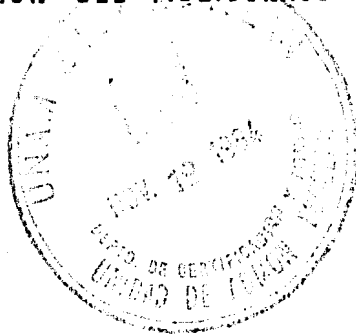


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

CAUSAS DE EXTINCION DEL FIDEICOMISO



T E S I S

QUE PRESENTA EL C.

Juan Ignacio Quesada Correa

PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

1 9 8 4



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

I N D I C E

	<u>PAG.</u>
NOTA PRELIMINAR.....	6

CAPITULO PRIMERO EVOLUCION HISTORICA

1. Hipótesis sobre el origen del fideicomiso.....	8
a) Derecho Romano.....	8
b) Derecho Germánico.....	14
c) Aborigen.....	17
ch) Indeterminado.....	18
2. Origen del Trust.....	18
3. Naturaleza y Concepto del Fideicomiso.....	23
4. Elementos del Fideicomiso.....	34
5. Expansión Internacional del Trust.....	46
6. Origen del Fideicomiso Mexicano.....	50

CAPITULO SEGUNDO

PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO MEXICANO

1. Primera utilización del Trust en México.....	53
2. Proyecto Limantour.....	56
3. Proyecto Creel.....	60

4.	Proyecto Vera Estañol.....	62
5.	Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.....	63
6.	Evolución Legislativa.....	65
7.	Fuentes de la Legislación.....	69
8.	Fundamentación Constitucional.....	70

CAPITULO TERCERO

EXTINCION DEL FIDEICOMISO POR CAUSALES NO PREVISTAS EN EL ARTICULO 357 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

1.	Renuncia del fideicomisario.....	77
2.	Expiración del término.....	80
3.	Destrucción de la cosa.....	81
4.	Cesación del derecho del fideicomitente.....	83
5.	Quiebra del patrimonio fideicomitado.....	84
6.	Confusión de calidades de Fiduciario y Fideicomisario con la Nacionalización de la Banca.....	94
	Conclusiones.....	99
	Bibliografía	101

NOTA PRELIMINAR

Causas de Extinción del Fideicomiso.

Se considera que este tema es interesante dentro de la profesión, por la inagotable variedad de aplicaciones que tiene el fideicomiso, así como para los fines para los cuales puede emplearse y que son tan ilimitados como puede serlo la imaginación. La idea del Fideicomiso, -- tiene todavía fuerza generadora y su elasticidad y adaptabilidad permiten augurarle una creciente capacidad de aplicaciones dentro de nuestro sistema Jurídico Mexicano.

La trascendencia básica que tiene el tema del fideicomiso, es la forma de disposición de bienes cuya flexibilidad extraordinaria permiten que las obligaciones y facultades puedan ser utilizadas para el logro de una ilimitada variedad de objetivos, entre los cuales de las más importantes se encuentran los que estabilizan financieramente al Estado, a través de empresas constituídas por fideicomisos que satisfacen necesidades de nuestra sociedad, en renglones tan importantes como el de vivienda, de asistencia social, alimentario, artístico, etc.

El fideicomiso se ha vinculado íntimamente a lo relacionado con los negocios de la vida moderna y a nuestro sistema Jurídico Nacional, por lo que resulta necesario realizar un estudio congruente a la realidad actual en los cambios que afectan al fideicomiso, como es, en el caso de la Nacionalización de la Banca, que teniendo la autorización de acuerdo con la Ley para fungir como Fiduciaria, al pasar a manos del Estado adquiere el mismo carácter de Fiduciaria y fideicomisario, presupuesto no aceptado por nuestra legislación vigente.

Resulta importante actualizar las causales de extinción del fideicomiso, no provistas por el legislador en el Artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tomando en consideración la naturaleza jurídica del mismo por lo que es necesario estudiar el fideicomiso Romano y el Trust Angloamericano para determinar el origen del fideicomiso Mexicano.

Por lo anteriormente expuesto resulta de vital importancia iniciar este trabajo con los antecedentes del fideicomiso.

CAPITULO PRIMERO
EVOLUCION HISTORICA

1. Hipótesis sobre el origen del fideicomiso.

A) Derecho Romano. En Roma existieron dos institucio--
nes que son antecedente del fideicomiso, los testamenta--
rios y la fiducia. En el primer caso tenemos que era una
súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario,
para que entregara determinados bienes a un fideicomisa--
rio⁽¹⁾. La forma normal que tomó en el Derecho Romano era
del fideicomiso mortis causa⁽²⁾. En el cual el fideicomi--
tente era el autor de la herencia; el fiduciario el here--
dero o legatario; y el fideicomisario, un tercero.

No siempre el fiduciario tenía que entregar inmedia--
tamente el objeto del fideicomiso. Podía mediar un inter--
valo de propiedad fiduciaria, durante el cual el fiducia--
rio gozaba del objeto en cuestión. Este intervalo podía
ser limitado por un término resolutorio o por una condi--
ción.

Tal fideicomiso se realizaba *vervis precarivis*⁽³⁾, --
con absoluta libertad de forma y contaba originalmente -

1. Floris Margadant, Guillermo.-El Derecho Privado Romano. México 1974. Editorial Esfinge, S.A., Quinta Edición. pág. 501.
2. *Idem.* pág. 501. ..
3. De precari, suplicar.

su base en la bona fides del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas. Servía para favorecer post mortem a personas que no tenían la testamenti factio passiva⁽⁴⁾ o para burlar la Lex Falcidia⁽⁵⁾.

Para muchos el dinero valía más que la buena reputación, y los fideicomisos quedaban, a menudo, sin cumplir. A causa de algunos escándalos provocados por fiduciarios deshonestos, Augusto (27 a de J.C.) encargó a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos, y desde Claudio, dos pretores especiales se ocuparon de -- las cuestiones fideicomisarias.

Después de este trasplante desde el campo de la moral del derecho, el fideicomiso sufrió en el curso del tiempo, como era natural, toda clase de restricciones, -- análogas a las que existieron con herencias y legados.

Así vemos que en tiempos de Vespaciano (69-79 d. de J.C.) se introdujo el principio de la Lex Falcidia en -- los fideicomisos (senadoconsulto Pegaciano), y que en -- las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron al fideicomiso. En tiempos de Adriano (227 d. de J.C.) los peregrinos y las personas inciertas, incapaces de recibir herencia y legados, fueron declara-

4. En el latín bárbaro del bajo Imperio, eran las personas que no tenían la capacidad de heredar.
5. Por esta Ley el heredero no podía ser constreñido a entregar legados por más -- del 75% del valor neto de la herencia.

dos incapaces de recibir fideicomisos. Y así, el fideicomiso perdió la elasticidad que los distinguió del legado o de la herencia. Pero no en forma total. En primer lugar, algunas personas que no tenían la testamenti factio passiva podían recibir fideicomisos, aun en tiempos del Bajo Imperio⁽⁶⁾.

El fideicomiso simple y puro de los romanos, fusionándose con los sistemas jurídicos Europeos, se transformó en el régimen de las substituciones fideicomisarias⁽⁷⁾, que desvirtuaron su primitiva naturaleza y lo condujeron a un sistema antieconómico e inconveniente del estancamiento de la riqueza inmobiliaria en poder de las familias aristocráticas o de las instituciones a quienes se llamó de manos muertas, porque al vincularse la propiedad raíz en un número determinado de personas quedaba en realidad fuera del comercio y del intercambio económico.

El heredero se convertía en un propietario (propietario fiduciario) del activo de la herencia hasta el momento obligado de la restitución al fideicomisario; por lo tanto, al mismo tiempo se violaba el principio de la perpetuidad de la propiedad.

El fiduciario tenía otras ventajas, como el uso y disfrute temporal del patrimonio hereditario, sólo res-

6. Floris Margadant. ob. cit. pág. 502.

7. Rabasa, Oscar.-El Derecho Angloamericano. México 1982. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición pág. 263.

pondía de la culpa in concreto y podía retener la cuarta Trebelliana⁽⁸⁾ en el momento de la restitutio. A veces, el fiduciario tenía inclusive el derecho de vivir a costa - de la herencia, de acuerdo con su rango social, entregando al fideicomisario, al morir o después de equis años o después del cumplimiento de una condición, únicamente el saldo.

El fideicomiso universal⁽⁹⁾ tenía una gran ventaja - en comparación con el legado universal: aquél podía transmitirse a título universal: éste nunca. El fideicomiso - particular se parecía al legado particular, aunque hubo diferencias, el fideicomiso gozaba de libertad de forma, mientras que el legado debía constar en un testamento.

Por otra parte el fideicomiso podía establecerse de un legatario o de otro fideicomisario, el legado no. Además el cumplimiento del fideicomiso se reclamaba de -- acuerdo con un procedimiento especial y moderno, mientras que el cumplimiento del legado debía reclamarse, primero ante un magistrado y luego ante un juez.

La diferencia procesal entre ambas figuras desapareció cuando, en época de Dioclesiano (siglo III), el sistema formulario cedió su lugar al procedimiento extraor-

8. Capacidad que Justiniano otorgaba al heredero-fiduciario para retener una cuarta parte de la herencia.

9. Floris Margadant, Guillermo. ob. cit. pág. 502.

dinario, Justiniano (527-565 d. de J.C.) con la unificación del derecho, declaró finalmente que equiparaba el fideicomiso particular al legado. Sin embargo esta afirmación era demasiado categórica. Aun bajo Justiniano, el fideicomiso continuó gozando de ciertas ventajas formales, no otorgadas al legado. El legado necesitaba un testamento como base, o un codicilo confirmado, mientras que el fideicomiso podía constar en un codicilo sin confirmar.

La Fiducia.

Generalmente se aceptó como concepto de fiducia, aquella *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación de quien la recibía, de *remancipar*⁽¹⁰⁾, o una *in jure cessio*⁽¹¹⁾, que se acompañaba de un *pactum fiduciae*, mediante el cual, el *accipiens*⁽¹²⁾, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens*⁽¹³⁾, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.

La fiducia pertenecía al tipo de los contratos reales, que se perfeccionaban con la entrega de la cosa ma-

10. Villagordoa Lozano, José M.-Doctrina General del Fideicomiso. México, 1962. -- Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición, pág. 2.
11. Pleito ficticio mediante el cual el actor adquiría la propiedad por la defectuosa defensa por parte del demandado.
12. La persona que recibe un pago, generalmente el acreedor.
13. La persona que transmite un bien o derecho.

teria del contrato, como era el mutuo el comodato, la prenda, el depósito y posteriormente la hipoteca. Más aun, se le ha considerado como una forma primitiva de la prenda o del comodato, cuando se realizaba para garantizar alguna obligación o única para conceder el uso o goce temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía.

Existieron dos formas de fiducia: la fiducia cum creditore y la fiducia cum amico⁽¹⁴⁾. La primera tuvo importancia preponderantemente, porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este tipo de fiducia operaba en la forma siguiente: el deudor garantizaba su adeudo mediante la transmisión de determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del pactum fiduciae, a rétrasmitirlos al deudor cuando el hubiere pagado su crédito. 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. En otras palabras, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aun cuando su valor excediera del importe de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor, y no como ocurre en el contrato de prenda, que nació --

14. Villagorda Lozano. ob. cit. pág. 2.

después de la fiducia. La fiducia cum amico, se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente en su provecho, una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del pactum fideiuciae, los retransmitía al tradens. Como se desprende de lo anterior la fiducia cum amico, se identificaba con el comodato que era un préstamo gratuito de uso.

En la última etapa del Derecho Romano, cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad (mancipatio in iure cessio) ⁽¹⁵⁾, el empleo de la fiducia se fue sustituyendo por otros contratos reales, que por el desarrollo tenido en esa época adoptaron formas más perfeccionadas como lo fue el comodato y la prenda o la hipoteca.

B) Derecho Germánico. Encontramos tres instituciones que son antecedente del fideicomiso; la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand ⁽¹⁶⁾ en sus distintos aspectos reglamentados por el antiguo y el nuevo derecho.

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 car-

15. Forma solemne de adquirir la propiedad entre los romanos.

16. Villagorda Lozano. ob. cit. pág. 4.

ta venditionis y al mismo tiempo se obliga al propio -- acreedor, con una contracarta, a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación.

Esta institución tiene gran semejanza con la fiducia cum creditore, pero al mismo tiempo se distingue de la institución romana en que la prenda inmobiliaria del Derecho Germánico sólo se extiende, a garantías que se establecen sobre bienes inmuebles como su propio nombre lo indica. Otra diferencia consiste en el requisito formal de la entrega de la carta venditionis y de la contra carta que se acompaña a la entrega del inmueble que constituye la garantía correspondiente.

La figura jurídica del manus fidelis tiene particular importancia en el desarrollo del Derecho Germánico - de las sucesiones porque se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposi ciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos.

Quien quería realizar una donación inter vivos o -- post obitum, transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado manus fidelis, mediante una carta venditionis. El manus fidelis inmediatamente después de

dicha transmisión —de ordinario el mismo día—, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho más amplio de goce sobre la cosa donada, para que durante su vida la disfrutara.

La persona que desempeñaba el cargo de manusfidelis siempre era escogida entre aquellas personas que formaba parte del clero, pues se requería una garantía de esta naturaleza porque la carta venditionis se redactaba en términos tan amplios e ilimitados que el manusfidelis podía disponer de los bienes transmitidos, aun en su propio provecho. Encontramos otra institución en Derecho Germánico, que también constituye un indiscutible antecedente del fideicomiso: el salman o treuhand, o sea las personas que desempeñaban el cargo de fiduciario. El Derecho Germánico ha definido genéricamente al salman como la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble del propietario original al adquirente definitivo. Estas funciones en parte coinciden y en parte se diferencian de aquellas que son propias del manus fidelis.

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 terce-

ro 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 aquél recibe sus poderes jurídicos. Los demás elementos de la relación no sufrieron alteración alguna y su principal función esta orientada para reforzar el derecho del adquirente definitivo.

C) Aborígen. Se le denomina de esta manera al origen del fideicomiso, que se inicia con el uso que nació para Maitland ⁽¹⁷⁾ de las reglas del Common Law relativas al mandato, en realidad un mandato carente de formalidades, utilizado en principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando la práctica fue extendida a los inmuebles, considerándose que el uso representaba una característica del derecho inmobiliario inglés poco después de la conquista de Guillermo de Normandía en 1066, de manera que, cuando el Canciller concede su protección al beneficiario de un uso, se limitaba a reconocer y dar efectos a una relación antigua, común y bien entendida. A juicio de Ames ⁽¹⁸⁾ el uso, es un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que la equidad actúa sobre la conciencia, estimaba que el Canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba en cierta forma por las antiguas acciones del Common Law.

17. Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica. México 1976, Editorial — Porrúa, S.A. Tercera Edición, pág. 36.

18. Idem. pág. 36.

CH) Indeterminado. Para Keeton nos dice Rodolfo Batiza, la concepción básica del uso aparece en diversos sistemas jurídicos aunque la práctica pueda mostrar diferencias en ciertos detalles; cuando determinadas personas se encuentran en la absoluta imposibilidad de gozar de las ventajas esenciales de la propiedad y otras tropiezan con dificultades o inconvenientes para ello, el jurista debe encontrar una solución, y así como el jurista romano de tiempos de Augusto desarrolló el fideicomiso, el jurista inglés de la Edad Media desarrolló el uso y buscó a un funcionario que lo protegiera. Potter⁽¹⁹⁾, estima que los esfuerzos para atribuir al uso orígenes precisos y definidos no toman en cuenta el desconocimiento -- prevaleciente de la primitiva jurisdicción del Canciller, y que en el acto de entregar bienes a una persona para que los emplee en beneficio de otra es inherente a la naturaleza humana, pudiendo observarse a diario, aun entre niños, inocentes de toda concepción jurídica.

2. Origen del Trust.

Algunos historiadores han intentado demostrar que el origen del trust se conectaba en el fideicomiso romano, en tanto que otros han pretendido ver su origen en el Treuhand o Salman⁽²⁰⁾ germánico. Si bien es probable -

19. Idem. pág. 36.

20. Lapeulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. México 1975, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. pág. 11.

que una y otra institución haya tenido cierta influencia, parece, sin embargo, que ninguna de las dos ha sido determinante, y que haya que buscar fuera del dominio jurídico el origen profundo del trust, en la época en que -- los primeros fueron creados, el poder central en Inglaterra, todavía joven y débil siente que dos fuerzas se le oponen; las congregaciones religiosas y los feudatarios. Para limitar las fuerzas de las primeras, utiliza la ley sobre mano muerta; para mantener los segundos bajo su imperio, confisca los bienes de los vasallos que toman las armas contra él.

A la fuerza hay que oponer la astucia; los monjes aconsejan secretamente a las almas piadosas y caritativas que hagan donaciones a terceros que se inician en favor de las congregaciones y los nobles, antes de emprender la guerra contra el señor soberano feudal, cede sus feudos a un amigo de confianza. Especulando si acaso tenían los monjes reminiscencias de los muy vagos estudios de derecho romano, así como el origen germánico de los nobles les hubiera dado la idea de hacer una falsificación del treuhand, así cuando el señor ha transmitido sus bienes a un amigo, ya no es nada, y lo sabe. No es al derecho a quien pide su protección, es a la amistad; no es por nada por lo que trust significa confianza. En todos los tiempos y en todos los países, los hombres han visto

más allá de las reglas jurídicas y a veces han confiado tanto más en una palabra de honor que en una obligación jurídica estricta. En una palabra, la base del trust no se encuentra en la eterna astucia de la interpósita persona: astucia tan rudimentaria como torpe, puesto que -- consistía en ponerse a merced de un hombre de paja, no -- en la astucia del jurista que se refugia en la ingeniosidad de una construcción técnica, sino en el último recurso de quienes buscan en la amistad la protección que el derecho se negaba a otorgarles.

Se comprende fácilmente, que el derecho no viera -- con buenos ojos una astucia que, por una parte, tenía el propósito de eludir sus preceptos y por otra parte, contradecía sus fundamentos, puesto que quien era propietario según el uso no era conforme al Common Law. Por lo -- tanto, el amigo, el feoffee to uses⁽²¹⁾ en quien se había colocado toda la confianza, sintiéndose protegido por la Ley, no siempre escuchaba la voz de la conciencia; en -- ocasiones se quedaba con todo, expoliando descaradamente a quien había confiado en él.

En tanto que la víctima, por su lado, también había querido expoliar ilegalmente a alguien, al fisco, al señor, a su mujer, etc. tenía que callarse. Pero el use no estaba sólo reservado al fraude, había casos, cada vez --

21. Lepaule, Pierre. ob. cit. pág. 17.

más numerosos, en que la gente daba sus bienes in use -- por razones perfectamente confesables; partida por un viaje a lejanas tierras, inexperiencia de la mujer, etc.

En tales casos, la víctima del feoffee to uses no tenía por que guardar silencio, protestaba contra la falta de honradez de su amigo. Esos escándalos crearon un movimiento de opinión en favor de las víctimas, pero no era posible dirigirse a los tribunales, puesto que encarnaban el Common Law, contradicho por el use. Era posible recurrir al Parlamento y eso se hizo efectivamente en -- 1402, pero al parecer sin ningún resultado. Ya sólo quedaba dirigirse al Rey, ello era posible pues el soberano era considerado como fuente de toda justicia, depositario de la misma que podía pronunciar sentencias conforme a su conciencia y de acuerdo con la equidad, sin atenderse a reglas técnicas. Siendo el Rey todopoderoso, podía delegar sus facultades y de hecho las delegaba en el Lord Canciller, "custodio de la conciencia del Rey", quien a su vez y ante la influencia de justiciables, hubo que delegarlas en multitud de asesores que acabaron siendo una jerarquía de magistrados. Dada la fuerza de la tradición y del precedente en Inglaterra, no tardaron estas sentencias de los magistrados en cristalizar la "conciencia del derecho" en una copiosa jurisprudencia. Es por lo que Pierre Lepaulle, siguiendo a Levy Ullmann⁽²²⁾ nos

22. Lepaulle, Pierre. ob. cit. pág. 14.

dice que la equity es "un cuerpo de reglas jurídicas que tienen por origen, no la costumbre ni la ley estricta, - sino los datos imperativos de la conciencia, reglas excepcionales deducidas y desarrolladas por ciertas Cortes de Justicia en especial, la de la Cancillería".

Era pues, natural que las víctimas del feoffee to -- uses infiel⁽²³⁾, se dirigiera a las cortes de equity, que teniendo en un principio libertad de juzgar conforme a la conciencia y a la equidad podían, si así lo deseaban, darles su apoyo. Después de vacilar por largo tiempo, se decidieron por fin a hacerlo en 1446. Los uses, con la ayuda de las cortes de equidad tomaron nuevo impulso. Pero el fraude se desarrolló parejamente de suerte que Enrique VIII se vio obligado a defenderse e hizo promulgar en 1536 el statute of uses.

El statute of uses no hizo pura y simplemente ilegales a los uses, sino que declaró que el beneficiario sería considerado como único y verdadero propietario y que quien anteriormente tenía tal carácter, el feoffee to use, sería en adelante ignorado en absoluto por el derecho. De este modo, el legislador respetaba la intención del donante o del comprador, del Rey, del Lord, de las mujeres y de los maridos, puesto que a partir de entonces habría un titular de la propiedad que obtendría todos los

23. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. México, 1982. Editorial Porrúa, S.A Tercera Edición pág. 141.

beneficios de la plena propiedad, pero quedaría sujeto a todas las obligaciones que acarrea. En cuanto al feoffee to use, desaparecía, puesto que no tenía ningún interés personal que hacer respetar. Sólo se cambiaron los nombres: el "use" se convirtió en "trust", el "feoffee to uses", en "trustee". El "cestui que uses" se tornó en "cestui que trust". El trust quedaba lanzado con un impulso irresistible e iba a desarrollarse a la vez en el terreno del derecho y en el de los hechos.

3. Naturaleza y Concepto de Fideicomiso.

Existen varios autores que analizan el fideicomiso con el fin de determinar su naturaleza jurídica, veremos de una forma breve y general algunas de las teorías más importantés, siendo éstas las siguientes:

La teoría del Mandato, teoría del Patrimonio de Afectación, Teoría del Fideicomiso como desdoblamiento del Derecho de Propiedad y teoría del Fideicomiso como negocio fiduciario.

Teoría del Fideicomiso Mandato.

Corresponde al Dr. Ricardo J. Alfaro⁽²⁴⁾ jurista panameño, haber pretendido por primera vez una adaptación --

24. Domínguez Martínez, Jorge A. ob. cit. pág. 145.

del trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana. Propuso que se hiciera mediante el fideicomiso, al que consideró una especie de mandato. Ciertamente, según Alfaro⁽²⁵⁾ como lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante".

No obstante lo anterior, el autor reconoce que el concepto simple de mandato no es suficiente para aplicársele al fideicomiso, pues en primer lugar aquél es revocable y éste lo contrario, además, en segundo, en el fideicomiso tiene lugar una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato⁽²⁶⁾.

Tenemos que esta teoría es criticada y rechazada en virtud de que en el mandato no hay afectación, el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario. El patrimonio fideicomitado 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 produ-

25. ob. cit. pág. 146.

26. Idem. pág. 146.

cido por el mandato, la situación que el fideicomiso crea para los bienes fideicomitidos discrepa bastante de la - del mandato.

Además, debido a lo anterior, 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 que se pretenda lograr con los fines señalados por él mismo.

El Lic. José Luis de la Peza ⁽²⁷⁾ se ha encargado de realizar la crítica al Dr. Alfaro y señala que "aun aceptando la posibilidad de un mandato irrevocable, ¿en dónde se acomodaría la figura del beneficiario?. No podemos decir que queda en el lugar de los terceros con quienes contrata el mandatario, pues éstos nunca tienen, por el sólo otorgamiento del mandato, derechos contra el mandatario; en cambio, el fideicomisario se convierte en el - acreedor del fiduciario, por la sola constitución del fi deicomiso".

Teoría del Patrimonio de Afectación.

Esta teoría trata al fideicomiso como un patrimonio que se afecta para un fin determinado. La transferencia

27. De la Peza, José Luis. Ensayo sobre el Patrimonio en Fideicomiso y la posibilidad de su Quiebra. México, 1976. pág. 11.

del dominio que hace el fideicomitente, no es en favor de una persona determinada, sino para que sea afectada y se consiga o se logre el fin para el cual fue constituido el fideicomiso. Esta afectación se lleva a cabo por una especie de desprendimiento de la propiedad semejante al usufructo en que se separa el derecho de usufructo con el de nuda propiedad. (28)

La anterior teoría tiene su principal falla en aceptar la existencia de un patrimonio sin titular, porque no puede existir derechos sin titular, como no habrá obligación sin obligado.

El Fideicomiso como desdoblamiento del Derecho de Propiedad.

Los lineamientos que prevalecen en la regulación legal llevada a cabo por la LTOC para el fideicomiso, le permiten contemplar a Lizardi Albarrán⁽²⁹⁾ la posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro.

Según opinión de este autor, 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 fideicomitados

28. Landerreche Obregón Juan. Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Revista Jus. pág. 196 y 197.

29. Domínguez Martínez Jorge A. ob. cit. pág. 156.

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.

Es jurídicamente insostenible la afirmación de derecho de propiedad admite desdoblarse; aseverar tal cosa va en contra de la naturaleza misma de ese derecho real, al tratarse "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."⁽³⁰⁾

Teoría del fideicomiso como Negocio Fiduciario.

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

En efecto, para Pugliatti⁽³¹⁾ por ejemplo, el negocio fiduciario es 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 destinados"; según

30. Domínguez Martínez. ob. cit. pág. 157.

31. Idem. pág. 165.

Barrera Graf ⁽³²⁾ por virtud del negocio fiduciario, "una persona transmite a otra ciertos 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 revertirlos a favor del transmitente"; y para Jordano Barea ⁽³³⁾ "El negocio fiduciario consiste en la transmisión de una cosa para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión".

En la celebración de un negocio fiduciario es necesaria la concurrencia de dos personas, a saber: la primera, titular de la cosa o derecho que es objeto de la trasmisión y la segunda, el adquirente de la misma y obligado a destinar lo transmitido a una finalidad determinada. El enajenante lleva el nombre de fiduciante y quien adquiere suele ser caracterizado como fiduciario.

El negocio fiduciario es en esencia un negocio no -reglamentado, ya que las necesidades cada día mayores en el campo de la contratación, no pueden satisfacerse en -ocasiones mediante las formas típicas de los contratos.

Consideramos que el fideicomiso mexicano, no es un negocio fiduciario, ya que el primero requiere la intervención de tres partes, mientras que en el segundo caso

32. Idem. pág. 166.

33. Idem. pág. 166.

sólo es necesario la presencia de dos sujetos, fiduciante y fiduciario.

Así Hernández⁽³⁴⁾ señala las siguientes diferencias:

- a) El negocio fiduciario es secreto y el fideicomiso, tratándose de bienes inmuebles, es público, al requerir ser inscrito en el registro de la propiedad.
- b) El negocio fiduciario es ilícito mientras que el fideicomiso debe tener un fin lícito.
- c) El negocio fiduciario carece de reglamentación legal y el fideicomiso cuenta con ella, y
- d) El negocio fiduciario puede ser parte cualquier persona contrariamente a lo acontecido en tratándose del fideicomiso, pues sólo una institución de crédito puede ser fiduciaria.

En base a las anteriores teorías se ha venido sintiendo en nuestro medio la necesidad de definir con más precisión la naturaleza del fideicomiso y de incorporarse en su regulación legislativa las enseñanzas de la práctica. Al no existir la determinación jurídica de la naturaleza del fideicomiso, proponemos la siguiente: Tomando como base los artículos 346 y 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, éste último copia del artículo 18 del Proyecto Alfaro, y siguiendo el espíritu del mismo, es, ni más ni menos, un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deba dar cada una de las partes, claro está que se trata de un convenio sui generis que tiene diferencias

34. Idem. pág. 180.

notables, con la mayoría de los contratos sinalagmáticos definidos por el Código Civil, produciendo entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, característica esencial de los contratos.

En la exposición de motivos de la Ley ⁽³⁵⁾ a las operaciones de crédito, el legislador reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, señalando que no es una necesidad analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas "formas contractuales" y que no se limitan, por supuesto, las formas particulares de "contratación", aparte que aludiendo al fideicomiso expreso, afirmaba que puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la "contratación".

Asimismo el fideicomiso encuadra en el concepto de contrato del artículo 1793 del Código Civil, que señala "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". Es evidente en el caso del fideicomiso que producen o transfieren obligaciones y derechos.

Considerando al fideicomiso un contrato vemos que también tiene elementos de existencia y requisitos de va

35. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932. Exposición de Motivos que se publicó en el Diario Oficial del 27 de agosto del mismo año.

lidez, como los demás contratos, en el primer caso vemos que cumple con el consentimiento objeto y solemnidad.

El consentimiento nos dice Gutiérrez y González⁽³⁶⁾ "es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior", o en una forma más amplia, que sirve para el contrato y el convenio "es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de derecho, -- siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior". Al ser el fideicomiso un contrato vemos que es importante el acuerdo de voluntades para producir derechos y obligaciones recíprocas.

En el caso del fideicomiso testamentario, en que algunos tratadistas como Cervantes Ahumada y Arrechea Alvarez pretenden ver la unilateralidad para la creación del fideicomiso y que toman como base el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento...", tenemos que el testador no ha creado un fideicomiso sino una expectativa del mismo, que deberá aceptar el fiduciario para que pueda tener existencia, ya que cuando la fiduciaria no acepta, no cesara el fideicomiso, como lo indica el artículo

36. Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. México 1974. Editorial José M. Cajica Jr., S.A. Quinta Edición. pág. 207.

350 en su párrafo final de la citada ley, en virtud de ser indispensable la concurrencia de voluntades entre el testador y la institución fiduciaria pues de lo contrario no es posible su existencia, en consecuencia será inexistente.

Siguiendo el mismo orden de ideas tenemos que en la constitución del fideicomiso el beneficiario y las demás partes, adquieren obligaciones y derechos recíprocos, -- cuando el fideicomisario rechaza los beneficios del "fideicomiso" y no tiene substitutos el fideicomiso no ha creado efectos jurídicos entre las partes y al faltar le los elementos esenciales de existencia, como es el -- consentimiento entre los contratantes debe declararse in existente.

Como lo afirmamos anteriormente, la manifestación de voluntad, o el consentimiento en su caso, primer elemento esencial del contrato, se proponen un objeto, que es el nacimiento de efectos jurídicos, los cuales consisten en la creación, trasmisión, modificación o extinción de relaciones y estados jurídicos.

Ahora bien, de los estudios realizados por la doctrina en relación al segundo elemento esencial de los -- contratos, Gutiérrez y González ⁽³⁷⁾ nos dice que "El voca

37. ob. cit. pág. 228 y 229.

blo objeto tiene tres significados a propósito de la materia contractual:

1. Objeto directo del contrato, que es el crear y transmitir derechos y obligaciones. A él se refiere el artículo 1793 del Código Civil.
2. Objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres maneras: a) de dar; b) de hacer y c) de no hacer. A este objeto se refiere el artículo 1924 de la ley citada.
3. Finalmente se considera también objeto del contrato por el Código, la cosa material que la persona deba entregar".

Del contrato de fideicomiso se desprende que el objeto directo del mismo es el crear y transmitir derechos y obligaciones. En el objeto indirecto del contrato de fideicomiso encontramos que el fiduciario debe de dar, hacer o no hacer en favor del fideicomiso. Asimismo el fideicomitente tiene la obligación de enajenar en favor del fiduciario la cosa materia del contrato para que éste realice los fines estipulados en el mismo en favor del fideicomisario.

El fideicomiso cumple también con la formalidad que es característica de los contratos, y que al particular nos dice Rojina Villegas que: "los actos solemnes son -- aquellos en que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple"⁽³⁸⁾. En el caso del fideicomiso precisamente se requiere que se realice por escrito, ante notario público y se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio entratándose de bienes inmuebles.

En base a lo anterior se propone la siguiente definición: El fideicomiso es un contrato tripartito, en virtud del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien esta obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos de acuerdo únicamente con las estipulaciones pactadas en el contrato y en beneficio del fideicomisario.

4. Elementos del Fideicomiso.

De la definición anterior obtenemos los elementos del fideicomiso que podemos agruparlos en la siguiente forma:

38. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. México 1966. Editorial - Antigua Librería Robredo. Segunda Edición. pág. 138 y s.

Personas.- En el fideicomiso intervienen tres personas; el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, -- que son parte en el contrato.

Objeto o Materia.- Es el conjunto de los bienes o derechos que el fideicomitente trasmite al fiduciario para la realización de los fines estipulados en el contrato. Pueden ser materia del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con la única limitación de que los bienes estén dentro del comercio y los derechos pueden ser trasmitados.

Acuerdo de Voluntades o Consentimiento.- Debe existir el acuerdo de crear un fideicomiso tanto por parte del fideicomitente, como del fiduciario y a su tiempo la del fideicomisario.

Fines.- Los fines del fideicomiso los determina el fideicomitente en favor del fiduciario para beneficio de un tercero que es el fideicomisario, pudiendo ser ilimitados o limitados, con tal de que sean lícitos, posibles y determinados, así como la retribución que le corresponde al fiduciario.

Forma.- El artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos señala que "el fideicomiso -

deberá siempre constar por escrito y sujetarse a los términos de la legislación común sobre trasmisión de los derechos..." y el Código Civil establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento excepto - aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley", cosa que sucede con el fideicomiso al señalar la - LGTOC, que los fideicomisos deberán siempre constar por escrito. El artículo 78 de la Ley de Notariado para el - Distrito Federal, en concordancia con el artículo 352 de la ley referida, señala que "deberan llevarse a cabo en escritura pública cuando el valor convencional de los -- bienes exceda de treinta mil pesos, debiendo ser inscritos en todo caso en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad.

Fideicomitente.- Es la persona que destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, - transmitiendo la titularidad al fiduciario.

Personas que pueden ser Fideicomitentes.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su artículo 359 que pueden ser fideicomitentes "las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria de hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, con-

servación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o las personas - que éstas designen".

Derechos y Facultades del Fideicomitente.- Los derechos del fideicomitente pueden quedar como sigue:

- a) Señalar los fines del fideicomiso (artículo 346 de la LGTOC).
- b) Designar los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario (artículo segundo párrafo y 350, tercer párrafo de la -- LGTOC).
- c) Reservarse determinados derechos sobre la materia - del fideicomiso (artículo 351 de la LGTOC).
- ch) Prever la formación de un Comité Técnico o de dis-- tribución de fondos, para dar reglas de su funciona-- miento y fijar sus facultades (artículo 45 fracción IV, párrafo tercero de la LGICOA).
- d) Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obliga-- ción que tiene de rendir cuentas de su gestión, cuan-- do se haya reservado expresamente este derecho en -

el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo (segundo párrafo del artículo 138 de la LGICOA).

- e) En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho (artículo 1837 del Código Civil). En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento correspondiente de los daños y perjuicios causados (artículo 1949).

Obligaciones del Fideicomitente.- La principal obligación del fideicomitente consiste en transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. Esta obligación la fundamos en el artículo 346 LGTOC. Así, el fideicomitente está obligado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.

Fiduciario.- Es la institución que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

Personas que pueden ser Fiduciarios.- De conformidad -- con lo establecido en el artículo 350 de la LGTOC, la facultad de desempeñar el cargo de fiduciario, es privativa de las instituciones expresamente autorizadas por la LGICOA. Esta ley en su artículo segundo, párrafo cuarto establece que para la realización de las operaciones fiduciarias se requiere "concesión" del Gobierno Federal; en esta misma ley, en su artículo 44 inciso a), agrega -- que las instituciones fiduciarias están autorizadas para practicar las operaciones del contrato de fideicomiso a que se refiere la LGTOC. Con la nacionalización de la -- banca dice el decreto respectivo ⁽³⁹⁾ termina la "concesión" a los particulares, para incorporar el servicio directamente a la nación.

Derechos y Obligaciones del Fiduciario.- Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, diremos que el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercitarlos para lograr los fines del fideicomiso. Las obligaciones del fiduciario pueden ser: de hacer, de dar y de no hacer. Dentro de las obligaciones de hacer, se encuentran primordialmente las de ejecutar los fines del fideicomiso; por lo que se refiere a las obligaciones de dar, pueden consistir en pagar al o las fideicomisarios y por último, las obligaciones de no hacer, comprenden --

39. Decreto que nacionaliza los bancos privados del país publicado el día 1º de septiembre de 1982 en el Diario Oficial de la Federación.

las de abstenerse, de no hacer mal uso de los derechos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que le confieren ⁽⁴⁰⁾.

El artículo 356 de la vigente LGTOC, establece las reglas generales para el desempeño del cargo por parte del fiduciario y que Rodríguez y Rodríguez, las resume en la siguiente forma:

- a) Es esencial que el fiduciario adquiriera 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 fiduciario como dueño puede disponer de dichos bienes.
- b) El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate.
- c) El fiduciario atiende al desempeño del fideicomiso por medio de uno o más (delegados fiduciarios), designados al efecto, de cuyos actos responde directamente e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en

40. Molina Pasquel, Roberto. Los derechos del fideicomisario. México. Editorial Porrúa, S.A. pág. 179.

que puede haber incurrido el delegado (artículo 45 fracción IV de la LGICOA).

- d) El fiduciario asume la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material ⁽⁴¹⁾.

Los derechos y obligaciones del fiduciario se pueden precisar en cada caso concreto teniendo en cuenta, - por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y de rechos que constituyen la materia del fideicomiso y por otra, los fines que persigan con dicha operación. No son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles, que cuando únicamente se afectan derechos personales del fideicomitente. El fiduciario no asume las mismas obligaciones en un fideicomiso de garantía, que en un fideicomiso que tenga como fin liquidar el pasivo de una persona determinada. En el primer caso, el fiduciario puede vender los bienes fideicomitidos únicamente en el supuesto de que el fideicomitente deudor deje de cumplir con la obligación principal garantizada a través del fideicomiso correspondiente; en cambio en el fideicomiso para liquidación de pasivo, debe establecerse desde un principio, que el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicomitidos, para que consu producto se pague a los acree

41. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. ob. cit. pág. 538.

dores del fideicomitente en las proporciones que corresponda.

Si por la complejidad de los fines del fideicomiso se requiere de un cuerpo colegiado que tome las decisiones correspondientes en cuanto a la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, entonces el fideicomitente establece un comité técnico o de distribución de fondos, en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas; en este último caso con el consentimiento del fideicomisario de acuerdo con el artículo 45 fracción IV de la ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, señalándose las facultades del mismo en que la mayoría de los casos coinciden con las correspondientes a los consejos de administración de las sociedades mercantiles. En esta forma el fiduciario, cuando actúa sujetándose a las decisiones tomadas por el comité técnico o de distribución de fondos, quedará libre de toda responsabilidad.

Fideicomisario.- Es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

Requisitos para que una persona sea designada Fideicomisario.- Según el artículo 348 de la LGTOC, pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que ten

gan capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso, y declara nulo el fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario, en cuya virtud, éste no puede tener el carácter de fideicomisario.

Derechos del fideicomisario.- Los podemos agrupar en la siguiente forma:

a) Los derechos que a su favor se deriven del acto -- constitutivo del fideicomiso.

b) Exigir a la institución fiduciaria, el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Dentro de este derecho encontramos otras facultades que se derivan en favor del fideicomisario:

Exigir al fiduciario aviso dentro de las cuarenta y ocho horas sobre: Las operaciones de inversión, adquisición y sustitución de los bienes fideicomitados; La percepción de rentas, frutos o productos de liquidación; y los pagos que se hagan con cargo al patrimonio fideicomitado.

Salvo disposición expresa del fideicomitente, o que no proceda por otra causa, podrá:

Exigir la responsabilidad civil al fiduciario, causada por la violación del secreto propio del fideicomiso, salvo que la revelación se haga a la autoridad

- dad en juicio en que el fideicomitente o fideicomisario sean partes; Pedir cuentas al fiduciario; exigir la responsabilidad en general a la institución fiduciaria; y solicitar la remoción de la institución fiduciaria.
- c) Atacar la validez de los actos que la institución - fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe.
- ch) Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que el acto constitutivo o la ley confieren.
- d) Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio del fideicomiso.
- e) Elegir institución fiduciaria:
- Cuando ésta renunciare;
 - Fuera removida; y
 - Si en el acto constitutivo no fuere designada.
- f) Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico o de distribución de fondos.

g) El fideicomisario puede tener otros derechos y sus correlativas acciones que no se pueden determinar previamente, sino que resultan de la situación legal en que lo coloque la ejecución del fideicomiso.

Los derechos del fideicomisario que hemos enunciado se encuentran expresamente contenidos en los artículos - 350, 355 y 356 de la LGTOC, y en los artículos 45, fracciones IV, IX y X y 138 de la LGICOA, en vigor ⁽⁴²⁾.

Obligaciones del fideicomisario.- Para establecer las obligaciones del fideicomisario debemos hacer las siguientes distinciones:

- a) Cuando se trata de fideicomisos que encierran una causa donandi, ya sea en vida del fideicomitente o después de su muerte;
- b) Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución obedece a establecer una contraprestación a favor del fideicomitente, por la enajenación que realiza al fiduciario, en provecho del fideicomisario.

En el primer grupo el fideicomisario únicamente tiene el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso, y en ningún caso se establecen obligaciones a su cargo,

42. Molina Pasquel, Roberto. ob. cit. 155 y 156.

como contraprestación en favor del fideicomitente.

En el segundo grupo el fideicomisario está obligado a realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo.

5. Expansión Internacional del trust.

Su adaptación a los sistemas romanista, hacía la observación Lepaulle de que el trust, antes de la Primera Guerra Mundial, rara vez salvaba las fronteras de los países anglosajones⁽⁴³⁾ y expresaba que el creciente contacto con dichos países, unido a su ascendiente en cuestiones financieras y mercantiles después de esa guerra, había conducido en la práctica a una cierta familiaridad con los aspectos técnicos del trust. Lo mismo que a diversas tentativas para establecer y popularizar en la Europa Continental esquemas que le eran vagamente similares, en orden doctrinario, ya desde el año de 1882 un autor francés Glasson, había expuesto la evolución histórica y algunos principios del trust⁽⁴⁴⁾ por más que su descripción adoleciera de limitaciones por cuanto al significado y alcance de la institución. Años después, 1896, Van Hall proponía en Holanda la adopción del trust mediante reforma al Código Civil, y en 1904, Preston reco-

43. Lepaulle, Pierre. ob. cit. Introducción pág. 1.

44. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 75.

, mendaba para Francia la implantación de las "trust compa
ñyes".

No puede menos que sorprender que una institución - de la antigüedad y la excepcional utilidad práctica del trust sólo haya venido a suscitar el interés de los ju-- ristas formados en la tradición del derecho romano hasta época tan tardía. La explicación bien puede encontrarse en el elevado prestigio de las instituciones de derecho público anglosajón que opacaban a las de su derecho pri-- vado, y sobre todo a la indiferencia de dichos juristas hacia el Cammon Law, por el convencimiento de que ese -- sistema no podía enseñar nada nuevo a los herederos de - la "razón escrita". De ahí esa actitud de falta de curio-- sidad, a la que se añadía la barrera del lenguaje compli-- cada con diferencias conceptuales y terminológicas y por la creencia errónea de que el trust era sólo un instru-- mento para vincular la circulación de los bienes, res-- bio feudal superado hacía mucho por las leyes más libera-- les de la Europa Continental. Pero el trust ha venido im-- poniéndose por méritos propios y ha trascendido las fron-- teras de su tierra de origen y las de los países del Common Law para ser acogido en los de derecho codificado. La fuerza interna de expansión del trust permite augurar-- le, con el tiempo, su reconocimiento como institución -- prácticamente universal.

Corresponde a México el haber iniciado, hace más de medio siglo, la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del trust. En efecto, a fines -- del año de 1905, el entonces Secretario de Hacienda Sr. José Y. Limantour, envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la Ley cuya virtud pudiera constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios", que no llegó a aprobarse.

El segundo esfuerzo se realiza en Panamá en 1920 -- con el Proyecto del Doctor Alfaro, más completo y sistematico que el anterior, sancionado como ley cinco años -- más tarde, posteriormente en Puerto Rico (1928). A partir de entonces, ha sido Hispanoamérica el suelo más fértil de la adopción del trust. Como resultado de otra influencia, la derivada de la Misión Kemmerer, sucesivamente lo implantaron como función bancaria (comisiones u -- operaciones de confianza, mandatos), Colombia en julio de 1923⁽⁴⁵⁾, Chile en septiembre de 1925⁽⁴⁶⁾, Bolivia en julio de 1928, pero con suspenso hasta 1955⁽⁴⁷⁾ y Perú en mayo de 1931⁽⁴⁸⁾, quizá influidos por el ejemplo, pero en

45. Ley sobre Establecimientos Bancarios No. 45 del 16 de julio de 1923, según Batiza. ob. cit. pág. 77.
46. Decreto de Ley No. 559 de 26 de septiembre de 1925, Diario Oficial de la misma fecha. Batiza. ob. cit. pág. 77.
47. Ley General de Bancos No. 608 de 11 de julio de 1928. Batiza. ob. cit. pág. 77.
48. Ley de Bancos. Decreto de Ley No. 7159 de 23 de mayo de 1931. según Batiza. ob. cit. pág. 77.

forma independiente, han reconocido versiones del trust los siguientes países: Costa Rica en noviembre de 1937, Venezuela enero de 1940, abrogada por una nueva ley, Nicaragua en octubre de 1940, Guatemala en diciembre de -- 1946, Ecuador en agosto de 1948, y Honduras en febrero de 1950.

En Europa en cambio, la recepción legislativa del trust ha tropezado con resistencias. Sólo en Lienchetens tein, en enero de 1926, ha dictado leyes en la materia. En el extremo Oriental, Japón lo hizo desde el año de -- 1922 y las Filipinas en 1949⁽⁴⁹⁾.

La adaptación del trust a los sistemas romanistas ha suscitado dos corrientes opuestas: una que sostiene no haber dificultades para lograrla y otra que la estima en cierto modo imposible. Ya desde el proyecto Limantour se reconocía que la implantación de las funciones a cargo de las instituciones fideicomisarias requería modificaciones en las legislaciones Civiles, Mercantil y de -- Procedimientos, y en la Convención Bancaria de 1924 el Sr. Enrique C. Creel afirmaba que para generalizar esa clase de operaciones en México se necesitarían años y -- que habría que reformar nuestras leyes introduciendo -- aquellas que rigen las instituciones de fideicomiso, que en muchos casos chocan con las de origen latino⁽⁵⁰⁾.

49. Ley No. 386 de 1949, incorporada en el Código Civil, según Batiza. ob. cit. - pág. 78.

50. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 78.

En la adaptación de versiones del trust a los sistemas de tradición de derecho romano, de seguro no se lograría una traslación perfecta de la institución inglesa en toda su integridad y madurez: en el orden jurídico, - faltará, desde luego, el antecedente básico de la distinción entre equidad y derecho estricto, así como el cuerpo jurisprudencial que se ha venido elaborando lentamente durante varios siglos, y es evidente que esa complejidad de elementos no puede incorporarse en una ley, por buena que sea, sin afectar sus características esenciales de generalidad y concisión; en el orden psicológico y económico, se hecharán de menos los hábitos tradicionales, la atmósfera intangible que permea la vida de una colectividad, además de la estructura financiera de una sociedad industrial que ha llegado a su pleno desarrollo.

Aun con estas limitaciones, la adopción del trust - en los sistemas que han permanecido, al margen del movimiento se justificará con creces. La realidad elocuente de México, donde el fideicomiso ha prestado servicios incontables, así lo demuestra.

6. Conclusión del origen del Fideicomiso Mexicano.

El fideicomiso mexicano tiene su antecedente en el

trust anglosajón, y sostenemos este criterio en virtud - de que el fideicomiso romano estaba estrechamente limitado a disposiciones testamentarias y a los bienes de una herencia únicamente, los legisladores mexicanos tuvieron que importar a México la institución del trust o fideicomiso angloamericano, por medio de la Ley de Instituciones de Crédito de 1926, substituída por la de 1932, de - manera que se hizo extensivo dentro del régimen jurídico mexicano el más práctico y amplio sistema anglosajón aun cuando mucho más restringido que el modelo mismo.

Así como los romanos crearon el fideicomiso originalmente como subterfugio para eludir las restricciones de la ley en materia de sucesiones, los ingleses inventaron el "uso" o trust primitivamente como medio de evadir muchas de las prohibiciones, nulidades y cargas impuestas por sus viejas leyes. Con la diferencia fundamental, sin embargo, de que en tanto que los romanos limitaron - el empleo de ficción jurídica, para que los testadores pudieran transmitir los bienes de una herencia a quienes -- las leyes incapacitaban para heredarlos por testamento, y en el último grado para instituir herederos sucesivos, los ingleses, en cambio, usaron desde un principio la -- institución creada por ellos para eludir numerosas restricciones e inconvenientes resultante del derecho positivo de esa época. De ahí que, si el fideicomiso romano

prácticamente se extinguió, cuando desaparecieron las antiguas restricciones del derecho hereditario a las cuales debio su origen, por el contrario el trust anglosajón, una vez depurado de algunos de sus vicios de origen perduró en el derecho angloamericano, de tal manera en la actualidad es una de las instituciones jurídicas más útiles y que tiene más aplicación práctica casi ilimitada.

CAPITULO SEGUNDO

PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

1. Primera utilización del trust en México.

Merece citarse, en primer lugar, el estudio sobre los instrumentos del trust y los Ferrocarriles Nacionales, de Don Emilio Velasco. Afirmando nosotros que, -- gracias al esfuerzo de él, pudo lograrse que la institución anglosajona se aplicara en nuestro medio, valiéndose de técnicas nuestras, y que el financiamiento extranjero de nuestros ferrocarriles, para la construcción -- primero y su nacionalización después, fueron los primeros antecedentes de la utilización del trust. En la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México 1932, Tomo III, páginas 383 y siguientes ⁽¹⁾. En él asienta: "El desarrollo material de la República Mexicana ha exigido la inversión de cuantiosos capitales que casi en su totalidad han sido traídos del extranjero, especialmente de los Estados Unidos y de Inglaterra. La forma que ha tomado la mayoría de esas inversiones es la de bonos hipotecarios, forma particularmente empleada pa-

1. Lepaulle, Pierre. ob. cit. págs. VII y sigs. Antecedentes Doctrinarios.

ra reunir los fondos que requería la construcción de los ferrocarriles. El estudio pues, de las cuestiones jurídicas sobre las hipotecas que se constituyen en ferrocarriles, ofrecen, en las relaciones jurídicas internacionales de la República Mexicana, una importancia excepcional. Después de señalar las cuestiones relativas a la aplicación de las leyes extranjeras y de nuestro derecho legislado en esta materia, asienta; "Bajo el nombre de trust (fideicomiso), se comprende un contrato complejo que siendo descompuesto en sus varios elementos y comparado con la ley mexicana origina un contrato de préstamo, un mandato y una hipoteca. El contrato de trust se otorga entre la compañía de ferrocarril llamada trustee. Este último no contrata por su cuenta ni para su beneficio sino por cuenta y para beneficio de los futuros tomadores de las obligaciones. Su misión es cuidar y vigilar los intereses de los obligacionistas y esta misión se ejerce desde que se intenta otorgar el contrato de trust ...". Fijadas las condiciones de préstamo, "el público, al proponérseles las obligaciones, decidirá si él acepta o no acepta esas condiciones. El préstamo pues, contenido en el contrato de trust es un contrato entre la compañía del ferrocarril y los tenedores de las obligaciones, pero estas obligaciones son títulos cuya propiedad se transmite con rapidez, cuyos propietarios cambian de día en día. Además de este elemento movable con el cual no

es posible que la compañía tenga relaciones jurídicas di
rectas, se necesita otro elemento fijo y permanente con
el cual se mantengan relaciones jurídicas a que da lugar
el contrato, que funcione y proceda en nombre y representación
y para la protección de los tenedores de obligaci
ones. Este elemento es el trustee y la parte del contr
ato a virtud de la cual él gestiona o funciona en repr
esentación de los obligacionistas, calificada conforme
a la ley mexicana, constituye un mandato. Pero es un mand
ato que tiene ciertas formas especiales y que lo hacen
diferir del mandato de derecho civil.

Podemos en resumen decir que, conforme al juriscons
ulto citado, en el esfuerzo de adaptación y de inteligencia
de una institución extranjera en relación con nuestr
o derecho, logrado con tanta perspicacia y habilidad -
pueden destacarse los siguientes conceptos: la confianza
en el trustee como esencia del trust, la trasmisión de -
bienes al trustee en forma de propiedad fiduciaria o legal;
las limitaciones que esos conceptos implican, la repr
esentación que el trustee tiene respecto de los obligaci
onistas. Es claro que lo anterior no significa, ni que
el autor citado haya penetrado cabalmente en los lineam
ientos constitutivos del trust, ni menos aún, que la --
institución quede equiparada, aunque sea parcialmente a
otras reconocidas por nuestro sistema jurídico. Queda en

pie, sin embargo, como un apreciablesimo esfuerzo de investigación científica y un primer hito de nuestros antecedentes doctrinarios en esta materia⁽²⁾.

2. Proyecto Limantour.

Con fecha 21 de noviembre de 1905⁽³⁾ el entonces Secretario de Hacienda, Sr. Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una "iniciativa -- que faculta al Ejecutivo para que expida la ley cuya virtud pueden constituirse en la República instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios"⁽⁴⁾, de la cual era autor el Lic. Jorge Vera Estañol. El proyecto de ley venía precedido de -- una explicación, especie de Exposición de Motivos, en la que se explicaba que para quienes segúan de cerca el giro y desenvolvimiento que en nuestro país ha tomado los negocios comerciales, no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales que en los países -- anglosajones se denominan trust companyes o compañías fideicomisarias, cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tienen interés directo sino que obran como simples intermediarios, ejecutando imparcialmente actos y operaciones en benefi-

2. Lapeulle, Pierre. ob. cit. Antecedentes Doctrinarios. pág. VII.

3. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 98.

4. Idem. pág. 98.

cio de las partes interesadas o terceras personas. La --
función genuina de estas instituciones es siempre la mis-
ma; interponer su mediación para asegurar el cumplimien-
to futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y térmi-
nos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo
de un contrato o de un acto, función que puede desempe-
ñarse, como lo es, por individuos particulares; sin em-
bargo, pasa respecto de ellos lo que acontece respecto a
la función de crédito que aun cuando pueda ser objeto de
los actos de individuos particulares, desde el momento -
en que se trata de organizar instituciones especiales --
que sistemáticamente sirvan de intermediación del crédi-
to, se hace necesaria una reglamentación especial cuyo -
objeto es la garantía y protección de los bienes e inte-
reses confiados a esas instituciones.

Agregaba que las relaciones cada vez más estrechas
entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos
de América, la afluencia de capitales de ese país hacia
el nuestro para desarrollar toda clase de empresas, así
como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de --
transacciones en nuestra actividad general, han hecho --
sentir al Poder Público la necesidad de incorporarse en
nuestra legislación la institución que tan favorables re-
sultados y tan incontables servicios presta a los Esta-
dos Unidos y en otros países, necesidad a la cual respon

de la iniciativa que por acuerdo del Presidente de la República se sometía a la consideración de la Cámara. La explicación introductoria terminaba manifestando que la Secretaría de Hacienda había estudiado las bases consignadas en el proyecto de ley que, de merecer la sanción del Poder Legislativo, permitirían al gobierno expedir un decreto autorizando la creación de compañías fideicomisarias que bajo una rigurosa inspección, podrán prestar importantísimos servicios al público. A la vez, concluía, la ley que se trata de expedir consignará los principios fundamentales del fideicomiso en su más amplia aceptación respetando, sin embargo, aquellos otros principios de nuestro derecho público encaminados a impedir el estancamiento de la riqueza general, único peligro que puede tener el fideicomiso en algunas de sus aplicaciones.

El Proyecto de ley constaba de ocho artículos y disponía que el fideicomiso para el cual se autorizará la creación de dichas instituciones podrá consistir: I.- En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o todas las partes en ese contrato, o de un tercero, o para hacer efectivo los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal

del mismo; II.- En el encargo hecho al fideicomisario, - por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a -- cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos, - (artículo 2). El fideicomiso importará un derecho 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 (artículo 3). Para que una institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda (artículo 4). En las concesiones que se otorguen para el establecimiento de instituciones fideicomisarias, se podrá autorizar a éstas a ejecutar los actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales (artículo 5). La ley fijará los términos en que las compañías deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios conforme a los cuales habrá de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del público (artículo 6). Podrán concederse exensiones especiales y privilegios especiales en materia de impuestos a dichas compañías o instituciones y a las operaciones -

que éstas ejecuten, los requisitos que establezca la ley (artículo 7). Se faculta igualmente al Ejecutivo para -- que modifique la legislación civil, mercantil y de procedimientos en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizadas a ejecutar (artículo 8).

A pesar de que se dió cuenta con el proyecto en la sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fué enviado el proyecto y de que se turnó a las Comisiones unidas primera de Justicia y segunda de Hacienda, nunca llegó a discutirse. Aunque dicho proyecto Limantour no haya adquirido la categoría de ley, tiene el mérito singular de constituir el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el trust a un sistema de tradición romanista (5).

Analizando el proyecto Limantour nos damos cuenta que no hacía mención acerca de la extinción del fideicomiso.

3. Proyecto Creel.

En 1924 revive el movimiento iniciado por el proyec

5. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 101.

to Limantour algo más de diez y ocho años antes. Transcurrida la agitada época revolucionaria, el país entraba en una etapa constructiva, más favorable para la recepción de esa clase de ideas. En la Convención Bancaria celebrada en febrero del año citado, el Sr. Enrique C. Creel - expuso que se había iniciado en la República la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros y que siendo, autor del proyecto, se consideraba en el deber de dar algunos informes acerca del funcionamiento de estas compañías en los Estados Unidos, refiriéndose, más que a los textos de la Ley, al procedimiento seguido en la práctica, a lo que él había visto y observado en aquel país durante nueve años. Indicó el Sr. Creel que la principal de las operaciones que celebran en esos bancos y que es característica de las compañías de fideicomiso, consistente en la aceptación de hipotecas, y más que de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc., y que otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso los bienes de las viudas, de los huérfanos y niños y es así como los bienes, muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio. El Sr. Creel proponía diez y siete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir la ley general.

Este proyecto Creel no hacía mención a la extinción del fideicomiso ⁽⁶⁾.

4. Proyecto Vera Estañol.

El Lic. 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. En los artículos referentes a la extinción - del fideicomiso, se mencionaba lo siguiente:

El fideicomiso se extinguirá:

- A) Cuando hubiere muerto el beneficiario y sus sucesores, o hubiere expirado el plazo de treinta años. Al concluir el término fijado en la constitución -- del fideicomiso, es incuestionable que éste también se extinga.

- B) Cuando las cosas objeto del fideicomiso se extin-- guieran o destruyeren sin culpa, ni negligencia del fideicomisario y no fueren substituidas por otras o cuando se hicieren insuficientes para su objeto.

- C) En los casos de revocación y en los previstos en el acto constitutivo.

6. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 102.

Este proyecto, en su artículo 24 mencionaba: "sólo podrá revocarse un fideicomiso, con la conformidad de todos los que hubieran intervenido en su constitución, necesitando además la conformidad del beneficiario, si éste ya hubiere aceptado el fideicomiso.

- CH) Por sentencia dictada en juicio contradictorio, en el que el fideicomisario fuera oído.

- D) En los demás casos en que conforme a la ley, debieran darse por extinguidos los derechos y obligaciones nacidos de los contratos ⁽⁷⁾.

5. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

De fecha 30 de junio del año de referencia, publicado en el Diario Oficial del 17 de julio del mismo año. - Su articulado de ochenta y seis preceptos se distribuía en cinco capítulos, a saber: objeto y constitución de -- los bancos de fideicomiso; operaciones de fideicomiso; - departamento de ahorros; operaciones bancarias de depósito y descuento; y disposiciones generales.

La ley contenía una Exposición de Motivos en la que

7. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 108.

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 ⁽⁸⁾. 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 de 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 reglamenta--ción sancionada en la ley constituye, en el fondo, una - adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las - modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho, especialmente de la le

8. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 109.

gislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten las discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas.

En lo conducente mencionaba esta ley que, el fideicomiso se extinguiría:

- A) Por el cumplimiento de su objeto para el cual fué constituido.
- B) Por hacerse éste imposible.
- C) Por no cumplirse la condición suspensiva de que dependiera, dentro de los veinte años siguientes a su constitución.
- CH) Por cumplirse la condición resolutoria.
- D) Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

6. Evolución Legislativa.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, abroga a la Ley de Bancos de

Fideicomisos, siendo aquella de fecha 31 de agosto y publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre del año de referencia, que se limitó a incorporar como parte de su articulado el texto íntegro de la anterior. Los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía), fueron celebrados bajo la vigencia de dicha ley ⁽⁹⁾.

Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Casi seis años después, en el Diario Oficial de 29 de junio aparece publicada esta ley, fechada el día anterior ⁽¹⁰⁾. Su Exposición de Motivos declaraba que la ley de 1926 había introducido a México, rompiendo la tradición, la institución del fideicomiso y que evidentemente ésta institución podía ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada probablemente a un gran desarrollo; pero que desgraciadamente, dicha ley no precisaba el carácter sustantivo de la institución y dejaba por lo tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a ella. Añadía por tanto que para que la institución pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería en primer término, una definición clara de su contenido y efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones fiduciarias.

9. Batiza Rodolfo. ob. cit. pág. 114.

10. Idem. pág. 115.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Antes de cumplirse un mes de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito se publica en el Diario Oficial del 27 de agosto, fechada el día anterior, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en la actualidad, cuyo título II, Capítulo V (art. 346--359), regula al fideicomiso como institución substantiva. Los Motivos de la ley hacían la advertencia de que aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de instituciones jurídicas extrañas, reglamentan el fideicomiso porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito la había aceptado y porque su implantación sólida 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, 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 construidas 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.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Esta ley, fechada el 3 de mayo (Diario Oficial del 31 del mismo mes y año), abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, y la reglamentación que contiene las operaciones fiduciarias, junto con la del fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, constituye la materia a estudio, en la Exposición de Motivos declaró que 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 el ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando la naturaleza de éstos o de las instruccio-

nes recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas. Añadía que, 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 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.

7. Fuentes de la Legislación.

De los catorce artículos que regulan al fideicomiso en la ley substantiva, varios de ellos integrados por -- dos o más párrafos o fracciones, lo que de hecho resulta en treinta y tres normas o principios, nueve (necesariamente artículos completos) derivan de las leyes de 1926 (la de Bancos de Fideicomisos y la General de Instituciones de Crédito y Establecimientos bancarios), tomadas, a su vez, siete del Proyecto Alfaro y una del Proyecto Vera Estañol; tres artículos se inspiran en el Proyecto Vera Estañol, y tres en el Proyecto Alfaro en la forma directa; tres preceptos, uno de ellos en parte, provinieron de textos del Dr. Lepaulle. Únicamente el artículo -

349 carece de origen concreto, pero reconoce la fuente general, al menos en su primera parte, en principios de derecho básicos.

8. Fundamentación Constitucional.

El fideicomiso en México tiene actualmente su regulación en la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito del Código de Comercio y en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, teniendo ambas legislaciones como base fundamental los principios consagrados en el artículo 73 fracción X de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

CAPITULO TERCERO

EXTINCION DEL FIDEICOMISO POR CAUSALES NO PREVISTAS EN EL ARTICULO 357 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

La LGTOC, en su artículo 357 enumera las causales - de extinción del fideicomiso, que debemos analizar a la luz de los verdaderos principios que dieron origen a esta institución.

Art. 357.- El fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido.

Está bien que el fideicomiso se extinga necesariamente una vez cumplido el objeto que haya motivado su creación. Así por ejemplo tomaremos el que cita Oscar Rabasa⁽¹⁾ que dice: Si el propósito que con un fideicomiso se persigue es el de que durante cierto tiempo definido administre el capital una institución fiduciaria y entregue sus productos al fideicomisario, porque el fideicomitente no desee que en esa época el beneficiario disponga libremente de dicho patrimonio, concluido ese lapso de tiempo y desaparecida la causa por la que el favorecido

1. Rabasa, Oscar. El Derecho Angloamericano. México 1982. Editorial Porrúa, S.A. - Segunda Edición. pág. 434.

no deba entrar desde luego en posesión absoluta de los bienes, necesariamente debe de extinguirse el fideicomiso.

II. Por hacerse éste imposible.

Cuando el objeto del fideicomiso sea imposible, por que resulte incompatible con una ley de la naturaleza, ciertamente el acto es inexistente y como tal no produce absolutamente ningún efecto. Pero cuando la realización del fideicomiso sea imposible porque el hecho de que dependa sea contrario a una norma jurídica, ya no se está en presencia de un acto inexistente que no produce ningún efecto, sino de un acto nulo que, puede comenzar a producir efectos que por resolución de autoridad Judicial competente declare su nulidad. Al respecto Batiza ⁽²⁾ señala "En esta situación debe distinguirse la imposibilidad material de la jurídica" con apoyo en el artículo 1828 del Código Civil que dice "Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado

2. Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. México 1977. Editorial Porrúa S.A. Primera Edición. pág. 208.

dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución.

Esta fracción evidentemente contiene una redacción errónea, porque el hecho de que se haga imposible el cumplimiento de una condición suspensiva a la que se sujeta no ya la vigencia del fideicomiso, sino su propia existencia, no puede extinguir el acto jurídico que aun no existe, consecuentemente no podemos hablar de una causa de extinción, sino más propiamente de una causa que ha impedido el nacimiento del fideicomiso mismo. ⁽³⁾

El proyecto del Código, encuentra una solución más adecuada en su artículo 923 que previene, el fideicomiso dependiente de condición suspensiva no llegará a tener existencia si la condición no se realiza en el término que señale el acto constitutivo, o en su defecto, dentro de los veinte años siguientes a la fecha de dicho acto. ⁽⁴⁾

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

En principio es necesario analizar lo que se entiende por condición al respecto nos dice Luis Muñoz ⁽⁵⁾ "La -

3. Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso, México 1982. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición pág. 182.
4. Villagordoa Lozano, José Manuel. ob. cit. pág. 183.
5. Muñoz, Luis. El Fideicomiso Mexicano. México, 1973. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. pág. 150.

condición (conditio) es todo acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia (condición suspensiva) o cesación de la eficacia del contrato (condición extintiva o resolutoria).

Si el evento o acontecimiento ya no puede producirse, por que ni se ha verificado ni podrá verificarse en cuyo caso es preciso hablar de imposibilidad definitiva, situación de la fracción anterior, es indudable que la imposibilidad definitiva de que advenga determina que quede de el fideicomiso en situación de perpetua pendencia, de manera que éste ya nunca podrá tener eficacia⁽⁶⁾.

La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenía, como si esa obligación no hubiere existido. Cumplida la condición, se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente⁽⁷⁾. Consecuentemente es incuestionable que al haberse cumplido la condición resolutoria el fideicomiso se extinga.

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

6. Muñoz, Luis. ob. cit. pág. 157.

7. Idem. pág. 158.

En primer lugar es importante hacer resaltar lo que el Código Civil señala como convenio en sus artículos -- 1792 y 1973 que dicen respectivamente:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Ahora bien, el convenio por virtud del cual se extingue el fideicomiso, según este inciso que de la ley -- que se comenta es el que celebren el fideicomitente y el fideicomisario en el acto constitutivo que el fideicomiso se extinga por convenio expreso entre ellos, no existe ninguna objeción de orden jurídico en contra de esta disposición, ya que antes de que el fideicomitente se despozare de su título de dominio o derechos sobre los -- bienes que va a dar en fideicomiso tiene el derecho de imponer respecto del contrato que va a ejecutar, las condiciones lícitas que estime convenientes.

VI. "Por remoción hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso".

Como ya lo apuntamos anteriormente que el fideicomi tente tiene el derecho de imponer las condiciones lícit--tas que quiera establecer respecto de los bienes que va a dar en fideicomiso, es claro que puede constituir un - fideicomiso el cual este sujeto a la facultad de revocarar lo o darlo por terminado, siempre y cuando se reserve -- ese derecho expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso.

VII. "En el caso del párrafo final del artículo 350, que señala que el fideicomiso se extingue cuando cese el desempeño de su cargo la institución fiduciaria, por no -- aceptar o por renunciar o remoción y no fuere posible - sustituirla por otra".

Cuando analizamos la naturaleza jurídica del fideicomiso, en el supuesto de que la fiduciaria no acepte el cargo, no se extingue el fideicomiso, puesto que no ha - nacido, en consecuencia estaremos ante un acto inexistente, por lo que consideramos que contiene una redacción - errónea al incluirse como causa de extinción la no aceptación del fiduciario. En cuanto a la renuncia o remoción en que no fuere posible sustituir al fiduciario es incuestionable que el fideicomiso se extinga.

Ahora bien, del estudio detenido de la extinción -- del fideicomiso que regula el artículo de referencia, te

nemos que el legislador mexicano omitió las siguientes -
causales de extinción:

1. Renuncia del fideicomisario.
2. Expiración del término.
3. Destrucción de la cosa.
4. Cesación del derecho del fideicomitente.
5. Quiebra del patrimonio fideicomitado.
6. Confusión de calidades de fiduciario y fideicomisa-
rio, como repercusión de la Nacionalización de la -
Banca.

1. Renuncia del fideicomisario.

En la ley vigente nos damos cuenta que el legisla--
dor no contempló dentro de sus causales de extinción del
fideicomiso, la renuncia del fideicomisario y que ésta -
no encuadra en ninguna de las fracciones del artículo --
357 de la LGTOC consideramos que esta causal debe ser -
considerada en la actual legislación, en base a las si--
guientes consideraciones.

El Proyecto Alfaro⁽⁸⁾, de manera expresa prevé a la -
extinción del fideicomiso por la renuncia del fideicomi-

8. Batiza, Rodolfo. El fideicomiso, Teoría y Práctica. México 1976. Editorial Porrúa
S.A. Tercera Edición. pág. 381.

sario, siempre que no hubiere substituto, o por su muerte. Al comentar esta disposición, decía su autor que la renuncia del fideicomisario produce su extinción, pero únicamente cuando no tiene substitutos, si los tiene, el fideicomiso se cumple respecto de ellos. Tengase en cuenta que la renuncia que puede producir la substitución es propiamente la falta de aceptación o goce del beneficio por el fideicomisario.

En el presente caso consideramos que cuando el fideicomisario rechaza los beneficios del fideicomiso y no tiene substitutos, el fideicomiso no ha creado efectos jurídicos entre las partes y al faltarle los elementos esenciales de existencia, como es el consentimiento entre los contratantes estamos ante la inexistencia y -- por lo tanto no puede extinguirse lo que no ha existido.

Ahora bien, si la renuncia sobreviene después de haber comenzado a ejecutarse el fideicomiso, éste se extingue, aunque haya substitutos, porque éstos sólo reemplazan al fideicomisario en caso de que no hubiere podido o no hubiera querido aceptar. Si se reemplazara el fideicomisario, el substituto vendría a recibir el beneficio directamente del instituido y no del fideicomitente y como esto es ajeno a la naturaleza del fideicomiso debe ser prohibido.

De la esencia del fideicomiso se desprende que el fideicomisario es libre para renunciar a los beneficios del fideicomiso. Podría agregarse, por analogía, y en apoyo del razonamiento hecho valer, para que el usufructo se extinga "por renuncia expresa del usufructuario, salvo lo dispuesto respecto de las renunciaciones hechas en fraude de los acreedores" (artículo 1038, fracción VI del Código Civil).

En base a lo anterior consideramos que la renuncia del fideicomisario debe ser incluida como una de las causas de extinción del fideicomiso.

En cuanto a la muerte del fideicomisario también -- produce la extinción del fideicomiso, dándose necesariamente cuando el beneficiario resulte ser una persona jurídica que se disuelve o deja de tener existencia por -- cualquier otro motivo. Al respecto Luis Muñoz ⁽⁹⁾ señala que "el fideicomiso se extingue por muerte del fideicomisario, salvo estipulación expresa. Y sigue diciendo que recordemos que a tenor de la fracción I del artículo 1038 del Código Civil, el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario; pero la muerte de éste no lo extingue cuando el usufructo se ha constituido a favor de varias personas sucesivamente, pues en tal caso entra en goce -- del mismo la persona que corresponda (artículo 1039)."

9. Muñoz Luis. Derecho Bancario Mexicano. México 1974. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. pág. 500.

El usufructo constituido a favor de las personas morales que puedan adquirir y administrar bienes raíces -- que sólo durará veinte años, cesando antes en el caso de que dichas personas dejen de existir artículo 1040 C.C."

2. Expiración del término.

En la legislación vigente, nos damos cuenta que el legislador no contempló dentro de sus causales de extinción la expiración del término y que ésta no encuadra en ninguna de las fracciones del artículo 357 de la ley de referencia, por lo que consideramos que esta causal debe ser incluida en la actual legislación en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar Rafael de Pina ⁽¹⁰⁾ nos dice "Término, es el momento en que un acto jurídico debe comenzar a producir o dejar de producir sus efectos característicos. Denominase también plazo".

Los autores anglosajones no se ocupan especialmente de esta causal de terminación, tampoco la preveía el Proyecto Alfaro ni nuestras leyes de 1926, omisión que se conserva en la legislación vigente y en los proyectos de reforma. Consideramos que la obligación puede estar limitada en su duración y a su llegada ésta termina, cesa de

10. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. México 1981. Editorial Porrúa, S.A. - Decima Edición. pág. 449.

producir sus efectos, pero por lo porvenir solamente, pues de los que había producido hasta entonces quedan adquiridos, dicho de otro modo, el plazo se produce sin retroactividad. El Proyecto Vera Estañol⁽¹¹⁾ incluía entre sus -- causales de terminación la expiración del término en su artículo 26 fracción I, cuya procedencia es incuestionable.

Rodolfo Batiza⁽¹²⁾ señala "Aun cuando la legislación especial no incluye esta causal, su procedencia es indudable y sigue diciendo que el Código Civil señala en su artículo 1953 que "es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto". Pero no distingue diversas clases de plazos. Con la que limita la duración de la obligación y a la llegada del término o plazo, termina, cesa de producir sus efectos, pero para lo porvenir solamente".

3. Destrucción de la cosa.

En la legislación vigente nos damos cuenta que el legislador omitió como causal de extinción del fideicomiso la destrucción de la cosa fideicomitida, y que ésta no encuadra en ninguna de las fracciones del artículo -- 357 de la LGTOC, por lo que consideramos que esta causal debe ser incluida en la legislación actual, en base a lo siguiente:

11. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 108.

12. Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la administración Fiduciaria. México 1977. Editorial Porrúa, S.A Primera Edición. pág. 207.

Como ya vimos anteriormente la cosa fideicomitida - es el objeto del fideicomiso mismo que si se destruye da lugar a un contrato que carece de objeto. El contrato en semejantes condiciones no puede existir por faltarle uno de los elementos esenciales y por lo tanto el fideicomiso se extingue.

Para que la extinción se produzca, la destrucción - de la cosa debe ser total, ya que si es parcial, el fideicomiso subsiste sobre la cosa hasta donde sea física y legalmente posible. Cuando las cosas objeto del fideicomiso se extingan o destruyan sin culpa ni negligencia del fideicomisario ni del fiduciario y no sean substituídas por otras, o cuando se hagan insuficientes para su - objeto se debe extinguir el fideicomiso.

Ahora bien, tenemos que la pérdida total de la cosa es también modo de extinguir el usufructo de acuerdo con el artículo 1038 fracción VII del Código Civil que señala "El usufructo se extingue:

Fracción VII. Por la pérdida total, el derecho continúa sobre lo que de la cosa haya quedado".

Al respecto el Proyecto Alfaro⁽¹³⁾ preveía la extinción del fideicomiso por la destrucción de la cosa en su artículo 36 inciso 5°.

13. Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso, ob. cit. pág. 386.

También el Proyecto Vera Estañol ⁽¹⁴⁾ decretaba la extinción del fideicomiso cuando las cosas objeto del fideicomiso se destruyeren sin culpa del fideicomisario, - artículo 26 fracción II.

Tomando como base lo anterior creemos que esta causal debe ser incluida en nuestra legislación.

4. Cesación del derecho del fideicomitente.

En la ley vigente nos damos cuenta que el legislador no considero dentro de las causales de extinción la cesación del derecho del fideicomitente, y que esta causal - no encuadra en ninguna de las fracciones del artículo - 357 de la ley de referencia, por lo que consideramos que esta causal debe ser incluida en la legislación vigente en base a lo siguiente:

Esta causal se da cuando cesa el derecho del fideicomitente sobre los bienes fideicomitados y que ese derecho se reconozca a otra persona, que es la que tiene el dominio y la que puede disponer de los bienes. El contrato no puede cumplirse por falta de objeto y por lo tanto se extingue por la resolución del constituyente.

El usufructo se extingue:por la cesación del derecho del que constituyó el usufructo, cuando teniendo un domi-

14. Batiza, Rodolfo. El fideicomiso. ob. cit. pág. 386.

nio revocable, llega el caso de la revocación. Artículo 1038, fracción VIII del Código Civil.

5. Quiebra del patrimonio fideicomitido.

Esta causal de extinción fue omitida por el legislador en el artículo 357 de la ley de referencia, por lo que consideramos que debe ser incluido en la legislación vigente, en base a lo siguiente:

Es conveniente atender el concepto jurídico de quiebra que nos da Raúl Cervantes Ahumada⁽¹⁵⁾ diciendo que "La quiebra es un estado o situación jurídica constituída -- por sentencia judicial. No existirá quiebra si no existe una sentencia por medio de la cual se le constituya.

No debe confundirse, por lo tanto, el concepto jurídico de quiebra con el concepto económico de la misma. -- Económicamente, se dice que una persona está quebrada -- cuando no puede atender al pago de sus obligaciones, o -- sea cuando se encuentra insolvente, pero por más profundamente insolvente que se encuentre una empresa mercantil, si no se le sujeta al procedimiento de quiebra y se constituye el estado jurídico correspondiente por medio de la sentencia respectiva, no habrá, jurídicamente quiebra.

15. Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho de Quiebras. México, 1971. Editorial Herrero, S.A. Primera Edición. pág. 27.

Se llama juicio de quiebra el procedimiento a que se somete a la empresa insolvente, para superar el estado de insolvencia de la misma, o para si ello fuere imposible, liquidar su activo patrimonial y distribuir el importe de la liquidación a prorrata entre los acreedores.

Asimismo estamos de acuerdo con Luis Muñoz⁽¹⁶⁾ cuando afirma que el fideicomiso es un acto de comercio al afirmar que "El acto de comercio es fuente de relaciones jurídicas, pues bien, toda relación derivada del acto de comercio será mercantil. He aquí, pues, la aceptación -- del sistema objetivo, como podemos observar al través de los preceptos del Código de Comercio. La consecuencia que de lo dicho se desprende es la siguiente:

Las relaciones derivadas de los actos de comercio son mercantiles, aunque dichos actos no sean realizados por comerciantes, empero también es frecuente que los no comerciantes celebren actos de comercio. Los artículos 1º, 4, 1049 y 1050 del Código Mercantil confirman lo que acabamos de decir, conviene a saber: Que el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas reconocidas -- por el Estado que reglamentan los actos de comercio sin tener en cuenta si las personas que los realizan son comerciantes o no lo son. En efecto el artículo primero dice. "Las disposiciones de este Código son aplicables sólo

16. Muñoz, Luis. El fideicomiso Mexicano. México 1973. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. pág. 47.

a los actos de comercio." Por su parte en los artículos 4, 1049 y 1050 establecen respectivamente: Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo hagan alguna operación de comercio, aunque no sean en derecho comerciantes, quedan, sin embargo sujetas por ellas a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, en general todos los que tienen planteados almacén o tiendas en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expendierlos serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas".

"Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4, 75 y 76 se deriven de los actos comerciales".

Y el artículo 1050 señala: "Cuando conforme a los expresados artículos 4, 75 y 76 de las dos partes que intervienen en un contrato la una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil y ese contrato diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte que celebre el acto de comercio, fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que ce

lebra un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las reglas del derecho común".

El artículo 75 del Código que se comenta, dice : --
"la Ley reputa actos de comercio:

Fracción XIV. Las operaciones de bancos.

Con la base general que el Código de Comercio regula el acto de comercio, mismo que es aplicable al fideicomiso.

Es conveniente entrar al análisis de los diferentes casos de quiebra que puede darse a propósito con el fideicomiso; quiebra del fideicomitente, fiduciario, fideicomisario y del patrimonio fideicomitado.

Quiebra del Fideicomitente.

Al determinar la LGTOC en el segundo párrafo de su artículo 359 que los bienes dados en fideicomiso, "se -- considerarán afectos al fin a que se destinan, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los - derechos y acciones que al mencionado fin se refieran..." debe concluirse que si durante la vigencia de un fideicomiso fuese declarada la quiebra del fideicomitente, los bienes fideicomitados no formarán parte de la masa de de recho.

Consecuentemente, el síndico⁽¹⁷⁾ carece de acción para demandar la reintegración de dichos bienes al patrimonio del fideicomitente quebrado, mediante la solicitud de que el fideicomiso se revoque si éstos estuvieren en poder de la fiduciaria o de tercera persona. Además, si por determinadas circunstancias los bienes fideicomitados hubieren sido ocupados por haber estado en poder del fideicomitente, la institución fiduciaria contará con el derecho a la separación respectiva. Por último, deben tenerse presentes algunas situaciones especiales que pueden presentarse en la quiebra del fideicomitente y que son:

En primer lugar, es factible que habiéndose reservado el fideicomitente el derecho de revocar el fideicomiso, con base en lo establecido por el artículo 351 de la LGTOC, lo revocase ante la declaración de quiebra en su contra. Así, los bienes fideicomitados dejarían de serlo para pasar a formar parte de la masa.

En segundo término, deben mencionarse los derechos que el Síndico tiene en ejercicio de su representación, para demandar la nulidad del fideicomiso en caso de que éste se hubiere constituido en fraude de acreedores, según lo previsto por el artículo 351.

17. Domínguez Martínez, Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. México 1975. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. pág. 213.

Por último como lo establece el artículo 358 de la mencionada LGTOC, una vez que los bienes fideicomitidos, por la extinción del fideicomiso, y si así se hubiere señalado, fueren devueltos al fideicomitente, resulta indudable su incorporación a la masa de la quiebra.

Quiebra de la Institución Fiduciaria.

Aun cuando parece poco probable, no sólo debido a la estricta intervención ejercida por el Estado, con la nacionalización de la Banca sobre las instituciones de crédito en general sino además por la solvencia económica y moral que las caracteriza, de cualquier modo no es para descartarse la posibilidad de una quiebra de la que fuere víctima una de estas instituciones.

Pues bien, el destino de los bienes fideicomitidos ante la quiebra de la fiduciaria, se encuentra regulada por la LQSP., con base en la relación que debe hacerse de sus artículos 158 y 159, fracción VI, inciso a).

En efecto, de conformidad con lo conducente de dichos preceptos, los bienes que formaren parte de la masa sin haberse transferido su propiedad al quebrado por título legal, definitivo e irrevocable, podrán ser separados de ellas por sus legítimos propietarios, ejercitando éstos la acción procedente ante el juez de la quiebra --

(artículo 158), encontrándose en dichos bienes lo que el fallido tuviese en su poder con motivo de fideicomiso - (artículo 159 fracción VI, inciso a).

No obstante, la razón legal dada por el primer precepto referido para que proceda la separación de los bienes fideicomitidos, o sea, la no transferencia al quebrado "por título legal, definitivo e irrevocable", la doctrina que aborda el problema no atribuye a esos motivos la procedencia de tal separación, sino más bien domina - el criterio de que se debe a la afectación a un determinado fin de que son objeto dichos bienes.

Ciertamente, como lo advierte al respecto Barrera - Graf⁽¹⁸⁾ "...la acción de separación... siempre se basaría en la afectación especial del patrimonio fideicomitido. Si éste debe responder exclusivamente a su finalidad, no tiene por qué entrar a la masa de la quiebra de la institución fiduciaria la cual se forma para responder a los acreedores de ésta". Y en términos similares se expresa Batiza⁽¹⁹⁾, en cuya opinión, "la razón de ser del derecho de separación, en el fondo, obedece a..." que "la -- transferencia que hace el fideicomitente es para el solo propósito de realizar un fin que la quiebra del fiduciario vuelve imposible".

18. Barrera Graf, Jorge, Estudios de Derecho Mercantil, México. Editorial Porrúa, S.A. pág. 162.

19. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 289.

Ahora bien, otro problema que se suscita por la quiebra de la institución fiduciaria es determinar quién es el titular de la acción separatoria respectiva.

Según la interpretación auténtica realizada por Rodríguez y Rodríguez ⁽²⁰⁾ respecto al artículo 159 de la -- LQSP, son el fideicomitente y fideicomisario quienes tienen derecho a ejercitar las acciones separatorias correspondientes. Batiza ⁽²¹⁾ la atribuye tal titularidad al fideicomitente, con base a que la quiebra del fiduciario -- extingue el fideicomiso, y siendo consecuencia de ello -- la reversión de bienes al patrimonio de aquél. Molina -- Pasquel ⁽²²⁾, en cambio, señala a una nueva institución fiduciaria, nombrada en sustitución de la fallida, como titular del derecho a demandar la separación de los bienes fideicomitados, funda su aseveración en los artículos 138 y 350 de la LICOA, y la LGT0C respectivamente.

La resolución recomendable para el problema planteado es aquella según la cual corresponde tal carácter tanto al fideicomitente como al fideicomisario.

En primer lugar, si el fideicomitente se reservó el derecho de revocar el fideicomiso; el ejercicio de la acción separatoria respectiva, será simplemente el medio -

20. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Concordancias, Anotaciones, Exposición -- de motivos y bibliografía. Cuarta Edición. México 1966. pág. 168.

21. Batiza, Rodolfo. ob. cit. pág. 289.

22. Molina Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. México. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. pág. 119

para hacer valer ese derecho, y en el caso de no haberse hecho tal reserva sólo prevalecerá su interés en que el fin propuesto por la constitución del fideicomiso se lleve a cabo realmente, sobre todo, tomando en cuenta que - como lo anota Rodríguez y Rodríguez⁽²³⁾ "en todo caso, subsisten las obligaciones propias del fideicomiso", debiendo en tal supuesto substituir a la fiduciaria quebrada - por otra de plena capacidad, para que cumpla con el fin propuesto. También el fideicomisario es titular de la acción separatoria correspondiente, pues el artículo 355 - de la LGTOC lo faculta para ello.

Lo anterior parece ir más de acuerdo con la realidad que las soluciones propuestas por los autores mencionados, pues no es apropiado considerar como titular de dicha acción a una nueva institución fiduciaria, al no tener éstas como objeto separar bienes de una masa de quiebra, sino en el caso de que fueren los originalmente recibidos en fideicomiso. Su función, según reiteradamente se ha insistido en ello, es conseguir el fin deseado por el fideicomitente en el acto constitutivo de la relación.

Quiebra del Fideicomisario.

Como el fideicomisario es quien recibe los beneficios del fideicomiso, el síndico puede ejercitar las acciones cuya finalidad sea la reintegración de los bienes

23. ob. cit. pág. 168.

fideicomitidos a la masa de la quiebra, siempre y cuando no se trate de bienes que gocen de inembargabilidad, y - sin que proceda en general acción alguna separatoria por parte del fideicomitente y del fiduciario.

Quiebra de la Masa Fideicomitida.

No obstante ser jurídicamente factible la quiebra - de la masa de bienes dados en fideicomiso, la LQSP no la regula.

Sin embargo, precisamente debido a la situación jurídica de los bienes fideicomitidos, existe un criterio doctrinal uniforme respecto a la mencionada posibilidad de quiebra.

En efecto, Barrera Graf⁽²⁴⁾, califica como grave dicha omisión, máxime que la propia ley sí previó la quiebra de la sucesión de un comerciante (artículo 3); Rodríguez y Rodríguez⁽²⁵⁾, apunta también la indudable susceptibilidad que tiene por sí mismo el conjunto de bienes dados en fideicomiso, para su quiebra, y Batiza⁽²⁶⁾ en tanto, hace prevalecer la procedencia de la quiebra y como lo - hace notar De la Peza⁽²⁷⁾ los actos que realice la fiduciaria en ejecución del fideicomiso, sean actos de comercio, como puede serlo la explotación de un almacén de ropa, y no de naturaleza civil, por ejemplo, la explotación

24. Barrera Graf. ob. cit. pág. 371.

25. Rodríguez y Rodríguez. ob. cit. pág. 209.

26. Batiza. ob. cit. pág. 308.

27. De la Peza. ob. cit. pág. 101.

de inmuebles de productos, dado que según el sentido del artículo 75 del Código de Comercio, el arrendamiento del inmueble es un acto de naturaleza civil.

Concluimos que la quiebra del patrimonio fideicomitido es una causal de extinción del fideicomiso que debe ser considerado en nuestra legislación vigente.

6. Confusión de calidades de Fiduciario y Fideicomisario con la Nacionalización de la Banca.

En principio esta causal parecía imposible en nuestro derecho, vista la ley substantiva que sancionaba con nulidad el fideicomiso que se constituyera en favor del fiduciario artículo 348, último párrafo.⁽²⁸⁾

La prohibición seguramente se originó en la práctica de los fideicomisos de garantía según el cual las instituciones garantizaban con fideicomisos ante sí mismos los préstamos concedidos por su departamento de crédito. La prohibición legal no parece haber logrado resultados, ya que de otro modo carecía de sentido el oficio circular número 1327-46⁽²⁹⁾ de 2 de febrero de 1948, girado por la Comisión Nacional Bancaria a las instituciones y departamentos fiduciarios, comunicando su acuerdo, aprobado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de

28. Artículo adicionado por decreto de fecha 30 de agosto de 1933. Publicado en el Diario Oficial del mismo día, mes y año,

29. Rebase, Oscar. ob. cit. pág. 419.

prohibir las operaciones contractuales entre departamentos de una misma institución, por estimar que, conforme a derecho, es preciso para la validez de un contrato que existan las partes contratantes, y entre departamentos de una misma institución no se llena tal requisito, pues la personalidad de ésta es única e indivisible, por cuyo motivo el contrato debe reputarse inexistente, debiendo considerarse comprendidos dentro de dicha situación -- los fideicomisos de garantía en que la institución inter venga como fiduciario y que se otorguen en relación con operación diversa realizado por lo mismo.

Tanto la prohibición legal como la administrativa -- que las instituciones puedan tener simultáneamente carácter de fiduciarios y fideicomisarios encuentran justificación. Se evitan así posibles presiones y abusos contra el fideicomitente, aparte del correcto razonamiento de -- que la personalidad jurídica es única e indivisible.

De ahí la falta de justificación del régimen de excepción creado por el siguiente artículo: "En los fideicomisos que se constituyan para garantizar los derechos de la institución, se podrá designar como fiduciaria al propio departamento especializado de ésta" (artículo 55 Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S.A.)⁽³⁰⁾.

30. Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. de 30 de diciembre de 1968.

En base a lo anterior, se fué extendiendo esta práctica a los demás bancos y en la actualidad todos mediante una simple autorización pueden fungir como fiduciarios y fideicomisarios en los fideicomisos de garantía.

El artículo 250, párrafo primero, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que "sólo -- pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito" (aludiendo a la ley de 1932). Derogada ésta, la vigente prescribió que para dedicarse al -- ejercicio de la banca y del crédito se requerirá "autorización" del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México (artículo 2°). El decreto de 27 de diciembre de 1970 (publicado el 29 de diciembre del mismo año), volvió a la terminología anterior al expresar -- en su artículo 2° que para dicho ejercicio "se requerirá concesión".

Las concesiones que se otorguen se referirán, entre otras a las operaciones fiduciarias (artículo 2° párrafo segundo, fracción VI). Dichas concesiones podrán otorgarse bien a sociedades con el solo objeto de practicarlos o a sociedades que se propongan practicar las operacio--

nes relativas a la banca de depósito, a las operaciones financieras, a las de crédito hipotecario y a las de capitalización (párrafo cuatro, en relación con el párrafo segundo, fracciones I, III, IV y V).

Con el decreto del día 1º de septiembre de 1982 publicado en el Diario Oficial del mismo día, mes y año, - se nacionalizan los bancos privados del país, con lo que termina la concesión a los particulares, para incorporar el servicio directamente a la nación.

Ahora bien, con éste acaparamiento por parte del -- Estado de todas las funciones que realizaba la banca y - en particular las realizadas con el fideicomiso, tenemos que el Estado adquiere en ocasiones las tres categorías de las partes contratantes por un lado como fideicomitente a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto por otro lado fiduciario a través de la banca y por - otro fideicomisario a través de alguna de sus dependen--cias u organismos, que son los beneficiados con el fideicomiso.

Si partimos de la base sustentada de que la personalidad jurídica es única e indivisible, tenemos que el fideicomiso debe sufrir una reglamentación, más acorde con la realidad actual, en especial cuando interviene el Estado directamente, en la constitución de los fideicomisos.

Tal es el caso concreto del acuerdo por el que se autoriza la constitución de un fideicomiso para la recuperación de las inversiones en bienes inmuebles efectuadas en el extranjero, por personas físicas o morales residentes en México ⁽³¹⁾, ya que en el segundo numeral, con base en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se procedió a la constitución del fideicomiso bajo las siguientes características:

- I. Fideicomitente: El Gobierno Federal, representado por la Secretaría de Programación y Presupuesto.
- II. Fiduciario. El Banco Nacional de Comercio Exterior, S.A.
- III. Fideicomisario: El Gobierno federal y las personas físicas o morales, residentes en la República Mexicana, que decidan acogerse a los beneficios derivados de las operaciones que realice el fiduciario, en cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Este es el caso más reciente y más representativo en el cual el Gobierno federal tiene las tres categorías de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

31. Acuerdo de fecha 27 de septiembre de 1982. publicado en el Diario Oficial de la Federación en la misma fecha.

Conclusiones.

1. El fideicomiso mexicano tiene su antecedente directo en el trust anglosajón, y sostenemos este criterio en virtud de que el fideicomiso romano estaba estrechamente limitado a disposiciones testamenta--rias y a los bienes de una herencia únicamente.
2. El legislador mexicano al introducir a nuestro sistema jurídico el fideicomiso, no determinó direc--tamente la naturaleza jurídica del mismo, por lo --que sostenemos que ésta es de carácter contractual.
3. En la constitución de un fideicomiso se lleva a cabo la creación, la transmisión, modificación o ex--tinción de derechos y obligaciones, que afectan a --las partes que intervienen en su celebración.
4. El fideicomiso es un contrato tripartito, cuya consumación depende del consentimiento que a su de--bido tiempo deba dar cada una de las partes.
5. El legislador al importar la figura del fideicomiso omitió dentro de las causales de extinción las siguientes:

Renuncia del fideicomisario; expiración del término; destrucción de la cosa; cesación del derecho del fideicomitente; quiebra del patrimonio fideicomitado; confusión de calidades de fiduciario y fideicomisario, con la nacionalización de la Banca.

6. De los elementos tratados en el presente trabajo se propone la siguiente definición de fideicomiso; - El fideicomiso es un contrato tripartito, en virtud del cual el fideicomitente trasmite la titularidad - de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien es tá obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos de acuerdo únicamente con las estipulacio-- nes pactadas en el contrato y en beneficio del fideicomisario.

7. El fideicomiso mexicano constituye uno de los - instrumentos más útil y práctico para la contrata-- ción sin limitarse únicamente a las disposiciones -- testamentarias, siendo su campo de acción de las más generalizadas.

8. Consideramos que el artículo 357 de la LGTOC debe-- quedar de la siguiente manera:

Art. 357. El fideicomiso se extingue:

I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;--

II. Por haberse cumplido la condición resolutoria que haya

que dado sujeto;

- III. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- IV. Por revocación hecha por el fideicomitente -- cuando se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;
- V. Renuncia del fideicomisario;
- VI. Expiración del termino;
- VII. Destrucción de la cosa;
- VIII. Cesación del derecho del fideicomitente; y
- IX. Quiebra del patrimonio fideicomitado.

B I B L I O G R A F I A

1. Anda Gutiérrez, Cuauhtemoc.

La Nacionalización de la Banca. México, 1982.
Editorial Talleres Gráficos del Instituto Politécnico Nacional. Primera Edición.

2. Arreachea Alvarez.

Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso.
México, 1945. Editorial Porrúa, S.A.

3. Batiza, Rodolfo.

El Fideicomiso Teoría y Práctica. México 1976.
Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición.

4. Batiza Rodolfo.

Principios básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. México 1977.
Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición.

5. Barrera Graf, Jorge.

Estudios de Derecho Mercantil. México.
Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición.

6. Bauche Garcidiego, Mario.

Operaciones bancarias. México, 1974.
Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición.

7. Bojalil, Julian.

El Fideicomiso. México 1962.
Editorial Porrúa, S.A.

8. Cervantes Ahumada, Raúl.

Derecho de Quiebras. México, 1971.
Editorial Herrero, S.A. Primera Edición.

9. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo.

El fideicomiso ante la Teoría General del Ne--
gocio Jurídico. México, 1982.
editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición.

10. Floris Margadant, Guillermo.

El Derecho Privado Romano. México, 1974.
Editorial Esfinge, S.A. Quinta Edición.

11. García Maynez, Eduardo.

Introducción al Estudio del Derecho.
México, 1970. Editorial Porrúa, S.A.
Decimoséptima Edición.

12. Gutiérrez y González, Ernesto.

Derecho de las Obligaciones. México 1974.
Editorial José M. Cajica Jr. S.A.
Quinta Edición.

13. Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los --
Trusts. México, 1975.

Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición.

14. Molina Pasquel, Roberto.

Los Derechos del Fideicomisario. México.
Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición.

15. Muñoz, Luis.

El Fideicomiso Mexicano. México 1973.
Editorial Cardenas Editor y Distribuidor.
Primera Edición.

16. Muñoz Luis.

El Derecho Bancario Mexicano. México, 1974.
Editorial Cardenas Editor y Distribuidor.
Primera Edición.

17. Petit, Eugene.

Tratado Elemental de Derecho Romano. México.
1969. Editorial Nacional.

18. Pina Rafael de.

Diccionario de Derecho. México 1981.
Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición.

19. Pina Vara Rafael de.

Elementos de Derecho Mercantil Mexicano.
México, 1977.
Editorial Porrúa, S.A.
Novena Edición.

20. Rabasa, Oscar.

El Derecho Angloamericano. México, 1982.
Editorial Porrúa, S.A.
Segunda Edición.

21. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.

Derecho Bancario.
México, 1974.
Editorial Porrúa, S.A.
Cuarta Edición.

22. Rojina Villegas, Rafael.

Compendio de Derecho Civil.
México, 1966.
Editorial Antigua Librería Robredo.
Segunda Edición.

23. Villagordoa Lozano, José M.
Doctrina General del Fideicomiso.
México, 1982.
Editorial Porrúa, S.A.
Segunda Edición.

L E G I S L A C I O N

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código de Comercio.
3. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
4. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.
5. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
6. Código Civil. del Distrito Federal.

O T R O S

1. Decreto que Nacionaliza los bancos privados del país, de fecha primero de septiembre de 1982.