerdo con el artículo 724 del Código Civil, la constitución del patrimonio de familia no hace pasar la propiedad de los bienes del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria, de donde resulte que un sólo sujeto puede ser titular de dos patrimonios distintos el suyo propio y el familiar que ha constituido.

La institución del patrimonio de familia ha constituido un verdadero fracaso, en primer término, porque su límite económico (\$6'022,500.00 en la actualidad), resulta realmente bajo, en virtud de que los inmuebles en la actualidad alcanzan sumas superiores a ésta. Además los trámites bu-

rocráticos para constituirlo y la obligación de la familia beneficiaria de habitar la casa y cultivar directamente la parcela, hacen muy poco práctica la institución.

Sin embargo, es de interés compararlo con el fideicomiso, por cuanto supone la creación de un patrimonio destinado a un fin determinado; el beneficio de la familia de quien constituye ese patrimonio de afectación.

G) El Fideicomiso y el Usufructo.

Se ha afirmado, como ya lo hemos mencionado, en el estudio de la teoría del desdoblamiento del Derecho de propiedad, sostenida por Remo Franceschelli, que en el fideicomiso se da un curioso desdoblamiento de la propiedad, en virtud del cual los beneficiarios económicos del derecho clásico de propiedad se fijan en una persona, el fideicomisario, mientras que la titularidad de los derechos que caracterizan el régimen de propiedad privada quedan ligados a otra persona, el fiduciario. De tal suerte, que así tenemos que, se habla de una propiedad formal, fiduciaria o aparente, que corresponde a este último y una propiedad real o económica, que corresponde al fideicomisario.

Sin embargo, es necesario hacer mención de las distinciones existentes entre ambas instituciones jurídicas:

a) Si bien es cierto que el usufructo, como el fideicomiso, pueden constituirse por declaración de voluntad de quien tiene facultad de disposición de los bienes, también es cierto que nuestro derecho conoce la institución del -- "usufructo legal", que se establece por disposición de la Ley (artículo 931 del Código Civil) y no originado en la voluntad del propietario, que autolimita su derecho.

b) Por otra parte, en el usufructo, el propietario - que se autolimita no confiere encargo o encomienda a tercera persona: simplemente transfiere al usufructuario el derecho de usar y disfrutar de un bien o de un conjunto de bienes, cuya propiedad esencia --aún modificada-- conserva, con el nombre de propiedad desnudada, desnuda de ventajas o beneficios.

c) Se puede decir que existe gran afinidad y por consecuencia alguna posible confusión entre el usufructuario y el beneficiario de un fideicomiso, ya que ambos reciben los beneficios de la propiedad sin que ésta se encuentre - inscrita a su nombre; sin embargo, se puede claramente distinguir que, mientras el usufructuario tendrá el derecho a llevar la administración total de los bienes cuyos productos le corresponden, el fideicomisario no podrá tener a su cargo tal administración, pues la misma estará a cargo de la institución fiduciaria.

d) Por otra parte, en el usufructo no hay afectación de bienes a un fin determinado, ya que el usufructuario puede utilizar los derechos que se le transfieren para los diversos fines que a él convengan.

H) El Fideicomiso, la Hipoteca y la Prenda.

Existe una gran similitud entre alguno de los tipos de fideicomiso, como el de garantía, y los derechos reales de prenda y de hipoteca. Lo que ha implicado que el fideicomiso sea sustituto de la prenda y la hipoteca.

En el fideicomiso de garantía como en la hipoteca y la prenda hay importantes elementos comunes:

a) Afectación de un bien a un fin específico de garantía.

b) Constitución del gravamen ya sea mediante entrega del bien al acreedor, a un tercero, o conservándolo en poder del deudor a disposición del acreedor o bien inscribiendo el gravamen en el Registro Público de la Propiedad, en el caso de inmuebles o de bienes muebles identificables en especie.

c) Indisponibilidad del bien afectado en garantía por

parte del propietario, mientras subsista la afectación.

Sin embargo, cabe señalar también las diferencias esenciales:

a) La prenda y la hipoteca son gravámenes reales que resultan de un contrato celebrado entre acreedor y deudor en el cual aquél acepta conceder un plazo para el cobro de su crédito a cambio de un interés y de la garantía real que se constituye para asegurarle su recuperación.

El fideicomiso de garantía por su parte, se constituye mediante un acto unilateral de voluntad del fideicomitente, aunque éste se origine o motive en un previo acuerdo entre deudor, fideicomitente y acreedor fideicomisario.

b) El fideicomiso de garantía no constituye un derecho real que conceda derecho al acreedor a perseguir la cosa, para obtener el cobro del crédito, en contra de quien la tenga. Es en derecho personal contra el fiduciario que recibe, en fideicomiso, para su guarda, conservación, custodia y eventual enajenación, la cosa dada en garantía. Si el fiduciario, faltando a su deber, destina la cosa a fin distinto, el acreedor fiduciario tendrá acción personal contra el fiduciario, por su infidelidad, pero no tendrá acción real respecto de la cosa, salvo el caso de la acción

persecutoria prevista en el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Evidentemente, tratándose de inmuebles, cuyo gravamen fiduciario de garantía se encuentra debidamente inscrito, el adquirente de fecha posterior a la inscripción, no podrá invocar buena fé.

IV. LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

Vamos ahora a estudiar el fideicomiso a través de los elementos que en él intervienen, haciendo la salvedad de que no todos ellos son indispensables en el momento de creación o constitución del fideicomiso, y señalando además que, en el fideicomiso sólo hay dos sujetos imprescindibles, aun cuando no coincidentes en el tiempo, no simultáneos en la acción, ya que, no puede existir fideicomiso sin fideicomitente, a quien compete la acción creadora, tampoco puede haber fideicomiso sin fiduciario, a quien compete la acción ejecutora. Pero su actividad de ambos sujetos esenciales puede no coincidir en el tiempo, lo que podemos ilustrar de manera irreputable con el ejemplo del fideicomiso testamentario en donde el fiduciario no puede empezar a actuar hasta en tanto que el fideicomitente ha dejado de hacerlo, por la más poderosa y contundente de las causas: la muerte. Asimismo, hacemos mención de los elementos personales que

pueden o no estar presente en el momento preciso de creación y cumplimiento, como el fideicomisario, el comité técnico, el órgano jurisdiccional competente, el agente del Ministerio Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Por lo que, para poder estudiar y comprender el fideicomiso regulado por nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y demás ordenamientos legales relativos, analizaremos los siguientes elementos del mismo:

- a) El Fideicomitente.
- b) El Objeto del Fideicomiso.
- c) El Fin del Fideicomiso.
- d) La Forma del Fideicomiso.
- e) El Fiduciario.
- f) El Fideicomisario.

Pasaremos ahora al estudio sistemático de cada uno de los elementos integrantes del fideicomiso.

A) El Fideicomitente.

Ningún personaje del fideicomiso tiene, en la etapa de creación, la relevancia del fideicomitente, quien con el poder de su voluntad, puede hacer surgir la compleja situación en que se expresa el fideicomiso, así como es el primer per-

sonaje que hace su aparición en él mismo, puede, después, desaparecer por completo y para siempre; puede reservarse una modesta segunda parte en la ejecución del mismo, o bien puede continuar desempeñando un papel de primera figura.

El fideicomitente tiene un papel relevante: es el creador, el autor del fideicomiso. Tal es su función principal. Pero puede conjugar con ella la de actor en el proceso de ejecución y el papel del beneficiario. En este orden de ideas es, al mismo tiempo, autor y actor de su propia obra. El fiduciario, en su función propia, es un ejecutor de la voluntad plasmada en el fideicomiso, el fideicomisario es un beneficiario de esa voluntad y de su ejecución pero, de acuerdo a nuestra legislación en vigor, ni uno ni otro participan en la creación, en el nacimiento del fideicomiso.

Por ello, sin el menor género de duda, podemos afirmar que la actividad del fideicomitente es la más importante - durante la etapa de constitución del fideicomiso.

1.- Personas que pueden ser fideicomitentes.

Si consideramos que el fideicomitente debe emitir una declaración de voluntad capaz de producir efectos jurídicos respecto de los bienes que van a integrar el patrimonio fideicomitado, respecto de quien va a fungir como fiduciario,

y, eventualmente, de quien o quienes van a disfrutar de la situación jurídica de fideicomisarios, tendremos que sostener que la primera condición para que alguien pueda ser fideicomitente es que tenga la capacidad jurídica de obrar, de realizar actos a los cuales el ordenamiento jurídico otorga consecuencias de derecho.

A este respecto nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece, en su artículo 349, que pueden ser fideicomitentes "las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica".

Es decir, para ser fideicomitente se requiere ser persona, que tenga capacidad de ejercicio, por lo que, podrán ser fideicomitentes todas las personas físicas jurídicamente capaces y todas las personas morales, sean públicas o privadas. Tratándose de las personas morales, la capacidad para constituir fideicomisos está limitada, si se trata de personas morales públicas, a su esfera de competencia y a los límites de sus facultades; si se trata de personas morales privadas al campo delimitado por su objeto social.

Asimismo es conveniente señalar que, la Secretaría de Programación y Presupuestos tiene el carácter de fideicomitente único en los fideicomisos que constituya el Gobierno

Federal sobre cualquiera de los bienes o fondos integrantes del patrimonio nacional. Es decir, el Gobierno Federal tiene capacidad jurídica para constituir fideicomisos, pero el único órgano a través del cual puede ejercitar esa facultad es la referida Secretaría.

Por lo cual, al constituirse un fideicomiso debe examinarse, lo siguiente:

- a) La capacidad legal de la persona física que va a constituir el fideicomiso.
- b) Si se trata de fideicomiso constituido por una persona pública, si tiene facultades para disponer de los bienes que va a afectar y si el fin del fideicomiso entra dentro de su esfera de competencia.
- c) Si se trata de fideicomiso constituido por una persona moral privada, si tiene la disposición de los bienes que va a afectar, si el fin del fideicomiso entra dentro de su objeto social y si la operación ha sido aprobada por los órganos competentes de la persona moral.

Por otra parte, tanto los mexicanos como los extranjeros pueden ser fideicomitentes, dentro del ámbito en que -

pueden validamente actuar.

Es conveniente mencionar también que existen campos de actividades que nuestra legislación veda a los extranjeros su participación, por ejemplo, en el campo de la industria petrolera o la petroquímica, el campo de la radio y la televisión.

Por lo que, cualquier fideicomiso que se constituyera para violar el texto o el espíritu de las leyes que prohíben a los extranjeros su participación en determinadas ramas, sería nulo por ilicitud en el fin.

De tal suerte que, cuando un extranjero quiera constituir un fideicomiso en favor de una persona física o moral extranjera o que tenga o pueda tener socios extranjeros será conveniente analizar con mucho cuidado si el fin del fideicomiso contraviene las disposiciones legales mexicanas.

El fideicomitente para obrar válidamente, además de contar con capacidad jurídica, deberá de tener las facultades necesarias para poder afectar los bienes o derechos en fideicomiso.

El propietario privado de bienes puede, libremente enajenarlos por estar dentro del comercio, sin más restricció-

nes que las señaladas en las Leyes. Por ello, no todos los propietarios privados son igualmente libres. El dueño de un predio ubicado en zona prohibida para extranjeros, el propietario de un inmueble catalogado como monumento colonial, el dueño de una colección de piezas arqueológicas o el titular de acciones de una sociedad concesionaria de un canal de televisión ya no puede constituir libremente un fideicomiso sobre los bienes que le pertenecen, pues al afectarlos a un fin determinado, a través de la constitución de un fideicomiso sobre ellos, tendrá que considerar las restricciones que las normas legales establecen al respecto.

El tutor del incapacitado, el albacea de una sucesión, el sindico de una quiebra, el patronato de una fundación de asistencia privada tienen capacidad jurídica, cumpliendo con los requisitos legales establecidos y, recabando las aprobaciones correspondientes, de disponer de los bienes que integran los patrimonios que administran y, por ello, puede afirmarse que tienen capacidad jurídica para afectar en fideicomiso los bienes referidos. Pero sus facultades no pueden considerarse, de manera alguna, como libres puesto que consideramos que:

a) Deben ajustarse estrictamente a los requisitos y condiciones establecidos por la Ley para el ejercicio válido de esas facultades.

b) Deben estar ineludiblemente orientadas al cumplimiento de la función que tiene encomendada el sujeto y, por ende, no tiene esta libertad de elección del fin.

Igualmente, el mandatario de una persona física con facultades suficientes, el representante legal de una persona moral con poder para constituir fideicomisos o con poder general para realizar actos de dominio, está investido de facultades para crear fideicomisos sobre los bienes que su mandante o su representando le han confiado, pero tampoco es libre de escoger el fin del fideicomiso, pues debe atenerse estrictamente a las instrucciones recibidas y si no existen instrucciones concretas, debe buscar obligadamente el beneficio del mandante, si es persona física, y si es persona moral, el fin del fideicomiso debe caer dentro del objeto social, del campo propio de operación de la persona moral.

Por último, el caso en donde la vinculación del fideicomitente debe ser mayor, es en el de los fideicomisos constituidos sobre bienes o fondos públicos.

Para referirnos exclusivamente a los fideicomisos públicos constituidos sobre bienes integrante del patrimonio nacional, tal como lo define el artículo 10, y demás preceptos aplicables de la Ley General de Bienes Nacionales, seña-

lariamos los siguientes requisitos:

a) Que el fideicomitente sea el Gobierno Federal representado única y exclusivamente por la Secretaría de Programación y Presupuestos, con exclusión de cualquier otra dependencia u organismo federal.

Cabe señalar que éstos podrán estar representados, en caso necesario, en el Comité técnico del fideicomiso, pero nunca participar en la constitución del fideicomiso.

b) Que recaiga sobre bienes que puedan ser enajenados, es decir, que puedan salir del patrimonio nacional.

c) Que la finalidad del fideicomiso no solamente sea lícita, sino que además, encuadre dentro del ámbito de objetivos que el Gobierno Federal puede proponerse, es decir será siempre de interés público.

d) Que esa finalidad, además de ser lícita y propia del Estado, no entrañe una duplicación de funciones, por estar ya incluida dentro de la esfera de competencia de alguna de las dependencias u organismos públicos ya existentes.

e) Que la disposición patrimonial para la constitución del fideicomiso, esté autorizada en el presupuesto de Egre-

sos de la Federación del año que corresponda.

f) Que la Secretaría de Programación y Presupuestos constituya el fideicomiso por acuerdo del Presidente de la República, dando satisfacción a los requisitos antes mencionados.

Sería conveniente, para volver al fideicomiso a su cause natural y lograr que preste los servicios que de él puedan esperarse, que se acentúe la necesidad de que el fideicomitente no sólo deba tener capacidad jurídica, o competencia, para constituir un fideicomiso, sino que debe tener - además las facultades necesarias para tal constitución, ya que dichas facultades, frecuentemente están sujetas al cumplimiento de condiciones y requisitos establecidos por la Ley, que el fideicomitente no puede desconocer, por elevado que sea su rango o por eminente que sea en posición.

Conviene también señalar que, el fideicomiso puede ser constituido por uno o varios fideicomitentes. En estos supuestos de multiplicidad de fideicomitente, todos ellos expresan su voluntad de afectación en forma autónoma y la invalidez de alguna declaración de voluntad no afecta a las otras, ni anula el fideicomiso, a menos que así se haya establecido expresamente en el acto constitutivo.

Una vez constituido el fideicomiso, en el caso de multiplicidad de fideicomitentes, las decisiones que deban tomar éstos, serán por mayoría de votos, computados por representaciones, de acuerdo con el artículo 342, párrafo tercero, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por otro lado, quienes no tienen la nacionalidad mexicana tienen capacidad jurídica de goce y de ejercicio, pero sujeta a algunas restricciones, señaladas por la Ley. Esas restricciones se reflejan en la aptitud de los extranjeros para actuar como fideicomitentes y, como lo veremos en su momento, para tener el carácter de fideicomisarios.

En ese orden de ideas, todas las normas legales que entrañan una restricción a la capacidad de los extranjeros - para adquirir y disponer de bienes en el territorio nacional, entraña otras tantas limitaciones a la capacidad de los extranjeros para actuar como fideicomitente.

2.- Derechos y Facultades del Fideicomitente.

El creador del fideicomiso es, en el momento de constitución del negocio, libre de actuar, dentro de los límites de su capacidad jurídica, como lo estime mejor, de tal suerte que puede quedar especificados los derechos y facultades de la siguiente manera:

a) Puede escoger y precisar en los términos que le convengan los fines del fideicomiso, con la única condición de que ese fin sea lícito.

b) Puede señalar al fideicomisario que desee. (Artículo 342, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) Puede escoger a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario, o bien puede omitir la designación de un fiduciario concreto. (Artículo 350, tercer párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

d) Señalar el conjunto de facultades y derechos que él mismo se reserva, entre otros, la de revocar el fideicomiso, ya sea incondicionalmente o bien, sujetando el ejercicio de esa facultad a requisitos ciertos.

Ya que, si el fideicomitente no se reserva derecho alguno en el manejo de los bienes fideicomitidos y establece que a la conclusión del fideicomiso, los bienes pasarán a propiedad de un tercero, el fideicomitente desaparece del conjunto de actividades relativas al cumplimiento del negocio por él creado. Nada tendrá que exigir ni del fiduciario, ni del fideicomisario. Tal vez, si acaso, cuando el

fiduciario se aparte de sus obligaciones como tal, cabría pensar en la posibilidad de que el fideicomitente estuviera dotado de acción para reclamar judicialmente a dicho fiduciario. Pero es más lógico atribuir esa acción al fideicomisario y, en caso de que éste no existiera, al Ministerio Público, como representante de la sociedad.

Obviamente, en el campo penal, el fideicomitente podría siempre actuar como denunciante en el caso de los delitos que el fiduciario u otra persona cometiera contra los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado, cuando se trate de delitos que se persiguen de oficio, pero cabría la duda de si podría considerarse como legitimado, en calidad de parte ofendida, para querellarse en los casos de los delitos que se persiguen por querrela del ofendido.

El fideicomitente tiene la facultad de revocar libremente el fideicomiso, según lo expresamente consagrado por la fracción VI del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por ello, cuando el creador de un fideicomiso se reserva el derecho de revocar discrecionalmente y en cualquier momento el fideicomiso, es evidente que los derechos que crea en favor del o de los fideicomisarios son esencialmente precarios y que éstos no pueden invocar un derecho a la es-

tabilidad o permanencia de los derechos.

Sin embargo es necesario hacer algunas consideraciones al respecto:

1.- Cuando el fideicomiso se constituye en cumplimiento de una obligación impuesta por la Ley (la obligación de dar alimentos) o establecida en virtud de un contrato (reembolsar la suma objeto de un contrato de mutuo) no cabe el establecimiento de la protesta de revocación unilateral del fideicomitente, pues el ejercicio de la misma podría ser contrario al fin del fideicomiso.

2.- La facultad revocatoria del fideicomiso no puede suponerse, ni estar implícita. Debe constar expresamente en el acto constitutivo y la omisión determina que el fideicomitente no puede revocar y que el negocio siga su vida, hasta el termino fijado en el propio acto constitutivo o en la Ley, o que surja una causa distinta de extinción.

3.- Las operaciones realizadas válidamente durante la vigencia del fideicomiso, continuarán siendo válidas y la revocación del fideicomitente sólo produciría efectos a partir de que se le comunique al fiduciario, pero nunca podrá tener efectos retroactivos. Consecuentemente, la revocación del fideicomiso no podrá nunca afectar derechos de terceros

legítimamente adquiridos durante la vigencia del fideicomiso.

4.- El fiduciario que ha aceptado el cargo y se encuentra desempeñándolo, tampoco podría alegar frente al fideicomitente que revoca, un derecho a la permanencia al frente del negocio. A lo sumo, tendrá derecho indiscutible a que se le paguen los estipendios devengados por los servicios prestados y, discutiblemente, una indemnización o compensación por honorarios que dejará de percibir como consecuencia de la revocación.

e) Otra facultad relevante del fideicomitente es la de designar un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades (artículo 61, tercer párrafo, de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

La integración de ese comité la puede hacer el fideicomitente, por sí mismo, en el acto constitutivo del fideicomiso, o puede hacerla posteriormente, en reformas al acto constitutivo pero, en este último caso, las reformas requerirán el consentimiento del fideicomisario.

El funcionamiento del comité designado por el fideicomitente, libera al fiduciario que obre ajustándose a los -

dictámenes o acuerdo de este comité. "de toda responsabilidad".

También aquí proceden algunos comentarios:

1) Es evidente que el fideicomitente puede, aún confiando los actos de mera ejecución a una institución fiduciaria, atribuir a un comité integrado por personas de su confianza, la facultad de tomar decisiones fundamentales, especialmente en aspectos teóricos o de distribución de los fondos fideicomitados. Sin embargo, el nombre que la Ley da al comité no es limitativa de sus funciones, pues éstas pueden ser tan amplias como el fideicomitente lo desee, si atendemos al texto expreso de la Ley, que faculta al fideicomitente para fijar las facultades del comité.

Sin embargo, es necesario señalar que las facultades del comité son de nivel de decisión y que dicho comité no puede entrar a cumplir funciones de ejecución, pues de hacerlo estaría invadiendo las facultades propias del fiduciario.

2) Si bien es cierto que las decisiones del comité técnico son obligatorias para el fiduciario, no es menos cierto que, puede, bajo su responsabilidad, apartarse de ellas, pero si tienen un efecto liberatorio de responsabili-

dad, cuando el fiduciario las sigue, y tal vez, excesivamente liberatorio, pues el acatarlas libera al fiduciario "de toda responsabilidad".

Sería aconsejable reducir ese efecto liberatorio ilimitado, estableciendo que el fiduciario quedará libre de toda responsabilidad, salvo mala fé o dolo por parte de éste, o bien que las decisiones del comité técnico sea evidentemente contrarias a los fines del fideicomiso o bien que su ejecución constituya un delito, pues en ese caso, el fiduciario podrá oponerse a ellas y pedir a la autoridad judicial que lo libre de la responsabilidad de no ajustarse a ellas.

Por último el comité técnico debe ser un órgano de colaboración del fiduciario y no una excusa para que éste actúe sin la responsabilidad de decisión. Por lo mismo, debe combatirse la práctica seguida por algunas instituciones fiduciarias de inducir a los fideicomitentes de integrar comités técnicos, que las propias fiduciarias manejan a su voluntad, pero que les sirven de escudo para liberarlos "de toda responsabilidad".

f) Por otra parte, nada impide, en nuestro sistema legal, que el fideicomitente sea fideicomisario único, o fideicomisario en unión de otras personas. En primer caso, los derechos del fideicomitente y del fideicomisario se reú-

nen en una sola persona, mientras el fideicomiso subsiste. En el segundo caso, el fideicomitente, sin dejar de serlo, entra simultáneamente a formar parte del grupo de fideicomisarios.

Si el fideicomitente desaparece, el fideicomiso subsiste, a menos que la desaparición de dicha persona se haya establecido como condición resolutoria y que, en consecuencia, al morir el fideicomitente cesa el fideicomiso.

Pero, en general, la vinculación del fideicomiso con la muerte tiene un sentido contrario, pues en los fideicomisos testamentarios, es decir, los constituidos en virtud de testamento del fideicomitente, empiezan a producir efectos a partir de la muerte del fideicomitente.

Por lo general, salvo estos dos casos, la desaparición del fideicomitente, sea persona física o moral, es irrelevante para la duración del fideicomiso, cuya subsistencia no está ligada a la vida de su creador. Por ello vemos que en las causas de extinción del fideicomiso no se encuentra la muerte o extinción del fideicomitente.

B) El Objeto del Fideicomiso.

Estará constituido exclusivamente, por los bienes o de-

rechos que integren el patrimonio fideicomitido.

Establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 351, primer párrafo. Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular.

Por ello, a esta amplísima concepción de los bienes que pueden ser objeto de un fideicomiso, es conveniente comentar lo siguiente:

Dichos bienes deben encontrarse dentro del comercio, por lo cual quedan excluidos los bienes que están fuera del comercio según el artículo 742 del Código Civil, como lo son los no susceptibles de apropiación, ya sea, por su naturaleza o bien por disposición de la Ley.

Así tenemos que el espacio aéreo o el mar territorial son bienes que, por su naturaleza, no son susceptibles, de apropiación, mientras que un yacimiento petrolero o un monumento arqueológico, los bienes afectos al patrimonio de la familia, están fuera del comercio por disposición de la Ley.

En este orden de ideas podemos afirmar que, los bienes

del dominio público enumerados por la Ley General de Bienes Nacionales en su artículo 2o., en cuanto que son inalienables, no pueden ser objeto de un fideicomiso que implique enajenación.

También pueden ser materia del fideicomiso cualquiera especie de derechos, con la salvedad de que no sean estrictamente personales de su titular, como lo son el derecho político del voto, los derechos de familia, las garantías individuales.

Señala el segundo párrafo del numeral en cuestión: Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, -sigue señalando este artículo-, sólo podrá ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserva 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".

Asimismo el artículo 354 de la citada Ley señala que: "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

"I.- Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;"

"II.- Si se tratare de un título nominativo, desde - que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga - constar en los registros del emisor, en su caso;"

"III.- Si se tratare de cosa corpórea o de título al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria".

C) El Fin del Fideicomiso.

Uno de los aciertos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, fue dar a el fin del fideicomiso una amplitud casi ilimitada. Ya que tan sólo dos características, las cuales son plenamente justificadas, impusieron al fin del fideicomiso y estas son:

- a) Licitud, y
- b) Determinación.

De acuerdo con esa amplísima visión cualquier objetivo o conjunto determinado de objetivos pueden entrar en el fin del fideicomiso. Nada de lo que es humano le es ajeno al

fideicomiso, excepto la ilicitud. De tal suerte que, esa maravillosa amplitud de metas posibles es lo que da al negocio jurídico que venimos estudiando tan extraordinaria gama de posibilidades prácticas de aplicación.

Señala la Ley de la materia en su Artículo 345 que: - "....., el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, ...".

Por ello, podemos señalar que, una vez determinada la finalidad del negocio, a la cual se van a destinar los bienes y derechos fideicomitidos, esa finalidad se independiza del sujeto creador, es decir del fideicomitente, se objetiva, pasa a ser uno de los elementos esenciales del negocio jurídico y, se convierte en el fin del fideicomiso. De tal manera que los propósitos últimos que el fideicomitente haya tenido en mente al constituir el fideicomiso y definir su finalidad son ajenos al derecho. A éste solo le interesa el fin del fideicomiso, tal como haya quedado plasmado en el acto constitutivo.

Finalmente, en ocasiones, el fin del negocio se cristaliza en beneficio de una sola persona: el fideicomisario. En el esquema típico del fideicomiso, una persona, el fideicomitente, destina ciertos bienes para el beneficio de otra persona, el fideicomisario, y encomienda la realización de

esa afectación patrimonial a una tercera persona, el fiduciario.

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico, el fideicomisario puede no existir, porque quienes reciben el beneficio de la afectación patrimonial no resultan sujetos individualizados, ya sea porque el fideicomiso se establezca en beneficio de todo un género de sujetos, o sea porque la finalidad que se establece no se traduce en beneficio, directo o inmediato, jurídicamente exigible frente al fiduciario. En el primer caso, resultan fideicomisos impuestos, se acojan a los beneficios del fideicomiso. En el segundo caso, no llegaran nunca a precisarse los fideicomisarios, aunque haya sujetos que, de hecho, reciban los beneficios de la afectación patrimonial.

D) La Forma del Fideicomiso.

La constitución del fideicomiso, de acuerdo con lo que establece el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede ser por acto entre vivos o por Testamento, y deberá siempre constar por escrito.

Por lo que respecta a la constitución de fideicomiso mediante testamento, naturalmente, tendrán que cumplirse los requisitos de forma establecidos por el Código Civil,

de acuerdo a la clase de Testamento de que se trate.

En virtud de ser objeto de esta tesis, el estudio sobre la unilateralidad del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad, en el cuarto y último capítulo, abudaremos en tono a este tópico.

En tratándose de fideicomiso constituido por acto entre vivos, deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes que se afecten en fideicomiso. Cuando se trata, por ejemplo, de una transmisión de valores al portador con fines de garantía o de otra índole, es suficiente que conste en contrato privado, que se otorgue con la intervención del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Por lo que se refiere a bienes inmuebles, que se transmiten al fideicomisario para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, deberá otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar donde estén ubicados los bienes, si el valor del inmueble es superior a quinientos pesos, (artículo 2317, Código Civil para el Distrito Federal). Cabe señalar, que por otro lado la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece que dicho valor será de treinta mil pesos, (artículo 78), para que surta efectos contra terceros, de conformidad con

lo que establece el artículo 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En cambio, cuando se trate de bienes muebles para que surtan efectos contra terceros, deberán cumplirse los requisitos previstos en el artículo 354 de la Ley en estudio:

"I.- Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;"

"II.- Si se tratare de un título nominativo, desde - que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga - constar en los registros del emisor, en su caso;"

"III.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria".

E) El Fiduciario.

La creación del fideicomiso es una proceso que tiene como fenómeno central la declaración de voluntad del o de los fideicomitentes. En cambio, el cumplimiento o ejecución del fideicomiso es otro fenómeno cuya figura principal es la actividad del fiduciario, encaminada a lograr que se cum-

pla la afectación patrimonial. El fideicomitente crea, el ~~fiduciario ejecutá; aquél ordena, éste cumple~~. Seguramente por ello, la función del fiduciario se prolonga en el tiempo más allá que la declaración del fideicomitente; con frecuencia más allá que la vida misma del creador. En cierta forma, una de las tareas asignadas a este negocio es, precisamente, prolongar los efectos de la voluntad del autor, más allá de su propia vida. Por ello, el fideicomiso, sobre todo el que se constituye en previsión de la muerte del creador, se asemeja tanto a las disposiciones testamentarias.

La esencia de la misión del fiduciario es convertirse en ejecutor de la voluntad del fideicomitente, tal y como haya quedado expresada, dentro de los límites que la Ley y la propia voluntad del creador haya marcado. En este sentido, el fiduciario, como el albacea, como el mandatario, al cumplir su misión, no tiene la potestad de buscar la satisfacción de su propio interés, sino que tiene el inegable deber de actuar, dentro del marco señalado por el orden jurídico, con el propósito de cumplir un encargo, una voluntad ajena: la del fideicomitente.

1.- Personas que pueden ser fudiciarios.

Se acuerdo con lo que establece el artículo 350, primer

párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

Cabe señalar que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941, a que se refiere el artículo antes citado, fue abrogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985, en vigor al día siguiente al de su publicación.

Por lo que, asimismo, es necesario hacer mención a lo que establece el artículo tercero transitorio, de dicha Ley vigente en la actualidad que, textualmente dice que "Cuando las Leyes y disposiciones administrativas hagan referencia a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, o a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (64), se entenderá que se hace para esta Ley, en la materia que regula.

De lo anterior, y a raíz de la nacionalización de la

(64) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Diciembre de 1982.

Banca Privada, tenemos que:

Ahora el Estado presta el servicio público de banca y crédito, por lo que, el mismo, al reglamentar los términos en que será prestado dicho servicio, a través de la citada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, dispone en su artículo 2o. que, "El servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedad nacional de crédito, en los términos de la presente Ley".

La propia Ley nos define en su artículo 9o., primer párrafo, a la sociedad nacional de crédito como "instituciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. -Además señala dicha Ley que-, tendrán duración indefinida y domicilio en territorio nacional-. Así también establece que-, serán creados por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la presente Ley".

La referida Ley, señala en su artículo 30 que: "Las - instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: -entre las que destacan en su fracción XV- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

De lo anterior, podemos señalar que actualmente, sólo

las instituciones fiduciarias pueden desempeñar en forma legal las funciones en fiduciario, y que dichas instituciones para operar requieren estar constituidas como sociedades nacionales de crédito. En consecuencia, podemos afirmar que, en el derecho mexicano vigente, el desempeño de fideicomiso es una función bancaria, siendo el fiduciario un fiduciario institucional, en virtud de que son estas las únicas autorizadas para prestar el servicio público de banca y crédito, además de que están sujetos al control y vigilancia del Estado.

Esta prerrogativa que confiere nuestra Ley vigente en la actualidad venía ya consagrada desde las Leyes Bancarias de 1924 y 1926 y por la Ley de Fideicomisos de este mismo año.

La razón histórica parece muy clara: rodear al nascente fideicomiso del máximo de seguridad para que pudiera prosperar en nuestro sistema. Una de esas seguridades, se pensaba, era reservar el desempeño de fideicomiso a instituciones de crédito, consideradas de acreditada solvencia y de competencia técnica para el manejo de patrimonio ajenos.

De todo lo expuesto podemos concluir que el fideicomiso, tal como ha quedado estructurado en la Legislación Mexicana, tiene una característica peculiar que lo separa, por

una parte de su cercano antecesor, el "trust" del derecho anglosajón por otro lado, lo aparta de figuras jurídicas como el mandato, la hipoteca o la prenda, en las cuales no es imprescindible la presencia de instituciones bancarias.

2.- Personas que pueden designar fiduciario, en nuestro derecho.

Queda fuera de duda que, el creador del fideicomiso, el que ha destinado ciertos bienes de que puede disponer a un fin lícito y determinado, el que, en el ejercicio de su facultad de disposición, crea un fideicomiso, tiene el derecho de designar a la persona que vaya a encargarse de hacer efectiva esa afectación patrimonial; con la limitación ya señalada con antelación, conforme a nuestro derecho positivo, de que esa persona sea una institución fiduciaria.

Pero puede ocurrir que el fideicomitente, por omisión o deliberadamente, se abstenga de hacer designación de fiduciario en el acto de constitución del fideicomiso. Puede ser, inclusive, que expresamente se reserve el derecho de designar posteriormente al fiduciario, ya sea dentro de un plazo que él mismo señale, o sin sujeción a plazo.

Se dará entonces el caso de un fideicomiso existente y válido, pero ineficaz mientras el fideicomitente no designe

ne fiduciario.

El fideicomisario de un fideicomiso sin fiduciario, en el cual es fideicomitente no se ha reservado el derecho de nombrarlo posteriormente, puede hacer el nombramiento, según el artículo 3o., 2o. párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Naturalmente, pueda llegarse a la situación, en los fideicomisos irrevocables en que el fideicomitente se ha reservado el derecho de designar fiduciario con posterioridad al fideicomiso, que transcurran años sin que este derecho se ejercite y, en consecuencia, el fideicomiso quede en estado latente, sin ejecución, por falta de ejecutor.

Sin embargo, la falta de fiduciario no es el único supuesto en que puede darse esa situación. Cuando la ejecución del fideicomiso se sujeta a un plazo inicial, a una condición suspensiva, el fideicomiso existe y es válido, pero su eficacia está suspendida, en los términos antes explicados.

En todos estos casos, uno de los cuales está expresamente considerado como causa de extinción del fideicomiso por la fracción III del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos encontramos con la -

anómala situación de un fideicomiso existente y válido, pero latente, ineficaz o sólo parcialmente eficaz.

Sin embargo, en el precepto mencionado se establece que el fideicomiso se extingue si la condición suspensiva a que se sujetó se vuelve imposible, no se cumple dentro del plazo que se estipuló, en su defecto, dentro de un plazo de veinte años.

A nuestro entender, si el fideicomitente se reserva el derecho de designar fiduciario, está privando al fideicomisario de ese derecho, que le pertenece a aquél hasta que su muerte y si no lo ejercita, esa falta de ejercicio no entraña la transmisión ex-lege al fideicomisario, sino la extinción del fideicomiso por hacerse imposible su cumplimiento, ya que no existe quien pueda designar a la institución fiduciaria.

En relación con el nombramiento hecho por el fideicomitente, a través de un delegado o un mandatario, es decir la posibilidad de delegación de la facultad de nombrar fiduciario que, en principio, compete al fideicomitente.

Supongamos que el fideicomitente se abstiene de nombrar fiduciario en el acto de constitución del fideicomiso, pero se reserva el derecho de hacerlo y encomienda esa designa-

ción bien al comité técnico que integra, bien a un amigo de confianza. Aún más, en un fideicomiso constituido mediante testamento, el creador del fideicomiso, designa en su testamento a una persona para que, en su carácter de ejecutor - testamentario especial, designe a la institución que vaya a cumplir la tarea de fiduciario.

Obviamente, si la delegación de la función se califica-
ra como mandato, la relación se extinguiría con la muerte
del mandante. Tal sería el caso en el primer supuesto en
el que el fideicomitente, por una simple delegación, enco-
mienda a otra persona o grupo de personas, el nombramiento
del fiduciario. En cambio, si el encargo se hace en testa-
mento y, en función de un cumplimiento posterior a la muerte
del testador y fideicomitente, entendemos que la persona a
quien se le confiere la facultad de designar fiduciario es
un albacea o ejecutor especial, de los previstos en los artí-
culos 1691, 1701, 1702, 1703 y demás relativos del Código
Civil.

De ello, debe concluirse que el derecho del fideicomi-
tente para designar fiduciario puede ejercerse directamente
por el propio titular del derecho o por la persona que ha
designado para ejercitarlo y que, en consecuencia, aún muer-
to el fideicomitente, puede ejercitar el derecho el ejecutor
especial designado para ese efecto.

En otro orden de ideas, si el fideicomitente no ha designado fiduciario, ni se ha reservado el derecho de hacerlo posteriormente y no ha designado persona que lo haga, en caso de su muerte, entra en operación el mecanismo a que se refiere el artículo 350, párrafo segundo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el derecho de nombrar al fiduciario pasa al fideicomisario o, en caso de pluralidad de ellos, al conjunto de fideicomisarios, cuya voluntad colectiva se determinará de acuerdo con la regla contenida en el párrafo tercero del artículo 342 de la referenciada Ley.

Cuando el fideicomisario expresamente manifiesta que no desea ejercitar el derecho o cuando no existe fideicomisario, la solución la da el texto legal en cuestión es decir, entra en juego el último mecanismo previsto por la Ley; el nonbramiento del fiduciario por el Juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes.

Por otro lado, el mismo artículo 350 de la Ley en cita, en su último párrafo, establece que: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo, -continúa indicando este precepto-, lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción

cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso".

A este respecto, consideramos que es difícil que este supuesto se presente en la práctica, posiblemente llegaría, a darse, si el objeto del fideicomiso fuese de mucho valor, y por otro lado el fin del fideicomiso fuera posible de ser realizado por varias instituciones fiduciarias, es decir - que para la realización de dicho fin pueda tener una división técnicamente hablando para que pudieran coordinarse las instituciones fiduciarias para alcanzar dicho fin, además de que económicamente fuere un negocio rentable para dichas instituciones fiduciarias.

3.- Obligaciones del Fiduciario.

Las obligaciones del fiduciario las podemos enumerar y analizar de la siguientes forma:

a) Aceptación del fideicomiso.

Evidentemente, el nombramiento o designación del fiduciario, sea hecho por el fideicomitente, en el acto constitutivo o en un momento posterior, por el fideicomisario o por el Juez competente, es, en todo caso, un acto ajeno al

fiduciario, que se realiza sin que su consentimiento sea necesario y, tal vez, sin su consentimiento siquiera, pues estimamos, que a raíz de la Nacionalización de la banca privada el Estado presta el servicio público de banca y crédito, a través de instituciones de crédito constituidos con el carácter de sociedad nacional de crédito, por lo que al ser designada por el fideicomitente para realizar el fin del fideicomiso, ésta, tiene la obligación de prestar el servicio, en tal virtud esta obligación a aceptar el cargo, salvo que exista una causa grave que justifique su excusa, a juicio del Juez de Primera Instancia del domicilio de la institución, tal como lo dispone el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Al amparo de esta tesis, el deber de la institución fiduciaria no se reduce a decidir si acepta o rechaza la misión que se le confía, sino que entraña el compromiso de aceptarla y si el fiduciario opta por rechazarla, habrá de acudir a un órgano jurisdiccional para que éste califique la justificación de la excusa invocada.

Además, consideramos que el artículo 356 de la Ley de referencia, cuando enumera las bases para calificar la situación de la institución fiduciaria señala, entre otras cosas, que: "..... no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera ins-

tancia del lugar de su domicilio". Este precepto se para claramente dos hipótesis: la excusa y la renuncia. La primera es un acto previo a la aceptación y se da en lugar de ella, en el concepto que forma el opuesto: aceptación, por un lado, y excusa o rechazo por el otro. Conceptos lógicamente incompatibles. En cambio, la renuncia es posterior a la aceptación y la supone. No puede haber renuncia sin previa aceptación. Por ello, no cabe confundir la excusa del fiduciario con la renuncia. Son dos fenómenos claramente diferenciados, por lo que, el fiduciario no puede realizar ninguno de ellos, sino existe una causa grave, que a juicio de un órgano judicial, justifique la excusa o la renuncia. No cabe, por tanto, decir que en el caso de la excusa, el fiduciario es libre de aceptar o rechazar, y en el caso de la renuncia debe mediar causa grave. A ambas hipótesis la Ley les atribuye idéntica consecuencia.

Asimismo estimamos que el legislador de 1932 quiso dejarle apreciación judicial libre para determinar las causas graves que justifiquen la excusa o renuncia del fideicomiso encomendado.

b) Cumplir fielmente las instrucciones.

Otra de las principales obligaciones del fiduciario -- consiste, en cumplir dicho fideicomiso conforme al acto --

constitutivo, de conformidad a lo que establece el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sólo en dos casos -dice Krieger- puede el fiduciario apartarse de las instrucciones del fideicomitente:

"1.- Cuando siendo ilícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho, ya porque violen, desde un principio, normas jurídicas existentes o porque se - conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables".

"2.- Cuando las instrucciones del fideicomitente respecto a las normas de cumplimiento sean o se vuelvan manifiestamente inadecuadas o aun opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso". (55)

De ello, podemos señalar que cuando el objeto del fideicomiso este constituido por valores, el fideicomitente no podrá establecer su voluntad contraria a las Leyes, en virtud de que el artículo 52 de la Ley Reglamentaria del - Servicio Público de Banca y Crédito, preceptúa que: "Las - operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos se realizarán

(65) Krieger, Emilio, op. cit. pág. 133.

en los términos de las disposiciones de esta Ley".

c) Acatar las órdenes del comité técnico.

Como ya lo hemos señalado en su oportunidad al estudiar la figura del fideicomitente, ésta tiene el derecho de designar libremente un comité técnico, asimismo, señalar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso, o bien posteriormente, mediante un acto que entrañe la reforma del mismo; de conformidad con lo que preceptúa el artículo 61, tercer párrafo, de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Consideramos que en el segundo de los supuestos antes precisados, el fideicomitente no puede hacer libremente dicha designación, sino que se requiere el consentimiento del o de los fideicomisarios, si los hubiere, con el propósito de proteger los derechos ya adquiridos por un fideicomisario, que ha aceptado sobre las bases de un estatuto inicial, que no puede ser cambiado sin su consentimiento.

Por ello, el fiduciario tiene la obligación de cumplir, de acatar las instrucciones que le señale dicho comité técnico, de acuerdo a las facultades otorgadas, y siempre y cuando también las mencionadas instrucciones no contravengan

las leyes.

Además de que, estimamos que a la institución fiduciaria le conviene ajustarse a los dictámenes o acuerdos de este comité, ya que según lo establece el mismo numeral invocado, estará libre de toda responsabilidad.

d) Abrir registros contables.

De conformidad con el artículo 60 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, las instituciones fiduciarias "abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.

"Invariablemente, -continúa señalando dicho precepto-, deberán coincidir los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de las instituciones de crédito, con los de las contabilidades especiales.

Finaliza diciendo el citado numeral que "en ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros

de acuerdo con la Ley".

e) Conservar el patrimonio fideicomitido.

El artículo 355 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito, establece que la institución fiduciaria deberá obrar siempre como buen padre de familia, además de que será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Por otro lado, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en su artículo 61, segundo párrafo, dispone que: "La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, en la Ley".

De ello, podemos señalar que, la Ley impone la obligación al fiduciario de obrar como buen padre de familia, por lo que deberá cuidar el patrimonio fideicomitido, de tal suerte que no sufran daño o menoscabo, ya que si ésto sucediese por su negligencia y sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable o responsable, procederá su remoción como fiduciaria, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 65, primer párrafo de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Incluso, el numeral en cita, establece que: "Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción".

Cabe señalar que, al proceder la remoción, por las causales antes expresadas, deberá nombrarse otra para que la sustituya, y de no ser posible esta sustitución, cesará el fideicomiso. Según artículo 65, tercer párrafo de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en relación con el tercer párrafo del artículo 350, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

f) Desempeñar su cometido y ejercitar sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

Las instituciones nacionales de crédito, en el desempeño de las operaciones fiduciarias, podrán actuar a través de su director general, quien tiene a su cargo la administración de la institución, la representación legal de ésta y el ejercicio de sus funciones incluyendo las de delegado fiduciario general, ello de conformidad con el artículo 24

de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

No obstante lo anterior, debido a que el director general no podría físicamente fungir como delegado fiduciario en todos los fideicomisos, debido ello, a su ocupación que enviste su cargo, por lo cual la misma ley en cita en su artículo 61, señala que: "En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, -es decir las operaciones de fideicomiso-, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios".

g) Secreto profesional.

A este respecto, el artículo 94 de la citada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, preceptúa que: "Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, -o sea las operaciones de fideicomiso-, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean -aquellas entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, -constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños

o perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes".

Cabe mencionar que el artículo 95 de la Ley en cuestión indica que: "Los usuarios del servicio público de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito - estarán obligadas, en su caso, a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente.

"En el caso en que las reclamaciones se presenten ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, está conciliará y, en su caso, resolverá las diferencias que se susciten - entre las instituciones de crédito y los usuarios del servicio público de banca y crédito, derivadas de la realización de operaciones y de la presentación de servicios bancarios, tratándose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios. Finaliza diciendo este artículo que: "La sola presentación de la reclamación que se prevé en este artículo, interrumpe la prescripción.

4.- Derechos del Fiduciario.

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo;".

Por lo que, "Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que sólo tienen eficacia obligatoria, puesto que el fideicomisario como dueño puede disponer de dichos bienes". (66)

De tal suerte que el fiduciario tendrá la facultad de gravar los bienes que integran el patrimonio fideicomitado, administrarlos, para lo cual, las instituciones fiduciarias para la realización de fideicomisos, podrán utilizar para ello el personal necesario, el cual no formará parte del personal de la institución, sino que según los casos, se considerará al servicio de dicho patrimonio destinado a fideicomiso, asimismo, cualquier derecho que conforme a la Ley

(66) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, pág. 538.

tengan esta persona, serán ejercitados contra la institución fiduciaria, la cual, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará, los bienes materia del fideicomiso, de acuerdo con lo que señala el artículo 63, de la referida Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Consideramos que los derechos al igual que las obligaciones del fiduciario, estarán determinados en cada caso - concreto, teniendo en consideración, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que integren el patrimonio fideicomitado, así como los fines a perseguir por medio del fideicomiso.

Por último estimamos que la institución fiduciaria tendrá el derecho a honorarios por el desempeño de su cargo, es decir por la realización del fin para el cual se constituyó el fideicomiso, mismo que les fue encomendado.

5.- Prohibiciones al Fiduciario.

La multicitada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, determina en su artículo 84 que: "A las instituciones de Crédito les estará prohibido: -y señala en fracción XVIII que: En relación de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley:

-o sea las operaciones fiduciarias-:

"a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;"

"b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los derechos, por los Créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende".

"Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de crédito, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá - transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe".

"Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos

párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno".

"En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará en forma notoria este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión;"

"c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, - mandatos o comisiones mediante los cuales reciban fondos - destinados al otorgamiento de crédito, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo directivo, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los servidores públicos de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, o las Sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; y"

"d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con

el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años ..".

F) El Fideicomisario.

El fideicomisario es aquella persona a quien el fideicomitente en el acto constitutivo o en una reforma del mismo, si se ha reservado el derecho de hacerlo, designa para recibir los beneficios del fideicomiso.

Nuestro derecho positivo tiene varias disposiciones - que permitan construir la figura jurídica del fideicomisario, cuando éste es una persona determinada, ya sea física o moral, bien un conjunto determinado de personas.

1.- Personas que pueden ser designadas fideicomisarios.

El artículo 348 primer párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que: "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

Como la capacidad jurídica es, en nuestro derecho positivo, la regla general, que sólo admite excepciones en virtud de norma expresa, en principio se puede plantear que to-

do sujeto jurídico puede ser fideicomisario. Pero no pueden serlo los beneficiarios, abstractos o concretos, pero no humanos.

Sin embargo, no podemos postular la afirmación genérica de que todos los sujetos de derecho pueden asumir el carácter de fideicomisarios. Las excepciones existen y son numerosas.

El extranjero, por ejemplo, no podría ser fideicomisario en un fideicomiso cuyo objeto estuviera constituido por acciones de una empresa concesionaria de un servicio público de transporte, de una estación de radio, de un canal de televisión o por más de cuarenta por ciento del capital de una empresa de auto - partes, puesto que la Ley prohíbe al extranjero ser titular de esas acciones.

El artículo 1327 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en toda la República para materias federales, contiene una disposición muy clara, al establecer la capacidad de los extranjeros y de las personas morales, para adquirir por herencia. Dicho precepto dispone que: "Los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas le-

yes reglamentarias de los artículos constitucionales".

La norma legal transcrita, que limita la capacidad de los extranjeros para heredar, es a nuestro entender, aplicable por analogía a la capacidad jurídica de los extranjeros, para todo lo que se refiere a su capacidad jurídica, incluyendo la posibilidad de ser fideicomisarios. De otra manera, el fideicomiso serviría de instrumento para violar el espíritu de las normas constitucionales y legales que prohíben a los extranjeros adquirir determinados bienes situados en el territorio nacional o eludir los requisitos que las leyes imponen para ello.

Por otra parte, el artículo 1328 del Ordenamiento Civil establece incapacidad de los extranjeros para adquirir por herencia, por falta de reciprocidad internacional cuando, conforme a las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestados sus bienes en favor de mexicanos. Sería también el caso de aplicación analógica de ese precepto a la capacidad jurídica de disfrutar de un patrimonio fideicomitido. Eso nos llevaría a considerar que los ciudadanos de países en donde no existe el derecho de propiedad privada o existe en forma limitada y sólo respecto de bienes de uso personal, no podrán ser fideicomisarios en México.

Igualmente, serán de aplicación analógica, en materia

de fideicomisos testamentarios, los artículos 1316, 1321, 1322, 1323, 1324 y 1325, en cuanto establecen incapacidad para heredar, y consecuentemente para ser fideicomisario - instituido por testamento, estos casos serán estudiados en su oportunidad en el cuarto y último capítulo.

En conclusión, para ser fideicomisario se requiere:

a) Designación hecha por el fideicomitente en favor de persona viva o concebida ya al momento de constitución del fideicomiso, según el artículo 359, fracción II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

b) Capacidad del fideicomisario para ser titular de los derechos que la Ley le otorga y los que el acto constitutivo le confiera.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, - prevé en su artículo 347, que el fideicomiso será válido - aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre - que su fin sea lícito y determinado.

Por otro lado, la Ley contempla la hipótesis de fideicomisarios múltiples, ya sean simultáneos o sucesivos, de conformidad con el artículo 348 y 359, fracción II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En estos casos, la nulidad de designación de alguno de los fideicomisarios, no trae consigo la nulidad de los demás nombramientos, si la causa atañe individualmente sólo al afectado.

En el caso de fideicomisarios simultáneos, para su funcionamiento, las decisiones que éstos deban tomar se harán por mayoría de votos, computados por el valor de las porciones y no por el número de personas, y en los casos de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario. En los términos del artículo 348, tercer párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Asimismo, nada impide que el fideicomitente se designe asimismo fideicomisario.

2.- Derechos del Fideicomisario.

Los derechos del fideicomisario los podemos precisar de la siguiente forma:

a) Estimamos que desde el punto de vista lógico - jurídico, el primer derecho que surge en favor de quien ha sido designado fideicomisario, es decir si acepta o rechaza el fideicomiso que el fideicomitente ha constituido en su

favor.

Por ello, el fideicomisario debe ser un sujeto jurídico dotado de capacidad para decidir si acepta o rehusa el beneficio que se le otorga y, eventualmente la carga que se le impone. Y si padece alguna incapacidad, debe contar con representación legal para tomar tal decisión.

El menor de edad sujeto a patria potestad o tutela, podrá aceptar o rehusar, a través de su representante legal. El incapaz, en general, sólo podrá aceptar o rehusar a través de su tutor. Y este será responsable de los daños y perjuicios que ocasione a los interesados del sujeto a tutela, por una decisión negligente o maliciosa.

b) El primer precepto que atribuye ya, en forma especial, una facultad al fideicomisario, es el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando previene, en su párrafo tercero, que cuando haya pluralidad de fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos, computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

La interpretación de este precepto nos lleva a la conclusión de que el fideicomisario debe ser consultado por el fiduciario en todo lo relativo al cumplimiento del fideicomiso y no esté previsto en el acto constitutivo o en sus reformas.

c) Designar fiduciario.

El fideicomisario puede designar fiduciario, cuando el fideicomitente se ha abstenido de hacerlo en el acto constitutivo y no se ha reservado el derecho de hacerlo en un momento posterior.

Cabe hacer mención que, extinguido el derecho del fideicomisario para designar fiduciario, nace la potestad del juez de primera instancia del lugar donde estuvieren los bienes, para designar al fiduciario, de acuerdo con el artículo 350, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

d) Por otra parte, aunque en algún momento se pensó que el fideicomiso constituía un gravamen, una especie de derecho real sobre los bienes fideicomitidos, cuyo titular era el fideicomisario (67), nuestra actual legislación adopta la teoría del patrimonio de afectación y estima, según el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones

de Crédito, que los bienes que se dan en fideicomiso se consideran afectos al fin al que se destinan. El fideicomisario no es ya el titular de un derecho real o de un gravamen sobre esos bienes.

Sin embargo, el artículo 355 de la Ley en comentario otorga o reconoce al fideicomisario los siguientes derechos:

- 1.- Los que se le concedan por virtud del acto constitutivo.
- 2.- El de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria.
- 3.- El de actuar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo de la Ley le corresponda.
- 4.- El de reivindicar los bienes que a consecuencia

(67) El artículo 12 de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 establecía que "los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario.

de los actos a que se refiere el apartado anterior haya salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

e) El artículo 357 de la misma Ley, concede al fideicomisario, en su fracción V, la posibilidad de convenir con el fideicomitente la extinción del fideicomiso.

Por su parte, diversos artículos de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, establecen derechos en favor del fideicomisario.

El artículo 65 de la Ley en cita, otorga al fideicomisario, las siguientes acciones:

- 1.- Para pedir cuentas al fiduciario.
- 2.- Para exigir la responsabilidad del fiduciario.
- 3.- Para pedir la remoción del fiduciario.

De conformidad con este precepto, las acciones antes consignadas, podrán ser ejercitadas también por su representantes legales y a falta de éstos por el Ministerio Público, todo ello, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

Por su parte el artículo 95 de esta misma Ley, señala que: "Los usuarios del servicio público de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. tratándose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios, -y finaliza diciendo este artículo que-. "La sola presentación de la reclamación que se prevé en este artículo, interrumpe la prescripción".

Ahora bien, en relación a los derechos antes precisados, José Manuel Villagordoa Lozano (68) considera que si analizamos los derechos anteriores para estudiar su naturaleza jurídica, podemos concluir que todos ellos son derechos personales.

Por lo que se refiere al derecho de reivindicar los bienes fideicomitidos, que por actos excesivos o de mala fe del fiduciario, hayan salido del patrimonio del fideicomiso, debemos hacer un breve análisis para ver si se trata de una acción real, como lo es la reivindicatoria, o de una

(68) Ob. Cit. Pág. 181 y sig.

acción de carácter personal, como lo es la acción pauliana.
(69)

Si se trata de una acción propiamente reivindicatoria que según el artículo 4o. del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, compete su ejercicio "a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene propiedad ..", entonces debemos sostener que el fideicomisario es propietario de los bienes fideicomitidos, por el contrario, nos encontramos que "toda la doctrina es constante en reconocer que el fideicomisario no es dueño del patrimonio fideicomitido". (70)

Esta acción reivindicatoria atribuida al fideicomisario por nuestra ley, no es de carácter absoluto, erga omnes, sino relativo, pues únicamente se otorga al fideicomisario - cuando por mala fe del fiduciario o por exceso de sus facultades enajena los bienes o derechos fideicomitidos, en detrimento del patrimonio del fideicomiso y además cuando dicha enajenación es contraria al cumplimiento de los fines del fideicomiso. (71)

(69) Molina Pasquel, Roberto, ob. cit. pág. 165.

(70) Ibidem, pág. 166.

(71) Villagorhoa Lozano José M., ob. cit. pág. 181.

Por lo que se refiere a los efectos de la acción, observamos que tiene a que los bienes reivindicados se reintegran al patrimonio fideicomitido y no al patrimonio del reivindicante. (72)

Ahora bien, -señala Villagordoa-, si no se trata propiamente de una acción reivindicatoria, la única conclusión parece ser la de encuadrar la naturaleza de esta acción dentro de los acciones personales.

No creemos que sea correcto calificar a esta acción -del fideicomisario como una acción reivindicatoria útil, en vista de que se trata "de una acción con fundamento obligatorio y con efectos reales" (73), como concluye Rodríguez y Rodríguez.

En cambio, encontramos que esta supuesta acción reivindicatoria tiene mucha semejanza con la acción pauliana.

"En primer lugar se trata de una acción de protección al acreedor de obligación personal contra actos fraudulentos de su deudor; es una forma de atacar la validez de los actos que el fiduciario comete en su perjuicio."

(72) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, La Separación de los -- Bienes en Quiebra, pág. 204.

(73) Ob. cit. pág. 204.

"En segundo lugar no se puede intentar contra el deudor mismo, sino se endereza propiamente en contra de quien haya adquirido los bienes por virtud del acto fraudulento del - deudor, y en este sentido algunos autores que consideran - ergaomnes la acción del fideicomiso, deberán aceptar que es ergaomnes la acción pauliana.

"En tercer lugar, los efectos de la acción a estudio son idénticos a los de la pauliana en cuanto a que por virtud de la nulidad que se declara de la transmisión o enajenación, los bienes escapados del patrimonio del deudor (el fiduciario) le son restituidos sin entrar al patrimonio de los acreedores. En nuestro caso, no revierten al fideicomisario, ni entran a su patrimonio, sino al del fiduciario de donde escaparon. Se trata, como la pauliana lo es, de una acción tendiente a la reconstrucción del patrimonio del deudor". (74)

La acción pauliana no es una acción de nulidad porque sus efectos solamente tienden a ocasionar una ineficacia - suigeneris, ya que una vez ejercitada, sólo invalida a aquellos efectos que se opongan a los intereses del acreedor demandante y una vez satisfechos estos últimos el acto atacado recobra su plena validez. Tampoco se trata de una acción

(74) Molina Pasquel, Roberto, ob. cit. pág. 168 y 169.

revocación ni de rescisión como sostienen algunos autores, (75), ya que la primera consiste en extinguir un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes que intervinieron en su celebración y la segunda se refiere a la acción que ejercita una de las partes contratantes para pedir la extinción del negocio jurídico de efectos recíprocos, fundando su petición en el incumplimiento de su contraparte.

Ninguna de estas situaciones se presenta en el ejercicio de la acción pauliana. (76)

La acción pauliana "es una acción de naturaleza sui generis que produce una ineficacia especial, sin que ésto signifique la destrucción del acto en su totalidad, sino - únicamente privación del efecto o efectos que perjudiquen a los acreedores y en la medida que sea necesario a satisfacer su interés". (77)

(75) Ibidem, pág. 178. Este autor textualmente nos dice: "Creemos poder concluir que el llamado derecho de reivindicar del fideicomisario, es sólo un derecho a revocar actos del fiduciario que la perjudican".

(76) Romero Sánchez, Miguel, la Revocación de los actos realizados en Fraude de Acreedores. Librería de Porrúa Hnos. y Cía., México 1941, pág. 191.

(77) Ibidem, pág. 188.

En este mismo sentido, Cosattini sostiene que la acción pauliana produce, una ineficacia relativa porque el acto - dispositivo del deudor que perjudica al acreedor que ejercita dicha acción, produce todos sus efectos con excepción de aquellos efectos recíprocos que afecten a sus intereses. - (78)

En nuestro sistema legal, la acción pauliana se encuentra contenida en el artículo 2163 del Código Civil vigente, cuando ordena que "los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos".

"Como lo indica el precepto legal antes invocado, la acción pauliana es de carácter personal, pues únicamente - compete al acreedor, cuyo deudor realiza actos fraudulentos con el fin de motivar su insolvencia.

"La acción del fideicomisario que incorrectamente se designa en el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como de "reinvindicar", no es otra

(78) Cosattini, Luigi, La Revoca Degli. Atti Fraudolenti. Cedam. Padova, 1939, Pág. 234.

acción que la acción pauliana, acción que produce una ineficacia relativa con efectos restitutivos para evitar dos actos fraudulentos o excesivos del fiduciario, en detrimento del patrimonio del fideicomiso.

"Por lo que se refiere al efecto de ambas acciones, diremos que son iguales, pues en estos dos casos, los bienes enajenados se reintegran al patrimonio de donde originalmente salieron (artículo 2163 del Código Civil y 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

"La acción del fideicomisario y la acción pauliana que hemos estudiado brevemente, son de carácter personal, en vista de que ambas se derivan de una relación jurídica entre acreedor y deudor; concretando esta situación dentro del fideicomiso, el fideicomisario es acreedor del fiduciario por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones a cargo de dicho fiduciario que se derivan del acto constitutivo del fideicomiso y que consisten en el ejercicio obligatorio de los derechos de que es titular, para el cumplimiento del fideicomiso.

"Expuesto lo anterior podemos concluir que el llamado derecho de reivindicar del fideicomisario es una acción pauliana de carácter personal y restituible que produce una ineficacia relativa de los actos indebidos del fiduciario

y no una acción real como lo es la reivindicatoria, toda vez que el fideicomisario en ningún caso, ni puede ser propietario de los bienes fideicomitidos, ni titular de los derechos afectos al fideicomiso, cuyo propietario o titular es el fiduciario, por la naturaleza misma de la operación que nos ocupa". (79)

Por nuestra parte, estimamos que en virtud de que la legislación de la materia y de que la misma confunde la acción reivindicatoria con la acción pauliana, sería aconsejable que en el acto constitutivo del fideicomiso se estableciera mayores derechos al fideicomisario.

3.- Obligaciones del Fideicomisario.

En relación a este tópico, Villagordoa Lozano (80) dice: "Para establecer las obligaciones del fideicomisario debemos hacer las siguientes distinciones:

a) Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece unilateralmente por parte del fideicomitente, con la intención de hacer una liberalidad al fideicomisario, ya sea en vida del fideicomitente o después de su muerte;

(79) Villagordoa Lozano, José M., ob. cit. Pág. 183 y 184.

(80) Ibi. dem, Pág. 184 y 185.

Y:

b) Cuando se trate de fideicomisos cuya constitución se realiza con el acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del fideicomitente, por la enajenación que realiza al fiduciario, en provecho del fideicomisario.

"En el primer grupo de fideicomisos, por su naturaleza misma, ya incurran una causa donandi, el fideicomisario únicamente tiene el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso y en ningún caso se establecen obligaciones a su cargo, como contraprestación de la liberalidad del fideicomitente. En algunas ocasiones pueden establecerse diversas cargas al fideicomisario, pero únicamente tendrán dichas cargas, el carácter de una simple modalidad como lo tiene en el legado sub modo o en la donación onerosa".

"En el segundo grupo de fideicomisos nos encontramos con la circunstancia de que en todo caso el fideicomisario está obligado a realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo; como ejemplo de lo anterior tenemos los fideicomisos traslativos, o de propiedad, en virtud del cual, el fideicomitente transmite la propiedad de determinados bienes al fiduciario, para que al término del fideicomiso sean transmitidos al fideicomisario o a la persona

que éste desinga. En estos fideicomisos se establece, desde un principio, que se concederá el uso y goce de dichos bienes al fideicomisario y para compensar al fideicomitente por la enajenación realizada al fiduciario y en provecho - del fideicomisario, éste último se obliga a dar una contraprestación al fideicomitente, que generalmente consiste en dinero".

Por nuestra parte, estimamos que otra obligación que, en su caso tiene el fideicomisario, es pagar al fiduciario las contraprestaciones pactadas, así como los gastos que éste haya efectuado en virtud de la ejecución del fideicomiso, lo anterior en el supuesto de que sea el fideicomisario el encargado de designar la institución fiduciaria, o se haya pactado en el acto constitutivo del fideicomiso.

V.- CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS.

Una figura jurídica que puede asumir tantas formas y realizar tan diversas funciones como el fideicomiso presenta dificultades para encontrar criterios de clasificación apropiados.

Sin embargo, haremos mención de los criterios de mayor importancia.

1.- Fideicomisos Privados y Fideicomisos Públicos.

A este respecto, David Peñaloza Santillán (81) señala que:

"El fideicomiso es privado, cuando quien lo constituye es una persona física o moral, de derecho privado".

Al hablar del fideicomitente, hemos señalado quienes son las personas que pueden ser fideicomitentes y hemos también mencionado a las personas físicas, así como las morales, y de éstos últimos nos hemos referido a las de derecho público.

"Por lo que se refiere al fideicomiso público, -señala este autor-, debemos tomar en cuenta que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario - Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1976, en - sus artículos primero, segundo y tercero, establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal; disponiendo que entre las entidades que componen la Administración Pública Paraestatal, se encuentran los fideicomisos y en el artículo 49 de la misma

(81) David Peñaloza Santillán: El Fideicomiso Público Mexicano, Editorial Cajiga SA, Puebla, Pue. México 1983 pág. 142 y sig.

Ley, define que los fideicomisos a que ella se refiere, son los establecidos por la Administración Pública Centralizada y los que se creen con recursos de los organismos descentralizados, de empresas de participación estatal, de instituciones nacionales de crédito, de organizaciones auxiliares nacionales de crédito, de instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y de los propios fideicomisos.

"Estos fideicomisos, -continúa diciendo-, además, están sujetos a las reglas establecidas en el Decreto del 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 27 de febrero del mismo año, por lo que se establecen bases, para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal".

"En tal virtud, -prosigue indicando-, por determinación expresa de la Ley, están perfectamente definidos los fideicomisos públicos en el ámbito federal".

"Indudablemente que también deben ser considerados fideicomisos públicos, aquellos que sean constituidos por los Gobiernos de los Estados y de los Municipios de la República, quienes en sus respectivos ámbitos, también son personas morales de derecho público, conforme a las definiciones

de la Ley, aunque no les sean aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal ni el Decreto del 10 de enero de 1979, ya mencionados. Estos fideicomisos, se sujetarán a las disposiciones que al respecto hayan dictado o dicten los gobiernos de los Estados o de los Municipios".

2.- Fideicomisos Traslativos.

A este respecto, Villagordoa Lozano, en su obra Doctrina General del Fideicomiso, señala que: "Son aquellos que tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos. (82)

"Operan los fideicomisos traslativos, -continúa diciendo-, en aquellos casos en que se presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico, para que se pueda realizar la operación mediante las formas tradicionales de negocios jurídicos traslativos, tales como la compraventa, la donación o la aportación de un socio a una sociedad".

En torno a este tópico, señala Emilio Krieger en su -

(82) Ob. cit. pág. 199.

obra Manuel del Fideicomiso Mexicano (83). "De manera que es doble pensar en fideicomisos no traslativos, en los cuales la facultad dominical permanece en el fideicomitente, fideicomisos traslativos de dominio en lo que la facultad de dominio pasa del fideicomitente al fiduciario y fideicomisos traslativos de dominio en los que la mencionada facultad pasa directamente del fideicomitente al fideicomisario. Amén de las cosas en que el fiduciario, en cumplimiento del fideicomiso, transfiere en el momento oportuno, la facultad de dominio al fideicomisario, mediante un acto jurídico especial, distinto a la constitución misma del fideicomiso".

3.- Fideicomiso de Garantía.

Nos dice David Peñaloza Santillán, en su obra "El Fideicomiso Público Mexicano" (84). "Son aquellos que se constituyen para garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el propio fideicomitente o por terceros".

"Por su naturaleza, -continúa señalando-, estos fideicomisos siempre son accesorios de una obligación principal

(83) Emilio Krieger: Manual del Fideicomiso Mexicano, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., México 1976, Pág. 85.

(84) Ob. cit. pág. 148.

y su objeto o fin primordial, es que el fiduciario conserve la titularidad de los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso y, en caso de que no se cumpla la obligación garantizada, proceda a la venta de los bienes y con su producto, se haga pago al acreedor, quien generalmente, es el fideicomisario".

A este respecto, cabe indicar que la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, establece en su artículo 64 que: "En los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición de fiduciario, para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones".

Y por su parte el artículo 341 del ordenamiento legal citado, preceptúa: "El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda - cuando se venza la obligación garantizada.

"De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo".

"Si el deudor no se opone a la venta en los términos

dichos, el juez mandará que se efectúe al precio del mercado, y por medio de corredor o de los comerciantes con establecimiento abierto en plazo. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor".

"El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ella al acreedor".

"El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en sustitución de los bienes o títulos vendidos".

4.- Fideicomisos de Administración.

Villagordoa Lozano, en su obra Doctrina Geneal del Fideicomiso (85), dice que: "Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario".

(85 Ob. cit. pág. 204.

Señala además que, existen dos actividades fundamentales que pueden presentarse, que son:

"a) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicomitido, los bienes que le señale el fideicomitente".

"b) La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario, como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos, y transmita dichos productos al fideicomisario".

Pueden ser objeto de estos fideicomisos cualquier especie de bienes o derechos, excepto los de ejercicio estrictamente personal, y el que establece el inciso de la fracción XVIII, del artículo 24, que se refiere a las prohibiciones que tienen las instituciones de crédito y, que textualmente preceptúa: "d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años".

5.- Fideicomisos de Inversión.

Son aquellos fideicomisos en los que el fiduciario adquiere con cargo al patrimonio del fideicomiso, los bienes que le señale el fideicomitente.

6.- Fideicomisos Revocables y Fideicomisos Irrevocables.

El fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, puede reservarse el derecho de revocar el fideicomiso, lo cual opera, principalmente, cuando el fideicomitente se designa a sí mismo como fideicomisario, sí como cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso a título gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso, o bien, cuando los motivos del fideicomitente al constituir el fideicomiso es obtener un provecho económico, o bien recibir una contraprestación, es decir, es oneroso, consideramos que en éste supuesto no tiene derecho a revocarlo o modificarlo, en virtud de que, lesionaría a los derechos del fideicomisario.

De tal manera que podemos señalar que:

El fideicomiso es revocable, cuando el fideicomitente, en el acto constitutivo del mismo, se ha reservado este derecho.

Por otro lado, el fideicomiso es irrevocable, cuando el fideicomitente no se reservó este derecho, o bien, cuando así se establezca en el acto constitutivo.

7.- Fideicomisos Onerosos y Gratuitos.

Serán onerosos cuando el fideicomitente establece a su favor o de un tercero una determinada contraprestación a cargo del fideicomisario.

Serán gratuitos aquellos en que los beneficiarios del fideicomiso reciben los beneficios de éste, libres de cargas, es decir a título gratuito.

8.- Fideicomisos Condicionales.

Son aquellos fideicomisos a los que el fideicomitente sujeta a una condición ya sea suspensiva o resolutoria.

9.- Fideicomisos de Herencia.

Son aquellos fideicomisos en los que el fideicomitente dispone de sus bienes para después de su muerte, ya sea que constituya el fideicomiso por acto entre vivos o bien mediante testamento.

VI.- PROHIBICIONES Y NULIDADES DEL FIDEICOMISO.

Por lo que se refiere a los fideicomisos prohibidos, mencionaremos los siguientes que expresamente establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

a) Los fideicomisos secretos. Artículo 359 fracción I, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

b) Aquéllos fideicomisos en los que se conceda a diversas personas el beneficio del mismo y que deban sustituírse sucesivamente por muerte del anterior, de conformidad con el artículo 359, fracción II, de la Ley en cuestión (sustituciones fideicomisarias).

c) Aquéllos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia, o se trate del mantenimiento de museos de carácter científico o artístico con fines no lucrativos, según lo establece el artículo 359 fracción III de la Ley en cita.

d) Aquéllos cuyo fin sea ilícito o indeterminado, de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 346 y 347 de la Ley de referencia.

e) Aquéllos que se constituyen en favor del fiduciario, según se desprende del artículo 348 de la referida Ley.

f) El fideicomiso en fraude de terceros, en los términos del artículo 351, de la multicitada Ley.

Por lo que respecta a las nulidades del fideicomiso, podemos expresar lo siguiente:

Por mandato expreso del artículo 81 del Código de Comercio, con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contratantes y de las excepciones y causas que reinciden o invalidan los contratos.

En consecuencia las teorías de la inexistencia y de las nulidades, contenidas en el Código Civil, por efecto de la remisión que hace el artículo 81 antes mencionado en relación con el artículo 2o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ubica el capítulo correspondiente a la inexistencia y nulidad, título VI, del libro IV primera parte de nuestro Código Civil, en un primerísimo plano respecto a la inexistencia y nulidad del fideicomiso, pues no será aplicable en último lugar, como Código Civil del Distrito Federal, sino inmediatamente después de las reglas sobre -

ineficacia que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y demás leyes relativas tengan sobre el mismo.

Por lo anterior, es conveniente hacer mención de la - inexistencia y de la nulidad según nuestro Derecho Positivo.

En cuanto a la inexistencia, según el artículo 2224 en relación con el 1859 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, el acto jurídico es inexistente cuando falta el consentimiento o el objeto que pueda ser materia de él, es decir, cuando falta uno de sus elementos esenciales o de existencia, mismos que están señalados como tales para el contrato en el artículo 1794, el referido artículo 2224, señala las características legales del acto inexistente, de la siguiente manera:

"a) No es susceptible de valer por confirmación;"

"b) Ni por prescripción; y"

"c) Su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Es decir, exactamente las mismas que para la nulidad absoluta señala el artículo 2226 "De ella, -de la absoluta.

dice éste precepto-, puede prevaleerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

Por lo que se refiere a la Nulidad, el artículo 1795 del Código Civil, preceptúa que "El contrato puede ser inválido:"

"I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;"

"II.- Por vicios del consentimiento;"

"III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;"

"IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

Es decir, cuando falta uno de sus elementos esenciales o de validez.

Ahora bien, nuestro Código regula dos tipos de Nulidad, Absoluta y Relativa, según el artículo 2225, que dice: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley".

La nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción de conformidad con lo que señala el artículo 2226.

La nulidad relativa es producida por la falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes, así como de error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, en los términos del artículo 2228, del ordenamiento en cuestión.

Desde luego, un estudio completo de la inexistencia y nulidad del acto jurídico, implicaría un trabajo que sale del alcance de esta tesis. En consecuencia, nos hemos limitado los puntos fundamentales y básicos, que estimamos necesarios para éste trabajo.

Así también, es conveniente señalar que el sustentante estima que el fideicomiso en cuanto a su constitución, no es un contrato, sin embargo por el efecto de la remisión que hace la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al Código de Comercio y éste a su vez al Código Civil, por ende, hemos de expresar que el fideicomiso será inexistente cuando falte el consentimiento del fideicomitente, para -

constituir el negocio jurídico; cuando cualquiera de las partes en el fideicomiso no otorgue su consentimiento a las cláusulas del mismo, asimismo, si faltase el objeto del referido negocio jurídico. En consecuencia el negocio no producirá ningún efecto legal, ni podrá valer por confirmación ni por prescripción.

Respecto a la nulidad en el fideicomiso no es obstáculo para que produzca efectos provisionales; pero al decretarse la nulidad del mismo, dichos efectos quedarán retroactivamente destruidos, y dicha nulidad no podrá desaparecer ni por confirmación ni por prescripción. Asimismo, según lo establezca las normas del ordenamiento jurídico de la materia la ilicitud del objeto y del fin producirá nulidad absoluta o relativa. Así por ejemplo, la falta de forma determinará la nulidad relativa del fideicomiso; pero esa nulidad se extinguirá con la confirmación del negocio, o bien, por incapacidad de alguna de las partes producirá la nulidad también del fideicomiso; y en los casos de violencia y error, cuando cese el vicio o motivo podrá confirmarse el negocio.

Por ello, podemos concluir que para determinar la inexistencia o nulidad del fideicomiso, será necesario aplicar las normas relativas al Código Civil en esta materia, según el caso concreto.

VII.- LA EXTINCION DEL FIDEICOMISO.

Consideramos que todas las causas posibles de terminación del negocio jurídico objeto de nuestro estudio pueden agruparse en tres grandes categorías jurídicas:

a) La terminación del cargo por extinción del fideicomiso, por cualquiera de las causas mencionadas en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito o, adicionalmente, porque el fideicomiso sea reconocido como inexistente o sea declarado nulo.

b) La renuncia, fundada en causa grave, calificada - como tal por el órgano judicial competente.

c) La remoción.

En cuanto a la primera serie de causas, éstas están - contempladas en el artículo 357 de la Ley de la materia y que textualmente preceptúa. "El fideicomiso se extingue:"

"I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido:"

"II.- Por hacerse éste imposible:"

- "III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la -
condición suspensiva de que dependa o no haber-
se verificado dentro del término señalado al
constituirse el fideicomiso o, en su defecto,
dentro del plazo de veinte años siguientes a
su constitución;"
- "IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria
a que haya quedado sujeto;"
- "V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y
el fideicomisario;"
- "VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuan-
do éste se haya reservado expresamente ese dere-
cho al constituir el fideicomiso; y"
- "VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350.
"Es decir, en el supuesto de que el fideicomi-
tente designe varias instituciones fiduciarias
para que conjunta o sucesivamente desempeñen
el fideicomiso, y si ésta no acepta, o por re-
nuncia o remoción cesa en el desempeño de su
cargo, deberá nombrarse otra para que la susti-
tituya, salvo lo dispuesto en el acto constitu-
tivo, cesará el fideicomiso".

Esta serie de causas está de tal manera relacionada con la extinción del negocio mismo, que solo hemos de señalar que, en esos casos, la terminación de la función es una consecuencia necesaria de la conclusión del negocio. El fiduciario, salvo disposición expresa en el acto constitutivo, habrá de devolver al fideicomitente o a sus herederos o causahabientes, los bienes que hubieren quedado en el patrimonio fideicomitado y procederá a realizar, tratándose de inmuebles, las inscripciones pertinentes en el Registro Público de la Propiedad.

Respecto a la causal de renuncia, ya lo hemos señalado, cuando nos referimos a la obligación del fiduciario, en cuanto prestador de un servicio público, de aceptar el cargo desempeño. Basta, por tanto, reiterar ahora que una vez aceptado el cargo por el fiduciario, éste no es libre de renunciar a él, pues sólo puede presentar su renuncia el fiduciario que invoque una causa grave, en la inteligencia de que la gravedad de la causa no la califica el propio fiduciario, ni siquiera el fideicomitente o el fideicomisario, sino que debe ser sometida a la decisión del juez de primera instancia (federal o del orden común) del domicilio del fiduciario.

En cuanto a la causal de remoción, es conveniente señalar que el fiduciario, una vez designado y aceptado el —

cargo, no puede ser removido, sin justa causa.

El artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona, en su párrafo tercero, como causa de cesación en el desempeño de la función del fiduciario, la remoción. Es la única mención que la Ley contiene a esa institución, aplicada al fiduciario, pero evidentemente, es suficiente para considerar que el fiduciario puede ser removido del cargo.

Por su parte, el artículo 65 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, dispone: "Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

Como se ve, de acuerdo con la norma reproducida, sólo dos causas existen de remoción:

a) Falta de rendición de cuentas, cuando la institución es requerida para rendirlas.

b) Sentencia ejecutoriada que:

- 1.- Declare a la institución culpable de las pérdidas o menoscabos sufridos por los bienes fideicomitidos.
- 2.- Declare que, por causas imputables o negligencia grave de la institución las pérdidas y menoscabos sufridos por los bienes fideicomitidos.

En cuanto a quien compete la acción para pedir la remoción, el segundo párrafo del artículo en cita, establece - que corresponde al fideicomisario o a sus representantes legales y, a falta de éstos, al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente, reservarse en el acto - constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO

I.- DEFINICION DE TESTAMENTO SEGUN NUESTRA LEGISLACION.

Una vez que, ya hemos estudiado en el primer capítulo -- los antecedentes del fideicomiso mexicano, tanto en el extranjero como en nuestro país, así también hemos estudiado en el segundo capítulo la naturaleza jurídica del mismo, así como -- sus elementos; ahora pasaremos a estudiar la figura jurídica del Testamento, en virtud de que nuestro sistema jurídico permite como ya lo hemos señalado con antelación en el segundo -- capítulo, cuando hemos hecho referencia a los requisitos de -- forma del fideicomiso, la constitución del mismo mediante el acto jurídico llamado Testamento, por ello, en este capítulo efectuaremos un estudio por demás suscinto y concreto del mismo, de tal suerte que, al tratar el cuarto y último capítulo en el que abordaremos el estudio de la unilateralidad del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad, tengamos los elementos necesarios para desarrollar y -- comprender mejor dicho tema.

Ahora bien, pasaremos a señalar la definición de testamento que expresa nuestro Código Civil, en su artículo 1295, mismo que dice "es un acto personalísimo, revocable y libre,

por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

En cuanto a la naturaleza jurídica del Testamento Rafael de Pina (1) expresa: "se ha intentado diferentes explicaciones concibiéndolo como un contrato, como una obligación condicional, como una interpretación al Poder Público para que haga efectiva la transmisión de los bienes del causante, etc., pero es evidente que su calidad de acto jurídico unilateral, -- con las características que le atribuye nuestra legislación, es lo suficientemente satisfactoria para que no haya necesidad de buscar otra".

Por lo que respecta al contenido del testamento podemos decir que éste no es, simplemente un acto de transmisión de bienes, es decir no es un acto de naturaleza exclusivamente patrimonial, pues, el Testador a través de él puede nombrar -- por ejemplo tutor testamentario, reconocer hijos, confesar -- deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo -- que sea conveniente para ellos hacer en relación con determi-

(1) Rafael de Pina: Elementos de Derecho Civil Mexicano (bienes-sucesiones), Volumen Segundo, Octava Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1980, Pá. 287 y 288.

nados negocios pendientes o con la educación de los hijos, -- consignar una disposición para constituir fideicomiso, e incluso disponer sobre su entierro, etc.

II.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.

Rafael de Pina (2) señala: "De la definición legal del Testamento se deduce que este acto jurídico tiene como características el de ser personalísimo, revocable y libre. Puede añadirse a estas características la de su riguroso formalismo. -Además prosigue diciendo, que aparte de los caracteres antes precisados-, se puede agregar que es un acto unilateral, -y señala que-, a este respecto escribe Clemente de Diego que es unilateral porque es una declaración de voluntad de una persona que no necesita para su perfección y efectos ninguna otra declaración de voluntad que con ella coincida o se identifique, en lo que se distingue de los contratos, que requieren aquel encuentro de voluntades, o sea el consentimiento".

Al ser el Testamento un acto personalísimo "no pueden -- testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho -- recíproco, ya en favor de un tercero", según el artículo 1296,

(2) Ibidem, Pág. 290.

del Código Civil, "ni la subsistencia del nombramiento del -- heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos corresponda, pueden dejarse al arbitrio de un tercero, de conformidad con el artículo 1297 del mismo ordenamiento, sin embargo señala el artículo 1298: "Cuando el - testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como - los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban apli- carse, observándose lo dispuesto en el artículo 1330". Puede también el testador encomendar a un tercero que haga la elec- ción de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes - que legue con ese objeto, así como la distribución de las --- cantidades que a cada uno corresponden, de acuerdo con el artículo 1299.

La revocación es otra característica del Testamento, la cual puede ser efectuada sólo por el Testador y esta es posi- ble mientras viva éste.

"La revocación puede ser expresa, tácita o material. La revocación expresa, -que puede ser, a su vez, total o par--- cial-, requiere una manifestación inequívoca de voluntad; la

tácita se deduce del otorgamiento de otro Testamento posterior que contenga disposiciones incompatibles con las del anterior (es llamada también implícita), y la material se produce por la circunstancia de destruir el Testador su propio Testamento". (3) Cabe señalar que en torno a esta característica el artículo 1493 del ordenamiento de la materia preceptúa: "La renuncia de la facultad de revocar el Testamento es nula". Y que el artículo 1494 del mismo Código establece: "El Testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el Testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte".

Otro requisito esencial del Testamento es también que sea libre. "Testamento libre es aquél que ha sido otorgado por la voluntad del testador no afectada por coacción alguna, física o moral". (4)

Ya que el Testamento que haga el Testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes, así como el que sea captado por dolo o fraude, será nulo según lo dispone el artículo 1485 y 1487 del Código Civil.

(3) Ibidem, Pág. 292.

(4) Ibidem, Pág. 292.

Además, es conveniente mencionar que la única limitación impuesta al Testador, en relación con la libre disposición de sus bienes, es la de dejar alimentos a las personas que señala el artículo 1368 del Código Civil, mismos que son:

"I.- A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar -- alimentos al momento de la muerte;"

"II.- A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;"

"III.- Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del Testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;"

"IV.- A los ascendiente;"

"V.- A la persona con quien el Testador vivió como si-- fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que -- ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y -

no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá -- mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y -- observe buena conducta. Si fueran varias las personas con -- quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;"

"VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que - no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para sobreve-- nir a sus necesidades".

El Código Civil considera como irrenunciable el derecho a pedir alimentos, así como tampoco puede ser objeto de transacción dicho derecho.

Dicha pensión alimenticia se fijará de conformidad con - lo dispuesto, en general, para los alimentos entre parientes y por ningún concepto excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada correspondería al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Cuando el testador haya fijado pensión alimenticia - subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del número antes establecido, todo ello de acuerdo con - el artículo 1372 del Código en cita.

Establece el artículo 1373, "Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimento a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas siguientes:

"I.- Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge -- supérstite a prorrata;"

"II.- Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes;"

"III.- Después de ministración, también aprorrata, a -- los hermanos y a la concubina;"

"IV.- Por último, se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado".

Según lo precisa el artículo 1376, "la pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los participes de la sucesión".

Así también cabe señalar que el Código Civil consagra -- como inoficioso el Testamento en que no se deja la pensión -- alimenticia, según el artículo 1374.

Por último, "El testamento es un acto rigurosamente formal, puesto que necesariamente ha de otorgarse según la manera establecida previamente por el legislador. No hay testamento sin formalidad preestablecida, por somera que ésta sea". (5) A este respecto dispone el artículo 1491: "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la Ley".

III.- LA CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO.

Al respecto, podemos señalar que "pueden testar todos -- aquellos a quienes la Ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho", de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 1305 del Código Civil.

Por ello, pasaremos a hacer mención de quienes, según -- nuestra legislación civil están incapacitados para testar, y éstos, son los siguientes:

"I.- Los menores que no han cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres;"

"II.- Los que habitualmente o accidentalmente no dis---

(5) Ibidem, Pág. 292.

furten de su cabal juicio". (artículo 1306).

Ahora bien, para establecer en que tiempo ha de tenerse la capacidad por parte del testador para hacer su testamento, es conveniente indicar que el artículo 1312 dispone, "para -- juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento". Es decir, que dicha capacidad ha de tenerla en el momento mismo en que otorgue su testamento, por lo que, es intrascendente para los efectos de su validez la que se tenga o no se tenga antes o - después de otorgarlo. Así tenemos que, de conformidad con el artículo 1307, es válido el Testamento hecho por un demente - en un intervalo de lucidez, con tal de que se cumplan con las prescripciones que la misma ley establece.

En cuanto a los testigos que intervienen en el Testamento, podemos decir que pueden ser todos aquellos que no estén excluidos expresamente por Ley. Por lo que, no pueden ser -- testigos del testamento.

"I.- Los amanuences del notario que lo autorice;"

"II.- Los menores de dieciseis años;"

"III.- Los que no están en su sano juicio;"

"IV.- Los ciegos, sordos o mudos;"

"V.- Los que no entiendan el idioma que habla el testador;"

"VI.- Los herederos o legatarios; sus descendientes, -- ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo -- de una las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes;"

"VII.- Los que hayan sido condenados por el delito de -- falsedad." Según lo prescrito por el artículo 1502.

Por otra parte, por lo que se refiere a la capacidad para heredar, podemos expresar lo siguiente:

"Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a --- ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:"

"I.- Falta de personalidad;"

"II.- Delito;"

"III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;"

"IV.- Falta de reciprocidad internacional;"

"V.- Utilidad Pública;"

"VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el Testamento". De acuerdo con el artículo 1313 del Código Civil.

Preceptúa el artículo 1314 del Código de referencia, ---
"Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos - al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el - artículo 337".

Son incapacidades de adquirir por testamento o por in--
testado por razón de delito.

"I.- El que haya sido condenado por haber dado mandato o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate

o a los padres, hijos, cónyuges o hermanos de ella;"

"II.- El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando - aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la - de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge;"

"III.- El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adulterio, si se trata de suceder al cónyuge inocente;"

"IV.- El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se -- trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;"

"V.- El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos;"

"VI.- El padre y la madre respecto del hijo expuesto -- por ellos;"

"VII.- Los padres que abandonaren a sus hijos, prosti--

tuyeren a sus hijas o atentaren a su pudor respecto de los --
ofendidos;"

"VIII.- Los demás parientes del autor de la herencia --
que teniendo obligación de darle alimentos, no lo hubieren --
cumplido;"

"IX.- Los parientes del autor de la herencia que, ha---
llándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no
se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en estableci---
miento de beneficencia;"

"X.- El que usare de violencia, dolo o fraude con una -
persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamen--
to;"

"XI.- El que, conforme al Código Penal, fuere culpable
de supresión, substitución o suposición de infante, siempre -
que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste
o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentato --
perjudicar con estos actos". Tal como lo dispone el artículo
1316 del ordenamiento de referencia.

Ahora bien, el artículo 1321 establece "Por presunción -
de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia -

son incapaces de adquirir por testamento del menor los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayoría de edad de aquel, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela".

También son incapaces de heredar por testamento por presunción contraria a la libertad del testador:

a) El médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos. (art. 1323).

b) El notario y los testigos que intervinieron en él, - y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos. (art. 1324).

c) Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubi

ran fallecido, o de quienes hayan sido directores espiritua--
les los mismos ministros. (Art. 1325).

En relación a los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; -- pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la -- constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y en -- las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales. (Art. 1327). Además, tratándose de extranjeros, por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar, a los habitantes del Distrito Federal, los que, según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos. (Art. 1328).

Por renuncia o remoción de un cargo son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en los tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio (art. 1331). Por lo que respecta a los que hayan -- rehusado sin justa causa el cargo, están exceptuados de la -- incapacidad para heredar a los que, desechada por el juez la excusa, hayan servido el cargo (art. 1332). Así también, las personas llamadas por la Ley para desempeñar la tutela legítima y que se rehusen sin causa legítima a desempeñarla, no -- tienen derecho a heredar a los incapaces de quienes deben ser

tutores. (Art. 1333).

Cabe señalar, que "la incapacidad no produce el efecto - de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, a petición de algún interesado, no pudiendo promoverla el juez de oficio". (Art. 1341). La acción para pedir se declare la incapacidad del heredero incapaz prescribe a los tres años, contados a partir desde que el incapaz este en posesión de la herencia o legado, salvo - que se trate de incapacidades establecidas en vista del interés público, las cuales en todo tiempo pueden hacerse valer (art. 1342). Y si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, y aquel con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá; más el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios. (Art. 1343).

IV.- LAS INSTITUCIONES DE HEREDERO, LEGATARIO Y ALBACEA.

A.- Principiaremos, por referirnos a la institución de heredero para lo cual citaremos la definición que expresa Rafael de Pina, "Es la institución hecha por el testador de --- quien o de quienes han de sucederle a título universal". (6) (6) Ibidem, pág. 301.

Nuestro Código Civil no hace de la institución de heredero un requisito esencial del testamento pues señala en su numeral 1378: "El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar". Dados los supuestos señalados por este precepto "se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieran hecha conforme a las Leyes". (Art. 1379).

"Los herederos instituídos sin designación de la parte que a cada uno corresponda, heredarán por partes iguales". (Art. 1381).

Dispone el Código Civil en su artículo 1383: "Aunque el testador nombre algunos herederos individualmente y a otros colectivamente, como si dijera "Instituyó por mis herederos a Pedro y a Pablo y a los hijos de Francisco", los colectivamente nombrados se considerarán como si fuesen individualmente, a no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador".

"Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene solo de padre, sólo de madre, o de padre y madre, se dividirá la herencia como en el caso de intestado" (Art. 1384).

"Si el testador llama a la sucesión a cierta persona y a

sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente y no sucesivamente" (Art. 1385).

"El heredero debe ser instituido designándolo por su --- nombre y apellido, y si huibere varios que tuvieran el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar" (Art. 1386).

"Toda disposición en favor de personas incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula a menos que por algún evento puedan resultar ciertas" (Art. 1390).

B.- Por lo que se refiere al Legatario, primeramente -- haremos referencia a la definición de Legado que expresa Rafael Rojina Villegas: "El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un -- bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstos se determinen posteriormente". -

(7)

(7) Rafael Rojina Villegas: Compendio de Derecho Civil, segunda Edición, Antigua Librería Robredo, México 1966.

Al respecto nuestro Código Civil señala: "El legado --- puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio" (art. 1392). "El testador puede gravar con legados no sólo a los herederos, sino a los mismos legatarios". (Art. 1394).

"El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario" (art. 1383).

"El legatario adquiere a título particular y no tiene -- más cargas que las que expresamente le imponga el testador, - sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (art. 1385).

"Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los - legatarios serán considerados como herederos" (art. 1286).

En cuanto a la aceptación y renuncia del legado podemos indicar, de acuerdo a nuestra legislación Civil:

"El legatario no puede aceptar una parte del legado y -- repudiar otra" (art. 1397).

"Si el legatario muere antes de aceptar un legado y deja varios herederos, puede uno de éstos aceptar y otro repudiar

la parte que le corresponda en el legado" (art. 1398).

"El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede -- renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar éste y aceptar aquélla" (art. 1400).

Por lo que se refiere a la entrega de la cosa legada "deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador" (art. 1395).

Por otra parte, por lo que hace a los derechos del legatario podemos mencionar lo siguiente:

a) Puede exigir que el heredero otorgue fianza en todos los casos en que pueda exigirla el acreedor (art. 1406). Si sólo hubiera legatarios, podrán éstos exigirse entre sí la -- constitución de la hipoteca necesaria. (Art. 1407).

b) El de retener la cosa legada, si estuviere en su poder, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que -- corresponda conforme a derecho.

c) El de reivindicar de tercero la cosa legada, ya sea mueble o raíz, con tal que sea cierta y determinada, observándose lo dispuesto para los actos y contratos que celebren los

que en el Registro Público aparezca con derecho para ello, -- con terceros de buena fe que los inscriban.

d) El de recibir la indemnización del seguro del bien -- legado que perezca incendiado después de la muerte del testador (art. 1416).

El Código Civil establece las siguientes obligaciones al legatario:

a) Pagar los gastos necesarios para la entrega de la casa legada, salvo disposición en contrario del testador (art. 1396).

b) Cubrir el importe de las contribuciones correspondientes al legado se deducirá del valor de éste, a no ser que el testador disponga otra cosa (art. 1410).

c) En el supuesto de que, la herencia se distribuya en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre todos los partícipes, en proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa (Art. 1411).

C.- En cuanto a la institución de Albacea, ésta es definida por Rafael Rojina Villegas de la siguiente forma: "Los

albaceas son las personas designadas por el testador o por -- los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia". (8)

El autor en cita (9), clasifica las diversas clases de -- albaceas en: universales y especiales, mancomunadas y sucesivos, testamentarios, legítimos y dativos.

Al efecto, señala los albaceas universales son aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarios y representar a la sucesión, cuando son designados por testador".

Los albaceas especiales: "son aquellos que tienen una -- función determinada por disposición expresa del testador para cumplir una cierta disposición testamentaria Esta clase de albaceas sólo pueden ser designados por testamento".

Los albaceas mancomunados: "son aquellos que se designan

(8) Ibidem, pág. 328.

(9) Ibidem, pág. 329 y 330.

por el testador o por los herederos (o legatarios en su caso, cuando son considerados como herederos), para que obren de -- común acuerdo", establece al respecto el artículo 1692 del -- Código Civil: "Cuando fueren varios los albaceas nombrados, - el albaceazgo será ejercido por cada uno de ellos, en el or-- den en que hubieren sido designados, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados, pues en este caso se considerarán -- mancomunados".

Los albaceas sucesivos: "son aquellos que el testador -- designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indi-- que en el testamento, bien sea por su muerte de alguno de --- ellos, por renuncia o remoción del cargo".

Los albaceas testamentarios: "son los que designa el --- testador y pueden ser universales, especiales, sucesivos o -- mancomunados".

Los albaceas legítimos: "son aquellos que designan los - herederos, o el juez en su caso, a falta de albacea testamen-- tario, o cuando éste renunciare al cargo fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento".

Ahora bien, haremos referencias a algunos aspectos rele-

vantes en torno a esta institución:

En cuanto a la aceptación del cargo de albacea dispone - el artículo 1695 "el cargo de albacea es voluntario; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñar--lo".

Por lo que hace, a la renuncia al cargo de albacea, sin justa causa establece el artículo 1696 que perderá lo que hubiere dejado el testador. Lo mismo sucederá cuando la renuncia sea por justa causa, si lo que se deja al albacea es con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo. La excusa deberá hacerlo dentro de los seis días siguientes a aquel en que tuvo noticia de su nombramiento, o si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes a ---- aquel en que tuvo noticia de la muerte del testador. Si presenta sus excusas fuera del término señalado, responderá de - los daños y perjuicios que ocasionen (Art. 1697).

El artículo 1698, dispone quienes pueden excusarse de -- ser albaceas:

"I.- Los empleados y funcionarios públicos;"

"II.- Los militares en servicio activo;"

"III.- Los que fueren tan pobres que no puedan atender

al albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia;"

"IV.- Los que por el mal estado habitual de salud, o -- por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente al albaceazgo;"

"V.- Los que tengan sesenta años cumplidos; y"

"VI.- Los que tengan a su cargo otro albaceazgo".

En relación a las obligaciones del albacea señala el artículo 1706 del Código Civil las siguientes:

"I.- La presentación del testamento;"

"II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia;"

"III.- La formación de inventarios;"

"IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;"

"V.- El pago de las deudas moratorias, hereditarias y testamentarias;"

"VI.- La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios;"

"VII.- La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;"

"VIII.- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre a que se promovieren contra de ella; y"

"IX.- Las demás que le imponga la Ley".

"El albacea está obligado a rendir cada año cuenta de su albaceazgo. No podrá ser nuevamente nombrado sin que antes haya sido aprobada su cuenta anual. Además, rendirá la cuenta general de albaceazgo. También rendirá cuenta de su administración cuando por cualquier causa deje de ser albacea" -- según el artículo 1722.

De acuerdo con el artículo 1737, "El albacea debe cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento".

De conformidad con el artículo 1745 del Código Civil los cargos de albacea acaban:

"I.- Por el término natural del encargo;"

"II.- Por muerte;"

"III.- Por incapacidad legal, declarada en forma;"

"IV.- Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficiencia Pública;"

"V.- Por terminar el plazo señalado por la Ley y las -- prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;"

"VI.- Por revocación de sus nombramientos, hecha por -- los herederos; y"

"VII.- Por remoción".

V.- MODALIDADES DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

En torno a éste tópico, señala Rafael de Pina (10) "Las modalidades de las disposiciones testamentarias que es posible establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, son la condición, la causa y el modo".

(10) Ibidem, pág. 303.

A).- En cuanto al término dice el autor en cita, "La -- institución de heredero no puede quedar nunca, de acuerdo con nuestra ordenación sucesoria, sujeta a término, aceptándose, sin embargo, esta posibilidad para el legado". Es decir que en nuestro derecho si bien "el testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes" según el artículo 1344 del Código Civil, sin embargo, "... la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de herederos se tendrá por no puesta". De conformidad con lo que señala - el artículo 1380 del mismo ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es conveniente expresar que de acuerdo a --- nuestra legislación hay legado a término, según se desprende de los siguientes numerales del Código Civil:

a) "Si el día en que deba comenzar el legado fuere seguro, sea que sepa o no cuando ha de llegar, el que ha de entregar la cosa legada tendrá, respecto de ella, los derechos y las obligaciones de usufructuario" (art. 1364) en tal supuesto "si el legado consiste en prestación periódica, el que debe pagarlo hace suyo lo correspondiente al intermedio, y -- cumple con hacer la prestación comenzando el día señalado" -- (art. 1365)".

b) "Cuando el legado debe concluir en un día que es se-

guro que ha de llegar, se entregará la cosa o cantidad legada al legatario, quien se considerará como usufructuario de ella". (Art. 1366). "Si el legado consistiere en prestación periódica, el legatario hará suyas todas las cantidades vencidas hasta el día señalado. (Art. 1367).

3).- Por lo que, se refiere a la condición, es de mencionarse que, las disposiciones testamentarias pueden someterse a condición, no obstante lo anterior, "la falta de cumplimiento de alguna condición impuesta al heredero o al legatario no perjudicará a éstos, siempre que haya empleado todos los medios necesarios para cumplir aquella". Tal como lo dispone el artículo 1346 del Código Civil.

"La institución de heredero o de legatario se llama condicional cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro o incierto". (11)

Pasemos ahora, a hacer mención de las diversas clasificaciones de las condiciones, para lo cual seguiremos el orden de ideas expuestas por Antonio de Ibarrola (12), este

(11) Rafael de Pina, ob. cit. pág. 304.

(12) Antonio de Ibarrola: Cosas y Sucesiones, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1981, Pág. 767 y sig.

autor las clasifica de la siguiente forma: a) Posibles o imposibles; b) Suspensivas o resolutorias; c) Potestativas, causales o mixtas; y d) Afirmativas o negativas. Además algunas se tendrán por no puestas y otras, por el contrario, anulan la institución.

a) Veamos en primer término las condiciones posibles y las imposibles, al respecto preceptúa el Código Civil - "la condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución" (Art. 1347).

"Si la condición que era imposible al tiempo de otorgar el testamento dejare de serlo a la muerte del testador, será válida" (Art. 1348).

Es necesario, tener presente en relación a lo anterior que, las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa.

"La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta" (Art. 1943).

b) Suspensivas y resolutorias: "Las suspensivas son aquellas de las que depende la adquisición del derecho a la

herencia o al legado; las resolutorias, por el contrario, son aquellas que producen su extinción". (13)

En este orden de ideas, si el heredero fuese instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplir si, en cuanto al legado "la cosa legada permanecerá en poder del albacea, y al hacerse la partición se asegurará competentemente el derecho del legatario para el caso de cumplirse la condición, observándose, además, las disposiciones establecidas para hacer la partición cuando alguno de los herederos es condicional". Tal como lo prevé el artículo 1351 del Código Civil. Una vez cumplida la condición suspensiva se "retrotrae al tiempo de la muerte del testador, y desde entonces deben abonarse los frutos de la herencia o legado, a menos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa". (Art. 1361).

En torno a la condición resolutoria, podemos señalar que nuestro Código Civil lo regula de la siguiente manera: "La carga de hacer alguna cosa se considerará como condición resolutoria" (art. 1361). "Si no se hubiere señalado tiempo para el cumplimiento de la carga, ni ésta por su propia na-

(13) Rafael de Pina, ob. cit. pág. 304.

turalaleza lo tuviere, se observará lo dispuesto en el artículo 1351" (art. 1362). Cabe recordar que el aludido artículo 1351, preceptúa que "cuando el testador no hubiere señalado plazo para el cumplimiento de la condición, la cosa legada permanecerá en poder del albacea, ...". Finalmente dispone el artículo 1363 "si el legado fuese de prestación periódica, que debe concluir en un día que es inseguro si llegará o no. Llegado el día, el legatario habrá hecho suyas todas las prestaciones que correspondan hasta aquel día".

c) Por otra parte, las condiciones potestativas son aquellas que dependen absolutamente de la voluntad del heredero o legatario, al respecto, el artículo 1352 del Código Civil dispone textualmente "Si la condición es puramente potestativa de dar o hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado con ella ofrece cumplirla, pero aquel a cuyo favor se estableció rehusa aceptar la cosa o el hecho, la condición se tiene por cumplida".

Dice el artículo 1353 del Código en cita: "La condición potestativa se tendrá por cumplida aun cuando el heredero o legatario haya prestado la cosa o el hecho antes de que se otorgara el testamento, a no ser que pueda reiterarse la prestación en cuyo caso no será ésta obligatoria, sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera.

Así también el artículo 1357 señala "Si la condición se hubiere cumplido al hacerse el testamento ignorándolo el testador se tendrá por cumplida; más si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida si ya no puede existir o cumplirse de nuevo". Al respecto establece el artículo 1398 del mismo ordenamiento "La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos".

Ahora bien, las condiciones causales "son las que dependen del ocaso; y las mixtas las que dependen, a la vez, de la voluntad del heredero o legatario y del azar y de la voluntad de un tercero". (14)

De conformidad con el Código Civil (Art. 1356) "Cuando la condición fuere causal o mixta, bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa".

d) En cuanto a las condiciones que se tienen por no puestas según nuestro Código Civil podemos mencionar las siguientes:

1.- "La condición de no ~~gar~~ o de no hacer", (Art. - (14) Ibidem, pág. 304).

1355. primer párrafo).

2.- "La condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, so pena de perder el carácter de heredero o legatario", (art. 1355, segundo párrafo).

3.- Las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar", (art. 1382).

4.- "La condición impuesta al heredero o legatario de tomar o dejar de tomar estado" (art. 1358). Sin embargo señala el artículo 1359 que podrá "dejarse a alguno el uso o habitación, una pensión alimenticia periódica o el usufructo que equivalga a esta pensión por el tiempo que permanezca soltero o viudo. La pensión alimenticia se fijará de acuerdo con lo prevenido en el artículo 311".

C).- En relación a la Causa "Denomínase institución subcausa aquella que contiene el motivo determinante de la misma". (15)

De acuerdo a nuestro Código Civil: "Las disposiciones hechas a título universal o particular no tiene ningún efecto"

(15) Ibidem, Pág. 305.

to cuando se funden en una causa expresa que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador". (Art. 1301). Así también, "La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita.

D).- En cuanto al modo. "Institución sub modo es aquella en la que se impone una obligación o carga" (16). Es decir dicha obligación o carga es impuesta por el testador, ya sea al heredero o al legado y, consistirá por lo tanto en una obligación de dar, hacer, o no hacer, por lo cual cabe recordar lo previsto por el artículo 1361 "La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria.

VI.- FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

Nuestro Código Civil en su artículo 1499 distingue dos clases de testamentos: Ordinarios y Especiales.

A su vez el testamento Ordinario puede ser según el artículo 1500:

"I.- Público abierto;"

"II.- Público cerrado;"

(16) Ibidem, pág. 305.

"III.- Ológrafo."

Por su parte, el testamento especial puede ser:

"I.- Privado;"

"II.- Militar;"

"III.- Marítimo; y

"IV.- Hecho en país extranjero". De conformidad con -
el artículo 1501.

Pasemos entonces, a examinar someramente cada una de
estas clases de testamentos:

A) Testamento Público Abierto.

El "testamento público abierto es el que se otorga ante
Notario y tres testigos idóneos" (Art. 1511).

Mediante este tipo de testamento, "El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos. El Notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes y hora en que hubiere sido otorgado" (Art. 1512).

Cabe señalar que, en relación a los testigos que deben intervenir en el testamento, deberá estarse a las prohibiciones que señala para los testigos en general el artículo 1502, y textualmente dice: "No pueden ser testigos del testamento:

"I.- Los amanuenses del Notario que lo autorice;"

"II.- Los menores de dieciséis años;"

"III.- Los que no estén en su sano juicio;"

"IV.- Los ciegos, sordos o mudos;"

"V.- Los que no entienden el idioma que habla el testador;"

"VI.- Los herederos o legatarios; sus descendientes ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes;"

"VII.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad".

Respecto al testamento público abierto, se pueden presentar las siguientes modalidades:

a) Cuando el testador fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, el interesado deberá dar lectura a su testamento y si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea en su nombre. (Art. 1516);

b) Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces, una por el Notario que lo hará en voz alta, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe (Art. 1517);

c) Cuando el testador ignore el idioma del país, puede escribir de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por los intérpretes que deberán concurrir al acto para estos efectos, transcribiéndose la traducción como testamento en el protocolo respectivo y archivándose el original en el apéndice correspondiente del Notario que intervenga. (Art. 1518, primer párrafo);

d) Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes que deben concurrir al acto, con transcripción en el protocolo y en el apéndice del Notario.

(Art. 1518, segundo párrafo):

e) Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes se procederá como en los dos casos anteriores. (Art. 1518, tercer párrafo).

Por último, es conveniente mencionar que el Notario - dará fe de haberse llenado todas las formalidades (Art. - 1519). Ya que faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el Notario será - responsable de los daños y perjuicio e incurrirá, además en la pena de pérdida de oficio. (Art. 1520).

B) Testamento Público Cerrado.

El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común. (Art. 1521). El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiese hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. (Art. 1522). La Persona que haya rubricado y firmado por el testador concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado, y en este acto el testador declarará - que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el Notario. (Art. -

1423).

En este tipo de testamento la intervención del Notario y los testigos, consiste tan sólo para hacer constar en la cubierta del sobre que lo contiene la declaración del testador, en presencia de los testigos, de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento. Tanto el testador como los testigos y el Notario deberán firmar en la cubierta, y este último, dará fe del otorgamiento, asentando que se han cumplido las formalidades requeridas por la ley, además pondrá su sello. Según se desprende de los artículos 1524, 1525 y 1526 del Código Civil.

Ahora bien, puede suceder que alguno de los testigos no supiere firmar, por lo que la ley prevé que se llamará a otra persona para que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas. (Art. 1527).

O bien, si al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos. (Art. 1528).

Y sólo en casos de suma urgencia, permite el Código Civil que podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. En tal caso, el Nota-

rio hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años. (Art. 1529).

El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá además, en la pena perdida de oficio. (Art. 1534).

Luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al Notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento (Art. 1542). Este no podrá ser abierto sino después de que el Notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el Juez sus firmas y la del testador o la de la persona que por éste hubiere firmado y haya declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega (Art. 1543). Cuando no pudieran comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad o ausencia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y el del Notario (Art. 1544). Si por iguales causas no pudieran comparecer el Notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez hará constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquellos en el lugar en que éste se otorgó (Art. 1545). En todo caso, los que comparecieron reconocerán sus firmas (Art. 1546). Una vez que se haya dado cumplimiento a lo anteriormente expuesto el -

juez decretará la publicación y protocolización del testamento (Art. 1547).

C) Testamento Ológrafo.

Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador y no producirá efecto si no está depositado en el Archivo General de Notarías (Art. 1550).

Este tipo de testamento sólo puede ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, - con expresión del día, mes y año en que se otorgue. Permi- tiéndose a los extranjeros otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (Art. 1551).

Las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que contenga este testamento deberá salvarlas el testador bajo su firma, la omisión de esta formalidad por el testador sólo afecta a la validez de las palabras tachadas enmendadas o entrerenglonadas, no al testamento mismo (Art. 1552).

Este testamento debe hacerse necesariamente por duplicado, imprimiéndose en cada ejemplar la huella digital del testador, debiéndose depositarse el original dentro de un sobre lacrado y sellado en el Archivo General de Notarías.

El duplicado del testamento, también cerrado en un sobre lacrado será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones (Art. 1553).

El depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador quien si no es conocido del encargado de la oficina debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán (Art. 1554).

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina: "Recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado". Se pondrá luego el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce, la firma del testador y de los testigos de iden-

tificación, cuanto intervengan (Art. 1555).

Hecho el depósito, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente (Art. 1557).

D) Testamento Privado.

Nuestro Código Civil permite el otorgamiento del testamento privado en los siguientes casos:

"I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra Notario a hacer el testamento;"

"II.- Cuando no haya Notario en la población o juez que actúe por receptoría;"

"III.- Cuando, aunque haya Notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; y"

"IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército

entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra - (Art. 1565)".

Es conveniente señalar que, para que en los casos enumerados anteriormente pueda otorgarse testamento privado es necesario que el testador no le sea posible hacer testamento ológrafo, según se desprende del contenido del artículo 1566.

Quien se encuentre en el caso de hacer testamento privado, declarará a presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir (Art. 1567).

No será necesaria la redacción escrita cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia (Art. 1563). En estos supuestos bastarán tres testigos idóneos (Art. 1569).

Al otorgarse el testamento privado se observarán, en su caso, según el artículo 1570 del Código Civil, las disposiciones contenidas en los artículos 1512 al 1519 del mismo, relativas al testamento público abierto.

Este testamento sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba,

o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó (Art. 1571).

"Los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstancialmente;"

"I.- El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;"

"II.- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;"

"III.- El tenor de la disposición;"

"IV.- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;"

"V.- El motivo por el que se otorgó el testamento privado; y"

"VI.- Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba". (Art. 1574).

El testamento privado necesita, además para su validez, que se haga la declaración por parte del juez, en el sentido de que los dichos de los testigos son el formal testamen-

to de la persona de que se trata, una vez que ha estimado que dichos testigos fueron y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas con antelación (Arts. 1572 y 1575).

E) Testamento Militar.

El testamento militar es aquel mediante el cual, el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante los testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra (Art. 1579). Lo anterior se observará, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra (Art. 1580).

Los testamentos militares otorgados por escrito, deberán ser entregados luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial competente (Art. 1581).

Por otra parte, si el testamento hubiese sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él al jefe de la corporación, quien dará parte en el acto a la Secretaría de la Defensa Nacional y esta a la autoridad judicial competen-

te, a fin de que proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1571 al 1572 (Art. 1562).

F) Testamento Marítimo.

Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante, pueden otorgar esta clase de testamento (Art. 1563). Que será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío y será leído, datado y firmado como en el caso del testamento público abierto, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los testigos (Art. 1564). Ahora bien, si el capitán hiciera su testamento, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando (Art. 1565).

El testamento marítimo se hará por duplicado y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación, y de él se hará mención en su diario (Art. 1566).

Si el buque arribarse a un puerto en que haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación (Art. 1567).

Arribando ésta a territorio mexicano, se entregará el

otro ejemplar o ambos, si no se dejó alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar fechados y sellados con la copia de la nota que debe fijarse en el diario de la embarcación (Art. 1588).

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos un acta de la entrega, y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad, a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento (Art. 1590).

El testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes, contado desde su embarque en algún lugar donde, conforme a la Ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición (Art. 1591).

Si el testador desembarca en un lugar donde no haya - agente diplomático o consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto en el título XI del libro primero (Art. 1592).

G) Testamento hecho en País Extranjero.

Los mexicanos que se encuentren en el extranjero pueden

testar, a su elección, ante los órganos competentes del país de que se trate, o ante los funcionarios del servicio exterior mexicano (agentes diplomáticos o consulares).

Los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron (Art. 1593).

Los Secretarios de Legación, los Cónsules y los Vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de los nacionales en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal (Art. 1594).

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que haga la publicación en los periódicos de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento (Art. 1595).

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notaría (Art. 1596).

Cuando el testamento fuere confiado a la guarda del Secretario de Legación cónsul o vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega (Art. 1597).

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo (Art. 1598).

VII.- NULIDAD, REVOCACION, CADUCIDAD DE LOS TESTAMENTOS.

A) Nulidad de los Testamentos.

Nuestro Código Civil regula no sólo a la nulidad del testamento, sino también a la de la institución de heredero o legatario.

En cuanto a la institución de heredero o legatario tenemos las siguientes causas de nulidad:

a) La institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos (Art. 1484).

b) Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse, a menos que por algún evento puedan resultar ciertos (Art. 1390).

c) El legado que el testador hace de cosa propia individualmente determinada que al tiempo de su muerte no se halle en su herencia (Art. 1427).

d) El legado de cosa que al otorgarse el testamento pertenezca al mismo legatario (Art. 1436).

En cuanto a los testamentos, son nulos:

a) El que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes (Art. 1485).

En este caso, el testador podrá, luego que cese la violencia, o disfrute de libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo. De lo contrario, será nula la revalidación (Art. 1486).

b) El captado por dolo o fraude (Art. 1487).

c) Aquel en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hagan (Art. 1489).

d) El otorgado en contraversión a las formas prescritas por la Ley (Art. 1491).

Es de señalarse, que el Código Civil establece de manera expresa que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que éste deba ser nulo conforme a la ley (Art. 1490).

8) Revocación del Testamento.

Como ya hemos expuesto en su oportunidad una de las características del testamento es la revocabilidad. En tal virtud el anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte (Art. 1494).

La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados (Art. 1495).

El testamento anterior recobrará, no obstante su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista (Art. 1496).

C) Caducidad del Testamento.

La caducidad de los testamentos consiste en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador y generalmente posterior a su muerte.

Las disposiciones testamentarias caducan, según el Código Civil, y quedan sin efecto en lo relativo a los herederos y legatarios:

"I.- Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;" .

"II.- Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o el legado; y"

"III.- Si renuncia a su derecho" (Art. 1497).

La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos (Art. 1498).

CAPITULO IV

ESTUDIO DE LA UNILATERALIDAD DEL FIDEICOMISO CONSTITUIDO MEDIANTE DISPOSICION DE ULTIMA VOLUNTAD

INTRODUCCION.

Cabe destacar, que el tema a desarrollar en el presente capítulo, ha sido de los más debatidos entre los cognatados autores que se han dedicado al estudio del fideicomiso e incluso ésto ha motivado una marcada división entre ellos, cuando se han referido a su naturaleza jurídica.

Sin embargo, una vez expuestos en el primer capítulo los antecedentes tanto extranjeros como nacionales del fideicomiso mexicano; así como su naturaleza jurídica, sus elementos y funcionamiento en el segundo capítulo; y en el tercer capítulo se ha hecho referencia al acto jurídico llamado testamento tendiente a encuadrar al acto constitutivo de fideicomiso, que nuestra legislación admite llevar a cabo a través de las disposiciones de última voluntad, como un acto generado por declaración unilateral de esa expresión; toda vez que nuestra legislación permite la constitución del fideicomiso mediante dicho acto, y de que, las disposiciones de última voluntad deben ser manifestadas en el testamento en forma unilateral, por lo que considero contar con los elementos necesarios para proceder en este último capí-

tulo a exponer mi punto de vista en torno a este t6pico, lo cual har6 a trav6s del "estudio de la unilateralidad del fideicomiso constituido mediante disposici6n de 6ltima voluntad".

Estimando que, sobran razones que a lo largo del presente estudio expresar6, para considerar que el acto constitutivo del fideicomiso es un acto jur6dico unilateral, partiendo de que puede estar contenido en el testamento. Porque nadie duda ni puede poner en tela de juicio que el testamento es un acto jur6dico unilateral, en virtud de que s6lo basta la manifestaci6n de la voluntad del testador para que surja dicho acto jur6dico, produciendo las consecuencias de derecho que la propia Ley establece.

Y as6 a la postre, poder concluir que la constituci6n del fideicomiso en M6xico, se realiza mediante declaraci6n unilateral de la voluntad del fideicomitente, ya que considero que la naturaleza jur6dica del fideicomiso es la misma tanto en el fideicomiso testamentario como el constituido mediante acto entre vivos.

Ahora bien, para defender la tesis de la unilateralidad del fideicomiso mexicano, considero conveniente analizar los siguientes aspectos:

a) La unilateralidad del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad.

b) El fideicomiso testamentario.

c) El fideicomiso constituido mediante acto entre vivos, en el que el fideicomitente afecta ciertos bienes para ser transmitidos al fideicomisario después de su muerte.

d) La ejecución del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad: designación y aceptación o no de la institución fiduciaria.

I.- LA UNILATERALIDAD DEL FIDEICOMISO CONSTITUIDO MEDIANTE DISPOSICION DE ULTIMA VOLUNTAD.

Al no existir un pronunciamiento de la legislación mexicana sustantiva sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. Ello me da la posibilidad de expresar mi opinión en torno a esta cuestión, lo que hago, tomando en consideración los términos en que ha sido regulada por nuestra legislación. Es decir por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y, supletoriamente por el Código de Comercio, y el Código Civil para el Distrito Federal y, en su defecto por los usos bancarios y mercantiles.

Por lo que, me referiré en este estudio al fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad, por ser el más apropiado a mi juicio, para desarrollar la teoría de la unilateralidad del fideicomiso.

Según nuestra legislación, así como la práctica bancaria en nuestro país, el fideicomiso constituido a través de disposición de última voluntad puede serlo de dos formas, mismas que más adelante me referiré y que son:

- a) Mediante testamento; y
- b) El constituido mediante acto entre vivos, en el que el fideicomitente afecta ciertos bienes o derechos para ser transmitidos al fideicomisario después de su muerte.

El fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad, es el acto jurídico por el cual el fideicomitente mediante una disposición de última voluntad, decide afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendado o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria.

En el fideicomiso constituido de esta manera, es más fácil advertir que, en dicha figura jurídica existen dos momentos que denomino de constitución y de ejecución, mis-

mos que pueden describirse de la siguiente forma:

a) El primer momento, o sea el de constitución, en el cual mediante la manifestación de la voluntad del fideicomitente-testador contenida en una disposición de última voluntad, éste decide afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendando o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria; y

b) El segundo momento, es decir de ejecución, en el cual, el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador o bien el fideicomisario, según sea el caso, en cumplimiento de las instrucciones del fideicomitente, contratan la prestación del servicio público de operación de fideicomiso con la institución designada por éste al constituir el fideicomiso o bien con la elegida por ellos cuando no se designó según el caso concreto, para que ejecute la disposición de última voluntad del fideicomitente-testador.

Pues bien, empezaré por estudiar ese primer momento en que el fideicomitente constituye el fideicomiso. Por lo que, primeramente me referiré a la declaración de voluntad del fideicomitente-testador de otorgar una disposición de última voluntad, en la que decide destinar ciertos bienes o derechos a un fin lícito, encomendando o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria.

El fideicomitente crea el fideicomiso a través de una manifestación de voluntad que, por producir efectos en el mundo de los fenómenos regulados por el Derecho, debe calificarse de jurídica. El fideicomitente adquiere este carácter cuando expresa, por una parte su voluntad de afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y, por otra parte, su decisión de encomendar o no la realización de ese fin a una persona que en nuestro derecho, debe tener la calidad de institución de crédito.

Así, el elemento personal, fideicomitente (fideicomitante-testador para objeto de este estudio), está en vinculación estrechísima con el elemento funcional de la expresión de la voluntad; obviamente, no puede haber expresión de voluntad sin declarante, no puede haber afectación patrimonial sin bienes o derechos que afectar, ni encargo a tercero sin sujeto que lo encomiende, o sea sin fideicomitente. Por lo que, es imprescindible la existencia de éste, para la existencia misma del fideicomiso, es este el único sujeto sin el cual no puede existir dicho acto jurídico, pues es éste su creador, el que tiene que ser una persona jurídica capaz y con facultades suficientes, para realizar la afectación patrimonial que el fideicomiso implica.

Por ello, el segundo elemento de existencia del acto jurídico, es la declaración de voluntad del fideicomitante

testador que supone la existencia de éste en el momento de la constitución del fideicomiso.

Conforme al principio de la autonomía de la voluntad, el fideicomitente es libre para obligarse por su voluntad en la forma y términos que le convengan, sin más limitaciones y excepciones que las señaladas por la Ley. Es decir su voluntad tiene un límite; el orden público, ya que ante él se supedita su deseo, como textualmente lo dice el artículo 6o. de nuestro Código Civil: "La voluntad de los particulares no puede eximirse de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla": "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

Lo anterior, no es más que consecuencia de la libertad de acción, mediante la cual el fideicomitente puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, ya que, "lo que no está prohibido está permitido".

Ahora bien, para que la manifestación de la voluntad del fideicomitente pueda legalmente obligarlo y por ello - producir los efectos jurídicos deseados por éste, de acuerdo a nuestro Código Civil se requiere:

a) Que éste sea capaz;

- b) Que no esté viciada su voluntad;
- c) Que al referirse al objeto, motivo o fin, éstos - sean lícitos; y
- d) Que se otorgue por escrito.

En cuanto a la capacidad del fideicomitente, es conveniente tener presente que nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 349 que, - pueden ser las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes o derechos que el fideicomiso implica.

Es decir, para ser fideicomitente se requiere tener capacidad de ejercicio o sea la aptitud para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo, dicha capacidad debe necesariamente suponerla de goce del fideicomitente, salvo los casos de excepción.

Si bien, es cierto que la capacidad de ejercicio comienza a los dieciocho años, o sea al adquirir la mayoría de edad, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 646 - del Código Civil y, si el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes de conformidad con el artículo 647 del mismo ordenamiento, es de concluirse que la regla

general es, que cualquier persona con capacidad de ejercicio puede ser fideicomitente. Pero así también, no es menos - cierto que, el fideicomitente-testador lo puede ser al cumplir los dieciseis años, ya que de conformidad con el artículo 1306, los mayores de dieciseis años podrán constituir un fideicomiso mediante disposición de última voluntad, contenida en un testamento, siempre y cuando se trate de un - menor de edad emancipado por razón de matrimonio, y que además cuente con la autorización judicial para afectar los - bienes o derechos que ha adquirido por su trabajo, al fin lícito que dicho fideicomiso implica, de conformidad con los artículos 451, 643, 428, 429 y 430 del Código Civil, o bien que dicho menor otorgue su testamento, en el que sin contar con la autorización judicial, y una vez cumplida su mayoría de edad, no revoca la disposición testamentaria en que se consignó la constitución del fideicomiso, éste cobra plena validez, o bien si al otorgarlo condicionó la validez del fideicomiso, a una condición suspensiva, como sería alcanzar la mayoría de edad sin haber fallecido, ya que la ley les permite testar, en virtud de que, la capacidad de ejercicio puede ser adelantada para determinados efectos que la propia ley señala, como lo es esté supuesto.

Si la regla general relativa es que el incapacitado - carece de aptitud para constituir un fideicomiso mediante acto entre vivos, esta regla admite la siguiente excepción,

en tratándose del llamado fideicomiso testamentario, ya que el incapacitado que no disfruta de su cabal juicio, pero - que tiene intervalos de lucidez, puede otorgar testamento en un momento de lucidez, previa la satisfacción de los requisitos exigidos al respecto por los artículos 1307 a 1311 del Código Civil, y bien puede mediante una disposición testamentaria constituir un fideicomiso.

Así pues, para juzgar de la capacidad del fideicomitente-testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al otorgar su testamento. Es decir, que dicha capacidad ha de tenerla en el momento mismo en que otorgue su testamento que contiene la disposición de última voluntad para constituir un fideicomiso, por lo que será intrascendente para los efectos de su validez la que tenga o no se tenga antes o después de otorgarlo.

Por otra parte, la manifestación de la voluntad del fideicomitente para constituir un fideicomiso mediante disposición de última voluntad, deberá ser, además expresada sin error, sin violencia y sin dolo, ya que de lo contrario será inválida.

Por ello, la voluntad del fideicomitente debe ser libre y conciente, sin la presencia ya sea de un error de derecho o de hecho que haga que éste se ubique en un falso -

concepto de la realidad, ya sea motivado por dolo o por mala fe de un tercero, ya que, de contener alguno de éstos, invalidaría el acto jurídico mediante el cual constituye el fideicomiso, cuando se reúnan los siguientes supuestos:

a) Que dichos vicios de la voluntad recaigan sobre el motivo determinante de la voluntad del fideicomitente-testador; y

b) Que en el acto constitutivo se declare ese motivo o bien que se pruebe por las circunstancias del mismo acto jurídico, que se constituyó este en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. De conformidad con el artículo 1859 del Código Civil. Además de que, el mismo ordenamiento establece en su numeral 1487 que, es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

Así también cuando por medio de la violencia se coacciona la voluntad del fideicomitente a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico mediante el cual constituya un fideicomiso, dicho acto será nulo.

Es decir, cuando por medio de violencia ya sea mediante el empleo de fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del fideicomitente de su

de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, se coaccione la voluntad de éste a efecto de que otorgue un testamento mediante el cual constituye un fideicomiso en el que afecte un bien o derecho determinado para ser transmitido por la fiduciaria a la persona que ha empleado la violencia o a un tercero, es evidente que dicho testamento es nulo, por ser otorgado mediante el empleo de la violencia, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1485 del Código Civil.

En éste supuesto, el fideicomitente-testador podrá, - otorgar otro testamento con las solemnidades que la ley señala que implica la revocación del anterior, de conformidad con lo previsto por los artículos 1486 y 1494 del Código Civil.

Cabe señalar que, el temor reverencial, es decir el temor del fideicomitente-testador de desagradar a las personas a quienes debe sumisión y respeto, no basta para viciar su voluntad al otorgar su testamento en el que constituye un fideicomiso. Ya que éste temor no da causa a la nulidad de dicho acto jurídico, según lo dispuesto por el artículo 1820 del Código Civil.

En cuanto, al contenido de la declaración de voluntad

del fideicomitente, para efectos del presente estudio eliminaré todos los elementos no esenciales, tales como el nombramiento de un fiduciario concreto, la designación de un fideicomisario determinado, la integración de un comité técnico, los derechos que en favor establece el fideicomitente, las limitaciones que impone al fiduciario, y las cargas que fija el fideicomisario, y así poder apreciar que la voluntad del fideicomitente se limita al siguiente contenido imprescindible:

- a) Afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado.

Partiendo de la afirmación de que uno de los atributos del derecho de propiedad privada es que su titular de él - puede, con las limitaciones establecidas por la Ley, disponer de los bienes sobre los que recaé ese derecho. Esa disposición puede hacerla mediante actos materiales (consumirlos, usarlos) o mediante actos jurídicos que pueden revestir forma contractual (venderlos, arrendarlos, donarlos) o forma unilateral (heredarlos, crear con ellos una fundación de asistencia privada, afectarlos al pago de una renta vitalicia, ofrecerlos en venta, afectarlos en fideicomiso, etc.).

Por ello, el fideicomitente-testador puede afectar los bienes sobre los que ejerce un derecho de propiedad al fin

lícito que él quiera y éste permitido por la ley, y como - generalmente los bienes tienen distintos usos y fines posibles, o el mismo uso y fin, pero para muy distintas personas, sin considerar el valor de cambio que tienen, es obvio que si el fideicomitente decide afectar un bien a un fin determinado, excluyendo todos los demás fines posibles, está autolimitándose en el ejercicio de su derecho de disponer libremente de los bienes que le pertenecen.

El fideicomitente, deberá hacer el señalamiento del - fin lícito con un grado de determinación suficiente para - que haga posible el cumplimiento de la afectación patrimonial, aún cuando posteriormente sea necesario tomar decisiones de mayor concreción respecto de los medios idóneos para lograr el fin señalado, a este respecto volveré a referirme más adelante.

Por lo anterior, el elemento afectación patrimonial es integrado, a su vez por:

- a) Los bienes o derechos afectados; y
- b) El fin a que se destina.

Pero si, observamos con atención el elemento que constituye el contenido de la voluntad del fideicomitente, o - sea la afectación de bienes o derechos a un fin lícito de-

terminado, tendré que salir del campo de estudio del elemento voluntad, para entrar al estudio del otro elemento esencial, o sea el objeto del fideicomiso.

El objeto como elemento esencial del fideicomiso, no consiste precisamente en la cosa o en el hecho material sobre el cual recaé el fideicomiso, sino propiamente en producción de consecuencias dentro del Derecho, consecuencias que no son otras que la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones.

En cuanto, al objeto indirecto del fideicomiso, u objeto a secas del fideicomiso, está constituido por el conjunto de bienes y derechos que pasan a integrar el patrimonio de afectación y que por lo mismo entran al régimen jurídico establecido por la Ley y por el acto constitutivo.

Este objeto indirecto del fideicomiso es de carácter esencial, pues sin él el negocio no puede existir. Así como, el fideicomiso en estudio no puede existir sin expresa declaración de voluntad del fideicomitente, tampoco puede existir sin objeto indirecto, es decir, sin bienes o derechos fideicomitados. Por ello, la voluntad del creador del negocio debe referirse forzosa y necesariamente a ciertos y determinados bienes o derechos, los cuales quedan afectos a un fin lícito y determinado.

Ahora bien, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contiene diversas expresiones que hacen pensar que se inspiran en la concepción de que el objeto del fideicomiso está constituido exclusivamente por el conjunto patrimonial afectado.

El artículo 351 de la Ley en cuestión, dice que pueden ser objeto del fideicomiso "toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular". Al contrario senso, las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, no pueden ser objeto del fideicomiso.

El artículo 353 emplea la frase "el fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles", así también por su parte el artículo 354, se refiere al fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes muebles". En ningún caso, el legislador se refiere al fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Por otra parte, para que la afectación de la cosa objeto indirecto del fideicomiso sea factible debe:

- a) Ser posible física y jurídicamente, es decir condicionado a:

- 1.- Existir en la naturaleza;
- 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y
- 3.- Estar en el comercio.

En cuanto, a la primera de estas tres condiciones, o sea la relativa a la existencia de la cosa en la naturaleza, tal existencia debe ser física, material, pues de lo contrario dicha afectación será imposible y por ende también el referido fideicomiso.

Por lo que respecta, a que debe ser determinado o determinable, ésto es que se pueda precisar mediante su especie, número, calidad, peso o medida, los bienes o derechos objeto del fideicomiso.

Por último, la cosa debe estar en el comercio, para que pueda ser objeto del fideicomiso, pues sólo pueden ser objeto de apropiación particular todas las cosas que no estén excluidas del comercio. Por ello, cabe mencionar que las cosas pueden estar o no en el comercio por su naturaleza o bien por disposición de la Ley, según el artículo 748 del Código Civil. Por su naturaleza están fuera del comercio, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y, por disposición de la Ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular, de conformidad con lo

que establece el artículo 749 del expresado Código.

Por otro lado, nada que sea lícito y compatible con el funcionamiento del fideicomiso queda fuera de la posibilidad de ser regulado por las normas jurídicas y por las bases creadas por el fideicomitente-testador al establecer el estatuto, contenido en el testamento y a las que el fideicomiso quedará sometido.

Si las reglas fijadas por el fideicomitente llevan a la ilicitud del objeto, del fin o del motivo determinante, estaremos en el caso de invalidez del acto jurídico, que podrá ser, relativa o absoluta. Si las normas de ejecución del fideicomiso hacen imposible el cumplimiento del fin se estará en el caso de extinción del fideicomiso previsto por la fracción II del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Estimo que, fuera de estos casos de ilicitud y de imposibilidad de cumplimiento del fin, cualquier norma que establezca el fideicomitente-testador en el acto constitutivo, adicionalmente a las de afectación patrimonial y encomienda a una institución fiduciaria, tendrá plena validez.

Por lo que se refiere, a la forma en que debe manifestarse la disposición de última voluntad del fideicomitente-

testador para constituir un fideicomiso, está deberá constar en una declaración escrita, tal como lo dispone el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo cual es obvio, en virtud de que los testamentos siempre deberán constar por escrito, con la única excepción hecha, tratándose de militar, que de otorgarse en forma verbal no tendrá validez el fideicomiso que en el pretendiera constituir.

Entratándose, del llamado fideicomiso testamentario debemos atender al contenido de la voluntad del testador fideicomitente tal como quedó plasmado en el acto constitutivo o testamento, en el cual tratándose del testamento público abierto son más remotas las posibilidades de que no coincida la voluntad real del testador fideicomitente con su declaración, o la de que, el texto del testamento sea tan oscuro que no pueda atenderse al contenido del mismo o bien no pueda conocerse la intención del testador, debido a la intervención del notario en su otorgamiento.

Ya que, "Es nulo el testamento - dice el artículo 1489 del Código Civil -, en que el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen". Así también, el artículo 1491 del mismo ordenamiento indica que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a la

formas prescritas por la Ley". en este caso, el carácter solemne del testamento, lo convierte en invalido si no se observan las formas prescritas por la Ley.

Por ello, con el objeto de ahondar más en torno a la forma que debe revestir la manifestación de la voluntad del fideicomitente, es oportuno ahora referirme a esas dos formas de constituir el fideicomiso a través de dicha disposición de última voluntad, a que me he referido al inicio del presente capítulo, y que son:

a) El fideicomiso constituido mediante testamento; y

b) El fideicomiso constituido mediante acto entre vivos, por el cual el fideicomitente afecta ciertos bienes o derechos para ser transmitidos al fideicomisario después de su muerte.

Para tal efecto, principiaré por estudiar el primero de ellos, o sea:

A.- El Fideicomiso Constituido Mediante Testamento.

Por principio de cuentas, he de expresar que, también se le ha denominado fideicomiso testamentario, a aquel que

se constituye mediante una disposición testamentaria.

Este tipo de fideicomiso, tiene su fundamento en la misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 352), al permitir está, que el fideicomiso pueda constituirse por virtud de testamento.

Por lo cual es obvio que, el fideicomitente-testador deberá manifestar su voluntad expresamente al otorgar su testamento. Además, si el fideicomitente constituye el fideicomiso utilizando el mecanismo del testamento, deberá satisfacer todos los requisitos formales que sobre el particular o en su caso específico señale el derecho común vigente en el lugar donde otorgue el testamento que a él más convenga para constituir un fideicomiso mediante esa disposición de última voluntad, ya que la aplicación federal del Código Civil para el Distrito Federal no abarca la materia testamentaria, que está sujeta a la legislación común local.

Así pues, el fideicomiso testamentario consiste en la disposición de última voluntad del fideicomitente-testador contenida en su testamento, por medio de la cual realiza la afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendado o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria.

Es importante que, el fideicomitente-testador al otorgar su disposición de última voluntad en la que constituye un fideicomiso manifieste por lo menos su decisión en el sentido de que, afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, para que se considere constituido el mismo, aunque no se señale la institución fiduciaria que deba ejecutar dicho fideicomiso, ni los beneficiarios o fideicomisarios.

En tal virtud, estimo que la falta de designación de la institución fiduciaria encargada de ejecutar el fideicomiso, no es un elemento esencial en la constitución del mismo, toda vez que, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito además de que lo permite, también prevé el procedimiento a seguir para efectuar dicha designación. Es decir, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario designado, si lo hay o es determinado, o en su defecto, la que señale el Juez de primera instancia del lugar en que estuvieren los bienes afectados de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 350 de la Ley de referencia.

En cuanto, al fin del fideicomiso testamentario, el fideicomitente testador podrá señalar el objetivo o conjunto determinado de objetivos que él quiera, ya que nada de lo que es humano le es ajeno al fideicomiso, excepto la ili-

citud y la indeterminación de dicho fin.

Por lo tanto, dicho fin deberá ser:

- a) Lícito; y
- b) Determinado.

Evidentemente, es lícito el fin del fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Así también, el fideicomitente-testador deberá determinar el fin a que afecta el patrimonio fideicomitido, con independencia del objeto indirecto, para constituir el fideicomiso en estudio. De tal manera que, tal como éste haya quedado plasmado en el acto constitutivo será realizado por el fiduciario.

Ahora bien, dicho fin además de ser determinado deberá ser posible, es decir que pueda ser realizado, ya sea por ser compatible con las leyes de la naturaleza o con las normas jurídicas que deben regirlo necesariamente, ya que de no ser así constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Obviamente, al existir ilicitud, imposibilidad física o jurídica o bien indeterminación en el fin del referido - fideicomiso, la institución fiduciaria estará imposibilitada para ejecutarlo.

Por otra parte, esa amplitud de metas posibles que pueden obtenerse a través del fideicomiso testamentario dan a éste, una extraordinaria gama de posibilidades prácticas de aplicación.

Por otro lado, es evidente que, la disposición de última voluntad sólo puede ser consignada en un testamento, por ser éste la figura jurídica por la cual el testador (fideicomitente-testador para objeto de éste estudio) puede disponer de sus bienes y derechos, y declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

De tal suerte que, si lo que desea el fideicomitente testador al otorgar su testamento es constituir un fideicomiso afectando sus bienes o derechos para ser transmitidos después de su muerte por la fiduciaria encargada de ejecutar el mismo, en favor del fideicomisario designado, deberá proceder en los términos que se han venido precisando.

Si el fideicomitente-testador al expresar o dictar su disposición de última voluntad para constituir un fideicomi-

so lo hace observando las solemnidades que establezca el Código civil del lugar en que otorgue el tipo de testamento que haya elegido para constituirlo y, si además reúne los requisitos a que me he referido a lo largo de este capítulo; es decir que dicha declaración unilateral implique una afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, y que dicha manifestación sea emitida por una persona física capaz y que además no adolezca de vicios, es de concluirse que, la misma ligar jurídicamente, al fideicomitente-testador desde el momento en que emite su voluntad - con las solemnidades del caso, pues surge así a la vida el acto jurídico llamado testamento mediante el cual también constituye el fideicomiso, teniendo el testador el derecho irrenunciable de revocar el testamento en cualquier momento y, por lo tanto extinguir el fideicomiso ahí creado. Si - bien es cierto que, el fideicomitente-testador constituye el fideicomiso testamentario mediante disposición testamentaria, y éste queda obligado jurídicamente desde el momento en que emite su voluntad al otorgarlo y, afectar ciertos - bienes o derechos a un fin lícito determinado. No es menos cierto que como prueba fehaciente de la unilateralidad del fideicomiso testamentario, el fideicomitente-testador en - cualquier momento podrá revocar su testamento y con ello el fideicomiso testamentario en él constituido, se tendrá por extinguido, por ser éste un derecho equiparable al que se puede reservar expresamente el fideicomitente al constituir

el fideicomiso por acto entre vivos.

Ahora bien, en el fideicomiso testamentario el fideicomitente puede entre otras cosas, designar una institución fiduciaria concreta para que ejecute dicho fideicomiso, o bien, puede no hacerlo como ya se ha expresado, así también puede designar un fideicomisario determinado, puede prever la integración de un comité técnico, así como señalar sus facultades, y en el podrá disponer todo aquello que sea permitido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y - Crédito y demás Leyes aplicables al efecto, siendo en estos términos perfectamente válido.

Cabe señalar que, en este tipo de fideicomiso el fideicomitente siempre será una sola persona física la que pueda constituir mediante disposición testamentaria un fideicomiso testamentario. En virtud de que una de las características del testamento es la de ser un acto jurídico personalísimo, por lo cual no puede darse una pluralidad de fideicomitentes-testadores en la constitución del mismo, obviamente las personas morales no pueden constituir un fideicomiso mediante testamento.

Así que, cuando al creación del fideicomiso se hace - por testamento, éste queda constituido precisamente en el

momento mismo en que se otorga el testamento, supeditado a que su eficacia empiece hasta la muerte del testador, siempre y cuando no haya sido revocado.

Sí, el fideicomitente-testador ha subordinado la eficacia del fideicomiso a otra condición suspensiva más, además de la de su propia muerte, por ejemplo, a que el fideicomisario alcance una determinada edad para que empiece a recibir los beneficios, entonces la eficacia del fideicomiso respecto del beneficiario, se cumplirá al darse esa condición adicional.

Por lo anteriormente expuesto, considero que el fideicomiso constituido en los términos antes precisados, es el verdadero fideicomiso denominado "fideicomiso testamentario", por ser éste constituido mediante una disposición de última voluntad, lo cual es perfectamente válido por estar, no sólo permitido por la Ley, sino expresamente establecido en ella.

Por lo anterior no debe confundirse la figura estudiada, con el mal llamado, según los usos bancarios "fideicomiso testamentario", o sea el fideicomiso constituido mediante acto entre vivos en el que el fideicomitente afecta ciertos bienes o derechos para ser transmitidos al fideicomisario después de su muerte y, que a continuación procedo

a estudiar.

B.- El Fideicomiso Constituido Mediante Acto Entre Vivos, en el que el Fideicomitente Afecta Ciertos Bienes o Derechos para ser Transmitidos al Fideicomisario Después de su Muerte.

De acuerdo a la práctica bancaria la otra forma de - constituir un fideicomiso que surta efectos, a la muerte del fideicomitente, es la siguiente:

El fideicomitente a través de una declaración unilateral de su voluntad decide afectar ciertos bienes o derechos para ser transmitidos al fideicomisario después de su muerte, encomendando o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria.

Esta declaración unilateral de voluntad deberá constar por escrito, de conformidad con lo que establece el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y puede constar:

- a) En un documento aislado;
- b) En un documento que contenga un acuerdo, convenio o contrato en cuyas cláusulas se haga constar la

constitución del fideicomiso.

Cabe señalar que, el fideicomitente como creador del fideicomiso es el único elemento personal imprescindible sin el cual no puede existir dicho acto jurídico, de tal forma que, en un documento aislado bien puede mediante una declaración unilateral de su voluntad afectar ciertos bienes o derechos para que mientras esté viva sean administrados ya en su favor o bien en favor de los fideicomisarios por una institución fiduciaria y, que a su muerte sea transmitido el patrimonio fideicomitado a los fideicomisarios señalados.

Además de la existencia de un fideicomitente, éste deberá expresar su voluntad en el sentido de que afecta ciertos bienes o derechos, y que éstos sean transmitidos después de su muerte al fideicomisario, éste será el segundo elemento del fideicomiso, por lo que considero que los dos únicos elementos esenciales del fideicomiso son:

- a) El fideicomitente; y
- b) La afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado.

El fideicomiso creado en estos términos, queda consti-

tuido y es válido desde que se lleva a cabo esa exteriorización de la voluntad, sin perjuicio de que su eficacia quede condicionada a la aceptación del fiduciario y fideicomisario y el cumplimiento de los requisitos de forma y publicidad establecidos en la Ley.

Supongamos, para ilustrar la afirmación, que una persona dueña de un inmueble, manuscrite y firma un documento en el cual expresa su voluntad de constituir un fideicomiso sobre un bien de su propiedad, cuyos datos de identificación y descripción relata con toda precisión, y establece que este sea transmitido al fideicomisario a cierto tiempo o bajo alguna condición.

Supongamos que el fideicomitente fallece, después de haber entregado previamente el documento que contiene la - constitución del fideicomiso al fideicomisario en él designado.

Ese manuscrito, por contener un negocio jurídico existente y válido daría derecho al fideicomisario.

1o.- A aceptar el fideicomiso;

2o.- A designar fiduciario, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Ope-

raciones de Crédito;

3o.- A demandar a la sucesión del fideicomitente la formalización del fideicomiso por conducto de su albacea;

4o.- A inscribir esa escritura pública en el Registro Público de la Propiedad si se trata de inmueble; y

5o.- A recibir los beneficios del fideicomiso.

Este supuesto, no sería posible si el fideicomiso no existiera ya y, por ende, hiciera surgir una serie de derechos en favor del fideicomisario, y prueba asimismo, que el fideicomiso surge jurídicamente tan pronto como se reúnen sus elementos esenciales; que son:

a) Fideicomitente; y

b) Afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado.

Ahora bien, en la práctica bancaria, se ha acostumbrado que el fideicomitente que quiera constituir un fideicomiso con "cláusula testamentaria" acuda a una institución bancaria y firme un "contrato de fideicomiso" en el que afecta ciertos bienes o derechos para que sean administrados a fa-

vor del fideicomitente o fideicomisario que el mismo señale y que a su muerte sean transmitidos por dicha institución fiduciaria al fideicomisario designado.

Cabe señalar que, si el fideicomiso constituido en estos términos es revocable, sus efectos, si así se estableció, están condicionados suspensivamente a la muerte del fideicomitente. Sin embargo, si el fideicomiso es irrevocable, la transmisión del patrimonio fideicomitido opera en vida del fideicomitente.

Por otra parte, este mal llamado fideicomiso testamentario, no reúne las condiciones de testamento, por lo cual no debiese denominarse así, además constituye un fraude a la Ley, ya que viola el espíritu de la misma puesto que existe un acto jurídico mediante el cual se puede suceder por causa de muerte, como es el testamento, ya que se está utilizando una norma permisiva para pasar por alto una prohibitiva, violando como ya se dijo su espíritu y no la Ley, lo que es necesario mencionar para los fines del presente estudio y dejar constancia de ello.

Pues bien, volvamos a ese primer momento, que es el acto constitutivo del fideicomiso una vez que, se ha señalado que el fideicomiso creado mediante disposición de última voluntad queda constituido en el mismo momento en que se otor-

ga debidamente el testamento, sin perjuicio de que su eficacia no empiece sino hasta la muerte del testador, y sin perjuicio de su revocabilidad, no cabe duda alguna que para la constitución de dicho acto jurídico sólo es indispensable el fideicomitente, o sea el creador, el que afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado y que no requiere de otros elementos para disponer en tal forma de sus bienes o derechos.

Considero que, hasta aquí, no parece existir dificultad porque nadie podría negar, que el acto constitutivo es, por su esencia, un acto unilateral en este caso.

El verdadero problema para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso surge cuando se trata de poner en claro si hasta el acto constitutivo del mismo para dar vida jurídica a éste o sí, además, se requiere una aceptación de quien ha sido designado como fiduciario y de quien o quienes han sido designados fideicomisarios, para que el acto tenga en verdad eficacia jurídica, y de origen al fideicomiso.

Es en este punto, en donde se enfrentan las dos posiciones: la unilateralista, en estudio, que estima que el fideicomiso surge a la vida jurídica con la simple declaración del fideicomitente y la contractualista, que sostiene que el nacimiento del negocio sólo se da cuando aparece la vo-

luntad del fiduciario, por lo menos, y en ocasiones, cuando, además, aparece la voluntad del fideicomisario.

Es conveniente recordar lo que he expresado con antelación que, el acto constitutivo del fideicomiso es un acto unilateral, pues pueda realizarse por medio del más típicamente unilateral de todos los actos jurídicos que es el testamento.

Trataré pues, de centrar el problema examinando si basta la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente para dar nacimiento al fideicomiso o si se requiere otras manifestaciones de voluntades.

El derecho de propiedad que puede ejercitar el fideicomitente, por ser el titular de ese derecho y tener la potestad de ejercitarlo legítimamente, puede llevar a cabo la afectación patrimonial a un fin lícito determinado, sin necesidad de contar para ello con la concurrencia de otra voluntad.

Consecuentemente, no es en el ámbito de la afectación patrimonial como objeto del fideicomiso donde el problema aflora, por lo mismo considero que el fideicomiso creado mediante disposiciones de última voluntad queda constituido en el momento mismo en que queda debidamente otorgado el -

testamento, mediante el cual el fideicomitente-testador - afecta en ese acto personalísimo ciertos bienes o derechos a un fin determinado, sin requerir de otra voluntad, que no cabe en ese acto, para efectuar dicha constitución, afectación patrimonial e incluso para designar institución fiduciaria que ejecute dicho fideicomiso.

En tal virtud, estimo oportuno pasar a analizar el segundo momento en que he dividido la figura jurídica en estudio. Es decir de ejecución, por lo que el siguiente punto a tratar lo denominaré.

II.- LA EJECUCION DEL FIDEICOMISO CONSTITUIDO MEDIANTE DISPOSICION DE ULTIMA VOLUNTAD: DESIGNACION Y ACEPTACION O NO DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA QUE EJECUTE DICHO FIDEICOMISO.

A.- La Designación de la Institución Fiduciaria.

Uno de los datos que pueden constar en la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente al constituir un fideicomiso testamentario es el nombramiento del fiduciario. Pero ésto indica solamente que, como es natural, quien afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado quiere encomendar la realización de ese fin a una institución fiduciaria específica. Pero no indica que la designa-

ción sea forzosa, para el fideicomitente al constituirlo.

Puede darse el caso de que, el fideicomitente-testador no se toma la molestia de designar individualmente una institución fiduciaria porque todas le parecen igualmente dignas de confianza, por ser el Estado el que presta el servicio público de banca y crédito a través de instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito las únicas encargadas de realizar las operaciones de fideicomiso; o bien se abstiene de nombrarla, porque prefiere que lo haga el fideicomisario quien, en última instancia será el beneficiario del fideicomiso.

Si el fideicomitente no designa fideicomisario, ni fiduciarios concretos, el nombramiento de fiduciario corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentran ubicados los bienes. Igual situación se presentará cuando, aunque exista fideicomisario, éste acepta la designación de tal, pero no pueda o no quiera designar fiduciario, hipótesis poco probable, pero jurídicamente posible.

La designación judicial presenta algunos problemas.

El primero es el de quien va a plantear al Juez competente la designación de fiduciario, si ya ha fallecido el

fideicomitente y no existe ni fiduciario ni fideicomisario.

Probablemente, la solución jurídica será que corresponderá al Ministerio Público, en ejercicio de las facultades que le conceda el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, plantear al Juez la designación. ¿Pero quién va, a su vez, instar al Ministerio Público para que ejecute su función? La respuesta jurídica será que corresponderá al Albacea designado en el testamento.

Pues en este supuesto, los bienes o derechos fideicomitidos, quedarán sujetos a que el albacea designado en el testamento al realizar la denuncia de la sucesión del autor del fideicomiso testamentario y aceptar el cargo, solicite al Agente del Ministerio Público su intervención o bien él mismo pedir a dicho Juez efectúe la designación de la Institución fiduciaria que ejecute el referido fideicomiso.

El segundo problema sería el de decidir cual sería el Juez competente para hacer la designación si los bienes fideicomitidos se encuentran en diferentes jurisdicciones, o incluso en diferentes países.

En este caso, la solución sería que cualquiera de los jueces sería competente, a prevención, o bien que sería competente el que tuviera jurisdicción en el territorio donde

se encuentran los bienes de mayor importancia. Cabe indicar que ninguna solución está prevista en nuestra Ley.

Es evidente, de acuerdo con el Derecho mexicano vigente que el contenido de la declaración de voluntad del fideicomitente no incluye obligadamente el nombramiento del fiduciario. Pues como ha quedado señalado anteriormente, éste puede ser nombrado después, mucho después inclusive, del acto constitutivo, es decir del otorgamiento del testamento, ya sea por su albacea, por el o los fideicomisarios o por el órgano jurisdiccional competente. Salta, por tanto, a la vista que no es objeto forzoso de la declaración de voluntad del fideicomitente el nombramiento de un fiduciario concreto, que se encarga de ejecutar el fideicomiso.

Si el contenido de la voluntad del fideicomitente comprende la constitución del fideicomiso con, la afectación patrimonial a un fin lícito determinado, es obvio que esa manifestación de voluntad surge con independencia a una manifestación de voluntad del fiduciario posteriormente designado, en el sentido de aceptar el encargo, y no cabe considerar que ambas se fusionan y hacen surgir el concenso, indispensable en la figura contractual. La voluntad del fideicomitente-testador tiene un contenido que no incluye el nombramiento, la voluntad del fiduciario tiene otro contenido distinto, la aceptación del nombramiento. Consecuente-

mente los contenidos de ambas voluntades, son distintos y, por ello, no puede darse el consentimiento contractual entre el fideicomitente-testador que no designa y el fiduciario que acepta la designación.

Sobre todo cuando, el fideicomitente-testador necesariamente ha fallecido cuando el fiduciario acepta. ¿O sería el caso de contratar con un muerto?

Además estimo que, tampoco entre quien nombra la institución fiduciaria y ésta se establece una relación contractual, en virtud de la designación. Dicha designación de la institución fiduciaria que ejecute el fideicomiso, es un acto unilateral, cuya eficacia pero no su existencia ni su validez, está condicionada a la aceptación de ésta. El referido nombramiento o designación es un acto unilateral que produce sus efectos desde que fallece el testador y se le notifica a la fiduciaria su designación. Aceptar otra postura sería tanto como colocarnos en la posición de que entre el Juez o el fideicomisario que designa una institución fiduciaria y la aceptación del cargo hecha por ésta última, constituye un contrato.

Es por tanto claro que entre el fideicomitente-testador, creador del fideicomiso testamentario y el fiduciario no surge ni puede surgir una relación contractual como esen-

cia del fideicomiso; ni surge tal relación entre quien designa al fiduciario y éste mismo.

En estricto rigor, es necesario considerar que el fideicomiso-testamentario se constituye en virtud de la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente-testador al otorgar su testamento, y que, como su ejecución, de éste y del fideicomiso se requiere la intervención de un albacea y una institución fiduciaria que se encargue de realizarlas, la eficacia ejecutiva del fideicomiso queda sujeta a la designación y a aceptación de un fiduciario, pero en ningún caso, ni designación ni aceptación son elementos para la existencia jurídica del negocio sino solamente para su eficacia.

B.- La Aceptación o no de la Institución Fiduciaria.

Como principio general, puede señalarse que cualquier institución de crédito con carácter de sociedad nacional de crédito, en los términos de la Ley puede desempeñar el cargo de institución fiduciaria en cualquier fideicomiso, y que está obligada a aceptar el nombramiento que en su favor se haga, salvo causas graves calificadas como tales por un Juez de primera instancia del lugar de su domicilio de ésta.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tie-

ne dos normas que se refieren específicamente a la posible conducta obligatoria de la institución designada como fiduciario en un fideicomiso concreto.

El artículo 350 de la citada Ley habla de los casos en que el cargo de fiduciario queda vacante, a pesar de la designación hecha por el fideicomitente, señalando tres posibles causas:

- a) La no aceptación.
- b) La renuncia.
- c) La remoción.

Por otra parte, el artículo 356 de la Ley de referencia, cuando habla de los derechos del fiduciario le impone: no excusarse o renunciar su cargo sino por causas graves, a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

Resulta claro que, de acuerdo a este artículo 356 en cita, la institución fiduciaria no es libre de rechazar el nombramiento de "excusarse" a su entero arbitrio, sino que esa no aceptación debe estar fundada en causa grave, cuya calificación la Ley misma no deja en manos de dicha institución, sino que la encomienda a un órgano judicial, quien podrá apreciar libremente la existencia y gravedad de las cau-

sas invocadas por la referida institución para justificar su excusa.

La Ley no señala las causas que pudiera hacer valer la fiduciaria para excusarse a aceptar el cargo. Cabe mencionar que la abrogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito, en su artículo 137 establecía tres causas que calificaban como graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso, pero dichas causas no eran aplicables al supuesto de la excusa, además de que no abarcaban todas las posibles causas justificadas de no aceptación, por lo que es de concluirse que el legislador acertadamente haya querido que, la aceptación de la fiduciaria sea una obligación a la cual sólo podrá excusarse a aceptarlo cuando existe causa grave calificada como tal por el órgano judicial competente.

Cabe recordar que, el Estado presta el servicio público de banca y crédito, a través de las instituciones de crédito y éstas son las únicas que pueden realizar las operaciones de fideicomiso a cambio de una remuneración que le haga el fideicomitente, fideicomisario, o cobra del patrimonio fideicomitado conforme a las tarifas convenidas.

Asimismo, el Estado debe prestar el servicio público

de manera eficiente, regular, continua, general e igual y no puede, a su capricho prestar el servicio o dejar de prestarlo, interrumpiéndolo cuando así lo desee o introducir trato discriminatorio entre los usuarios, por lo mismo, no tiene derecho a seleccionarlos y prestar el servicio a unos y negárselo a otros, pues en la medida de su capacidad, está obligado a prestar el servicio a toda persona que lo solicite y satisfaga las condiciones requeridas para tener derecho al mismo.

Por ello, se puede concluir que, siendo el desempeño del cargo de fiduciario un servicio público antes concedido, el legislador procedió correctamente al imponerle a la institución fiduciaria designada la obligación de aceptar el cargo, salvo que medien causas graves, cuya calificación corresponderá al Juez de Primera Instancia del domicilio de la institución designada.

Por lo cual, ésta para rehusarse a aceptar, debe presentar sus casusas de excusa al Juez competente, para que éste pueda calificarlos, pues no bastará una simple manifestación de no aceptación para liberarla de su obligación. Ni siquiera la conformidad del fideicomisario puede liberar a la institución excusante sin causa justificada, de los daños y perjuicios que ocasione a un tercero por su ilícita negativa a desempeñar un servicio al que está justifica-

damente obligada.

El Fideicomisario, el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador, o cualquier otro interesado que demuestre su legítimo interés podrá ocurrir ante las autoridades administrativas encargadas de vigilar el funcionamiento de las instituciones de crédito (Comisión Nacional Bancaria y de Seguros), para que conminen a la institución fiduciaria para que acepte el cargo o haga saber al órgano judicial - competente las causas graves que crea tener para excusarse. Si el Juez no considera que existan causas graves que justifiquen la excusa, tendrá que resolver que la institución está obligada a aceptar y desempeñar el cargo y las autoridades administrativas quedarán obligadas a vigilar que efectivamente lo haga.

Así también, el fideicomisario o el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador o los terceros perjudicados por la ilícita abstención de la institución fiduciaria pueden reclamar a dicha institución los daños y perjuicios que les ocasione por su excusa infundada a aceptar y desempeñar el cargo.

Ahora bien, si el juez competente califica como graves las causas que invoque el fiduciario para excusarse a aceptar y desempeñar el cargo deberá nombrarse otra para que la

substituya. Si no fuera posible esta substitución el fideicomiso se extingue, en los términos de la fracción VII del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que, se puede formar la siguiente pregunta, ¿se puede extinguir, lo no constituido?

Así pues, es obligatoria salvo causa grave justificada, la aceptación del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria.

En consecuencia, se puede precisar que si bien la aceptación del fiduciario no es un elemento de existencia del fideicomiso, pues éste tiene vida jurídica antes de la aceptación de ésta, si es condición de eficacia, para su ejecución. No son, pues, ni la existencia ni la validez de dicho acto los que resulten involucrados en el proceso de designación del fiduciario y en el de su aceptación, sino la mera eficacia del mismo. En otras palabras, la presencia de un fiduciario es condición de eficacia para su realización, pero no condición de existencia, ni de validez del fideicomiso.

Si la aceptación del fiduciario no llega a unirse con la voluntad del fideicomitente para constituir el fideicomiso, hay que concluir que ésta es otro acto unilateral, que tiene lugar con posterioridad al acto constitutivo. Son por

ello, constitución y aceptación dos actos unilaterales sucesivos (aunque la aceptación de la fiduciaria es una obligación, salvo causa grave justificada). La aceptación supone lógicamente la anterior constitución, mientras que ésta última no requiere la aceptación, ni siquiera la designación de la institución fiduciaria. Dicha aceptación es, posterior a la constitución del fideicomiso y a la misma designación del fiduciario.

La aceptación del cargo por parte del fiduciario, es un acto jurídico unilateral que se forma con la manifestación de su voluntad, cuyo contenido es su consentimiento para desempeñar su función con el encargo que el fideicomiso implica, tal como sucede con la persona que expresa su aceptación para el desempeño de una función o cargo público, para el cumplimiento de una función privada, de interés público, como la de síndico en la quiebra, el albacea en el juicio sucesorio, el patrono en la fundación de asistencia privada, o una función privada como miembro del consejo de administración de una sociedad.

En todos estos casos, antes precisados, entre quien designa, individualmente o colegiadamente y el designado que acepta no se establece una relación contractual. La elección o nombramiento quedan como actos aislados, con su propia identidad jurídica y, por separada queda la aceptación.

De otra manera se llegaría al absurdo de sostener que entre el electorado que elige a un funcionario y el funcionario elegido se establece una relación contractual; que entre la Asamblea de accionistas que designa a los integrantes del consejo de administración y éstos se establece, en virtud de la aceptación de estos últimos, una relación contractual.

C.- La Ejecución del Fideicomiso.

Una vez transcurrida la etapa de constitución del fideicomiso, es decir reunidos que sean todos los elementos para su existencia y validez, designada la institución fiduciaria para que ejecute el fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad; el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador o bien el fideicomisario designado, procederá a solicitar a la institución fiduciaria - acepte prestar el servicio público de operación de fideicomiso, para ejecutarlo y en su caso proceder a firmar los documentos necesarios tendientes a su formalización, como es el otorgamiento de la escritura pública, cuando el objeto del fideicomiso recaiga sobre bienes inmuebles para que pueda inscribirse dicha afectación en el Registro Público de la Propiedad del lugar donde se encuentren ubicados o bien, que se cumplan con los siguientes requisitos para que dicha afectación surta efectos contra terceros cuando se trate de bienes muebles: si se tratare de un crédito no negociable

o de un derecho personal se tendrá que notificar al deudor; si se tratare de un título nominativo éste se deberá endosar a la institución fiduciaria; así también se tendrá que hacer constar en los registros del emisor; si se tratare de cosa corporea o de títulos al portador; éste deberá quedar en poder de dicha institución.

Cumplidos que sean los requisitos antes expresados la institución fiduciaria podrá estar en la posibilidad de entrar plenamente a la etapa de cumplimiento o ejecución, en la cual ocupa un papel activo y principal, o secundario en ocasiones, cuando sigue instrucciones de un comité técnico, actividad que desempeña a través de sus delegados fiduciarios y apoyados en su propio personal el cual dicho sea de paso se considerará al servicio del patrimonio fideicomitado, contratado específicamente para prestar el servicio al fideicomitente.

En las operaciones de fideicomiso la institución fiduciaria desempeñará su función y ejercerá sus facultades que la Ley y el acto constitutivo le confiera por medio de sus delegados fiduciarios, pues como persona moral, sólo a través de sus representantes puede actuar.

Aunque el fiduciario tiene todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, no pue-

de ejercitarlos libremente, pues por un lado, tiene que -avocarse a cumplir la voluntad del fideicomitente, tal como quedó plasmado en el acto constitutivo. Por otra parte, debe ajustarse a las reglas de operación que le señalan las leyes.

Por ello, debe concluirse que las facultades del fiduciario son limitadas al fin y son simples instrumentos para que ésta pueda cumplir adecuadamente el encargo.

Al respecto, no abundaré más, pues me remito a lo expresado en el segundo capítulo de la presente tesis cuando me he referido al fiduciario, ello con el fin de no desviarme del objetivo del presente capítulo.

Por lo tanto se puede concluir que el fideicomiso constituido mediante disposición de última voluntad, no debe confundirse su constitución, con su ejecución; pues la primera queda efectuada al quedar debidamente otorgado el testamento del fideicomitente-testador, en la cual no se requiere ningún otra voluntad para dar nacimiento a dicho fideicomiso, ya que éste es libre de afectar sus bienes y, o, derechos a tal fin.

Ahora bien, en su ejecución el fideicomitente-testador en ningún momento contrata con el fiduciario, puesto que,

tal como se ha expresado antes, no es necesario que éste designe a aquél, e incluso haciéndolo, no se presenta dicho acuerdo de voluntades que presupone un contrato, ya que al momento de solicitar la prestación del servicio público de operación de fideicomiso, éste no lo hará ya que para entonces habrá fallecido, pues ello es condición sin la cual no se inicia la ejecución el expresado fideicomiso.

Por lo tanto, al hacer esta solicitud el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador o bien el fideicomisario, éstos no están contratando con el fiduciario para constituir el fideicomiso, sino tan solo están solicitando que acepte el nombramiento que en su favor se ha hecho ya sea por el fideicomitente-testador o por el fideicomisario, o bien por el juez competente, cuya aceptación constituye una obligación para el fiduciario, pero en ningún momento ellos, están haciendo la afectación de los bienes o derechos al fin que implica dicho fideicomiso, ni mucho menos estarán conviniendo con el fiduciario sobre la afectación de dichos bienes o derechos, menos sobre el fin a que fueron afectados, pues esa fue decisión y voluntad del fideicomitente testador.

Ahora bien, la solicitud del servicio público de operación de fideicomiso, que realiza el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador o bien el fideicomisario designado,

nado en el fideicomiso testamentario a la institución fiduciaria no debe confundirse con el acto de constitución de dicho fideicomiso, pues como se ha expresado, éstos no realizan la afectación de los bienes o derechos al fin lícito determinado que constituye la esencia no sólo de este tipo de fideicomiso, sino del fideicomiso en general.

Asimismo, esta solicitud que se hace a la institución fiduciaria designada, para que acepte ejecutar dicho fideicomiso mediante la prestación del referido servicio público de operación de fideicomiso no constituye en sí el "contrato de fideicomiso", como se ha denominado según la práctica y los usos bancarios. Pues como se ha indicado no existe ese acuerdo de voluntades entre el fideicomitente-testador, - creador del fideicomiso testamentario y el fiduciario en - cuanto a la afectación de los bienes o derechos que constituyen el objeto del mismo a un fin lícito determinado, que es la esencia misma del fideicomiso ya constituido mediante testamento, ya que, el fideicomitente-testador, es libre de efectuar dicha afectación, sin necesitar el consentimiento para ello del fiduciario.

En dado caso, a este acto en el que el fiduciario acepta la encomienda de ejecutar dicho fideicomiso se le podría denominar Contrato de Operación de Fideicomiso. En el cual se convendría los términos en que se presentaría el servicio

público de operación de fideicomiso para llevar a cabo el fin del referido fideicomiso, constituido previamente mediante declaración de última voluntad, en el que entre otras cosas se establecerían los honorarios fiduciarios que percibiría la institución por la prestación de dicho servicio público y, por lo tanto nunca convenir en cuanto a la afectación de bienes o derechos a un fin lícito determinado.

Por los argumentos expresados a lo largo de este estudio, es de concluirse que la naturaleza jurídica, no sólo del fideicomiso constituido mediante testamento, sino también del fideicomiso constituido mediante acto entre vivos, es la de un Acto Jurídico constituido mediante una declaración unilateral de la voluntad del Fideicomitente.

Ya que considero, que los argumentos aquí manejados - bien son válidos para el fideicomiso constituido mediante acto entre vivos.

Por último, estimo que el fideicomiso puede definirse como: el acto jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente en virtud del cual afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado que deberá ejecutar una institución fiduciaria designada al efecto.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La palabra Fideicomiso, etimológicamente deriva de las raíces latinas "FIDES" (fidelidad, probidad, - lealtad, honor) y "COMMISSUM" (comisión, encargo), que unidas forman la palabra "FIDEICOMMISSUM" de donde toma su nombre la figura jurídica romana del Fideicommissum, que en su forma de substitución fideicomisaria nunca ha sido aceptada por nuestro legislador, y lo que actualmente se llama Fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del Derecho Romano, sino más bien es una transformación del trust anglo-americano.

SEGUNDA.- Nuestra legislación considera al fideicomiso como un acto de comercio (artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio) por estar considerado como una operación de crédito (artículo 1o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), aunque el fideicomiso dada su naturaleza es propiamente de carácter civil y no debe ubicarse dentro de las operaciones de crédito, sino más bien como un servicio bancario.

TERCERA.- Nuestra legislación ha reservado la actividad fiduciaria única y exclusivamente a las instituciones nacionales de crédito, debido a que nuestro Derecho Positivo, así lo establece, y ello quizá obedece a que el legisla-

dor quiso dar a las partes que intervienen en esa figura seguridad y con ésto, la institución pudiera prosperar en nuestro sistema jurídico, fundado ello en que dichas instituciones inspiran solvencia económica y capacidad técnica para el manejo de patrimonios ajenos que implican la ejecución del fideicomiso.

CUARTA.- Si el funcionamiento del comité técnico designado por el fideicomitente, ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso o de sus reformas, puede liberar de toda responsabilidad al fiduciario que obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de dicho comité técnico, con el objeto de evitar la práctica seguida por algunas instituciones fiduciarias de inducir a los fideicomitentes a integrar dichos comités, que las propias fiduciarias manejan a su voluntad, resulta aconsejable reducir esa facultad liberatoria ilimitada, estableciendo que el fiduciario quedará libre de toda responsabilidad, salvo mala fé o dolo de su parte, o bien si las instrucciones que recibe del comité técnico sean evidentemente contrarias a los fines del fideicomiso o que su ejecución constituye un acto ilícito, pues en este caso el fiduciario podrá oponerse a ellas y pedir a la autoridad judicial que lo libere de no ajustarse a ellas.

QUINTA.- El fideicomiso testamentario es aquel constituido mediante la disposición de última voluntad del fidei-

comitente-testador contenida en su testamento, a través de la cual realiza la afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, encomendando o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria, el cual queda constituido precisamente en el momento mismo en que se otorga el testamento, supeditado a que su eficacia empiece hasta la muerte del testador, siempre y cuando no lo haya revocado el testamento y con ello dicho fideicomiso, por lo que el fideicomiso así constituido es el verdadero fideicomiso testamentario.

SEXTA.- El Fideicomitente para constituir un fideicomiso mediante testamento, deberá satisfacer todos los requisitos formales que sobre el particular o en su caso específico señale el derecho común vigente en el lugar donde otorgue el testamento que a él más convenga para constituirlo, ya que la aplicación federal del Código Civil para el Distrito Federal no abarca la materia testamentaria, que está sujeta a la legislación común local.

SEPTIMA.- La constitución de fideicomiso mediante disposición de última voluntad es según nuestra legislación a través de testamento, sin embargo en la práctica bancaria lo que sucede es que el fideicomitente acude a la institución fiduciaria y afecta ciertos bienes o derechos para ser transmitidos al fideicomisario, después de su muerte, por

la fiduciaria, a esta segunda forma de constituir el fideicomiso se la ha mal llamado fideicomiso testamentario o fideicomiso con disposición de cláusula testamentaria, no obstante que su constitución no reúne las condiciones de testamento y en ciertos casos constituye un fraude a la Ley al violar el espíritu de la misma toda vez que, existe en acto jurídico específico (el testamento) mediante el cual se sucede legalmente en caso de muerte, por ello sería conveniente no denominarlo de tal forma, para evitar confusiones con el verdadero fideicomiso testamentario.

OCTAVA.- Para la constitución de fideicomiso mediante testamento sólo es indispensable la existencia del fideicomitente que afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, el cual no requiere de otra u otras voluntades que no caben en ese acto, para efectuar dicha afectación patrimonial e incluso para designar institución fiduciaria que ejecute dicho fideicomiso, pues ésto puede ser designada después, mucho después inclusive, del acto constitutivo es decir del otorgamiento del testamento ya sea por él o los fideicomisarios, o por el órgano jurisdiccional competente, por lo tanto es evidente que no es objeto forzoso de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente el nombramiento de un fiduciario concreto, que se encargue de ejecutar dicho fideicomiso.

NOVENA.- El contenido de la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente comprende la constitución de fideicomiso mediante la afectación patrimonial a un fin lícito determinado, por lo que dicha manifestación de voluntad surge con independencia a la manifestación de voluntad del fiduciario posteriormente designado, en el sentido de aceptar el cargo, mucho menos cabe considerar que ambas se fusionan para hacer surgir el consenso indispensable en la figura contractual, por lo que, la voluntad del fideicomitente tiene un contenido que no incluye el nombramiento de la fiduciaria, y por su parte la voluntad del fiduciario tiene otro contenido distinto que es la aceptación del nombramiento, consecuentemente los contenidos de ambas voluntades son distintos, y por ello, no puede darse el consentimiento contractual entre el fideicomitente que no designa al fiduciario y el fiduciario que acepta la designación, sobre todo cuando el fideicomitente-testador necesariamente ha fallecido, cuando el fiduciario acepta su designación, ya que se presentaría el supuesto de contratar con un muerto.

DECIMA.- Tampoco entre quien nombra la institución fiduciaria y está se establece una relación contractual, en virtud de la designación. Dicha designación de la institución fiduciaria que ejecute el fideicomiso testamentario, es un acto unilateral, cuya eficacia pero no su existencia ni su validez está condicionada a la aceptación de ésta. El

referido nombramiento o designación es un acto unilateral que produce sus efectos desde que fallece el testador y, se le notifica a la fiduciaria su designación. Aceptar otra postura sería tanto como colocarnos en la posición de que entre el Juez o el fideicomisario que designa una institución fiduciaria y la aceptación del cargo hecha por ésta última se constituye un contrato.

DECIMA PRIMERA.- Cualquier institución de crédito con carácter de sociedad nacional de crédito, en los términos de la Ley puede desempeñar el cargo de institución fiduciaria en cualquier fideicomiso, y siendo el desempeño del cargo de fiduciaria un servicio público, se puede concluir que el legislador procedió correctamente al imponerle a la institución fiduciaria designada la obligación de aceptar el cargo, salvo que medien causas graves para ello, cuya calificación corresponderá al Juez de Primera Instancia del domicilio de la institución designada.

DECIMA SEGUNDA.- El Fideicomisario, el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador o cualquier otro interesado que demuestra su legítimo interés podrá ocurrir ante las autoridades administrativas encargadas de vigilar el funcionamiento de las instituciones de crédito (Comisión Nacional Bancaria y de Seguros), para que conminen a la institución fiduciaria para que acepte el cargo que rehusa, o -

bien haga saber el Órgano judicial competente las causas - graves que crea tener para excusarse. Si el Juez no considera que existan causas graves que justifiquen la excusa, tendrá que resolver que la institución está obligada a aceptar y desempeñar el cargo y las autoridades administrativas quedarán obligadas a vigilar que efectivamente lo haga.

DECIMA TERCERA.- La aceptación del fiduciario no es un elemento de existencia del fideicomiso, más si es condición de eficacia para su ejecución, por lo que ni la existencia ni la validez de dicho acto jurídico resultan involucrados en el proceso de designación y aceptación del fiduciario.

DECIMA CUARTA.- La aceptación del fiduciario no llega a unirse con la voluntad del fideicomitente para constituir el fideicomiso por lo que, ésta es otro acto unilateral que tiene lugar con posterioridad al acto constitutivo. Son por ello, constitución y aceptación dos actos unilaterales sucesivos (aunque la aceptación de la fiduciaria es una obligación, salvo causa grave justificada. Por lo tanto, la aceptación supone lógicamente la anterior constitución, mientras que ésta última no requiere la aceptación, ni siquiera la designación de la institución fiduciaria, toda vez que dicha aceptación es posterior a la constitución del fideicomiso y a la misma designación del fiduciario.

DECIMA QUINTA.- El albacea de la sucesión del fideicomitente-testador, el fideicomisario o bien el Juez, al solicitar al fiduciario la prestación del servicio público de operación de fideicomiso, éstos no están contratando con el fiduciario para constituir el fideicomiso, tan sólo están solicitando que acepte el nombramiento que en su favor se ha hecho. y además ellos en ningún momento están haciendo ni conviniendo con la fiduciaria sobre la afectación de los bienes o derechos al fin que implica dicho fideicomiso testamentario, pues esa fue decisión y voluntad del fideicomitente-testador.

DECIMA SEXTA.- La prestación por parte de la institución fiduciaria del servicio público de operación de fideicomiso no constituye en si el "contrato de fideicomiso" como se ha denominado según la práctica y los usos bancarios, pues como se ha expresado no existe ese acuerdo de voluntad entre el fideicomitente testador y el fiduciario para que el primero efectúe la afectación de los bienes o derechos al fin lícito y determinado, que es la esencia misma del fideicomiso ya constituido mediante testamento, ya que este es libre de realizar dicha afectación sin requerir para ello del consentimiento del fiduciario.

DECIMA SEPTIMA.- Debido a los fines prácticos que a través del fideicomiso testamentario pueden lograrse, y con

el objeto de lograr que el mal llamado fideicomiso testamentario, que en ciertos casos constituye un fraude a la Ley, ya que viola el espíritu de la misma al utilizarse una norma permisiva para pasar por alto una prohibitiva, es recomendable que el capítulo primero del título tercero, libro tercero, del Código Civil, en lo relativo a la forma de los testamentos, debe ser adicionado incluyendo dentro de los mismos al fideicomiso como medio para suceder legalmente por causa de muerte.

DECIMA OCTAVA.- El fideicomiso es el acto jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente en virtud del cual afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado que deberá ejecutar una institución fiduciaria designada al efecto.

BIBLIOGRAFIA

Asociación de Banqueros de México; Panorama actual y perspectivas del Fideicomiso en México.

Asociación de Banqueros de México; Primer cónclave sobre fideicomiso de los representantes de la asociación de banqueros de México con los abogados y funcionarios de la Mercantile-Commerce Bank and Trust Company. St. Louis, Messouri, 8, 9 y 10 de Noviembre de 1943.

Batiza Rodolfo; El Fideicomiso, teoría y Práctica; Asociación de Banqueros de México, México 1973.

Batiza Rodolfo; Instituciones y Departamentos Bancarios de "Trust"; Asociación de Banqueros de México, México 1955.

Batiza Rodolfo; Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria, Editorial Porrúa, S. A. México 1977.

Batiza Rodolfo; Tres estudios sobre el fideicomiso. México Universitaria, 1954.

Bojalil Julian; Fideicomiso, México, Porrúa 1963.

De Ibarrola Antonio; Cosas y sucesiones; Editorial Porrúa.
S. A., México 1981.

De Pina Rafael; Derecho Civil Mexicano; Editorial Porrúa.
S. A., México 1980.

Domínguez Martínez Jorge A.; El Fideicomiso ante la teoría
general del negocio jurídico, Editorial Porrúa, S. A., Méxi-
co 1975.

Goldschmidt Roberto - Eder Phanor; El fideicomiso (trust)
en el Derecho comparado, Editorial Arayú, Buenos Aires 1954.

Krieger Emilio; Manual del fideicomiso, Banco Nacional de
Obras y Servicios Públicos, México 1976.

Landerreche Obregón Juan; Naturaleza del Fideicomiso en el
Derecho Mexicano, México, Jus. 1942.

Lepaulle Pierre; La Naturaleza del "trust", Editorial A. Mi-
jares y Hno. Impresores, México 1932.

Lepaulle Pierre; Tratado teórico y práctico de los trusts,
Editorial Porrúa, S. A., México 1975.

Molina Pasquel Roberto; Ensayo sobre la propiedad en el -

trust, Editorial Jus., México 1951.

Muñoz Luis; El Fideicomiso, Editorial Cárdenas, Editor y -
distribuidor, México 1980.

Peñaloza Santillán David; El fideicomiso Público Mexicano,
Editorial Cajica, S. A., Puebla, Méx. 1983.

Rodríguez Domínguez Humberto; El tratamiento fiscal de los
contratos de fideicomiso, fusión y sociedades, México, Do-
fiscal 1982.

Rojas Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil, Bienes,
Derechos Reales y Sucesiones; Editorial Antigua Librería Ro-
breo, México 1966.

Villagordoa Lozano José M.; Doctrinas general del fideicomiso,
Editorial Asociación de Banqueros de México, México 1976